# SCRITTI
## DI
# GIUSEPPE PERA

## I
## DIRITTO DEL LAVORO

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2007

# SCRITTI
# DI
# GIUSEPPE PERA

## I

## DIRITTO DEL LAVORO

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2007

# INDICE GENERALE

## Volume I

## DIRITTO DEL LAVORO


1. *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, *DL* 1953, I, 99. . . . . 3
2. *Computo della maggiorazione per lavoro straordinario per i cottimisti dell'industria metalmeccanica*, *RDL* 1958, 322 . . . . . 27
3. *Ancora sul computo della maggiorazione per lavoro straordinario per i cottimisti dell'industria metalmeccanica*, *RDL* 1958, 564 . . . . . 41
4. *Agente con rappresentanza e diritto alla provvigione per gli affari promossi, ma conclusi dal preponente*, *DL* 1961, II, 295 . . . . . 47
5. *La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice*, *MGL* 1961, 416 . . . . . 53
6. *Applicazione del decreto legislativo 14 luglio 1960 n. 1011 sui licenziamenti individuali nell'industria*, *DL* 1962, II, 172 . . . . . 67
7. *Divieto di licenziamento delle lavoratrici a causa di matrimonio*, *DL* 1962, I, 351 . . . . . 81
8. *Osservazioni sulla nullità della clausola del contratto individuale di lavoro relativa alla retribuzione*, *RGL* 1964, II, 558 . . . . . 95
9. *Indennità conseguenti alla cessazione del rapporto di lavoro e onere della prova, Boll. Trieste* 1964, n. 29 . . . . . 105
10. *Sindacabilità dei motivi del licenziamento in sede giurisdizionale*, *DL* 1966, I, 95 . . . . . 115
11. *Sul reclamo presentato al datore di lavoro dal sindacato per mandato del lavoratore*, *DL* 1966, II, 146 . . . . . 141
12. *Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario*, *FI* 1966, I, 1652 . 149
13. *Diritti del lavoratore ed interruzione della prescrizione*, *DL* 1966, II, 321. . . 159
14. *Le condizioni della donna lavoratrice*, *FI* 1967, V, 56. . . . . 165
15. *Sull'assunzione obbligatoria degli invalidi civili*, *RDL* 1966, II, 654 . . . . . 189
16. *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, *RDL* 1968, I, 221 . . . . . 193
17. *« Riassunzione » e penale nella legge sui licenziamenti individuali*, *RDL* 1968, II, 175 . . . . . 221
18. *La nuova regolamentazione delle assunzioni obbligatorie*, *Infortuni* 1968, 1270 . . . . . 231
19. *Una sentenza lapiriana*, *DL* 1969, II, 6 . . . . . 265
20. *L'approvazione per iscritto del patto di prova e la legge sui licenziamenti individuali*, *DL* 1969, II, 298. . . . . 269
21. *Enti pubblici economici ed assunzioni obbligatorie*, *DL* 1970, II, 5 . . . . . 273
22. *Sull'orario di lavoro dei minori apprendisti*, *MGL* 1970, 52 . . . . . 279

23. *Responsabilità del datore di lavoro per illegittimo licenziamento della lavoratrice gestante*, *RIPS* 1970, 809 . . . . . 285
24. *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, *FI* 1971, V, 53 . . . . . 291
25. *La tutela dell'invalido nell'ordinamento italiano*, *Infortuni* 1971, I, 429 . . . . 321
26. *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nella motivazione dei licenziamenti collettivi*, *DL* 1972, I, 73 . . . . . 359
27. *Statuto dei lavoratori e tutela della salute*, *Infortuni* 1972, I, 225 . . . . . 379
28. *Sulle unità di lavoro soggette alla legislazione limitativa dei licenziamenti*, *Riv. dir. agr.* 1972, 705 . . . . . 391
29. *Dirigenti d'azienda, disciplina limitativa dei licenziamenti e statuto dei lavoratori*, *Orient. giur. lav.* 1972, 429 . . . . . 403
30. *Sulla tutela dei lavoratori a domicilio*, *FI* 1973, V, 116 . . . . . 415
31. *Passaggi di categoria del lavoratore e liquidazione (finale) dell'indennità di anzianità*, *Orient. giur. lav.* 1973, 631 . . . . . 437
32. *Prescrizione e diritti dei lavoratori* (posizione e delimitazione di una norma nella giurisprudenza costituzionale), *MGL* 1973, 313 . . . . . 455
33. *Assunzione obbligatoria di invalido e patto di prova*, *MGL* 1973, 455. . . . . 465
34. *Provvedimenti d'urgenza, vicende dell'impresa e controllo del giudice sui licenziamenti*, *Giur. it.* 1974, I, 2, 903 . . . . . 469
35. *Mensa e retribuzione*, *Giur. it.* 1975, I, 2, 92 . . . . . 477
36. *Controllo del giudice sui licenziamenti c.d. collettivi*, *FI* 1975, I, 874 . . . . . 485
37. *Sul « caso di coscienza » dei giornalisti*, *MGL* 1976, 59. . . . . 495
38. *Ancora sulla decorrenza della prescrizione per i diritti dei lavoratori*, *MGL* 1976, 586 . . . . . 503
39. *Cause reali e cause presunte dell'assenteismo*, *Not. giur. lav.* 1977, 205 . . . . 521
40. *Diritto al lavoro e realtà dell'impresa*, *Lav. e prev. oggi* 1977, 2217 . . . . . 529
41. *Lavoratori minorenni e scatti di anzianità*, *OGL* 1978, 688 . . . . . 543
42. *Sul licenziamento per eccessiva morbilità*, *Not. giur. lav.* 1979, 520. . . . . 557
43. *Sei sentenze e due ordinanze in materia di prescrizione per diritti dei lavoratori*, *Giur. cost.* 1979, I, 436 . . . . . 563
44. *Dirigente d'impresa o d'azienda*, *Lav. e prev. oggi* 1980, 847 . . . . . 575
45. *Un libro ed un dibattito sulle fonti del diritto del lavoro*, *MGL* 1981, 528. . . 599
46. *Mobilità dei lavoratori e disciplina del collocamento*, *Lav. prev. oggi* 1981, 1733 . . . . . 607
47. *Le riforme da riformare nel diritto del lavoro*, *Lav. prev. oggi* 1983, 879 . . . 625
48. *Eccessiva morbilità ed accertamenti sanitari*, *RIDL* 1983, I, 306 . . . . . 665
49. *I contratti di solidarietà*, *Giorn. dir. lav.* 1984, 699. . . . . 685
50. *Luisa Gilardi Riva Sanseverino. La Maestra e il programma*, *RIDL* 1985, I, 3. 701
51. *Le legge per i quadri (n. 190 del 13 maggio 1985)*, *RIDL* 1985, I, 270. . . . . 713
52. *Sul progetto di riforma della facoltà giuridica*, *FI* 1986, V, 346 . . . . . 727
53. *Sul processo di riaggiustamento del diritto del lavoro italiano*, *DL* 1987, I, 111 . . . . . 737
54. *Piero Calamandrei e le questioni del lavoro*, *RIDL* 1989, I, 13 . . . . . 761
55. *Diritto del lavoro e indirizzo etico-politico*, *RIDL* 1990, I, 5 . . . . . 771
56. *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, *RIDL* 1990, I, 251 . . . . . 781
57. *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, *RIDL* 1991, II, 388 . . . . . 793
58. *Le organizzazioni di tendenza nella legge sui licenziamenti*, *RIDL* 1991, I, 455 . . . . . 797

59. *Trasformazioni, fusioni e incorporazioni nel settore creditizio; profili di diritto del lavoro*, *RIDL* 1993, I, 430 . . . . . 813
60. *La posizione del lavoratore nello svolgimento del rapporto di lavoro nel* Massimario *curato da Redenti*, *RIDL* 1994, III, 175. . . . . 829
61. *Le domestiche e il divieto di licenziamento per gravidanza*, *RIDL* 1994, II, 439 . . . . . 837
62. *Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una sentenza contraddittoria*, *RIDL* 1995, II, 3 . . . . . 841
63. *La minigonna negli ambienti di lavoro*, *GC* 1995, I, 2269 . . . . . 845
64. *Le donne nelle liste elettorali*, *GC* 1995, I, 2587 . . . . . 849
65. *Ancora un incidente di costituzionalità sulla licenziabilità delle domestiche gravide*, *RIDL* 1995, II, 731 . . . . . 853
66. *L'assenza dal lavoro per accertamenti clinici*, *RIDL* 1995, II, 881 . . . . . 859
67. *Sull'insindacabilità dell'opzione del lavoratore per l'indennità sostitutiva della reintegrazione*, *RIDL* 1996, II, 167 . . . . . 861
68. *Francesco Carnelutti giuslavorista*, *RIDL* 1996, I, 107 . . . . . 863
69. *Sulla questione femminile*, *RIDL* 1996, I, 221 . . . . . 869
70. *Qualche chiosa sul processo d'aggiustamento del diritto del lavoro*, *GC* 1996, II, 477 . . . . . 875
71. *Licenziamento, per riduzione del personale, dei lavoratori prossimi al pensionamento*, *RIDL* 1997, II, 383 . . . . . 891
72. *Rileggendo* Il contratto di lavoro *(1915-1917) di Ludovico Barassi*, *RIDL* 1998, I, 3 . . . . . 899
73. *Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, *RIDL* 1998, I, 279 . 913
74. *Sul comporto per sommatoria nel* part-time, *RIDL* 1998, I, 357 . . . . . 921
75. *Malattia e licenziamento*, *RIDL* 1999, I, 153 . . . . . 927
76. *Movimenti del capitale e libertà dei lavoratori*, *RIDL* 2000, I, 461 . . . . . 933
77. *Una possibile politica del diritto del lavoro italiano*, *RIDL* 2001, I . . . . . 939

**Volume II**

**DIRITTO SINDACALE**

1. *La posizione giuridica delle commissioni interne di fabbrica*, *FI* 1954, I, 334. 951
2. *Lo sciopero civilmente illecito a seguito della sua regolamentazione nel contratto collettivo di lavoro*, *FI* 1955, I, 1241 . . . . . 963
3. *Accordo economico collettivo e clausole discriminatorie*, *FI* 1956, I, 449 . . . 973
4. *Ordine pubblico e libertà sindacale*, *RDL* 1956, II, 159. . . . . 981
5. *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova 1958, V, 133. . . . . 989
6. *Conflitti sindacali e sinistri sul lavoro*, *FI* 1958, I, 577. . . . . 1011
7. *Contratto di lavoro e variazioni nell'inquadramento sindacale dell'imprenditore*, *FI* 1959, I, 93 . . . . . 1021
8. *Iscrizione del solo datore di lavoro all'organizzazione sindacale ed applicabilità del contratto collettivo di lavoro*, *FI* 1959, I, 259 . . . . . 1033
9. *Sciopero e preavviso*, *FI* 1959, I, 1933 . . . . . 1039
10. *La recente iniziativa del Ministro Sullo in tema di contratti collettivi di lavoro*, *FI* 1961, IV, 103 . . . . . 1045

11. *La lotta sindacale nell'agricoltura in una recente proposta di legge*, *DL* 1961, I, 291 . . . . . 1057
12. *Lo sciopero e le obbligazioni dell'imprenditore verso i terzi*, *RGL* 1952, I, 367 . . . . . 1065
13. *Le norme transitorie per garantire minimi di trattamento economico e normativo ai lavoratori nel giudizio della Corte costituzionale*, *FI* 1963, I, 648. . . . 1089
14. *Sciopero dei marittimi e nei servizi pubblici secondo la Corte costituzionale*, *DL* 1963, II, 211 . . . . . 1107
15. *Lo sciopero di solidarietà nelle più recenti concezioni*, *RGL* 1964, I, 1 . . . . 1137
16. *Libertà sindacale e programmazione economica*, *Lav. sic. soc.* 1964, 719 . . . 1155
17. *Sulle clausole di pace sindacale*, *RDL* 1964, I, 285 . . . . . 1171
18. *Sulla legittimità delle clausole di decadenza contenute nei contratti collettivi e individuali di lavoro*, *Bollettino della Scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della sicurezza sociale dell'Università degli studi di Trieste* 1964, n. 28 . . . . . 1189
19. *Sullo statuto dei lavoratori nelle imprese*, *DL* 1965, I, 143 . . . . . 1201
20. *Una grave decisione sul diritto di associazione sindacale del personale della pubblica sicurezza*, *Bollettino della Scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della sicurezza sociale dell'Università degli studi di Trieste* 1966, n. 35-36 . . . . . 1231
21. *Una sentenza alquanto discutibile* (a proposito della regolamentazione per legge di rapporti di lavoro con le minori imprese di credito), *RGL* 1966, II, 181 . . . . . 1241
22. *La responsabilità in seguito allo sciopero*, *Lav. sic. soc.* 1967, 415 . . . . . 1251
23. *Le sentenze della Corte costituzionale sulla recezione in legge degli accordi interconfederali per i licenziamenti*, *FI* 1967, I, 15 . . . . . 1275
24. *L'esercizio del diritto di sciopero nella forma di rifiuto del lavoro straordinario*, *DL* 1968, II, 203 . . . . . 1297
25. *Interrogativi sullo « statuto » dei lavoratori*, *DL* 1970, I, 188. . . . . 1315
26. *Sciopero parziale, sospensione dell'attività in tutta l'azienda, diritto o no alla retribuzione dei lavoratori non partecipanti all'agitazione*, *RDL* 1971, II, 55 . 1357
27. *Sull'occupazione dei luoghi di lavoro per ragioni sindacali*, *DL* 1971, II, 162. 1367
28. *Sul trasferimento delle attività aziendali*, *GI* 1973, I, 2, 1047 . . . . . 1385
29. *Comportamenti antisindacali? Non dite male di Garibaldi*, *DL* 1973, II, 265 . 1403
30. *Statuto dei lavoratori, diritto di sciopero, potere dei giudici*, *DL* 1974, II, 129. 1409
31. *L'impresa nel nuovo diritto del lavoro*, *MGL* 1974, 456 . . . . . 1415
32. *La Corte costituzionale e lo sciopero politico*, *DL* 1974, II, 400. . . . . 1425
33. *Sulle conseguenze retributive dello « sciopero di rendimento » dei cottimisti*, *MGL* 1975, 551 . . . . . 1433
34. *Libertà o giustizia*, *DL* 1975, I, 365 . . . . . 1439
35. *Gli artt. 39 e 40 della Costituzione*, *Lav. prev. oggi* 1976, 1497 . . . . . 1445
36. *Sulla libertà sindacale unilaterale*, *MGL* 1976, 507 . . . . . 1453
37. *Sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende*, *RDL* 1977, I, 109 . . . . . 1461
38. *I limiti dell'azione per condotta antisindacale*, *MGL* 1977, 536 . . . . . 1473
39. *La repressione della condotta antisindacale dello Stato*, *GC* 1977, 1295 . . . . 1485
40. *Sciopero anno zero*, *DL* 1978, I, 23 . . . . . 1493
41. *Ancora sulla legge di devoluzione del patrimonio dei sindacati fascisti*, *Lav. prev. oggi* 1978, 1331 . . . . . 1503

42. *Leggi delegate a tutela dei lavoratori ed autonomia sindacale*, *MGL* 457 . . . 1509
43. *Lo sciopero nei pubblici servizi*, *RDL* 1978, I, 230 . . . . . 1517
44. *Legge e contrattazione collettiva nella regolamentazione del pubblico impiego*, *FI* 1979, V, 125. . . . . 1541
45. *Democrazia in fabbrica ed evoluzione sindacale*, *Lav. prev. oggi* 1981, 437 . 1551
46. *Corporativismo vecchio e nuovo*, *MGL* 1984, 105. . . . . 1563
47. *Sulla costituzionalità o no del decreto legge del governo Craxi sulla contingenza*, *GC* 1984, I, 1652 . . . . . 1581
48. *La minaccia del diritto come comportamento antisindacale*, *GC* 1984, I, 2081 . . . . . 1587
49. *La Corte costituzionale sul blocco temporaneo della contingenza*, *GC* 1985, I, 624 . . . . . 1593
50. *Sulla disponibilità sindacale dei diritti individuali*, *RIDL* 1986, I, 927 . . . . . 1603
51. *Il progetto Giugni sulla regolamentazione dello sciopero*, *FI* 1987, V, 511 . . 1617
52. *A proposito del progetto Ghezzi sulla nuova precettazione*, *RGL* 1988, I, 117 . . . . . 1631
53. *Sulla teoria dell'ordinamento intersindacale*, *RIDL* 1991, I, 256. . . . . 1641
54. *Autonomia privata e collettiva: considerazioni di un giuslavorista*, *GC* 1991, II, 431 . . . . . 1647
55. *Rappresentanze sindacali e contrattazione aziendale*, *RIDL* 1995, I, 517 . . . 1657
56. *Sciopero ferroviario e comandata disposta unilateralmente dall'impresa*, *RIDL* 1996, II, 283. . . . . 1665
57. *Va tutto bene nella norma relativa alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*, *RIDL* 1996, II, 447. . . . 1671
58. *Note sui contratti collettivi « pirata »*, *RIDL*, I, 381 . . . . . 1677
59. *La contrattazione collettiva a dominio confederale per il pubblico impiego*, *RIDL* 1998, II, 39 . . . . . 1685
60. *Verso il contratto collettivo generalmente obbligatorio?*, *RIDL* 2000, I, 97 . . 1699

**Volume III**

**DIRITTO PREVIDENZIALE**

1. *Rapporto di lavoro della suora inserviente in un ospedale e assicurazione contro l'invalidità e la vecchiaia*, *FI* 1955, I, 1108. . . . . 1711
2. *Il sacerdote insegnante in seminario e le assicurazioni sociali*, *FI* 1958, I, 1723. 1727
3. *La responsabilità del datore di lavoro per omesso versamento di contributi previdenziali e l'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338*, *RDL* 1962, I, 304 . . . . . 1731
4. *Pensione di invalidità e previo ricorso amministrativo*, *RIPS* 1969, 477 . . . . 1763
5. *Contestazione del rapporto di lavoro da parte dell'I.N.P.S. ed onere del previo ricorso amministrativo*, *RIPS* 1970, 494 . . . . . 1769
6. *Innovazioni in tema di ricorsi amministrativi per le pensioni della previdenza sociale*, *RIPS* 1971, 739 . . . . . 1775
7. *La sicurezza sul lavoro nella riforma sanitaria. Il dovere di sicurezza, le attività di prevenzione, la vigilanza e il contratto*, *NGL* 1977, 453 . . . . . 1793
8. *Sulla cooperazione dell'assicurato per il controllo della malattia*, *RPS* 1978, 746 . . . . . 1803

9. *Gli sgravi contributivi per le aziende operanti nel sud*, *DL* 1979, I, 107 . . . . 1807
10. *La sicurezza sul lavoro nella riforma sanitaria*, *RDL* 1980, I, 240 . . . . . 1813
11. *Previdenza ed assistenza sociale*, *LPO* 1984, 1305 . . . . . 1819
12. *Sui progetti di riforma del sistema previdenziale*, *FI* 1985, V, 52 . . . . . 1829

## DIRITTO PROCESSUALE

1. *Questioni sulla notificazione a mezzo del servizio postale*, *RDP* 1953, II, 40 . 1851
2. *Violazione del principio di localizzazione sancito per la professione di procuratore e sua rilevanza sugli atti processuali*, *RDP* 1953, II, 150 . . . . . 1861
3. *La capacità processuale del lavoratore minorenne*, *FI* 1955, I, 1785 . . . . . 1873
4. *L'arbitrato nelle controversie di lavoro e le clausole di decadenza stabilite nei contratti collettivi di lavoro*, *RDP* 1955, II, 39 . . . . . 1879
5. *Giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo nelle controversie di lavoro con gli enti pubblici economici*, *DL* 1965, II, 45 . . . . . 1917
6. *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, *RTDPC* 1967, 190 . 1927
7. *Possibili soluzioni d'urgenza a favore del lavoratore e dell'assicurato*, *DL* 1967, I, 164 . . . . . 1967
8. *La riforma del processo del lavoro nello scorcio della quarta legislatura*, *FI* 1968, V, 81 . . . . . 1993
9. *L'arbitrato irrituale previsto dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604*, *RDP* 1968, 334 . . . . . 2007
10. *Disposizioni processuali dello « statuto » dei lavoratori*, *RDP* 1970, 361. . . . 2021
11. *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento secondo lo statuto dei lavoratori*, *RTDPC* 1971, 1267 . . . . . 2043
12. *La legittimazione nel procedimento sommario di repressione dell'attività antisindacale*, *RDP* 1971, 324 . . . . . 2083
13. *Rapporti c.d. di « parasubordinazione » e rito del lavoro*, *RDP* 1974, 422 . . 2091
14. *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale e il rito del lavoro*, *GI* 1977, I, 1, 451 . . . . . 2097
15. *Sentenza politica e ideologia del magistrato. Irrilevanza o no?*, *DL* 1977, II, 6. 2109
16. *Il processo del lavoro in Corte costituzionale, GC* 1977, 287 . . . . . 2113
17. *Che fare della magistratura?*, *GI* 1977, IV, 145 . . . . . 2129
18. *Arbitrato rituale o irrituale nelle controversie di lavoro?*, 1979, 221 . . . . . 2135
19. *Il contenzioso del lavoro in Cassazione*, *RDP* 1982, 273 . . . . . 2149
20. *Sull'opportunità per il giudice di merito di uniformarsi alla giurisprudenza della Cassazione*, *GC* 1983, I, 2185 . . . . . 2157
21. *Il decennale del processo del lavoro*, *RIDL* 1984, 607 . . . . . 2159
22. *Sulla procedura arbitrale per il licenziamento dei dirigenti*, *GC* 1985, I . . . . 2167
23. *A proposito del pubblico ministero*, *RTDPC* 1985, 793. . . . . 2173
24. *Le disposizioni processuali della legge n. 108 del 1990 sui licenziamenti*, *GC* 1990, II, 389. . . . . 2183
25. *Sulla legittimazione attiva nel procedimento* ex *art. 28 St. lav.*, *RIDL* 1992, II, 722 . . . . . 2191
26. *La magistratura oggi 1994*, *GC* 1994, II, 351 . . . . . 2193
27. *Bilancio e prospettive del contenzioso del lavoro*, *RIDL* 1994, I, 193 . . . . . 2201
28. *Sulla conciliazione sindacale*, *RIDL* 1997, II, 411 . . . . . 2211

# INDICE

## DIRITTO DEL LAVORO


1. *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, *DL* 1953, I, 99. . . . . 3
2. *Computo della maggiorazione per lavoro straordinario per i cottimisti dell'industria metalmeccanica*, *RDL* 1958, 322 . . . . . 27
3. *Ancora sul computo della maggiorazione per lavoro straordinario per i cottimisti dell'industria metalmeccanica*, *RDL* 1958, 564 . . . . . 41
4. *Agente con rappresentanza e diritto alla provvigione per gli affari promossi, ma conclusi dal preponente*, *DL* 1961, II, 295 . . . . . 47
5. *La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice*, *MGL* 1961, 416 . . . . . 53
6. *Applicazione del decreto legislativo 14 luglio 1960 n. 1011 sui licenziamenti individuali nell'industria*, *DL* 1962, II, 172 . . . . . 67
7. *Divieto di licenziamento delle lavoratrici a causa di matrimonio*, *DL* 1962, I, 351 . . . . . 81
8. *Osservazioni sulla nullità della clausola del contratto individuale di lavoro relativa alla retribuzione*, *RGL* 1964, II, 558 . . . . . 95
9. *Indennità conseguenti alla cessazione del rapporto di lavoro e onere della prova, Boll. Trieste* 1964, n. 29 . . . . . 105
10. *Sindacabilità dei motivi del licenziamento in sede giurisdizionale*, *DL* 1966, I, 95 . . . . . 115
11. *Sul reclamo presentato al datore di lavoro dal sindacato per mandato del lavoratore*, *DL* 1966, II, 146 . . . . . 141
12. *Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario*, *FI* 1966, I, 1652 . 149
13. *Diritti del lavoratore ed interruzione della prescrizione*, *DL* 1966, II, 321. . . 159
14. *Le condizioni della donna lavoratrice*, *FI* 1967, V, 56. . . . . 165
15. *Sull'assunzione obbligatoria degli invalidi civili*, *RDL* 1966, II, 654 . . . . . 189
16. *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, *RDL* 1968, I, 221 . . . . . 193
17. *« Riassunzione » e penale nella legge sui licenziamenti individuali*, *RDL* 1968, II, 175 . . . . . 221
18. *La nuova regolamentazione delle assunzioni obbligatorie*, *Infortuni* 1968, 1270 . . . . . 231
19. *Una sentenza lapiriana*, *DL* 1969, II, 6 . . . . . 265
20. *L'approvazione per iscritto del patto di prova e la legge sui licenziamenti individuali*, *DL* 1969, II, 298. . . . . 269
21. *Enti pubblici economici ed assunzioni obbligatorie*, *DL* 1970, II, 5 . . . . . 273
22. *Sull'orario di lavoro dei minori apprendisti*, *MGL* 1970, 52 . . . . . 279

23. *Responsabilità del datore di lavoro per illegittimo licenziamento della lavoratrice gestante*, *RIPS* 1970, 809 . . . . . 285
24. *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, *FI* 1971, V, 53 . . . . . 291
25. *La tutela dell'invalido nell'ordinamento italiano*, *Infortuni* 1971, I, 429 . . . . 321
26. *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nella motivazione dei licenziamenti collettivi*, *DL* 1972, I, 73 . . . . . 359
27. *Statuto dei lavoratori e tutela della salute*, *Infortuni* 1972, I, 225 . . . . . 379
28. *Sulle unità di lavoro soggette alla legislazione limitativa dei licenziamenti*, *Riv. dir. agr.* 1972, 705 . . . . . 391
29. *Dirigenti d'azienda, disciplina limitativa dei licenziamenti e statuto dei lavoratori*, *Orient. giur. lav.* 1972, 429 . . . . . 403
30. *Sulla tutela dei lavoratori a domicilio*, *FI* 1973, V, 116 . . . . . 415
31. *Passaggi di categoria del lavoratore e liquidazione (finale) dell'indennità di anzianità*, *Orient. giur. lav.* 1973, 631 . . . . . 437
32. *Prescrizione e diritti dei lavoratori* (posizione e delimitazione di una norma nella giurisprudenza costituzionale), *MGL* 1973, 313 . . . . . 455
33. *Assunzione obbligatoria di invalido e patto di prova*, *MGL* 1973, 455. . . . . 465
34. *Provvedimenti d'urgenza, vicende dell'impresa e controllo del giudice sui licenziamenti*, *Giur. it.* 1974, I, 2, 903 . . . . . 469
35. *Mensa e retribuzione*, *Giur. it.* 1975, I, 2, 92 . . . . . 477
36. *Controllo del giudice sui licenziamenti c.d. collettivi*, *FI* 1975, I, 874 . . . . . 485
37. *Sul « caso di coscienza » dei giornalisti*, *MGL* 1976, 59. . . . . 495
38. *Ancora sulla decorrenza della prescrizione per i diritti dei lavoratori*, *MGL* 1976, 586 . . . . . 503
39. *Cause reali e cause presunte dell'assenteismo*, *Not. giur. lav.* 1977, 205 . . . . 521
40. *Diritto al lavoro e realtà dell'impresa*, *Lav. e prev. oggi* 1977, 2217 . . . . . 529
41. *Lavoratori minorenni e scatti di anzianità*, *OGL* 1978, 688 . . . . . 543
42. *Sul licenziamento per eccessiva morbilità*, *Not. giur. lav.* 1979, 520. . . . . 557
43. *Sei sentenze e due ordinanze in materia di prescrizione per diritti dei lavoratori*, *Giur. cost.* 1979, I, 436 . . . . . 563
44. *Dirigente d'impresa o d'azienda*, *Lav. e prev. oggi* 1980, 847 . . . . . 575
45. *Un libro ed un dibattito sulle fonti del diritto del lavoro*, *MGL* 1981, 528. . . 599
46. *Mobilità dei lavoratori e disciplina del collocamento*, *Lav. prev. oggi* 1981, 1733 . . . . . 607
47. *Le riforme da riformare nel diritto del lavoro*, *Lav. prev. oggi* 1983, 879 . . . 625
48. *Eccessiva morbilità ed accertamenti sanitari*, *RIDL* 1983, I, 306 . . . . . 665
49. *I contratti di solidarietà*, *Giorn. dir. lav.* 1984, 699. . . . . 685
50. *Luisa Gilardi Riva Sanseverino. La Maestra e il programma*, *RIDL* 1985, I, 3. 701
51. *Le legge per i quadri (n. 190 del 13 maggio 1985)*, *RIDL* 1985, I, 270. . . . . 713
52. *Sul progetto di riforma della facoltà giuridica*, *FI* 1986, V, 346 . . . . . 727
53. *Sul processo di riaggiustamento del diritto del lavoro italiano*, *DL* 1987, I, 111 . . . . . 737
54. *Piero Calamandrei e le questioni del lavoro*, *RIDL* 1989, I, 13 . . . . . 761
55. *Diritto del lavoro e indirizzo etico-politico*, *RIDL* 1990, I, 5 . . . . . 771
56. *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, *RIDL* 1990, I, 251 . . . . . 781
57. *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, *RIDL* 1991, II, 388 . . . . . 793
58. *Le organizzazioni di tendenza nella legge sui licenziamenti*, *RIDL* 1991, I, 455 . . . . . 797

59. *Trasformazioni, fusioni e incorporazioni nel settore creditizio; profili di diritto del lavoro*, *RIDL* 1993, I, 430 . . . . . 813
60. *La posizione del lavoratore nello svolgimento del rapporto di lavoro nel* Massimario *curato da Redenti*, *RIDL* 1994, III, 175. . . . . 829
61. *Le domestiche e il divieto di licenziamento per gravidanza*, *RIDL* 1994, II, 439 . . . . . 837
62. *Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una sentenza contraddittoria*, *RIDL* 1995, II, 3 . . . . . 841
63. *La minigonna negli ambienti di lavoro*, *GC* 1995, I, 2269 . . . . . 845
64. *Le donne nelle liste elettorali*, *GC* 1995, I, 2587 . . . . . 849
65. *Ancora un incidente di costituzionalità sulla licenziabilità delle domestiche gravide*, *RIDL* 1995, II, 731 . . . . . 853
66. *L'assenza dal lavoro per accertamenti clinici*, *RIDL* 1995, II, 881 . . . . . 859
67. *Sull'insindacabilità dell'opzione del lavoratore per l'indennità sostitutiva della reintegrazione*, *RIDL* 1996, II, 167 . . . . . 861
68. *Francesco Carnelutti giuslavorista*, *RIDL* 1996, I, 107 . . . . . 863
69. *Sulla questione femminile*, *RIDL* 1996, I, 221 . . . . . 869
70. *Qualche chiosa sul processo d'aggiustamento del diritto del lavoro*, *GC* 1996, II, 477 . . . . . 875
71. *Licenziamento, per riduzione del personale, dei lavoratori prossimi al pensionamento*, *RIDL* 1997, II, 383 . . . . . 891
72. *Rileggendo* Il contratto di lavoro *(1915-1917) di Ludovico Barassi*, *RIDL* 1998, I, 3 . . . . . 899
73. *Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, *RIDL* 1998, I, 279 . 913
74. *Sul comporto per sommatoria nel* part-time, *RIDL* 1998, I, 357 . . . . . 921
75. *Malattia e licenziamento*, *RIDL* 1999, I, 153 . . . . . 927
76. *Movimenti del capitale e libertà dei lavoratori*, *RIDL* 2000, I, 461 . . . . . 933
77. *Una possibile politica del diritto del lavoro italiano*, *RIDL* 2001, I . . . . . 939

# DIRITTO DEL LAVORO

1.

# LA GIUSTA RETRIBUZIONE DELL'ART. 36 DELLA COSTITUZIONE

1. Sulla effettiva, attuale portata dell'art. 36, comma 1, della nostra Costituzione (« Il lavoratore ha diritto ad una reuribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa »), si sono delineati, e in dottrina e in giurisprudenza, due precisi e contrastanti indirizzi.

Secondo una prima versione (1), oggi di gran lunga prevalente e che ha trovato accoglienza presso il Supremo Collegio (2), la disposizione costituzionale attribuisce ad ogni singolo lavoratore un diritto soggettivo perfetto alla giusta retribuzione, fin d'ora operante all'interno del contratto individuale di lavoro (3). Di conseguenza, la clausola del contratto

---

(1) In dottrina: G. Baschieri, L. Bianchi, D'Espinosa, C. Giannattasio, *La Costituzione Italiana*, 1949, 192 ss. e 210; S. Pugliatti, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. dir. lav*., 1950, I, 189; B.B., *I minimi salariali e l'art. 36 della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, 2, 205; A. Cessari, *L'invalidità del contratto di lavoro per violazione dell'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1951, 2, 197; G. Gioghi, *Nullità dell'accordo tra datore e prestatore di lavoro per una retribuzione inadeguata alle mansioni esplicate*, in *Foro padano*, 1951, I, 1005; R. Nicolo, *L'art. 36 della Cost. e i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 5; S. Pugliatti, *Ancora sulla minima rettibuzione sufficiente ai lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 174; R. Scognamiglio, *Sull'applicabilità dell'art. 36 della Cost. in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Foro civile*, 1951, 352; C. Lega, *Il salario minimo e l'art. 36 della Cost.*, in *Dir. lav.*, 1952, 2, 281; U. Natoli, *Ancora sull'art. 36 della Cost. e sulla sua pratica applicazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, 9; V. Panuccio, *L'art. 36 della Cost. e il contratto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, 2, 20.

In giurisprudenza: Pret. Torino 9 marzo 1950, in *Riv. giur. lav.*, 1950, 2, 258; App. Aquila 24 ottobre 1950, in *Riv. giur. lav.*, 1950, 2, I; Trib. Genova 3 novembre 1950, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 169; Trib. Genova 18 dicembre 1950, in *Dir. lav.*, 1951, 2, 194; App. Aquila 26 giugno 1951, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 280; Trib. Lucca 6 agosto 1951, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 284; App. Aquila 21 febbraio 1952 e 24 giugno 1952, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, c. 98 e c. 306.

(2) Cass. 21 febbraio 1952, n. 461, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, 95.

(3) Si è posto il problema della specifica natura di questo diritto soggettivo. La

individuale che non risponda, nella determinazione della retribuzione, ai criteri indicati dall'art. 36, deve essere dichiarata nulla (4) dal giudice, il quale, pur lasciando in vita il rapporto, determina egli stesso, secondo quanto dispone l'art. 2099 c.c., comma 2 (5), la giusta retribuzione nel caso con decreto (6).

---

giurisprudenza, unanime ritiene si tratti di un diritto soggettivo della personalità, « assoluto, permanente ed inderogabile », come specifica, App. Aquila 26 giugno 1951, *supra*, nota 1. Lo stesso si ritiene generalmente nella dottrina. *Contra*: Scognamiglio, *Aull'applicabilità*, cit. *supra*, *sub*, nota 1, che reputa trattarsi di un diritto soggettivo relativo di credito, nei confronti del singolo datore di lavoro; Lega, *Il salario miniano*, cit., *supra sub* nota 1, per il quale il diritto in parola, pur inviolabile, fondamentale, assoluto, non è un diritto della personalità, concernendo questi diritti le potestà dell'individuo sul proprio modo di essere senza esigere alcuna relazione intersubiettiva, bensì si tratta di un diritto della persona che mira alla tutela ed alla realizzazione della stessa persona umana nelle relazioni intersubiettive. In particolare questo diritto è attribuito ai lavoratori contro la intera categoria dei datori di lavoro ed il singolo contratto di lavoro non fa che specificare, nel caso concreto, chi sia effettivamente il datore tenuto a soddisfare questo diritto.

(4) Per Natoli, *Ancora sull'art. 36*, cit., *supra*, *sub* nota 1, la violazione del disposto dell'art. 36 porta alla nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, alinea, c.c. Probabilmente si tratta di una svista dell'autore: infatti la nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c. conduce alla nullità dell'intero contratto non realizzando quindi, ben si comprende, quella stessa finalità di cui l'autore è convinto assertore. Più giustamente ritengono che si tratti di semplice nullità parziale del contratto, o meglio nullità della singola clausola sul punto della retribuzione, con conseguente sostituzione della sentenza del giudice, ai senti dell'art. 1419 cap. c.c.: R. Nicolò, *L'art. 36*, cit., *supra*, *sub* nota 1; V. Panuccio, *L'art. 36*, cit., *supra*, *sub* nota 1.

(5) Per M. Scorza, *L'art. 36 della Cost. e la determinazione del salario minimo*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1242 questo ricorso, da parte dei sostenitori della precettività dell'art. 36, all'art. 2099 c.c. « denota un difetto di convinzione circa tale presupposto ». Infatti, secondo l'autore, se l'art. 36 attribuisce un diritto al lavoratore questi deve poterlo far valere in base all'art. 2907 c.c. sancente il principo generale della tutela giurisdizionale dei diritti, senz'uopo di ricorrere all'art. 2099. All'appunto risponde il Natoli, *Ancora sull'art. 36*, cit., *supra*, *sub* nota 1, rilevando che il ricorso all'art. 2099 specifica solo, in una certa ipotesi, come deve esercitare la tutela giurisdizionale dei diritti il giudice, e anche se il 2099 mancasse il giudice potrebbe sempre provvedere o condannando ai danni per illecito extracontrattuale o per arricchimento senza causa (2041 c.c.). In realtà questa ultima indicazione del Natoli è conseguente al suo, forse non meditato, convincimento, secondo il quale la violazione dell'art. 36 provoca la totale nullità del contratto di lav. *ex* art. 1418 c.c. In questo caso il ricorso ai principi dell'illecito contrattuale o dell'arricchimento senza causa è inevitabile. Sennonché per chi ritenga più fondatamente, una volta accolto il presupposto teorico sull'art. 36, solo la nullità parziale del contratto sul punto della retribuzione ai sensi del 1419 c.c. cap., il contratto resti in piedi ed il giudice deve determinare la misura della giusta retribuzione, proprio ai sensi del disposto generale dell'art. 2907. In questo caso l'art. 2099 non specifica niente, ma svolge sul punto un principio generale. Specificare nel caso concreto dovrebbe significare indicazione dei criteri cui il giudice deve attenersi nel determinare la retribuzione, e di questi alcuna

In pratica, le varie autorità giurisdizionali che hanno fatto propria la suesposta concezione, allorché si è trattato di determinare nel caso concreto la giusta retribuzione, hanno fatto riferimento ai contratti collettivi di diritto comune, concernenti la categoria di appartenenta del lavoratore o categorie similiari (7), adottando la retribuzione da questi contratti collettivi stabilita. E si è giustificato questo riferimento dichiarandosi che, nell'atto in cui il giudice determina la giusta retribuzione, nessun miglior criterio puo soccorergli di quello suggerito dai contratti collettivi, frutto del libero incontro di volontà dei sindacati dei datori di lavoro con i rappresentanti dei lavoratori, pur ritenendosi questo riferimento meramente eventuale, nel senso che il giudice può anche discostarsi dai contratti collettivi, allorquando questi ultimi non rispondano, essi stessi, al principio dell'art. 36 (8).

Comunque, ed è bene tenerlo presente, finora nessun Tribunale, giudicando alla stregua dei suesposti criteri, ha seguito un suo particolare convincimento, diverso od anche contrastante nei confronti di quanto stabilito dai vari contratti collettivi.

Secondo altri (9), invece, nell'art. 36 si contiene una pura enuncia-

---

traccia si rinviene nell'art. 2099, nemmeno per l'ipotesi ivi esplicitamente prevista della mancanza di una clausola contrattuale.

(6) Alla clausola nulla del contratto si sostituisce pertanto la sentenza del giudice. Si veda, per tutti: R. Nicolo, *L'art. 36*, cit., *supra*, *sub* nota 1, e C. Lega, *Il salario minimo*, cit., *supra*, *sub* nota 1, « costituendo al più la sentenza lo strumento idoneo alla determinazione quantitativa del diritto ». Ed infatti, l'autore ritiene che nel contratto individuale di lavoro dopo la clausola *x* convenzionale e determinante la misura della retribuzione concordata con le parti, in virtù dell'art. 36 si inserisca la seguente clausola *y* di diritto: « ... la retribuzione sarà in ogni caso sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla famiglia una esistenza libera e dignitosa ».

(7) Applica, in un caso d'inesistenza del contratto collettivo della categoria il contratto collettivo di una categoria similare: Trib. Genova 7 febbraio 1950, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 169.

(8) La più elaborata sentenza sul punto è certamente quella dell'App. Aquila, 21 febbraio 1952, *supra, sub* nota 1. La pronuncia elenca i mezzi istruttori cui il giudice può attingere per determinare la giusta retribuzione, in base alla comune disciplina processuale (nozioni di comune esperienza *ex* art. 115 c.p.c.: della Pubblica Amministrazione; consulenze tecniche e tutti i mezzi di prova ritenuti opportuni). Ma la stessa soggiunge: « Ma è tuttavia evidente che qualora già esista un contratto collettivo, il miglior mezzo da usare e il miglior criterio da seguire sia quello di fare ad esso riferimento, in quanto tutti gli elementi occorenti per fissare un'equa remunerazione del lavoro sono già stati tenuti presenti nella sua formazione, alla quale hanno preso parte le rappresentanze della stragrande maggioranza dei datori di lavoro e dei lavoratori, le quali indubbiamente costituiscono gli organi più competenti ed esperti in materia ».

(9) In dottrina: L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. III, 1949, 89 ss.; A. Bertolino, *L'attività economica, funzioni e forme organizzative del lavoro. Il Cons. Naz. dell'ec. e del*

zione di principio, non immediatamente operante, ma subordinata all'adozione legislativa di norme di applicazione e svolgimento. E ciò per la genericità, incompletezza, vaghezza del disposto costituzionale, il quale, si sostiene, potrà avere pratica applicazione sol quando il legislatore ordinario abbia posto mano a tutte quelle radicali riforme di struttura, sul terreno dell'economia, che condizionano la realizzazione delle finalità sociali ampiamente riconosciute nella Carta Costituzionale. Vari altri appunti, di stretto diritto positivo, vengono poi mossi alla prima corrente, denunciandosi infine, nella contraria tesi, un malcelato tentativo di giungere, attraverso l'art. 36, alla pratica obbligatorietà dei contratti collettivi di diritto comune, sforniti attualmente, come ognun sa, della auspicata efficacia *erga omnes*. E c'è infine chi lamenta, nella suesposta teoria, uno dei tanti casi in cui si affermano principii che fanno venir meno il bene supremo della convivenza, cioè la certezza del diritto (10).

2. Il dibattito è stato finora condotto nell'ambito della più generale questione del valore delle enunciazioni della Carta Costituzionale, della loro attuale influenza nei confronti dell'ordinamento positivo. In particolare, a seconda dei punti di vista, il principio innovatore dell'art. 36 è stato considerato o meramente programmatico o precettivo ad efficacia immediata od alfine precettivo ad efficacia differita (11).

---

*lav.*, in *Commento alla Cost.* diretto da P. Calamandrei, 1950, 424; M. Giuliano, *Associazioni Sindacali e contratti collettivi*, vol. III, 1951, 157-158; D. Napoletano, *Natura ed efficacia della norma di cui all'art. 36, primo comma, della Cost. e sua rilevanza sui contratti individuali di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1951, 216; M. Scorza, *L'art. 36*, cit., *supra sub* nota 5; A. Sermonti, *L'adeguatezza della retribuzione di fronte ai contratti collettivi di diritto comune e al primo comma dell'art. 36 della Cost.*, in *Mass. giur. lav.*, 1952, 128. Di particolare interesse l'opinione espressa da V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 1952, 46-47-48. Per l'autore infatti l'art. 36, comma 1, è « abrogativo quindi di ogni disposizione contraria, e sia dal primo momento applicabile ai rapporti di lavoro, in attesa di norme particolari che lo attuino specificatamente per le varie ipotesi ».

In giurispundenza: Trib. Roma 31 gennaio 1951, in *Mass. giur. lav.*, 1951, 9; Trib. Milano 6 agosto 1951, in *Mass. giur. lav.*, 1951, 216; Trib. Parma 3 febbraio 1951, in *Foro civ.*, 1951, 324; Trib. Massa 18 marzo 1952, in *Dir. lav.*, 1952, 2, 375; App. Firenze 30 aprile 1953, in *Riv. giur. lav.*, 1953, 2, 17.

(10) A. Scialoja, in *Foro it.*, 1952, 2, 29, che scrive: « Scherzi a parte, la verità è che tanto l'art. 38 quanto l'art. 36 appartengono a quel numeroso gruppo di formule che, almeno fino a che non siano svolte, per quanto possibile, in norme legislative, fanno ... sorridere ».

(11) Ritiene il principio del primo comma 1 dell'art. 36, precettivo ad efficacia differita in quanto bisognoso di ulteriore integrazione legislativa, D. Napoletano, *Natura*, cit., *supra sub* nota 9.

Ma ciò facendo, si è dimenticata, a mio modesto parere, la sostanza del problema di fondo. Ed infatti se il principio dell'art. 36 ha un senso, pratico ed operante, come accoglimento di una delle fondamentali esigenze del mondo del lavoro, lo ha, in generale, in relazione a tutto il concreto moto storico che porta l'umanità dalla primitiva economia liberistica alle forme moderne dei regimi socialisti o a democrazia solidale. In particolare il principio della giusta retribuzione va visto in relazione a tutto quel complesso di principii coi quali la nostra Costituzione ha inteso additare una determinata soluzione della questione sociale.

In altre parole, prima di chiedersi se esista o meno, immediatamente o nel prossimo futuro, un diritto soggettivo di ogni singolo lavoratore alla giusta retribuzione, è necessario chiederci cosa significhi « giusta retribuzione » nel quadro generale, storico e concreto, del moto di emancipazione delle classi lavoratrici, e nelle sue varie fasi ed esperienze, nel quadro generale delle quali indubbiamente si colloca anche il tipo di Stato, di « Repubblica democratica fondata sul lavoro », delineato nella nostra Costituzione.

Nel convincimento che una tale indagine possa contribuire a meglio chiarire i termini del problema, si spiega questo ennesimo e modesto intervento, pur dopo che da tanti valenti cultori del nostro diritto, la questione è stata esaminata e riesaminata in tutti i suoi aspetti e profili.

3. Di « giusto prezzo », di « giusta mercede » e di consimili concetti ridondava, come si sa, la concezione economica corporativa preliberale, ad intonazione canonistica (12). Tutte impostazioni e concetti che disparvero d'un sol soffio all'avvento del liberalismo, a sua volta prodotto dalla rivoluzione industriale. Liberalismo che era anche liberismo, affermazione dell'individuo e sul terreno politico-civile e sul terreno economico-sociale. Cose queste sulle quali non merita soffermarsi, dopo tanta elaborazione.

Quello che merita invece ribadire è che a siffatta concezione liberista ignoti non erano come una configurazione di maniera e di dubbio gusto ci tramanda, i valori comunitari d una giusta convivenza, onde solo in un senso improprio oggi suole parlarsi di costituzioni « sociali » e di orientamenti « sociali », in relazione a costituzioni ed ad orientamenti che tali non furono. In realtà codesti valori di giustizia e dell'*optimum* sociale si ritenevano conseguibili a mezzo della libera intrapresa e del libero

(12) Si veda per tutti: A. Fanfani, *Le origini dello spirito capitalistico in Italia*, 1933.

incontro delle forze economiche. Individualismo e liberismo non sostenuti quindi dalla diabolica volontà di prostrare le plebi in quello stato di miseria e di crisi ricorrente che è caratteristico del mondo capitalistico delle origini, bensì dal contrario disegno. Onde più propriamente dovrà parlarsi non d'assenza di una soluzione sociale, bensì di una determinata soluzione sociale, altra essendo la questione della idoneità di quegli strumenti divisati, al conseguimento dei fini proposti (13).

In siffatta esperienza liberista, rafforzata dalla repressione penalistica delle coalizioni operaie e dal disconoscimento della contrattazione collettiva, « giusta » è la retribuzione corrente, risultante dal libero giuoco della domanda e dell'offerta, anche se al lavoratore, stretto e spinto dalle indilazionabili e primordiali esigenze di vita, si contrappone sempre un datore di lavoro che di per sé stesso, costituisce una naturale coalizione (14).

Se v'è pertanto perfetta equivalenza tra « giusta retribuzione » e salario corrente, solo in limitati casi la concreta vicenda di sopraffazione della classe lavoratrice può assumere giuridico rilievo, nell'ambito della categorie civilistiche di un diritto ridotto a puro dato formale (15).

4. Né l'aspetto formale del problema subisce mutamenti con lo sviluppo del movimento sindacale di prima maniera. Al liberismo « atomistico » di interesse conservatore, si sostituisce il liberismo « organizzato », cararerizzato dallo sviluppo delle organizzazioni sindacali, e conseguentemente del contratto collettivo. Questa volta regolamentazione delle condizioni di lavoro è la risultante dell'incontro di due coalizioni. Specie quando il sindacalismo non pone in discussione l'assetto di fondo della società ed accettando i principii della proprietà e dell'iniziativa privata, si propone unicamente di sollevare le condizioni di vita della massa lavoratrice nell'interno dell'economia capitalistica (16).

---

(13) Si veda: W. Cesarini Sforza, *Individuo e Stato nella Corporazione*, in *Il Corporativismo come esperienza giuridica*, 1942, in polemica con le interpretazioni di A. Volpicelli e U. Spirito e le recenti, efficacissime pagine del Crisafulli, *La Costituzione*, cit., 115 ss.

(14) L'espressione è di Adamo Smith.

(15) Si veda: Fadda e Bensa, *Note alle Pandette del Windscherid*, vol. I, 924, e soprattutto: L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto pos. italiano*, 1915, vol. 28, 163 ss.

(16) Il che avvenne, per il sindacalismo britannico, nel periodo di ascesa precedente il « nuovo unionismo » della fine dell'800. Si veda: Sidney e B. Webb, *Storia delle Unioni operaie in Inghilterra*, 1913, ed in particolare 211 ss. Lo stesso avviene, in larghissima misura, per l'attuale sindacalismo nordamericano, non ancora pervenuto alla fase del « collettivismo costituzionale » Si veda, P. Waline, *Les Syndicats aux Etats-Unis*,

Ancora una volta « giusta retribuzione » equivale a retribuzione corrente, determinata dal giuoco del mercato, nel quale mercato però agiscono, con crescente influenza, le organizzazioni operaie. Il problema della giusta retribuzione non si affaccia giuridicamente, nella eccezione oggi corrente del termine, specie quando il sindacalismo apertamente proclama il principio della potenziale infinità delle rivendicazioni operaie (17).

E nemmeno il problema si affaccia quando lo stato appresta espedienti vari per dare al contratto collettivo l'efficacia obbligatoria che gli è coessenziale. Esso appresta soltanto lo strumento giuridico che introduca nell'ordinamento la rinnovata realtà dei rapporti sociali.

5. Il concetto della giusta retribuzione si affaccia, giuridicamente rilevante, solo (18) nelle due tipiche esperienze di corporativismo democratico, cioè nei sistemi d'arbitrato obbligatorio di Australia e Nuova Zelanda. Sono questi gli unici paesi a struttura democratica che hanno tentato di risolvere quello che per il Carnelutti (19) è il problema essenziale del diritto del lavoro: trovare un giudice idoneo per la risoluzione delle controversie sociali.

Era inevitabile che queste legislazioni, accingendosi a bandire scio-

---

ed ivi il capitolo dedicato all'esame della concezione sindacalista statunitense della libera impresa. John Lewis ha così sintetizzato questa ideologia: « Una organizzazione sindacale è una casa di affari. Essa deve pertanto sostenere la concorrenza, in larga misura, alla maniera di una impresa. Essa deve essere condotta alla stessa maniera ».

(17) Tale principio venne esplicitamente proclamato in una mozione approvata dalla Convenzione del 1925 della American Federation of Labour, in aperta opposizione ad ogni criterio di giusta od equa retribuzione, ritenuto pericoloso come suscettibile di stabilizzare una determinata situazione tipo delle masse lavoratici.

(18) Dico « solo », in quanto esclusivamente nei due Paesi oceanici il legislatore ha dato una soluzione unitaria dei problemi del lavoro sotto l'angolo visuale del salario vitale. Altra è la soluzione particolare che in diversi Paesi si è adottata, prescrivendo sistemi legali di determinazione di minimi salariali per particolari categorie soggette allo « sweating system ». Su queste particolari esperienze, si veda: B.I.T., *Le salaire minimum, étude internazionale*, 1940. Egregiamente la Riva Sanseverino, *Salario minimo e salario corporativo*, 1931, comprende la concezione del salario vitale nella più vasta sistemazione tesa alla determinazione dei minimi salariali, e giustamente scrive: « ... il problema del salario minimo risulta come un problema collettivo, di masse e di gruppi, anziché un problema individuale, di datori di lavoro isolati e lavoratori isolati. In tal veste, è chiaro, il salario minimo, insopprimibile fattore di una retta politica salariale, partecipa intimamente delle caratteristiche della nostra più recente modernità nel campo dei rapporti di lavoro », (ivi, 17). Lo stesso deve ripetersi, come dico nel testo della « giusta retribuzione ».

(19) F. Carnelutti, *Sciopero e giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 1.

peri ed agitazioni a mezzo della ufficiale regolamentazione delle controversie collettive, indicassero anche i criteri da eseguire nella determinazione del salario. Ed infatti, nei due dominion, sia gli organi conciliativi delle vertenze (20), sia gli organi arbitrali (21), debbono, nella determinazione della retribuzione, seguire i criteri del *living wage* o salario vitale. E l'art. 3 della legge neozelandese del 1936 dichiara che è vitale il salario che è « tale da rendere possibile ad un uomo sposato, il mantenimento della moglie e di tre figli, in un conveniente e ragionevole livello di vita » naturalmente nell'ambito della potenzialità economica della nazione (22).

Quello che preme sottolineare è che, organizzando questo sistema, ci si è *sincronizzati* con i dati concreti della evoluzione sindacale. Siccome questa mira alla regolamentazione in serie, per interessi collettivi tipici, delle condizioni di lavoro, il sistema di arbitrato obbligatorio dalla realtà dell'evoluzione sindacale prende le mosse e non la disconosce. Gli organi d'arbitrato dovranno determinare il giusto salario non nei confronti dei singoli, né di una somma di singoli, bensì in relazione a tutti gli appartenenti ad una categoria individuata. Il che corrisponde a quella esigenza di ordine, di regolarità che è connaturale al sindacalismo e all'economia moderna, evolvente sempre più verso forme di vita standardizzate e pianificate. In altra forma, nei sistemi in parola, si persegue la stessa precedente finalità del sindacalismo, in una con le esigenze concrete ed effettive dell'economia.

6. E la stessa regolamentazione per serie di interessi collettivi, cioè per categorie, abbiamo storicamente in ogni altro sistema che voglia pubblicisticamente fissare il tasso salariale. Costituzioni ed atti legislativi di vario ordine abbondano di questi concetti, di giusta retribuzione, di equo salario, e vari criteri sono dettati per la concreta realizzazione di questa altissima finalità sociale.

Ma c'è un dato comune che avvicina tutta una serie di diverse

---

(20) Segretari distrettuali neozelandesi ed « Industrial Boards » australiani. Si veda: B.I.T., *La liberté syndicale*, 1930, vol. V.

(21) Tribunale Arbitrale Nazionale neozelandese, Wages Boards negli Stati di Victoria e Tasmania, Trib. del Lavoro negli altri Stati della Confederazione australiana. Si veda: B.I.T., *La liberté*, cit., *supra*, *sub* nota 19.

(22) Sulla elaborazione giurisprudenziale del criterio del « living wage » si veda: Sells Mc Daniel Dorothy, *La reglementation des salaires par l'Etat en Australie et en Nonvelle Zelunde*, in *Revue Int. du Travail*, 1924, 635, 826, 1026. In generale, U. Prosperetti, *L'ordinamento del lavoro in Nuova Zelanda*, 1916.

esperienze, di diversissimo carattere e valore. Accumunazione solo apparentemente arbitraria.

Questo dato comune è appunto che in ogni sistema, la finalità sociale dell'equa ricompensa dell'attività lavorativa si realizza organicamente, armonicamente, a mezzo dell'adozione di soluzioni che hanno sempre di mira la regolamentazione uniforme di categorie e mai l'attribuizione di un diritto soggettivo perfetto, a sé stante, al singolo prestatore d'opera. Ed è un fatto pienamente riconosciuto da uno degli autori che sostengono la natura precettiva dell'art. 36, scrivendo: « Ma quando il legislatore pose mano alla rielaborazione, non più soltanto dottrinale, del diritto del lavoro, parte che la soluzione migliore fosse, anziché riconoscere e dare atto dell'esistenza di questa discutibile violenza morale (tutt'al più, una specie di « indue influence », ignota al diritto italiano), di rafforzare la posizione del prestatore di lavoro mediante un sistema di norme imperative, atte ad evitare che la sua inferiorità economica potesse pregiudicare la libertà di fronte al datore di lavoro » (23). L'attribuzione al singolo lavoratore avviene sempre in subordine a questa regolamentazione per categorie, come riconoscimento di un diritto soggettivo ad una data, determinata retribuzione, discendente da quella prima regolamentazione collettiva di cui si preoccupano i vari ordinamenti. Non si ha mai un diritto del singolo alla giusta retribuzione, a qualche cosa di vago, di indeterminato, di soggettivamente apprezzabile e mutevole, bensì un diritto ben altrimenti specificato.

Sotto questo dato comune possono raggrupparsi tutte, nessuna esclusa, delle esperienze di regolamentazione pubblicistica dei salari. Si abbia il sistema della repubblica democratica di Weimar (24), l'arbitrato

---

(23) G. Giugni, *Nullità*, cit., *supra*, *sub* nota 1.

L'autore però dopo questa acuta osservazione, conclude in modo del tutto diverso, svolgendo i consueti concetti sull'art. 36, cercando di restare fedele alla premessa, forse concependo il potere del giudice ordinario *ex* art. 36 come sussistente laddove manchi la disciplina collettiva. Scrive infatti: « Resta la questione del collegamento dell'art. 36 con la disciplina collettiva, non dimenticando che abbiamo sempre dinanzi l'ipotesi di un mercato di lavoro che si svolge fuori di essa ».

(24) Nell'ordinamento della Repubblica di Weimar nessuna esplicita disposizione troviamo sulla giusta retribuzione, il quale principio però può ritenersi implicito nelle varie disposizioni costituzionali, in particolare nell'art. 163 sul dovere-diritto al lavoro. Sulla diversa impostazione della parte sociale della nostra Costituzione nei confronti di quella germanica del 1919, si veda: G. Baschieri, L. Bianchi, d'Espinosa, C. Giannastasio, *La Costituzione*, cit., *supra sub* nota 1. Sui particolari del sistema si ricordi che con ordinanza ministeriale il contratto collettivo poteva essere dichiarato obbligatorio pel d. 23 dicembre 1918 ed egualmente la decisione arbitrale per i decreti 27 dicembre 1918 e 30 ottobre 1923 e per l'ord. 29 dicembre 1923. Si veda: B.I.T., *La liberté syndicale*, vol. III, 1928.

obbligatorio introdotto in Francia dalla legislazione del Fronte Popolare (25), altri casi di paesi a struttura democratica (26), si passi infine alle varie esperienze corporative (27). Gli stessi criteri stanno alla base dell'attuale legislazione francese sui minimi salariali (28).

Notevolissimo poi quanto rinveniamo nell'ordinamento sovietico, e che corrisponde al dato comune di cui sopra, coi necessari adattamenti derivanti dalla pressoché totale collettivizzazione dell'economia e dalla conseguente pianificazione. L'art. 118 della Costituzione del 1936 proclama il diritto al lavoro ed il conseguente diritto ad una retribuzione

---

(25) L'arbitrato obbligatorio venne introdotto dapprima con l'art. 15 della legge 1º ottobre 1936 sulla svalutazione del franco. Seguì la legge 31 dicembre 1936 ed infine la legge del ministero Chautemps 4 marzo 1938. Si veda: P.H. Teitgen, *L'arbitrato obbligatorio nei conflitti di lavoro*, in *L'esperienza sociale francese 1936-39*, a cura di W. Cesarini Sforza, 1940. Al sistema non si accompagnava però la incriminazione dello sciopero, sulla quale contraddizione si veda: Paul Pic, *Les nouvelles lois ouvriers*, in *Revue Politique et Parlamentaire*, 1937, 214. L'art. 5 della legge 31 dicembre 1936, disponeva: « L'arbitrato avrà per fine la formulazione di un regolamento equo delle condizioni di lavoro, al fine di creare nei luoghi di lavoro una atmosfera di collaborazione, nel rispetto dei reciproci diritti delle parti: il diritto di proprietà, il diritto di proprietà, il diritto sindacale, la libertà individuale e di lavoro ».

(26) Cost. messicana, art. 123, parg. VI: « Il salario minimo che dovrà avere il lavoratore sarà quello valutato come sufficiente, secondo le condizioni di ogni regione, per soddisfare ai bisogni normali di vita del lavoratore, alla sua educazione ed onesti svaghi, considerandolo come padre di famiglia ». Ma il parg. IX dispone: « La fissazione del tipo di salario minimo... sarà fatta da commissioni speciali formate in ogni municipio e subordinate all'Assemblea centrale di conciliazione, istituita in ogni Stato ».

(27) Il principio del salario corporativo cui alla dichiarazione XIII della Carta del Lavoratore Fascista si concretizza poi nel complesso di istituti di quel diritto sindacale, e cioè a mezzo dei contratti collettivi obbligatori e della sentenza della Magistratura del Lavoro. Per il Portogallo lo stesso principio dell'art. 31, n. 3, Cost. si realizza attraverso quel particolare sistema corporativo. Per la Spagna dispone la dichiarazione III del Fuero del Trabajo: « La retribuzione del lavoratore dovrà raggiungere, come minimo, un ammontare sufficiente al lavoratore ed alla sua famiglia, per condurre una vita morale e degna ». Ma pel punto n. 4 della stessa III dichiarazione sarà lo Stato a fissare in concreto la misura della retribuzione, nella tipica esperienza del « sindacalismo verticale ». Nella Germania nazista il regolamento collettivo emanava unilateralmente dal datore di lavoro « Herr in Hause » (art. 26 legge 20 gennaio 1934). Però i « Treuhander der Arbeit » emanavano regolamenti minimi regionali e nazionali.

(28) Anche dopo la nuova legge sui contratti collettivi dell'11 febbraio 1950, il governo, sulla base del bilancio tipo predisposto dalla Commissione superiore dei contratti collettivi, fissa in via legislativa il salario minimo nazionale ed interprofessionale. Secondo la predetta Comm. il salario minimo deve essere tale « qu'il assure en tour êtat de cause et au minimum les besoins individuels et sociaux de la personne humaine, considérés comme élémentaires et incompressibles ». Si veda: A. Rouast e Durand, *Precis de legislation industrielle*, 1951.

proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto. Ma tale diritto è assicurato « dall'organizzazione socialista dell'economia nazionale, dall'incessante incremento delle forze produttive della società sovietica, dalla eliminazione delle possibilità di crisi economiche e dalla liquidazione della disoccupazione ». A tale scopo la vita economica dell'Unione « viene determinata ed indirizzata secondo un piano statale dell'economia nazionale, la cui direttiva è l'accrescimento della ricchezza sociale, l'incessante miglioramento del livello materiale e culturale dei lavoratori, il potenziamento dell'indipendenza dell'URSS e l'aumento delle sue capacità difensive » (art. 2 Cost.).

Adunque, proclamazione solenne del diritto alla « proporzionata retribuzione ». Ma, secondo il tipico costume degli atti costituzionali sovietici, a questa proclamazione solenne del principio, consegue la indicazione concreta dei mezzi che, secondo il legislatore di quel paese, debbono assicurare ai lavoratori questo diritto.

In definitiva anche qui di un diritto soggettivo perfetto, autonomo, del singolo lavoratore, dovrà parlarsi solo sulla base della regolamentazione ufficiale dei salari, fissati come un capitolo del piano economico dettato dal Gosplan e concretamente specificati nei contratti collettivi (29).

7. A questo punto possono trarsi, alcune prime conclusioni. In primo luogo, la semplice proclamazione in un testo costituzionale del diritto alla giusta retribuzione non è di per sé stessa attribuitiva di un diritto soggettivo perfetto al singolo lavoratore. Nelle diverse disposizioni straniere sopra viste, e tra le quali è decisivo l'art. 118 della Costituzione sovietica, la solenne proclamazione di questo rivoluzionario principio che mette in luce, in luogo della merce lavoro di liberistica consuetudine, il valore della personalità umana e vuoi piegare l'economia al soddisfacimento di interessi comunitari, assume il valore di una norma di scopo (30), una di quelle norme cioè, eminentemente programmatiche, che indicano una delle fondamentali finalità sociali di un ordinamento.

La quale finalità si svolge poi concretamente, nei singoli ordinamenti, in successive indicazioni degli strumenti o mezzi pel consegui-

---

(29) Sulle particolari modalità della determinazione dei salari nell'U.R.S.S., si veda in: C. Bettelheim, *La pianificazione sovietica*, 1949, il capitolo « Alcune questioni speciali ». In definitiva il salario viene determinato dallo Stato e i sindacati esplicano una pura funzione consultiva. Che il contratto collettivo (Koldogovor) si riduca nell'U.R.S.S. ad un *nomen iuris* è esatto, come precisa G. Mazzoni, *La conquista della libertà sindacale*, 1946, 139 ss. Cosa inevitabile in uno Stato a completa collettivizzazione e pianificazione.

(30) L'espressione è di P. Barile, *La Costituzione come norma giuridica*, 1951, 35 ss. Si veda pure: V. Crisafulli, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *La Costituzione*, cit., *supra*, *sub* nota 9, 27 ss.

mento del giusto salario. E comunque predisponendo lo Stato la legge collettiva delle categorie, v'ha questo secondo punto decisivo da considerarsi, che cioè la determinazione della giusta retribuzione avviene sempre con carattere di generalità, sulla base della struttura portata innanzi dal sindacalismo (31).

Solo da questa concreta determinazione categoriale, conseguono poi determinate posizioni subiettive attive, a favore dei singoli componenti la categoria. Ed è questo il terzo punto.

8. Tenendo presenti le precedenti considerazioni, si tratta di esaminare ora la questione in relazione al nostro ordinamento, quale precisa portata abbia, nell'ambito dello stesso, il principio dell'art. 36.

E precisamente il problema da risolvere non è quello di vedere se la norma in oggetto, dando per pacifica una certa tripartizione delle norme costituzionali oggi prevalente (32), sia programmatica o precettiva dell'uno o dell'altro tipo, bensì l'altro di vedere, una volta posto il principio informatore della giusta retribuzione, quali determinate indicazioni abbia il costituente dato per la concretizzazione dello stesso principio, e se per avventura il costituente abbia inteso attribuire ad ogni singolo lavoratore un diritto soggettivo. Ancor più chiaramente si tratta di vedere se, per la concretizzazione del sopradetto principio, il costituente abbia voluto attribuire ai giudici ordinari il potere di determinare in concreto la giusta retribuzione, in relazione ad ogni singola controversia.

Ripeto ancora una volta che il principio di per sé, ben poco significa al nostro proposito. E un autore, che certamente non si può accusare di voler procrastinare la concreta applicazione della Costituzione, ha del resto chiaramente affermato che la formula usata dal costituente, ed in particolare la parola « diritto », non è di per sé stessa decisiva (33). Il problema va quindi visto in questi precisi termini concreti.

---

(31) Inutile ricordare i numerosi congegni escogitati dalle organizzazioni sindacali e dai pubblici uffici per questa determinazione categoriale: bilanci tipo per famiglie tipo, pacchetti salariali ecc.

(32) Si veda per tutti: G. Azzariti, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in *Problemi attuali di dir. cost.*, 1951, 97 ss.

(33) V. Crisafulli, *Costituzione e protezione sociale*, in *La Costituzione*, cit., *supra*, *sub* nota 9, 135: « Non devono trarre in inganno, al riguardo, le espressioni usate (ogni cittadino ecc. ha diritto; oppure i lavoratori ecc. hanno diritto ecc.) le quali stanno infatti a indicare, non l'attribuzione diretta ed immediata del diritto soggettivo a coloro che si trovano nelle condizioni ipotizzate, ma piuttosto il fine specifico cui deve rivolgersi la legislazione dello Stato in materia assitenziale e previdenziale ». *Supra*, *sub* nota 9 abbiamo riferito in particolare il pensiero dell'autore sul nostro problema. E, del resto, spesse volte,

9. Procedendo gradatamente, diamo per un momento come pacifica la risposta affermativa al quesito posto nel precedente paragrafo. E facciamo questa ipotesi per vedere le conseguenze di siffatta strumentazione del principio dell'art. 36.

Un autore (34), ha parlato di dubbia originalità del nostro costituente, in relazione all'espediente divisato nell'art. 39 per avere il contratto collettivo obbligatorio. Un tale giudizio, di gran lunga accentuato, dovrebbe ripetersi, per lo stesso costituente, supponendo che lo stesso abbia attribuito al giudice ordinario quel determinato potere di fissazione dei salari. Poiché esso avrebbe adottato, ai fini delle garanzie del lavoro, il peggiore degli espedienti e dei sistemi immaginabili.

Nelle altre esperienze straniere abbiamo visto, sommariamente, quali criteri ispirino il legislatore nell'adottare un sistema o di riconoscimento del contratto collettivo o di disciplina legale delle condizioni di lavoro (35). Questi criteri, sostanzialmente, sono tre: *a*) determinazione uniforme delle condizioni di lavoro per categorie sociali; *b*) determinazione organica ed armonica, in genere a mezzo di un organo apposito o di organi appositi, e, ove si abbiano organi regionali, istituzione di un organo centrale coordinatore nelle questioni di rilevanza nazionale o interprofessionale (36); *c*) possibilità di stretto contatto o addirittura di partecipazione dei rappresentanti sindacali all'organo specifico istituito,

---

e da giuristi e da non giuristi, la parola « diritto » viene usata non nello specifico significato tecnico della scienza giuridica, bensì in un significato politico-sociale. In questo significato pregiuridico molte volte il termine in parola è usato dai costituenti, specie quando animati da profonda volontà innovatrice, come nel caso della nostra Costituzione

(34) M. Giuliano, *Associazioni sindacali e contratti collettivi, supra*, *sub* nota 9, vol. I, 61: « triste privilegio di una originalità ».

(35) Il sistema di diritto sindacale statunitense si distacca alquanto da tutti i restanti, in quanto le rappresentanze sindacali riconosciute vengono elette in collegi elettorali o uniti i quali sono determinati dal N.L.R.B. con criterio non rigidamente determinato, ma in relazione alle situazioni particolari. I tre fondamentali criteri sono: *a*) *employer unit* o raggruppamento di tutti i lavoratori dipendenti da una determinata impresa; *b*) *craft unit* o raggruppamento dei lavoratori per professione, in seno alla stessa impresa; *c*) *plaint unit* o raggruppamento dei lavoratori per stabilimento. Si ricordino comunque le gigantesche proporzioni di certe imprese nordamericane. Sul problema si veda: F. Mancini, *La rappresentanza sindacale nel diritto statunitense e l'art. 39 della Costituzione italiana*, in *Riv. dir. lav.*, 1950, I, 463.

(36) Nei paesi nei quali lo Stato rifugge dal dettare esso stesso la regolamentazione collettiva e si limita a sanzionare i risultati della contrattazione intersindacale, alle stesse esigenze si provvede curando, nel dichiararne l'obbligatorietà da parte dello Stato, che i contratti collettivi siano stipulati da sindacati effettivamente rappresentativi. La nozione è soprattutto elaborata in Francia, dove la circolare ministeriale 23 maggio 1945 ha determinato i requisiti dei sindacati più rappresentativi. La nozione è comparsa anche nel diritto sindacale inglese con lo « Industrial Disputes Order », del 1º agosto 1951.

onde la determinazione delle condizioni di lavoro avvenga tenendo conto della volontà dei diretti interessati (37).

Orbene, nel nostro caso, non avremmo niente di tutto questo. Bensì ognuno di quei criteri (che sono poi vantaggi non indiffrenti), completamente frustato con il riconoscimento al giudice ordinario di questo potere. Ed infatti: *a*) non si avrebbe una determinazione organica ed armonica delle condizioni di lavoro, con carattere di generalità in relazione alle varie categorie, per quel determinato periodo e territorio, ma anzi, al contrario tante diverse decisioni, anche contrastanti, su rapporti di lavoro della stessa categoria (38); *b*) nessun diretto contatto delle rappresentanze sindacali, con sminuimento delle stesse, tutto essendo affidato al personale, prudente arbitrio del magistrato, nella ricerca del materiale probatorio pel suo convincimento.

In sostanza il più artificioso, controproducente, assurdo sistema di regolamentazione dei salari sulla base del principio informatore della giusta retribuzione, in contrasto con le stesse tipiche caratteristiche del sindacalismo.

Se veramente questo fosse stato l'intento del costituente, possibile che non lo abbia esplicitamente dichiarato? Eppure non erano a lui ignote le più varie e tipiche esperienze di diritto sindacale, come la successiva discussione sull'organizzazione sindacale e sul diritto di sciopero renderà palese (39).

10. Essendovi quindi una fondata presunzione che il nostro costituente abbia voluto, nell'attuare il principio della giusta retribuzione, attenersi ad uno dei consueti, esperimentati criteri, la domanda da porsi è questa: vi è un espediente che nella nostra Costituzione risponda a questi criteri?

---

(37) Ad es., nei sistemi ad arb. obb. di Australia e Nuova Zelanda negli organi menzionati *supra*, *sub* note 19 e 20 o sono direttamente presenti, in forma paritetica, i rappresentanti delle due parti o viene in altro modo stabilito uno stretto contatto con le organizzazione di parte.

(38) Inoltre, costituendo indubbiamente la determinazione del giusto salario un apprezzamento di merito incensurabile in Cassazione, non si potrebbe nemmeno avere, a lunga scadenza, una giurisprudenza uniforme (in sé stessa difficultata dalla continua mobilità del costo della vita), per l'autorità delle pronunce del Supremo Collegio.

(39) Ai sostenitori della contraria tesi, il Sermonti, *L'adeguamento*, cit., *supra*, *sub* nota 9, obietta felicemente che il... si deve avere il coraggio di dire che si arriverebbe — con spoglie alquanto mentite — alla fissazione delle condizioni di lavoro da parte della magistratura... ma anche senza la determinazione precisa dei casi e dei limiti di esercizio di un tale potere normativo e senza le garanzie di speciali procedure, di speciali organi socialmente sensibilizzati, di speciali controlli ecc. ».

A mio parere l'espediente esiste, ed è appunto la possibilità del contratto collettivo obbligatorio, secondo l'art. 39 Cost. Cioè possibilità di disciplina uniforme delle condizioni di lavoro, se è vero, come è storicamente vero, che in definitiva la giusta retribuzione, ove non si vogliano edificare categorie metafisiche, coincide sempre con i vari e ben determinati modi coi quali, all'interno d'ogni singolo ordinamento, la retribuzione può in concreto determinarsi. Il che è appunto previsto nel nostro paese.

Questa è la via principale indicata per la concretizzazione di quanto dispone il comma 1 dell'art. 36. Ed è la via ben sperimentata in tanti ordinamenti stranieri. Seguendola, il nostro paese è sul filone di un processo decennale e internazionale.

Ma via principale, non significa via esclusiva. La possibilità della contrattazione collettiva non impedisce al legislatore di emanare leggi sui minimi salariali, a somiglianza di altri paesi (40), specie se la nostra economia, sulla base di profonde rifonde di struttura, entrerà nelle esperienze dirigiste e pianificatrici.

E questa duplice indicazione risponde del resto a tutto lo spirito della Costituzione. La quale, tutta informata ad un orientamento di democrazia solidale, i suoi principi economici-sociali sempre affida concretamente, per la loro realizzazione, all'alternativa, teoricamente equivalente, della iniziativa privata e di quella pubblica. L'iniziativa economica privata è libera, ma dovendo essa svolgersi con finalità « sociali », la legge può dettare programmi ed imporre controlli (art. 41); la proprietà privata è riconosciuta, ma dovendo l'attività economica rispondere a criteri di interesse generale, lo stato può procedere alla riforma industriale (art. 43) e a quella agraria (art. 44). In ognuno di questi articoli v'è un principio informatore: l'economia gestita nell'interesse generale, ma c'è sempre una alternativa di strumentazione.

Lo stesso avviene per la giusta retribuzione di cui al comma 1 dell'art. 36. Il principio è chiaro: il salario deve essere sufficiente a soddisfare le esigenze della personalità umana. Strumenti determinatori di questa giusta retribuzione di diverso tipo si hanno: e cioè la contrattazione collettiva, la legge dello Stato, ed anche, come vedremo, il semplice incontro della volontà dei singoli. Il tutto poi condizionato a tutto il complesso dei principi sociali della Costituzione.

---

(40) È convinto assertore della esclusività della contrattazione collettiva, F. Santoro-Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Scritti giara in onore di F. Carnelutti*, vol. IV, 1950, 437 ss.

11. Tuttavia qualche autore (41) ritiene di poter agevolmente conciliare due cose che insieme non stanno. Il Pugliatti afferma infatti che il detto potere dei giudici ordinari sussisisterà fin quando non si avranno contratti collettivi obbligatori. Qualche sentenza ritiene ad dirittura che il costituente abbia dettato l'art. 36 in previsione delle questioni intime diate e socialmente urgenti, quasi si tratti di un potere transitorio (42). Altri infine ritiene che, anche dopo l'emanazione della legge sindacale, il giudice ordinario possa esercitare questo potere per le categorie sprovviste di contratto collettivo obbligatorio (43).

Ed il Pugliatti fonda questa sua tesi, intimamente contraddittoria, rilevando che se domani vi saranno contratti collettivi obbligatori, essendo questi approvati dalle rappresentanze unitarie dei lavoratori, v'è la fondata presunzione ch'essi realizzino il disposto dell'art. 36 (44).

Ma non si vede veramente come possa sostenersi una simile presunzione. Se si concepisce metafisicamente la giusta retribuzione, al di la cioè dei concreti strumenti predisposti dagli ordinamenti per la determinazione del compenso dell'attività lavorativa, ben difficilmente può ritenersi, in via generale, che i contratti collettivi realizzino *eo ipso* la giusta retribuzione stessa. Infatti i contratti collettivi che saranno stipulati dalle rappresentanze unitaria, saranno la risultante dell'incontro di due volontà contrapposte, cioè la risultante di un concreto e determinato rapporto di forza tra le categorie contrapposte.

Se prevvarrà specialmente il criterio secondo il quale la rappresen-

---

(41) Pugliati, *La retribuzione*, cit., *supra*, *sub*, nota 1. *Contra*, nel senso che il giudice possa andar contro la determinazione dei contratti collettivi obbligatori ai sensi dell'art. 39 Cost.; U. Natoli, *Ancora*, cit., *supra*, *sub* nota 1; V. Panuccio, *L'art. 36*, cit., *supra*, *sub* nota 1; G. Baschieri, L. Bianchi d'Espinosa, C. Giannattasio, *La Costituzione*, cit., *supra*, *sub* nota 1, per i quali ultimi i contratti collettivi obbligatori non sono leggi che possano essere esclusivamente giudicate dalla Corte Costituzionale « ma debbono piuttosto, nonostante il loro carattere sostanzialmente normativo, essere assimilati formalmente ai contratti privati ». L'affermazione suona puramente gratuita.

(42) Trib. Genova 7 novembre 1950, *supra*, *sub* nota 7. Ritiene infatti la sentenza, che il costituente abbia dettato nell'art. 36 una norma programmatica da concretizzarsi da parte della futura legislazione, ma « ... nello stesso tempo ha dettato delle norme precettive di diretta ed immediata applicazione nelle questioni di pronta risoluzione e di maggiore urgenza in quanto assumono un carattere di società che più direttamente incide sulla generalità dei cittadini ».

(43) R. Scognamiglio, *Sull'applicabilità*, cit., *supra*, *sub* nota 1.

(44) S. Pugliatti, *La retribuzione*, cit., *supra*, *sub* nota 1: « Posto ciò, si può ritenere che la retribuzione determinata nel contratto collettivo sia da ritenere conforme alla norma costituzionale: può, oltre tutto, legittimamente ritenersi che, in caso contrario, essa non sarebbe stata accettata dai rappresentanti dei lavoratori ».

tanza unitaria potrà vincolare legittimamente l'intera categoria indipendentemente dal rapporto proporzionale intercorrente tra il complesso delle forze organizzate e la categoria stessa (45), e si terrà quindi unicamente conto dei sindacati, può ben darsi che questi in concreto rappresentino solo esigua minoranza di lavoratori. Né sono rari, nella storia del sindacalismo, i periodi di crisi e di rapido afflosciamento dello stesso (46). Ed allora le rappresentanze unitarie, specialmente se non seguite dalle masse sul terreno dell'azione diretta (strumento, questo, essenziale per una « buona », contrattazione collettiva « si troveranno in posizione di inferiorità di fronte ai ceti padronali e quindi costrette ad accettare contratti di non completo loro soddisfacimento. Potrà quindi ben verificarsi che il contratto collettivo non realizzi l'*optimum* sociale, bensì sia il frutto

---

(45) Infatti tanto l'art. 13 del primo progetto Marazza, quanto l'art. 14 del progetto Rubinacci (Atti della Camera dei Deputati, doc. n. 2380), non richiedono, per la validità del contratto collettivo obblligatorio alcun *quorum* della rappresentanza unitaria nei confronti della categoria interessata. Si erano invece pronunciati per tale *quorum*: l'art. 18 del Progetto della rivista *Il diritto del lavoro*, ivi, 1949, I, 3 (30% della categoria); L. A. Miglioranzi, *Aria libera al sindacato*, in *Dir. lav.*, 1949, I, 325; S. Lissona, *Problemi relativi alla registrazione dei sindacati*, in *Riv. dir. lav.*, 1949, I, 38; G. Mazzoni, *La disciplina dei sindacati e dei contratti collettivi di lavoro nel sistema delineato dall'art. 39 Cost.*, in *Riv. dir. lav.*, 1949, I, 17; V. Cassì, *La rappresentanza unitaria dei sindacati registrati*, in *Riv. dir. lav.*, 1950, I, 158 e 341; *Conf. Gen. Ind. Ital. e Conf. Gen. It. Comm. Estero*, in *Disposizioni per la disciplina giuridica dei rapporti di lavoro*, quaderno n. 3 della *Riv. dir. lav.*, rispettivamente 108 e 150; G. Maranini e A. Marzotto, *L'art. 39 della Cost. e l'organo pubblico della categoria professionale*, in *Riv. dir. lav.*, 1949, I, 181, proponevano, allo stesso fine, che a costituire le rappresentanze unitarie fossero chiamati, in una coi rappresentanti dei sindacati, rappresentanti direttamente eletti dalle categorie. Contrari: M. Scorza, *Il nuovo ordinamento sindacale nello spirito della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1949, I, 287; G. Cagnoni, *I conflitti collettivi del lavoro e la futura legge sindacale*, in *Dir. lav.*, 1950, I, 262; A. Grechi, *Stipulazione ed efficacia dei contratti collettivi di lavoro*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1949, 2, 86; G.M. De Francesco, *Il contratto collettivo e l'art. 39 Cost.*, in *Riv. amm. repp. it.*, 1949, I, 591; Conv. Dir. Sind. indetto da in *Foro padano*, Stresa, sett.-ott. 1950, in *Riv. dir. lav*., 1951, in *Notiziario*, 4; C.G.I.L. e C.G.I.C., in *Disposizioni*, cit., *supra*, 82 e 131. La Riva-Sanseverino, *Diritto sindacale*, 1951, 276-277 accenna all'importanza e delicatezza del problema, senza prendere posizione.

(46) Sono tipici dell'organizzazione sindacale gli alti e bassi cui essa è soggetta in diffusione organizzativa e potenza di massa, in relazione alle particolari situazioni dei vari periodi e nei vari paesi. Citerò solo due casi tipici. Il sindacalismo nordamericano, alla vigilia del New Deal, giaceva prostrato in una grave crisi, tanto da far presagire, per un complesso di fattori, la prossima scomparsa della A. FL. Col New Deal l'organizzazione ha invece una decisiva ripresa e diviene un ganglo vitale della struttura del paese. Si veda: M. Pierro, *L'esperimento Roosevelt e il movimento sociale negli Stati Uniti d'America*, 1937, 202 ss. Nel 1936, nel giro di pochi mesi, all'epoca del Fronte Popolare, la C.G.T. francese passa rapidamente da un milione ad oltre cinque milioni di aderenti!

di un contingente rapporto di forza sfavorevole alle avanguardie sindacaliste.

La presunzione escogitata dall'esimio giurista, evidentemente per non giungere all'assurdo di non ritenere domani sindacabili dal giudice ordinario i contratti collettivi obbligatori, non regge. Ben più coerenti quindi, coloro che, in base alla stesse premesse dell'autore, giungono alla estreme conseguenze.

12. Pur tuttavia la retribuzione che sarà fissata nei contratti collettivi obbligatori, sarà « giusta » in un altro, ben più profondo, significato, siccome è vecchia verità che *dormientibus iura non succurunt*. La Costituzione offre ai lavoratori il congegno per veder realizzate le proprie esigenze. Ad essi compete fare della rappresentanze unitarie le effettive, autorevoli rappresentanze del mondo del lavoro.

13. V'è ben altro. Non solo i contratti collettivi obbligatori potranno non esattamente corrispondere a ciò che si ritenga socialmente giusto, ma ben potranno essi non venire in essere. L'art. 39 dispone infatti, che le rappresentanze unitarie possono e non debbono stipulare i contratti collettivi (47).

Data questa possibilità d'assenza della contrattazione collettiva, risultante dalla contraria volontà delle categorie interessate (ed è equivalente l'altra ipotesi che la categoria dei prestatori non possa piegare all'accordo la categoria padronale, sul terreno dei rapporti di forza), permane, in ipotesi, sovrano il regime privatistico del contratto individuale (48). Ed, in questo, allo spirito dell'art. 39 Cost., fa riscontro quanto è disposto dall'art. 2077 c.c.

Né in questo v'è niente che spaventi. Se il destino della giusta retribuzione è infatti legato alla contrattazione collettiva, questa tuttavia si fonda su determinati presupposti, essenziale tra questi il libero incontro e scontro delle categorie contrapposte.

---

(47) Cosa ben diversa è l'obbligo da alcuni richiesto che i sindacati registrati partecipino alle trattative condotte dalle rappresentanza unitarie, per evitare manovre ostruzionistiche e rette al non raggiungimento della maggioranza necessaria per la stipula dei contratti collettivi obbligatori. In tal senso: il Prog. de *Il Dir. del lav.*, *supra*, *sub* nota 44 (art. 18); V. Cassì, *La rappresentanza*, cit., *supra*, *sub* nota 44; la C.I.D.A., in *Disposizioni*, cit. *supra*, *sub* nota 44. Più semplicemente a mio parere, basta determinare la maggioranza sufficiente, come nell'art. 14 del progetto Rubinacci.

(48) Salvo che l'efficacia dei contratti collettivi obbligatori scaduto sia prorogato *ex lege*, come disponeva l'art. 2074 c.c. Per questo problema, molto dibattuto in dottrina, si veda l'art. 21 del progetto Rubinacci.

14. Un apposito cenno merita la particolare interpretazione che dell'art. 36 ha dato Aldo Cessari (49). L'autore spinge alle estreme, logiche conseguenze l'indirizzo dei sostenitori della cosidetta efficacia precettiva dell'art. 36.

Contro i sostenitori della natura programmatica del principio obietta che nessuna legge ordinaria potrebbe svolgere il principio della giusta retribuzione. Essa potrebbe al massimo stabilire il minimo salariale di tutti i lavoratori, « ma non verrebbe così realizzato il principio costituzionale perché l'art. 36/1 stabilisce qualche cosa di più e di diverso: la retribuzione, oltre che sufficiente, deve essere anche proporzionata alla qualità e quantità. del lavoro prestato. Si deve trattare di una peculiare valutazione del caso concreto che sfugge appunto per questo, ad ogni inquadramento in categorie astratte predeterminate dalla legge ». E anche se la legge stabilisce tanti minimi salariali in relazione alle singole categorie, non per questo sarebbe realizzato il disposto costituzionale mentre l'art. 36/1 tende non tanto a stabilire tale principio, quanto ad attribuire al singolo lavoratore il diritto all'equo ed integrale compenso per la specifica opera prestata ». Ne consegue che l'unica via, la esclusiva, per rendere operante l'art. 36, è di riconoscere attribuito al giudice ordinario il potere di cui sopra (50).

È la completa teorizzazione di quell'assurdo che si vorrebbe leggere tra le righe della Costituzione, attribuendo alla stessa una ben triste originalità. Non so se il valente autore si rende conto di come le sue affermazioni contrastino radicalmente con la peculiare caratteristica del diritto sindacale, ovunque cospirante alla standardizzazione delle condizioni di vita, ad una nuova certezza del diritto, sul terreno dell'economia e del lavoro.

15. Le suesposte considerazioni sono infine ampiamente suffragate dai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, i quali, pur non decisivi, conservano sempre un indubbio valore. Il principio della giusta retribuzione fece ingresso con le relazioni degli onn. Togliatti e Lucifero

---

(49) A. Cessari, *L'invalidità*, cit., *supra*, *sub* nota 1.

(50) Per l'autore, date le premesse, nemmeno la contrattazione collettiva può realizzare il disposto dell'art. 36, e quindi, è fortemente critico nei confronti delle autorità giurisdizionali che, esercitando l'asserito potere derivante dal combinato disposto degli artt. 36 Cost. e 2099 c.c., si riferiscono, *sic et simpliciter*, ai contratti collettivi esistenti. Coerentemente scrive: « Non è chi non veda che in tal modo si otterrebbe uno sviamento della *ratio* che sta a fondamento della norma ».

alla prima sottocommissione per la Costituzione (51). In seno a questa, il principio trovò approvazione, pur in mezzo a molte perpelessità espresse da deputati di diversi gruppi, come gli onn. Mastrojanni e Cevolotto (52). Notevoli le precisazioni degli onn. Dossetti e La Pira, secondo i quali, il principio in parola, era condizionato al passaggio dell'economia nazionale dal tipo liberistico a forme dirigiste. L'affermazione è ben poco pertinente. Pur tuttavia, implicitamente, esclude quel potere dei giudici di cui oggi si parla. Anzi sottolinea tutto quel complesso di espedienti uniformi ed organici coi quali lo Stato contemporaneo ritiene di poter conseguire una maggiore valorizzazione del lavoro umano.

In seno alla terza sottocommissione, sostenne il principio l'on. Fanfani, con l'ulteriore proposta che la Repubblica garantisse questo diritto con l'emanazione di leggi sul minimo salariale (53). Notevole quivi l'intervento critico dell'on. Di Vittorio che, conformemente alla più genuina tradizione sindacalista, obiettò all'on. Fanfani la pericolosità della proposta e sotto il profilo dello svuotamento dell'azione sindacale a seguito dell'intervento statale e sotto l'altro aspetto della affermazione di un principio suscettivo di generalizzare il lavoro a cottimo. In un primo momento veniva raggiunto un compromesso tra le due tesi, modificando l'on. Fanfani la sua proposta, nel senso che la legge si sarebbe limitata a favorire la concretizzazione del principio dettando all'uopo norme sul contenuto inderogabile dei contratti collettivi (54). In un secondo momento, dopo un intervento del tutto avverso dell'on. Canevari, l'on. Di Vittorio chiedeva il rigetto della proposta, ed il suo voto venne esaudito.

Nell'assemblea plenaria, in sede di discussione generale del titolo terzo del progetto, gli onn. Della Seta e Nitti criticarono fortemente il progettato art. 36 (55). Fondamentale, nella discussione particolare (56), l'intervento dell on. Colitto, per il quale il principio esprime soltanto un criterio informatore del nuovo stato: « ... con la quale frase, naturalmente, si esprime per lo meno una grande ansia di progressivo, continuo superamento delle condizioni di vita della classe lavoratrice in un determinato periodo ».

---

(51) In Ass. Cost., *Atti della Commissione per la Costituzione*, vol. II, *Relazioni e Proposte*, rispettivamente 67 e 69.

(52) In *Atti della Prima Sotto Commissione*, verb. n. 18 del 3 ottobre 1946, 180 ss.

(53) In *Atti della Terza Sotto Commissione*, verb. n. 2 dell'11 settembre 1946, 22 ss.

(54) Gli onn. Fanfani e Di Vittorio evidentemente non pensavano alla superfluità di questa seconda versione dell'originaria proposta, essendo finalità essenzialissima del sindacalismo quella di assicurare ai lavoratori della stessa categoria un minimo uniforme.

(55) In *Atti dell'Assemblea Costituente*, rispettivamente 3682 e 3727.

(56) In *Atti dell'Assemblea Costituente*, verb. n. CXIX del 10 maggio 1947, 3802 ss.

È un ordine del giorno degli onn. Bibolotti e Bitossi che vuole la determinazione legislativa del minimo salariale (57), ma la proposta venne respinta, ed è estremamente significativo, per l'astensione del gruppo democratico-cristiana, così motivata dal suo presidente on. Gronchi: « A noi pare, nel merito, che il salario minimo individuale e familiare non possa essere stabilito dalla legge. Mi pare che praticamente si miri, in tal modo, a disciplinare una materia estremamente varia e diversa a secondo dei settori produttivi. E un compito contrattuale questo, che è difficile ridurre a compito legislativo ».

Se non erro, il costituente si muoveva proprio nell'ordine dei suesposti concetti e non c'è la minima traccia, nella assai ampia discussione, di un qualche cosa che suffraghi la tesi della cosidetta precettività dell'art. 36 (58).

16. Concludendo il principio della giusta retribuzione di cui all'art. 36, costituisce indubbiamente una affermazione di altissimo valore caratterizzante il nuovo tipo di stato che, attraverso il complesso delle indicazioni costituzionali, si intende affermare. Ma, coerentemente all'evoluzione storica del sindacalismo, alla trasformazione strutturale dello stato liberale in stato a democrazia solidale, conseguentemente ai propositi espressi dal costituente, esso non attribuisce al singolo lavoratore una posizione subiettiva attiva cui possa attribuirsi la qualifica, rigorosamente tecnica, di diritto soggettivo azionabile innanzi le magistrature ordinarie. Esso invece è strettamente collegato ed armonizzato coi dati fondamentali di cui il sindacalismo è portatore e in definitiva si inserisce, come l'esperienza di altri paesi suffraga, nella crescente evoluzione verso la regolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro. Alla pratica efficacia ed al vario atteggiarsi di questa regolamentazione collettiva è quindi demandata la sua effettiva concretizzazione e negli stati ancora a struttura essenzialmente capitalistica ed ancor più negli stati a struttura pianificata dell'economia. Solo da questa regolamentazione collettiva derivano; in ultima analisi, concreti e perfetti diritti soggettivi dei singoli prestatori d'opera.

La stessa formulazione letterale dell'art. 36/1 può agevolmente riferirsi ai dati della contrattazione collettiva. Ed infatti due separate proposizioni nell'articolo si contengono. Una prima secondo la quale la

---

(57) In *Atti*, cit., supra, *sub* nota 55.

(58) Nel testo dell'art. 36 si fece menzione anche alla famiglia del lavoratore, per ripetuta insistenza dei deputati di parte democratico-cristiana, conformemente ai postulati della scuola cristiano-sociale.

retribuzione deve essere proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato ed una seconda esigente un minimo salariale sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia « un'esistenza libera e dignitosa ».

Ora la proporzionalità alla quantità di lavoro prestato può intendersi in senso collettivo ed ha un addentellato con quanto già disposto dall'art. 2100 c.c. Allorché questo articolo sancisce che il lavoratore deve essere retribuito a cottimo « quando, in conseguenza dell'organizzazione del lavoro, è vincolato all'osservanza di un determinato ritmo produttivo, o quando la valutazione della sua prestazione è fatta in base al risultato della misurazione dei tempi di lavorazione », c'è sempre alla base questa esigenza di proporzione quantitativa, la cui concreta determinazione è demandata ai contratti collettivi.

E la proporzionalità qualitativa della retribuzione può agevolmente intendersi come un equivalente della tripartizione dei prestatori di lavoro di cui all'art. 2095 c.c. e alla minuta castica introdotta dai contratti collettivi. L'affermazione costituzionale in questo senso può significare, nel ribadire l'esigenza di questa varia considerazione delle varie attività e qualifiche, la condanna di ogni piatto egualitarismo che volesse togliere ogni incentivo pratico alla volontà d'ascendere nella gerarchia del lavoro.

In terzo luogo, la seconda proposizione dell'articolo, oltre ad una indicazione precisa per la contrattazione collettiva, costituisce la implicita autorizzazione di eventuali leggi di minimi salariali.

Così inteso, l'art. 36/1 armonizza con l'attuale stadio del nostro diritto sindacale e specialmente con quello in prospettiva, in attesa della tanto auspicata legge sindacale.

17. Pur rendendo omaggio agli intenti socialmente apprezzabili di coloro che sostengono la cosidetta efficacia precettiva dell'art. 36/1, non sembra possibile che una siffatta tesi possa trovare accoglimento. Sennonché se la confutazione è difficultata sul terreno della semplice lettura del testo costituzionale, avulsa da tutto quel complesso di dati in cui giova e necessita considerare l'articolo, è di gran lunga facilitata, a mio parere, ove l'analisi sia condotta sul terreno da me prescelto.

Una qualche efficacia pur tuttavia l'art. 36 può immediatamente esplicare, senza il tramite della regolamentazione collettiva, allorché il giudice debba determinare la retribuzione, in mancanza della clausola contrattuale sul punto, ai sensi dell'art. 2099 c.c. In questo caso il prudente arbitrio del giudice deve seguire i criteri dettati nell'art. 36, cercando di concretizzarli nel caso specifico. Né, come si è rettamente

dimostrato (59), la semplice ricezione di somme dal datore di lavoro è valido requisito per realizzare un tacito accordo sul punto della retribuzione. Anzi dell'effettività dell'accordo il datore di lavoro deve fornire una prova rigorosa.

18. Resta da ultimo da vedere se possa, ove sia stato corrisposto al lavoratore un salario di fame, farsi ricorso all'azione d'arricchimento senza causa *ex* art. 2041 c.c., come qualche tribunale ha ritenuto (60).

Sennonché l'art. 2042 c.c. affermante la sussidiarità di detta azione, esclude del tutto questa soluzione (61). E trattandosi di un rapporto contrattuale dovrebbe invece farsi ricorso o alla rescissione per lesione (art. 1448 c.c.) o alla risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.).

Ma se il datore di lavoro non offre nei due casi di modificare equamente le condizioni del contratto (rispettivamente artt. 1450 c.c. e 1457/3) si ha come conseguenza la risoluzione del rapporto. Non si vede quindi come la proposizione delle due azioni possa giovare al lavoratore, offrendogli la probabilità della disoccupazione (62).

Quanto sopra dimostra ancora una volta come i tradizionali schemi civilistici mai corrispondano alle effettive esigenze sociali. La soluzione del problema dei salari di fame, grave ed angoscioso, va affrontata sul ben diverso terreno della regolamentazione collettiva, specialmente contrattuale. Per questo, a sei anni dall'entrata in vigore della Costituzione, si reclama che il legislatore ponga mano a leggi indilazionabili.

---

(59) C. Smuraglia, *La determinazione della retribuzione da parte del giudice*, in *Riv. giur. lav.*, 1951 I, 83.

(60) Trib. Mantova 15 novembre 1950, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 103.

(61) U. Mori-Checcucci, *L'arricchimento senza causa*, 1943, par. 49 e 120, in particolare 228 ss. e la giurisprudenza, ormai consolidata, sul punto, alla voce *Locupletazione* dei vari *Rep. Foro it.*, dal 1942.

(62) Sul punto: L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, cit., *supra*, *sub* nota 9, 102: « ... ma non occorre spendere molte parole per dimostrare la perfetta inutilità pratica di questa azione nel caso nostro ».

2.

# COMPUTO DELLA MAGGIORAZIONE PER LAVORO STRAORDINARIO PER I COTTIMISTI DELL'INDUSTRIA METALMECCANICA

1. Con la sentenza n. 50 del 10 gennaio 1958 sopra riportata e con le conformi ponuncie n. 48 e n. 49 dello stesso giorno (1), la cassazione si è al fine pronunciata su una questione di rilevante interesse che già era stata variamente risolta dai giudici di merito, in particolare dal Tribunale e dalla Corte d'appello di Milano (2).

I termini della questione sono assai semplici. In tema di lavoro straordinario, svolto cioè oltre il limite normale della giornata lavorativa (3), l'art. 2108 c.c. detta: « in caso di prolungamento dell'orario normale, il prestatore di lavoro deve essere compensato per le ore straordinarie con un aumento di retribuzione *rispetto a quella dovuta per il lavoro ordinario* ». E l'art. 5 del r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692, specifica che il lavoro straordinario « deve essere remunerato con un aumento di paga, *su quella del lavoro ordinario, non inferiore* al dieci per cento o con un aumento corrispondente sui cottimi ». Ora, l'art. 12 del contratto collettivo 25 giugno 1948 per l'industria metalmeccanica (egualmente dispone l'art. 12 del più recente contratto 21 giugno 1956) eleva sensibilmente, rispetto al minimo più di legge di cui al r.d.l. n. 692 del 1923, le percentuali di maggiorazione per il lavoro straordinario e precisamente nella misura del venti per cento per le prime due ore e nella misura del

---

(1) V. il testo della sentenza n. 40, in *Dir. lav.*, 1958, II, 118; quello della sentenza n. 48 in *Dir. econ.*, 1958, 275.

(2) Per il Trib. Milano, v. le sentenze 26 maggio 1935, in *Mass. giur. lav.*, 1955, 182; 7 luglio 1955, in *Riv. giur. lav.*, 1955, II, 515; 31 dicembre 1955, in *Mass. giur. lav.*, 1955, 294; 15 febbraio 1956, in *Riv. giur. lav.*, 1956, II, 260. Per la Corte d'Appello di Milano, v. le sentenze 2 marzo 1056, in *Foro pad.*, 1956, in *Foro it.*, 1957, I, c. 605.

(3) V., in generale, Cassì, *La durata della prestazione di lavoro*, in *L'orario di lavoro*, Milano, 1956, 120: D'Eufemia, *L'orario di lavoro e i riposi*, in *Trattato di diritto del lavoro*[2] di Borsi e Pergolesi, III, Padova, 1953, 184; Riva Sanseverino, in *Commentario del Codice civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1956, *sub* art. 2108.

trenta per cento per le ore successive (4); senonché, ai sensi dello stesso contratto collettivo, le indicate percentuali debbono essere applicate sulla « paga base di fatto », comprensiva dell'indennità di contingenza e « per gli operai normalmente lavoranti a cottimo della percentuale minima contrattuale di cottimo ». La retribuzione globale degli operai cottimisti consta, infatti, di tre elementi: il « minimo di paga base », cioè il minimo tabellare obbligatorio per tutti gli appartenenti ad una data categoria e qualifica; la « percentuale minima contrattuale del cottimo » che assicura al cottimista, ai sensi dell'art. 16 del contratto collettivo, un utile di cottimo non inferiore al venti per cento del minimo di paga base (5); l'eventuale ed effettivo guadagno di cottimo sulla base dei risultati del lavoro concretamente verificatisi in rapporto alle tariffe di cottimo. Quindi, ai sensi del contratto collettivo in questione, ai fini della mggiorazione per il lavoro straordinario dei cottimisti deve considerarsi non l'effettiva retribuzione globale risultante dal lavoro effettivo del cottimista nell'ora di straordinario considerata, ma la sola « paga base di fatto » come sopra specificata.

Tra i datori di lavoro ed i lavoratori interessati è sorta controversia sul punto, sostenendosi da parte dei secondi che le percentuali di maggiorazione dettate dal contratto collettivo per lo strordinario debbono essere applicate alla totalità della retribuzione, così imponendo le citate disposizioni di legge; opponendo i primi vari argomenti circa la piena validità della clausola del contratto collettivo; adducendosi in particolare che, in ogni caso, lo stesso contratto, dettando percentuali più elevate rispetto a quella minima di legge, assicurava ai prestatori di lavoro un trattamento complessivamente più favorevole rispetto a quello di legge.

I giudici di merito variamente risolsero la questione, talvolta acco-

---

(4) Lo Scorza, *Della determinazione del compenso per lavoro straordinario ai cottimisti dell'industria metalmeccanica*, in *Foro it.*, 1956, IV, c. 772 rilevò l'illegittimità della clausola, considerando che nella singola giornata lavorativa la legge consente il lavoro straordinario per un massimo di due ore. Giustamente il Toffoletti, *Ancora in tema di computo del lavoro straordinario per i cottimisti dell'industria metalmeccanica*, in *Foro it.*, 1956, IV, c. 205, ed il Cattaneo, *L'aumento di retribuzione per lavoro straordinario dovuto agli operai retribuiti a cottimo dell'industria metalmeccanica*, in *Foro pad.*, 1958, III, 37, hanno obiettato che il limite delle due ore di straordianrio può essere legittimamente superato nell'ambito della giornata lavorativa, fermo il limite massimo settimanale.

(5) Gisutamente il Cattaneo, *L'aumento*, cit., rileva come la percentuale minima contrattuale di cottimo, per il suo carattere fisso, costituisca in realtà un elemento della retribuzione a tempo.

gliendo della dizione « paga base di fatto » una accezione larghissima, compensiva della retribuzione globale di fatto (6), in modo da riconoscere vittoriosamente, per tal via, la pretesa dei lavoratori: soluzione, invero, discutibilissima in sede di interpretazione di un contratto collettivo, la cui terminologia non appare dettata a caso (7). L'Appello milanese, invece, tranne qualche isolata pronuncia (8), respinse la domanda dei lavoratori, argomentando sulla base del trattamento più favorevole comunque assicurato ai dipendenti dal contratto collettivo.

Con la sentenza che qui si annota e con le pedisseque pronunce n. 48 e n. 49 del 10 gennaio 1958, il Supremo Collegio ha accolto le ragioni dei lavoratori, ritenendo che la maggiorazione per il lavoro straordinario debba essere computata sulla retribuzione globale, così disponendo obbligatoriamente la legge, essendo sotto questo profilo parzialmente nulla la contraria clausola del contratto collettivo; ma, per la Cassazione, si tratta appunto di una nullità parziale della clausola sul punto della determinazione della base di computo della maggiorazione, rimanendo ferme, peraltro, le maggiori percentuali dettate dal contratto collettivo, costituendo esse « un dato validamente acquisito »; col risultato finale, quindi, che dette maggiori percentuali vanno applicate sull'intera retribuzione in fatto percepita dal lavoratore.

Le decisioni della cassazione hanno suscitato una larga eco in dottrina (9), al pari delle decisioni a suo tempo rese dai giudici di merito (10), sia per la novità del problema affrontato (11) rispetto ad una prassi pacificamente avutasi per un trentennio nell'ambito della contrat-

---

(6) V. Trib. Milano 31 dicembre 1955, cit.; 15 febbraio 1956, cit., con nota del Natoli.

(7) V. App. Milano 3 marzo 1956, cit. e, in dottrina, Bazzanti, *Lavoro straordinario dei cottimisti metalmeccanici - Concetto di « paga base »*, in *Mass. giur. lav.*, 1955, 294; Natoli, *In tema di « normale retribuzione globale di fatto »*, in *Riv. giur. lav.*, 1956, II, 505; Mengoni, *In tema di aumento di retribuzione per lavoro straordinario*, in *Foro it.*, 1956, I, c. 983; Cattaneo, *L'aumento*, cit.

(8) App. Milano 19 settembre 1956, cit., con nota critica di G. Ardau, *Ingiustificate perplessità sul calcolo della maggiorazione per il lavoro straordinario eseguito dal cottimista*.

(9) Cattaneo, *L'aumento*, cit.; Longo, *Di alcuni problemi dell'autonomia contrattuale in materia di lavoro e di certe gravissime decisioni della cassazione*, in *Dir. econ.*, 1958, 275; Miglioranzi, *Paga a cottimo e conteggio del lavoro straordinario*, in *Dir. lav.*, 1958, II, 122; Sermonti, *Ancora sul complesso del lavoro straordianrio per i cottimisti metalmeccanici*, in *Mass. giur. lav.*, 1958, 80; Toffoletti, *Rimeditazioni ed ancora incertezze in tema di computo del lavoro straordinario per i cottimisti dell'industria metalmeccanica*, in *Foro it.*, 1958, I, c. 376.

(10) Cortese Riva Palazzi, *In tema di computo del lavoro straordinario*, in *Foro*

tazione collettiva (12), sia per talune affermazioni di massima che, coperte dall'autorità della Suprema Corte, assumono un valore che trascende il caso di specie e possono essere foriere di una radicale svolta giurisprudenziale cone effetti, forse ora imprevedibili, rispetto all'autonmia contrattuale dei sindacati contrapposti (13).

2. A me sembra che la questione sia in definitiva assai semplice, sol che si resti fedeli ai più ortodossi canoni di ermeneutica nell'interpretare i dati del diritto positivo che vengono in considerazione, giusta quanto all'interprete impone l'art. 12 delle preleggi. L'art. 2108 c.c. detta, infatti, che per il lavoro straordinario il lavoratore ha diritto ad « un aumento di retribuzione rispetto a quella dovuta per il lavoro ordinario »; in buon italiano ciò significa che per l'ora di straordinario il lavoratore deve essere retribuito, *in primis* , come di consueto, considerando quell'ora per quello che è, cioè per un'ora di lavoro, a tempo o a cottimo; in più, essendosi la prestazione effettuaata oltre l'orario normale di lavoro, il lavoratore deve essere compensato, per tale disagio, con una maggiorazione della retribuzione « ordinaria »; in altre parole ancora, per l'ora di straordinario il lavoratore deve essere retribuito, come di norma, « per il lavoro ordinario svolto nell'ora di straordinario » ed inoltre deve avere una maggiorazione di retribuzione per il fatto stesso della straordinarietà, in relazione alla durata normale della giornata lavorativa, della prestazione. Inoltre, l'art. 5 del r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692, specifica che per il lavoro straordinario il lavoratore « deve essere remunerato con un aumento di paga, su quella del lavoro ordinario, *non inferiore* al dieci per cento e con un aumento corrispondente sui cottimi ».

---

*pad.*, 1956, I, c. 312; Ardau, *Ingiustificate perplessità*, cit., Scorza, *Della determinazione*, cit.; Mengoni, *In tema*, cit.; Toffoletti, *Ancora in tema*, cit.

(11) Il D'Eufemia, *L'orario*, cit., afferma che per il lavoro a cottimo il calcolo della percentuale può essere eseguito nel modo ritenuto più idoneo, purché la percentuale sui cottimi non sia inferiore alla percentuale calcolata sul guadagno medio orario del periodo di paga considerato. Nello stesso senso il De Litala, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1956, 406. Il Barassi, *Diritto del lavoro*, II, Milano, 1957, 460, riferisce semplicemente, in nota, della questione, dando per prevalente la tesi accolta dalla cassazione. Nel senso della Suprema Corte, Guidotti, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956, 303.

(12) Infatti, l'attuale contratto collettivo per i metalmeccanici si adegua alle determinazioni generalmente accolte dai precedenti contratti. Nel senso della legittimità di questa prassi si pronunciò il Ministro dell'economia nazionale con circolare n. 1322 del 7 febbraio 1928; vedila riportata in Sermonti, *Ancora sul compenso*, cit.

(13) V., in particolare, Longo, *Di alcuni problemi*, cit., e Toffoletti, *Rimeditazioni*, cit.

Evidentemente, l'art. 2108 c.c., come ha notato efficacemente il Longo (14), è formulato assai infelicemente, perché « ... può far pensare di aver voluto puramente e semplicemente stabilire che ad un aumento di ore lavorative al di là del limite ordinario debba corrispondere un aumento di R. rispetto a quello che sarebbe stato dovuto per il lavoro ordinario (così come in pratica avverrebbe automaticamente, per lo stesso accrescimento del numero delle unità lavorative »). Ma, come nota il citato a., così interpretata la norma sarebbe del tutto superflua « perché imporrebbe una maggiorazione già implicita nel sistema retributivo », mentre il testo di legge risulta del tutto intelligibile sol che si ponga mente alla *ratio legis*, alla volontà del legislatore che per l'ora di straordinario il lavoratore riceva una particolare maggiorazione, in aggiunta alla retribuzione « per il lavoro ordinario svolto nell'ora di straordinario », secondo la formula esplicativa da me adoperata. Pertanto, la particolare e pur infelice dizione dell'art. 2108 c.c. appare dettata dal legislatore, come avviene spesso nel comune linguaggio, *currenti calamo*, a mo' di rafforzamento pleonastico o di sovrabbondanza descrittiva: come per dire che il lavoratore, per l'ora di straordinario, ha (naturalmente) questo più quello, la normale retribuzione più la maggiorazione. La formula dell'art. 2108 è perfettamente analoga a questa che, ipoteticamente, il legislatore avrebbe potuto adoperare: « in caso di prolungamento dell'orario normale di lavoro, il prestatore di lavoro ha diritto ad un aumento di retribuzione ». Se non vado errato, il risultato sarebbe stato identico.

In ogni caso è opportuno sottolineare la *generalità* della norma di cui all'art. 2108 c.c., così come si legge nella formulazione del codice oppure come io la leggo: la norma non fà, infatti, distinzioni tra i lavoratori aventi diritto alla maggiorazione, siano essi retribuiti a tempo o a cottimo, né per quanto concerne l'*an* né per il *quantum*. Tutti i lavoratori, compresi i cottimisti, hanno diritto alla maggiorazione per lo straordinario e per tutti base di riferimento per la maggiorazione deve essere la normale, integrale tetribuzione corrisposta « per il lavoro ordinario nell'ora di straordinario », comprensiva per i cottimisti, dell'utile effettivo di cottimo.

Questo rilievo circa la generalità della norma del codice (che è del 1942), consente, a mio modesto parere, di superare le difficoltà addotte da taluni autori che, per la base di riferimento della maggiorazione, hanno considerato il solo testo dell'art. 5 del r.d.l. n. 692 del 1923,

---

(14) *Di alcuni problemi*, cit., 295.

laddove questo parla di « un aumento corrispondente sui cottimi ». Secondo il Sermonti (15) « in buon italiano ciò significa che per il cottimista, indipendentemente dalle operazioni contabili che si vogliono seguire, il risultato e cioè la paga per il lavoro straordinario del cottimista, deve essere aumentata di una frazione corrispondente al dieci per cento di aumento per la paga del lavoro ad economia. Se la legge avesse voluto stabilire la identica percentuale del dieci per cento sui cottimi la dizione sarebbe stata diversa ('o con il medesimo aumento sui cottimi' o altra analoga) e non avrebbe limitato la corresponsione per il cottimista ad un'aumento corrispondente' (a quello per i lavoratori ad economia »). Ed il Miglioranzi scrive (16): « Mi pare che sul criterio stabilito con tale norma di legge non ci sia soffermati abbastanza, poiché altrimenti se ne sarebbero dovute trarre subito due constatazioni; l'aumento corrispondente non può essere lo stesso aumento dovuto per l'operaio ad economia, né può essere aumentato in ragione del complessivo guadagno di cottimo. Se la corrispondenza, che non vuol dire identità e neanche equivalenza, dà un criterio di proporzionalità, non si può infatti sostenere che al cottimista la legge abbia consentito venga attribuita pari maggiorazione in cifre a quella che viene corrispsota all'operaio pagato ad economia. L'art. 5 avrebbe più semplicemente detto che al cottimsita è dovuto lo *stesso aumento*. Non è egualmente sostenibile il ragguaglio con la retribuzione che il cottimista viene singolarmente a percepire, perché in quel caso l'art. 5 avrebbe detto che l'aumento va calcolato sul guadagno di cottimo (così come ha fatto la legge sul lavoro festivo, ragguagliando l'aumento per i cottimisti alla media del guadagno a cottimo per le ultime quattro settimane »). Infine, il Longo (17) giunge ad accettare la tesi della Cassazione circa l'identificazione della base di riferimento per la maggiorazione per il cottimista, reputando deciso l'esplicito riferimento *ai cottimi* di cui al citato art. 5.

Ora a me sembra che se l'art. 5 del r.d.l. n. 692 del 1923 dovesse essere interpretato, per i cottimisti, nel modo prospettato dal Sermonti e, per altra via, dal Miglioranzi, il disposto comunque cadrebbe innanzi alla generalità del successivo testo di legge, l'art. 2108 c.c. Ammesso che l'art. 5 debba essere interpretato nel senso che per i lavoratori a tempo la maggiorazione si opera sull'intera retribuzione e, invece, per i cottimisti su qualcosa di *diverso*, di *meno* rispetto all'intera retribuzione comprensiva dell'utile effettivo di cottimo o per un *quid* corrispondente rispetto

(15) *Ancora sul compenso*, cit.
(16) *Paga a cottimo*, cit.
(17) *Di alcuni problemi*, cit., 299 ss.

ai lavoratori retribuiti a tempo, lo stesso art. 5 dovrebbe ritenersi per questa parte, relativa alla determinazione della base di riferimento per i cottimisti, tacitamente abrogato dal successivo art. 2108 c.c. che non fà alcuna distinzione e che, comunque letto, prende come base di riferimento, *per tutti i lavoratori*, la retribuzione corrisposta « per il lavoro ordinario svolto nell'ora di straordinario ».

Né, per le cose dette, v'è necessità, a mio parere, di ricorrere all'art. 5 per la determinazione della base di riferimento della maggiorazione per i cottimisti, come fa il Longo, sempre per le generalità del disposto di cui all'art. 2108 cc.

3. Quanto sopra premesso, circa la necessità che anche per i cottimisti la maggiorazione per il lavoro straordinario debba essere operata sulla intera retribuzione in fatto percepita (*rectius*, conseguita), è evidente che, tacendo l'art. 2108 c.c. circa la misura della maggiorazione, deve farsi all'uopo riferimento all'unico testo di legge che dispone in proposito, cioè al più volte citato art. 5 del r.d.l. n. 692 del 1923. E precisamente, secondo l'art. 5, la detta maggiorazione non deve essere inferiore al dieci per cento di quanto il lavoratore gobalmente percepisce a titolo di retribuzione « per il lavoro ordinario svolto nell'ora di straordinario ». La legge fissa, quindi, la mira minima (« non inferiore ») della maggiorazione. Si tratta, ovviamente, di una norma imperativa: una clausola di contratto collettivo, corporativo o postcorporativo, che disponesse per una minore misura (poniamo il cinque per cento) sarebbe radicalmente nulla, operando in suo luogo la precisa norma di legge: mentre, altrettatno ovviamente, è dato liberamente, nell'ambito della contrattazione collettiva e individuale, andare oltre il minimo di legge, in senso più favorevole per i lavoratori.

4. È a questo punto che comincio a dissentire dalla sentenza della Suprema Corte. Ha ritenuto, infatti, la cassazione che la legge disponga imperativamente, sul punto della discussa maggiorazione, per l'adozione di un *criterio di computo*, alla stessa guisa di quanto la legge dispone, negli artt. 2120 e 2121 c.c., per il calcolo dell'indennità di anzianità (18). Afferma la Corte: « che l'aumento per lavoro straordinario deve essere

---

(18) In realtà, il ricorso analogico operato dalla Suprema Corte non appare calzante, per le ragioni affermate da più autori. V., in particolare, Cattaneo, *L'aumento*, cit. Già Pret. Napoli 20 ottobre 1949, in *Riv. giur. lav.*, 1950, II, 97, con nota adesiva di A. Peppe, *In tema di lavoro straordinario del cottimista*, ritenne che « ai fini poi di una maggiore praticità e semplificazione si può supporre costante la produzione nelle ore

computato sulla totalità della retribuzione spettante per il lavoro ordinario. Il che vuol dire che l'aumento medesimo deve ripercuotersi, per volontà appunto di legge, sui vari elementi della effettiva retribuzione ordinaria); conseguentemente, si è affermata la nullità di una qualsiasi clausola di contratto collettivo che prescinda dal criterio di computo dettato dalla legge, adottandone uno diverso, anche se per avventura la clausola del contratto collettivo porti complessivamente ad un trattamento più favorevole per il lavoratore, rispetto alla legge.

A me sembra aderendo *in toto* alle argomentazioni fatte dai commentatori che mi hanno preceduto, che la Suprema Corte abbia confuso due concetti radicalmente diversi: la base di riferimento per il calcolo della maggiorazione per il lavoro straordinario ed il criterio di computo della stessa maggiorazione. A mio parere, dal combinato disposto degli artt. 2108 c.c. e 5 del r.d.l. n. 692 del 1923, si ricava che la legge ha voluto un aumento minimo del dieci per cento per il lavoro straordinario, tenendo presente, come base di riferimento, la intera retribuzione corrisposta « per il lavoro ordinario prestato nell'ora di straordinario ». La legge, cioè, si è premutata di fissare imperativamente un aumento minimo, come è fatto palese dalla dizione dell'art. 5, ma non si è data affatto carico di stabilire un criterio di computo obiettivo, che certamente ed in genere il legislatore non si pone, particolarmente in un ordinamento, quale quello del lavoro subordinato, che sistematicamente procede, per le finalità protettive dei prestatori di lavoro, a mezzo della posizione di minimi obbligatori, oltre i quali è data alle parti la massima autonomia, sia in sede collettiva che individuale.

La legge dice che il lavoratore deve avere un aumento minimo sulla intera retribuzione « ordinaria »; questo è il significato letterale delle espressioni adoperate dal legislatore secondo la loro connessione; elemento letterale cui completamente corrisponde la *ratio legis*. Non v'è, nella legge, alcuna espressione che consenta di inferire un ulteriore e certamente poco giustificabile e comunque, in ipotesi, peregrino obbligo della parte circa il *metodo* attraverso il quale deve pervenirsi al risultato minimo voluto, e, nell'assenza di un qualsiasi elemento letterale che consenta di ragionevolente argomentare per un siffatto ulteriore obbligo, è anche vano appellarsi, come fà la Suprema Corte, ad un meccanismo strutturale e funzionale degli istituti di diritto del lavoro. Quando la Cassazione afferma « che, in questa materia, esigenze di tutela degli interessi dei lavoratori hanno indotto il legislatore ad adottare un sistema

---

ordinarie e nelle straordinarie, e, quindi, calcolare il guadagno medio orario e su di esso applicare la percentuale per lo straordinario ».

protettivo complesso, nel quale occupa non ultimo posto il meccanismo strutturale e funzionale degli istituti; e non sono consentire elusioni a scapito di prescrizioni imperative, neppure sotto pretesto di trattamento in definitiva più vantagioso, giacché i vantaggi acquisiti ai lavoratori nell'ambito dell'autonomia negoziale, mai vincolata in quanto si esplichi in favore dei prestatori di lavoro, non sono invece idonei a fungere da strumento di compensazione o di scambio a copertura o sanatoria di eventuali trasgressioni a norme imperative », afferma cosa alla quale, in generale e genericamente, può anche consentirsi; ma l'affermazione resta semplicemente indimostrata rispetto al caso di specie, dovendosi in ogni caso interpretare, secondo gli ordinari canoni di ermeneutica, delle precise disposizioni di legge.

Ora a me sembra che le parti possano pienamente, nella contrattazione collettiva e individuale, dettare le più varie regole di computo della maggiorazione per il lavoro straordinario purché, a seguito di tale libera determinazione, si pervenga comunque a risultati quanto meno coincidenti col minimo imperativamente disposto a favore dei lavoratori. D'altro canto le parti possono avere un interesse, non si vede perché mai meritevole di repressione, a fissare in un determinato modo il criterio di computo per non disprezzabili esigenze, ad es., di facilità di calcolo nel caso del lavoro retribuito a cottimo (19). Del resto, la stessa Suprema Corte in una precedente sentenza (20) ha ammesso la legittimità di una retribuzione forfettaria del lavoro straordinario.

La clausola contrattuale sarà nulla ove *prima facie* e senza necessità di approfondita indagine violi il precetto di legge (ad es., determinando *sic et simpliciter* la maggiorazione per il lavoro straordinario nel cinque per cento sull'intera retribuzione « ordinaria »); potrà essere caso per caso, come ha efficacemente affermato il Longo (21), inefficace ove, disponendo un determinato criterio di computo della maggiorazione, si pervenga, nel caso concreto, a risultati per il lavoratore più sfavorevoli rispetto a quelli che si avrebbero applicando il minimo di legge; sarà, invece, pienamente valida ed operante laddove, indipendentemente dal criterio di computo, rispetti in fatto il minimo di legge o, per giunta, porti a risultati più favorevole rispetto a quel minimo.

5. In ogni caso, ammesso che una clausola del contratto collettivo

---

(19) V., in particolare, Miglioranzi, *Paga a cottimo*, cit., e Toffoletti, *Rimeditazioni*, cit.

(20) Cass. 10 giugno 1957, n. 2157, in *Mass. giur. lav.*, 1957, 169.

(21) *Di alcuni problemi*, cit., 312 ss.

o del contratto individuale di lavoro che determini un criterio di computo della maggiorazione per il lavoro straordinario diverso da quello ritenuto imposto dalla legge, debba considerarsi nulla per questa ragione, non appaino convincenti le ragioni addotte dalla Cassazione per dichiarare solo parzialmente nulla la clausola, con la conseguente adozione del criterio « legale » di computo, ferme restando le percentuali di maggiorazione determinate dalle parti ed eventualmente, come nella specie, superiori alla percentuale minima dettata dalla legge (22).

Ha ritenuto, infatti, la cassazione che il principio di sostituzione di diritto delle clausole nulle del contratto con le corrispondenti norme imperative di legge, operi anche nell'ambito di una clausola contrattuale, in rapporto ad una frazione o parte della clausola stessa, poiché « per la sostanziale identità di situazioni, non si vede ragione per cui, essendo il principio valido in ipotesi di relazione fra clausole, delle quali l'una sia in funzione di altre che inscindibilmente ne dipendano, non dovrebbe il principio stesso anche valere in ipotesi di relazione fra elementi di una medesima clausola, delle quali taluno sia in inscindibile rapporto funzionale con altri. Si tratta, invero, nell'un caso e nell'altro, di sostituire la volontà di legge e quella negoziale, coartando quest'ultima; e ciò è ben conseguibile anche quando la sostituzione coattiva riguardi parti o frazioni di una medesima clausola ».

L'affermazione della Corte non può condividersi; essa va, anzi, nettamente respinta in quanto affermazione di un principio di diritto che appare del tutto conflittante con il dato positivo della legge e con i principi informatori dell'ordinamento. Sembra invero che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Cassazione, vi siano ben precise ragioni per l'ininvocabilità del principio di cui all'art. 1419 cpv. c.c. nell'ambito della singola clausola.

Devesi certamente consentire con la Suprema Corte laddove afferma che nel caso di sostituzione di diritto della clausola nulla non è ammessa l'indagine sulla volontà delle parti circa la portata impressa alla clausola nulla nell'economia del contratto, a differenza di quanto la legge detta nell'alinea dello stesso art. 1419 c.c. (23). Anzi, la formula del capoverso

---

(22) La tesi venne già avanzata dal Natoli, nella *nota* in *Riv. giur. lav.*, 1956, II, 260.

(23) In tal senso, Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 435; il Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico*, s.d., Napoli, 354, esclude l'indagine sulla volontà dei contraenti nei casi in cui la sostituzione opera a mezzo di norme imperative o di contratto collettivo, ammettendo la stessa indagine allorché la legge si limiti a ridurre nel *quantum* la clausola contrattuale. Per il Butera, *Il codice civile italiano commentato* -

dell'art. 1419 è talmente infelice (infatti, se c'è sostituzione di diritto di una clausola contrattuale con il contenuto di una norma imperativa, non c'è, per il fatto stesso di questa sostituzione, nullità del contratto), che la norma acquista un concreto significato vuoi come richiamo gnerale delle varie disposizioni sostitutive che si incontrano nel complessivo *corpus* dell'ordinamento, vuoi, soprattutto, e ciò per la stessa collocazione della norma in rapporto all'alinea dell'articolo, per dettare l'esclusione della altrimenti ipotizzabile indagine sulla portata della clausola viziata nella economnia contrattuale, secondo la comune intenzione dei contraenti.

Senonché, la legge parla di « nullità *di singole clausole* » e non anche di nullità parziale della clausola. È, questo, un elemento letterale non indifferente per le ragioni che vedremo, soprattutto ove si ponga a confronto il capoverso con l'alinea dell'articolo, nel quale viene considerata, accanto alla nullità di singole clausole come nel capoverso, anche la nullità parziale del contratto. Ora un esimio autore, il Fedele (24), dopo aver affermato che indubbiamente anche la nullità di singole clausole involge la nullità parziale del contratto, afferma giustamente che la legge ha voluto tracciare una distinzione che pure in pratica può risultare difficile; la distinzione tra la nullità di una parte della disposizione (nullità parziale) e la nullità di una o più disposizioni quando il contratto consta di più disposizioni (nullità di singole clausole). In altre parole, la distinzione tra la nullità all'interno della clausola (nullità parziale) e la nullità della singola disposizione del contratto (nullità di singole clausole).

Ora sarebbe veramente fuor di luogo voler far decisiva leva su questo elemento letterale, certamente esistente nel corpo stesso dell'art. 1419 c.c., ma relativo a situazioni dai confini tutt'altro che netti e precisi. Basta un minimo di sensibilità per avvertire quanto sottile possa essere la linea distintiva tra la disposizione nella clausola e la clausola e come la fantasia ricostruttiva dell'interprete possa avere in proposito largo campo innanzi a sé; ma, per converso, anche un minimo di sensibilità, tenendo presente il dato letterale della legge, è sufficiente per avvertire che la distinzione esiste anche se è difficilmente esprimibile, ch'essa non può scavalcarsi, che si tratterà, al massimo, per l'interprete di far buon governo, nei singoli casi, di tale sostanziale distinzione. Intanto, basterà

---

*Libro delle obbligazioni*, Torino, 1943, 408, *sub* art. 1419, scrive che « è però valido, a mio modo di vedere, il patto contrario, perché il domma della volontà vale quanto il domma dello scopo ». In generale v. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, 488; Santoro-Passarelli, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1955, 221.

(24) Fedele, in *Commento al codice civile* di D'Amelio e Finzi, Firenze, 1948, 682.

tener ferma la distinzione concettuale, avvertirne i contorni, capire i motivi per i quali una ragione logico-giuridica nonché una esigenza squisitamente equitativa si oppongono ad operare, nell'interno della clausola, come se fosse in questione l'intera clausola (25).

Grosso modo clausola contrattuale è quella disposizione o quel complesso di disposizioni che attiene alla regolamentazione del rapporto in un suo punto specifico, relativamente a un istituto o ad una precisa vicenda della fattispecie contrattuale; è, più precisamente, tutto quanto nel contratto si riferisce ad un punto suscettivo di autonoma considerazione, scindibile dal residuo regolamento siccome, per adoperare una immagine letterale, *hortus conclusus*. Ora, se è ammissibile che la legge si sostituisca imperativamente alla clausola contrastante col suo dettato nella sua totalità, non è concepibile che altrettanto avvenga all'interno della clausola, in riferimento ad una singola disposizione. Nel primo caso, circa un punto autonomo della regolamentazione contrattuale, la legge si sostituisce *in toto* alla disciplina convenzionale viziata, succedendo ad un ordine convenzionale armonico ed unitario un ordine legale in linea di principio altrettanto armonico ed unitario; nel secondo caso la legge, sostituendosi d'imperio in una o più disposizioni della clausola regolante quel punto autonomo, rompe, vorrei dire barbaricamente, le linee unitarie del regolamento convenzionale sul punto, alterandone con violenza l'interna economia (26). So benissimo che questa netta contrapposizione tra il diverso atteggiarsi della sostituzione di diritto della clausola o nell'interno della clausola è per un certo verso arbitraria, nella misura in cui, nella realtà dei casi, la stessa sostituzione dell'intera clausola può essere in concreto tutt'altro che armonica rispetto al residuo fatto salvo del regolamento convenzionale e all'autoregolamento degli interessi contrapposti operato nell'ambito dell'autonmia contrattuale (27).

Ma, a parte il decisivo rilievo che il limite relativo al *grado* di possibile sovrapposizione del regolamento legale al convenzionale è nella legge e non è capricciosa creazione dell'interprete, è altrettanto vero che, almeno in linea teorica, ben più incisivi sono gli effetti della sostituzione parziale della clausola rispetto a quelli della sostituzione integrale della clausola stessa. Inoltre, ponendo certamente il capoverso dell'art. 1419 una norma di valore eccezionale rispetto all'autonomia

---

(25) Tutti gli autori che criticamente hanno commentato la sentenza della Suprema Corte hanno rilevato l'inscindibilità della clausola e l'ininvocabilità dell'art. 1419 c.c.

(26) V., in particolare, Sermonti, *Ancora sul compenso*, cit.

(27) Per una valutazione critica dell'art. 1419 c.c., v. Rubino, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, 530.

contrattuale, è dovere dell'interprete di rifiutarne l'applicazione analogica nonché di farne retta e causa applicazione.

La riprova dell'assunto circa l'impossibilità di una sostituzione parziale delle singole disposizioni della clausola, a ragione dell'intimo equilibrio economico-sociale della clausola stessa, si ha nel caso di specie. Afferma la Cassazione che la sostituzione della clausola deve operarsi limitatamene e solo in riferimento al preteso criterio legale di computo della maggiorazione per il lavoro straordinario, poiché la determinazione di percentuali più elevate di maggiorazione rispetto a quella legale « costituisce un dato validamente acquisito » e, quindi, intangibile. Ma l'assunto appare discutibile, in quanto nel contratto collettivo una parte stipulante si dispose a patturie le dette percentuali, quantomeno *anche* considerando che le stesse sarebbero state applicate sulla sola « paga base di fatto » e non sulla intera retribuzione dei cottimisti. C'è tra le due disposizioni della clausola un intimo nesso nell'ambito della comune intenzione dei contraenti; nesso che solo arbitrariamente l'interprete può spezzare, imponendo altrimenti la logica e l'equità, in ipotesi, che la clausola parzialmente nulla per il contrasto di una sua disposizione con una norma imperativa di legge abbia una sorte unica, cada cioè unitariamente siccome unitariamente sorse. Avrebbe dovuto quindi la Cassazione dichiarare, in ipotesi, la nullità dell'intera clausola del contratto collettivo, così determinando l'applicabilità delle norme di legge, dato che sotto la sanzione di nullità sul punto doveva egualmente cadere, per analoghe ragioni, il contratto collettivo corporativo (28).

6. Da ultimo, la sentenza della Suprema Corte non può andare esente da una serena critica attinente alla intrinseca bontà della decisione, non sotto un profilo strettamente giuridico, bensì in rapporto alla dinamica della contrattazione collettiva. Si è lamentato (29), infatti, che enunciando gli indicati principi di diritto, in particolare circa la sostituzione di diritto della disposizione nulla nella clausola contrattuale, la cassazione sarebbe pervenuta a vulnerare nel contempo il contratto e la

---

(28) L'Ardau, *Ingiustificate perplessità*, cit., sostiene che, caduto sul punto il contratto postcorporativo, torna applicabile il contratto corporativo 30 luglio 1936 che per il calcolo della maggiorazione per il lavoro straordinario considera, in senso più sfavorevole per i lavoratori, la sola paga base. Senonché giustamente la cassazione ha ritenuto che, in ipotesi, cade anche il contratto corporativo e l'affermazione è ineccepbile, come rileva il Toffoletti, *Rimediazione*, cit.

(29) Longo, *Di alcuni problemi*, cit., 2823. Il Toffoletti, *Rimeditazioni*, cit., afferma che la Suprema Corte si è adeguata al criterio efficacemente espresso nell'adagio popolare della botte piena e della moglie ubriaca.

legge « esautorando la normazione contrattuale » e « allontanando le associazioni responsabili da uno strumento normativo che finirebbe per funzionare come una vera trappola, imponendo delle conseguenze non volute dalle parti contraenti ».

Nel rilievo c'è un pizzico di verità che anche l'interprete di stretto diritto può accogliere nella misura in cui, senza dissertare di politica sindacale, si fà rilevatore di determinati principi fondamentali che del dato ordinamento costituiscono i cardini ispiratori e nota come, obliando quei principi, vadano necessariamente smarrendosi le linee essenziali dello stesso ordinamento in quanto positivamente assunte come rispondenti ad una soddisfacente e proficua sistemazione dei rapporti sociali. Se l'ordinamento giuridico ha positivamente assunto, anche costituzionalmente (30), la contrattazione collettiva come uno degli strumenti più efficaci, oltre il diretto intervento legislativo, per la regolamentazione dei rapporti di lavoro, delineandone anzi, nell'ambito delle autonomie collettive, una proficua funzione di ulteriore, civile progresso, deve l'interprete saper anche intendere le ragioni e le spinte di questo sistema di autoregolamentazione dei rapporti di lavoro, senza ricercare soluzioni nei singoli problemi mortificatrici delle autonomie collettive. Si tratta di avere una sensibilità che non è azzardato definire costituzionale circa gli inevitabili corollari di un voluto sistema di autonomie; si tratta di intendere la legge, nel particolare settore, come un minimo senza pretendere di tutto comprimere nel suo stampo; si tratta di dare ai gruppi sociali contrapposti un sempre più forte senso di cosciente responsabilità, si tratta di aprire alla contrattazione collettiva sempre più vaste possibilità. Non a caso un giurista francese (31) ha parlato di una morale della contrattazione collettiva; non per niente la stessa contrattazione ha avuto il massimo dispiegamento nei paesi ove l'intervento statuale si è contenuto in minime proporzioni. Se non si ha questa sensibilità si rischia di vendere per un piatto di lenticchie, per una contingente affermazione sia pure a favore dei ceti subalterni nella gerarchia sociale (la nobiltà degli intenti non è in questione), quel bene certamente superiore che è dato da un clima di fiducia dei ceti sociali contrapposti nelle loro autonome determinazioni, clima di fiducia e di responsabilità senza il quale il sistema delle autonomie collettive è destinato ad una crisi permanente o ad un rapido esautoramento.

---

(30) Rimando in proposito al mio studio: *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di lavoro di diritto comune*, in *Studi in memoria di P. Calamandrei*, Padova, 1958.

(31) A. Rouast e P. Durand, *Précis de législation industrielle*, Paris, 1953, 234.

3.

## ANCORA SUL COMPUTO DELLA MAGGIORAZIONE PER LAVORO STRAORDINARIO PER I COTTIMISTI DELL'INDUSTRIA METALMECCANICA

Con la soprariportata sentenza le Sezioni Unite della Suprema Corte, esaminando la tormentata questione del computo della maggiorazione per lavoro straordinario per i cottimisti dell'industria metalmeccanica, hanno completamente rovesciata la tesi accolta sul punto dalle Sezioni semplici all'inizio del 1958. Non sto a ripetere gli estremi della questione, rinviando a quanto dissi in *RDL* (*retro*, 1968, II, 322) annotanto la sentenza 10 gennaio 1958, n. 50); rimando pure a quella mia annotazione per tutti i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali del caso.

In breve, con le tre sentenze n. 48, 49 e 50 del 10 gennaio 1958, la Sezione semplice aveva così risolto la questione, accogliendo integralmente la tesi sostenuta dai lavoratori e dalle corrispondenti organizzazioni sindacali: in tema di maggiorazione per il lavoro straordinario la legge detta inderogabilmente un criterio di computo imponendo di fare esclusivo riferimento all'intera retribuzione, onde è illegittima la clausola che consideri, come nella specie, una parte della stessa retribuzione; però, ove la clausola incriminata, pur prendendo come base di riferimento solo una parte della retribuzione, contempli una percentuale di maggiorazione superiore a quella minima del dieci per cento prevista dalla legge, la clausola sarà solo parzialmente nulla per quanto attiene alla base di riferimento, restando in piedi quella parte della clausola che determina una maggiore percentuale rispetto alla legge, potendosi fare applicazione del principio della sostituzione di diritto delle clausole nulle con le corrispondenti disposizioni di legge, secondo quanto detta l'art. 1419 c.c., anche nell'ambito della singola clausola.

Ora le Sezioni Unite, pur confermando la tesi già accolta dalla Sezione semplice circa l'inderogabilità del criterio legale di computo, hanno ritenuto inammissibile la sostituzione di diritto nell'ambito della singola clausola, onde la stessa è destinata a cadere integralmente, dovendosi così computare la maggiorazione ai sensi di legge sull'intera

retribuzione con la percentuale minima del dieci per cento dettata dalla legge stessa. Le Sezioni Unite, pertanto, sono andate all'estremo opposto, respingendo nel modo più clamoroso e totale le pretese dei lavoratori, giacché con la tesi accolta dovrebbe, in sostanza, ritenersi radicalmente nulla una clausola di contratto collettivo che, pur prendendo a base di riferimento qualcosa di meno dell'intera retribuzione, sia, tuttavia, di gran lunga più favorevole ai prestatori d'opera per l'alto livello della percentuale di maggiorazione prevista, rispetto a quella minima di legge.

Riallacciandomi a quanto dissi al termine della precedente annotazione in ordine alla intrinseca bontà delle decisioni della Sezione semplice in rapporto alle esigenze di un proficuo sistema di contrattazione collettiva, debbo per coerenza rilevare quanto altrettanto grave appaia l'odierna decisione delle Sezioni Unite in rapporto a quelle stesse esigenze; per un verso o per l'altro, accogliendo la prima o la seconda tesi, la scelta giurisprudenziale conflitta con le esigenze di un dinamico ed efficiente sistema di contrattazione collettiva (non oso dire di « democrazia industriale » nella misura in cui il nostro complessivo ambiente sindacale è ancora così lontano nelle strutture, negli orientamenti, nelle finalità dai felici modelli anglosassoni ove, in sostanza, il senso vigoroso della forza organizzata di massa si combina con un'altra sensibilità per i problemi economici e di direzione aziendale, in un quadro di lealismo costituzionale). In un modo o nell'altro, interpretando il dettato di legge in modo quanto mai rigido, si sottrae terreno alla contrattazione collettiva, se ne annulla progressivamente lo spazio vitale. Sotto questo non irrilevante profilo non può nemmeno consentirsi all'annotata pronuncia delle Sezioni Unite e c'è solo da augurarsi che la Suprema Corte abbia modo di rimeditare sul problema spianando la strada verso un orientamento più liberale in tema di autonomie collettive nei loro rapporti con l'ordinamento giuridico.

E, tuttavia, sempre in questo ambito di considerazioni non strettamente giuridiche, l'odierna sentenza delle Sezioni unite deve suonare, collocata nella complessiva vicenda, come un monito speriamo salutare per le organizzazioni sindacali interessate. Non è la prima volta che i sindacati accettano nella contrattazione collettiva certe clausole e poi si fanno promotori di controversie individuali nelle quali si obietta la nullità (naturalmente e *pour cause* parziale) di dette clausole. Nella specie, a clausola del contratto collettivo per i metalmeccanici stipulato nel 1948, pretesa parzialmente nulla, è stata ripetuta pari pari nel successivo contratto del 1958. Evidentemente, in un paese nel quale questo tanto disinvolto comportamento è possibile, dimenticandosi certi

principi che altrove sono ben radicati (e tra i quali v'è quello fondamentale che il sindacato è obbligato a rispettare e a far rispettare il contratto), non siamo ancora che all'a.b.c. del sindacalismo. Ora, se al nostro proposito, considerando le pretese dei lavoratori, giustamente si disse che si voleva la botte piena e la moglie ubriaca, vista la piega che la questione rischia di prendere con la sentenza delle Sezioni Unite, corre subito alla mente un altro efficacissimo adagio secondo il quale « chi troppo vuole nulla stringe ». Per questo e per altri aspetti della crisi di fondo del nostro sistema di relazioni intersindacali, rimando, tuttavia, all'articolo di Gino Giugni, *Il sindacato tra la contrattazione e la legge*, in *Il nuovo osservatore*, anno I, n. 1.

Prescindendo, comunque, da queste non inutili considerazioni, resta da dire brevemente della bontà della decisione ultima delle Sezioni Unite sotto il profilo strettamente giuridico. Per quanto ho detto nella mia precedente annotazione è senz'altro approvabile quanto ritenuto dal Supremo Collegio in tema d'inammissibilità della sostituzione parziale di diritto nell'ambito della singola clausola contrattuale; le Sezioni Unite hanno fatto ottimamente giustizia di una tesi che non ha alcun fondamento nel nostro diritto positivo e che avrebbe, se accolta, gravemente compromesso, per il suo valore di principio, ogni e qualsiasi aspetto dell'autonomia contrattuale, quella collettiva-sindacale compresa. Per questo aspetto la sentenza merita il più ampio consenso.

Non convice, invece, la prima affermazione delle Sezioni Unite circa la ritenuta esistenza di un inderogabile criterio di computo della maggiorazione. A questo proposito non ho che da richiamare quanto in precedenza ho scritto circa la confusione che si opera tra due concetti radicalmente diversi; la base di riferimento per il calcolo della maggiorazione per il lavoro straordinario ed il criterio di computo della stessa maggiorazione. Né convincono affatto le argomentazioni addotte nella motivazione. Per questo debbo integralmente consentire alle critiche brillantemente espresse dal Toffoletto (*Continua il tormento del lavoro straordinario dei cottimisti metalmeccanici*, in *Foro it.*, 1958, I, 1604). Giustamente il citato a. ha ribadito che si tratta di un semplice problema interpretativo, non autorizzando in alcun modo la lettera dell'art. 2108 c.c. e dell'art. 5 r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692, la tesi ritenuta dalla Suprema Corte, né essendo consentito, stante la chiarezza di detto combinato disposto, il riferimento analogico a quanto disposto negli artt. 2120 e 2121 c.c. a tutt'altro proposito. Mi sembra, questo, l'argomento decisivo oltre il quale non hanno alcuna rilevanza, a mio parere, le ulteriori argomentazioni della Corte. In particolare, il Toffoletto ha rilevato la stranezza dell'affermazione della Corte circa l'obiezione sollevata in

ordine alla riconosciuta legittimità del calcolo *a forfait* della maggiorazione.

Le Sezioni Unite hanno anche tentato di dimostrare che non vale l'argomento dedotto secondo il quale la clausola contrattuale deve ritenersi del tutto legittima, quando in ogni caso e per qualsiasi via assicuri nei casi concreti un trattamento quanto meno equivalente a quello minino di legge, ma le argomentazioni addotte a mio parere non reggono ad una spassionata critica.

Si afferma in primo luogo che « per quanto suggestivo possa però apparire l'argomento, bisognerebbe, perché esso fosse probante, dimostrare che una tale equivalenza di risultato si verifichi costantemente in ogni caso, laddove vero è invece che accanto ai casi di cui il regolamento convenzionale risulta eguale o più favorevole a quello legale, altri ve ne sono in cui esso risulta per contrario meno favorevole. Di qui la necessità, che non poteva non essere avvertita dal legislatore, di predisporre un criterio uniforme ed inderogabile di computo, che in ogni caso ed in ogni evenienza garantisse il *minimum* retributivo, quale fissato dalla legge al lavoratore, sottraendo alla autonomia contrattuale il computo delle maggiorazioni, e restando riservata all'autonomia contrattuale unicamente la determinazione delle aliquote di maggiorazione ». A mio parere l'argomentazione va rovesciata: solo ove il legislatore avesse stabilito un criterio legale di computo della maggiorazionoe potrebbe dedursi a giustificazione della ipotetica norma, nella ricerca della *ratio* della medesima, la difficoltà rilevata dalla Cassazione. Ma se, come la maggioranza degli autori ritiene, nella legge non v'è alcuna traccia del preteso criterio legale di computo è vano addurre giustificazioni dell'inesistente precetto. L'interpretazione segue, infatti, in tal modo un cammino distorto *prima facie* avvertibile.

In ogni caso è la stessa Suprema Corte che mostra di credere poco alla tesi accolta, allorché ammette in un inciso che una ipotetica clausola prescindente dal preteso criterio legale di computo potrebbe ritenersi legittima se inserita in un contratto individuale di lavoro. Si legge, infatti, che « se vera d'altronde l'opinione contraria, si perverrebbe a questo, che una clausola del contratto collettivo per alcuni lavoratori a cottimo sarebbe valida od efficace, e per altri no, a seconda del minore o maggiore loro rendimento, il che, se può concedersi trattandosi di rapporti individuali, non è concepibile trattandosi di una regolamentazione collettiva, in cui i rapporti con i singoli appartenenti all'associazione sindacale non possono essere regolati che da una disciplina unica, valevole per tutti i casi ». Ora non si riesce a comprendere questa differenza tra il contratto individuale e quello collettivo. Delle due l'una:

o il criterio legale di computo esiste o non esiste. Se non esiste è data la più ampia libertà alle parti private in ogni sede, collettiva e individuale, purché venga assicurato il minimo di legge nel caso concreto: se detto criterio legale esiste non si vede perché la clausola del contratto collettivo di lavoro debba essere ritenuta irrimediabilmente viziata in radice e quella del contratto individuale no. Non c'è nessuna norma particolare che oggi impedisca ai soggetti collettivi (per adoperare la terminologia del Mazzoni) quello che in ipotesi è consentito ai soggetti del rapporto individuale di lavoro.

4.

# AGENTE CON RAPPRESENTANZA E DIRITTO ALLA PROVVIGIONE PER GLI AFFARI PROMOSSI, MA CONCLUSI DAL PREPONENTE

1. Nel caso esaminato dalla Suprema Corte l'agente, al quale era stata conferita anche la rappresentanza per la conclusione dei contratti (art. 1752 c.c.), aveva promosso un certo numero di affari con un cliente, ma non aveva proceduto alla stipulazione dei relativi contratti, stipulati direttamente dal preponente; questi sosteneva che, in caso di conferimento della rappresentanza all'agente, il rapporto riceve attuazione sol quando l'agente provveda anche alla stipulazione dei contratti e ove sia mancata la stipulazione ad opera dell'agente rappresentante, costui non ha diritto alla provvigione, anche se ha promosso con la sua attività l'affare. La Cassazione ha respinto l'assunto, rilevando che il conferimento della rappresentanza è un accessorio che non modifica i lineamenti caratteristici del rapporto d'agenzia « perché ha la sola funzione pratica di consentire all'agente di stipulare, in nome del preponente, il contratto che questi ha deciso di concludere. Per altro al conferimento della rappresentanza non corrisponde il conferimento all'agente anche del potere di gestione, onde la conclusione dell'affare, nei rapporti interni, resta sempre rimessa alla determinazione del preponente, di cui l'agente, prima di avvalersi del potere di rappresentanza, deve ottenere l'assenso, senza il quale egli sarebbe inadempiente al contratto e potrebbe assumere, nei di lui confronti, responsabilità ». Ne consegue, sempre per la Suprema Corte, che « il contratto di agenzia riceve la sua pratica attuazione anche quando l'agente con rappresentanza limita la sua attività al procacciamento degli affari, lasciando al preponente di concludere i relativi contratti ».

2. La conclusione alla quale è giunta la Suprema Corte mi sembra difficilmente contestabile non solo per argomenti testuali, ma anche per considerazioni equitative non trascurabili, in riferimento al particolare *favor* protettivo che ispira la regolamentazione, legislativa e sindacale,

dello speciale rapporto di collaborazione esterna all'impresa, quale rapporto di « parasubordinazione », secondo una recentissime qualificazione. Il rapporto di agenzia è, infatti, caratterizzato dalla assunzione stabile dell'incarico di promuovere la conclusione di contratti per conto del preponente e la dottrina è concorde (v. A. Formiggini, *Il contratto di agenzia*, Torino 1958, 68 ss. e gli AA. ivi citati) nell'affermazione che il conferimento della rappresentanza all'agente costituisce un *quid* accessorio, strumentalmente volto a facilitare ancor di più l'impresa, permettendo all'agente anche di stipulare i contratti, alleviando il proponente del correlativo aggravio. In sostanza il conferimento della rappresentanza è strumentale rispetto alla causa del contratto.

D'altro canto il diritto, essenziale, dell'agente alla provvigione è in funzione dell'attività in concreto e proficuamente svolta, cioè degli affari che hanno avuto regolare esecuzione. Ma la legge va ben oltre e detta norme che hanno il fine specifico di proteggere ulteriormente l'agente che è imprenditore sia pure *sui generis* (v. Formiggini, *Il contratto*, cit., 18), avendo riguardo alla complessiva posizione della sua impresa nella zona di attività, sostanzialmente al fine di impedire che il preponente si avvantaggi in concreto dell'attività svolta dal preposto, esimendosi dalla controprestazione. Così, in difetto di patto in contrario, la provvigione è dovuta all'agente anche per gli affari conclusi direttamente dal preponente nella zona; la *ratio* della norma si ricava appunto della considerazione che altrimenti il preponente, ricorrendo alla stipulazione diretta degli affari, potrebbe in effetti avvalersi della situazione favorevole creatasi nella zona, per i suoi prodotti, in virtù dell'attività complessivamente dispiegata in precedenza dall'agente, in tal modo conseguendo un vantaggio sulla base del lavoro altrui. In definitiva, quindi, la legge prende posizione sul punto cruciale dei rapporti tra due imprese, quella del preponente e quella del preposto e intende risolvere equitativamente un problema di concorrenza, tutelando l'agente.

Ora se la legge afferma il diritto alla provvigione per gli affari diretti nell'ipotesi normale dell'agente senza rappresentanza, sarebbe contraddittorio pervenire, nella fattispecie esaminata dalla Suprema Corte, alla conclusione specificatamente sostenuta dal ricorrente. Nel primo caso (agente senza rappresentanza e affari conclusi direttamente dal preponente), se si considerano i singoli affari, tutto è formalmente rapportabile all'attività del preponente, anche per quanto attiene al promovimento del contratto, anche se questi si è avvantaggiato in concreto della situazione favorevole posta in essere nella zona dall'agente. Nel secondo caso, esaminato dalla Cassazione, la situazione specifica di fatto è ben diversa; non c'è una situazione generale della quale il preponente si

avvantaggia, ma proprio per la conclusione di quel determinato affare l'agente si è attivamente adoperato, svolgendo la consueta attività preparatoria tipica dell'agente senza rappresentanza, anche se la conclusione formale del contratto si deve al preponente, senza utilizzazione del potere di rappresentanza dell'agente. Nella sostanza, come ottimamente si afferma nell'annotata sentenza, in questo caso il rapporto di agenzia, secondo la sua configurazione tipica, ha avuto pieno svolgimento; se il preponente ha preferito, in concreto, procedere direttamente alla stipulazione del contratto, invece di demandarla all'agente, ciò non costituisce una buona ragione per negare al preposto la provvigione per l'attività concretamente e specificatamente dispiegata. Ritenere il contrario, equivarebbe, in contrasto con ovvi principi generali di diritto e con un elementare canone equitativo, a negare la controprestazione per il lavoro svolto dall'agente.

3. La sentenza della Cassazione, a prescindere dalla conclusione pratica, è anche interessante per quanto attiene alla costruzione, in termini di dommatica, della figura dell'agente con rappresentanza. Se la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel rilevare che il conferimento della rappresentanza all'agente è, genericamente, un *quid* accessorio e strumentale rispetto alla funzione essenziale del contratto, notevoli incertezze sussistono per una più approfondita configurazione di questo particolare atteggiarsi del rapporto, come, più in generale, per la delimitazione dell'agenzia rispetto al mandato (v., in generale, Formaggini, *Il contratto*, cit., 68 ss.).

La Suprema Corte ha accolto la costruzione delineata da G. Ferri (*Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1950, 573). Secondo il chiaro commercialista, il conferimento della rappresentanza non può snaturare il rapporto di agenzia, attribuendo all'agente il potere di decisione circa la conclusione dei contratti; questo potere resta sempre al preponente, onde l'agente, nei rapporti interni, deve ottenerne il preventivo consenso per la stipulazione dei contratti: « la rappresentanza non modifica il contratto di agenzia, ma ha solo la funzione pratica di consentire all'agente di stipulare invece del preponente quel contratto che questi ha già deciso di concludere, di dare cioè attuazione concreta alla volontà del preponente già determinatasi ». La costruzione del Ferri è indubbiamente rigorosa perché risolve la particolare fattispecie in termini tali da evitare ibride commistioni tra il mandato e l'agenzia. Del tutto agli antipodi è la configurazione proposta dal Giannattasio (*Agenti e figure affini con speciale riguardo ad una forma marginale di agenzia e di mandato*, in *Dir. econ*., 1956, 484; nello stesso senso pare, per un fugace

cenno, A Bonanno, *Il rapporto d'agenzia*, in *Foro it.*, 1947, I, 613). Secondo questo autore, il contratto di agenzia ha per oggetto o il semplice promovimento degli affari o la conclusione dei contratti (*rectius*, il promovimento e la conclusione) a seconda che all'agente sia stata conferita o no la rappresentanza; l'elemento distintivo del mandato e dell'agenzia non consisterebbe nell'attività preparatoria dell'agente rispetto a quella decisoria del mandatario, ma nel carattere stabile del rapporto d'agenzia rispetto alla occasionalità del mandato.

Altri autori parlano, più o meno esplicitamente, di una coesistenza di due rapporti, di agenzia e di mandato. Così per V. Cerami (voce *Agenzia* in *Enc. dir.*), quando all'agente è conferita anche la rappresentanza, al rapporto di agenzia si aggiunge, con intrinseca compenetrazione, quello formale di mandato qualificato. Per C. Varelli (*Agente di commercio con rappresentanza*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, 4, 105), « due sono, a ben vedere, i contratti che legano il cliente all'agente: quello di agenzia e quello di rappresentanza, che non si confondono affatto, pur non ignorandosi, perché il secondo presuppone l'esecuzione del primo così pure l'agente potrà vantare i diritti di rappresentante, non in quanto contraente del contratto di agenzia, ma perché stipulante di un contratto di rappresentanza ». Di due rapporti coesistenti parla anche M. Ferrari (*Se l'agente di assicurazione sia mandatario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 766).

Non è certamente nei limiti di questa annotazione che può approfondirsi il punto. Mi limito pertanto ad alcune osservazioni che non pretendono di essere conclusive, rilevando, in primo luogo, che paiono non soddisfacenti le costruzioni dualistiche o miste, anche perché esse implicano uno sdoppiamento, nel complesso delle controprestazioni dovute dal preponente all'agente con rappresentanza, che non trova riscontro, a quanto so, nella realtà. Per converso il Ferri ed il Giannattasio propongono, per diverse vie, costruzioni rigorosamente unitarie della particolare fattispecie; il primo portando agli estremi la concezione strumentale della rappresentanza nel particolare rapporto, il secondo ravvisando nella stabilità del rapporto l'elemento unificatore delle due diverse situazioni dell'agente con o senza rappresentanza. Probabilmente, una volta chiarito che anche nel caso del conferimento della rappresentanza dell'agente consiste e in primo luogo nel provuovere e quindi nel concludere, e sempre accogliendosi l'idea generica del conferimento della rappresentanza in funzione accessoria rispetto al nucleo centrale del rapporto, la soluzione non può essere assoluta, nel senso che deve accertarsi, di volta in volta, in qual senso e con quali limiti si sia inteso attribuire all'agente la rappresentanza, con riserva o no al prepo-

nente del potere di gestione Invece di serrare la fattispecie in termini rigidi, appare più congeniale alla varia realtà dei rapporti, senza che sussistano ostacoli di principio, tener conto della reale determinazione contrattuale; ben può infatti il preponente riservarsi in ogni caso il potere di gestione, come conferirlo all'agente, circoscrivendolo con le sue istruzioni più o meno particolareggate e, del resto, liberamente modificabili e revocabili. Questo non elimina, a mio parere, la funzione accessoria e strumentale della rappresentanza, fermo il principio che l'agente conserva comunque il diritto alla provvigione ove abbia concorso con la sua attività alla conclusione dell'affare, pur se, per le più impensabili contingenze, il preponente abbia provveduto direttamente alla conclusione del contratto.

5.

# LA DETERMINAZIONE DELLA RETRIBUZIONE GIUSTA E SUFFICIENTE AD OPERA DEL GIUDICE

1. Nella controversia risolta dalla Suprema Corte, a Sezioni unite, con la sentenza n. 1745 del 18 luglio 1961, la difesa di parte ha compiuto un ennesimo, quasi disperato, tentativo per far invalidare l'ormai consolidato indirizzo in tema di determinazione della giusta e sufficiente retribuzione ad opera del giudice, porgendo la questione, sostanzialmente non a torto, in termini di costituzionalità. Si è sostenuto che codesta determinazione giudiziale della retribuzione è fuori del sistema, positivamente e costituzionalmente accolto, per la regolamentazione dei rapporti di lavoro, poiché sconvolge, in definitiva, il sistema delle fonti e contrasta con l'indicazione costituzionale secondo la quale quella regolamentazione deve risultare, in primo luogo, dal libero incontro delle forze sindacali contrapposte (art. 89 Cost.) e subordinatamente, se si vuole, da un diretto intervento legislativo in applicazione del principio generale secondo il quale « la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni » (art. 35 Cost.). Sulla base di questa argomentazione di fondo si è tentato di invalidare, sotto il profilo costituzionale, la norma (art. 2099 cap. c.c.) solitamente richiamata, in combinato disposto con l'art. 36 Cost., per giustificare la criticata determinazione giudiziale.

La Suprema Corte ha respinto questo ennesimo tentativo, in coerenza all'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale in materia e deve dirsi che, ribadita l'argomentazione di fondo ispiratrice di questo indirizzo, assai agevole si presentava il rigetto, come manifestamente dell'eccezione d'illegittimità costituzionale dell'art. 2099 cap. c.c. La norma del codice si limita ad affermare che, ove manchino, al fine della determinazione della retribuzione nel singolo rapporto di lavoro, norme corporative e sia mancato altresì il diretto accordo delle parti sul punto, spetta al giudice integrare la volontà delle patti, provvedendo per questo elemento essenziale del rapporto (v. F. Santoro Passarelli, *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*, in *MGL*, 1960, 147). La norma, così come è formulata al fine di un intervento

giudiziale integrativo della volontà delle parti, trova riscontro in altre situazioni analogicamente raggruppabili (ad es., nell'art. 1349 c.c.) e non si vede come possa configurarsi, rispetto ad essa, una questione di costituzionalità, nei limiti in cui (art. 134 Cost.) è delineato nell'ordinamento il controllo di legittimità delle leggi rispetto alla carta fondamentale dello Stato. Né può dirsi che sulla sopravvivenza della norma abbia inciso il d.lgs.lgt. 23 novembre 1944 n. 369, poiché con questo testo di legge ci si limitò, come agevolmente osserva la Cassazione, a smantellare l'organizzazione sindacale del periodo corporativo.

In realtà, non solo non può parlarsi di un vizio di costituzionalità dell'art. 2099 cap. c.c. in considerazione della letterale formulazione della norma, ma deve altresì osservarsi che lo stesso richiamo della particolare disposizione, nella giurisprudenza formatasi in tema di determinazione giudiziale della retribuzione giusta e sufficiente, non ha costituito, logicamente, un argomento decisivo, bensì, come suol dirsi, di mero contorno. Infatti l'indirizzo giurisprudenziale consolidato poggia, in definitiva, su una determinata interpretazione deva norma costituzionale, dalla quale si pretende di poter derivare un diritto soggettivo talora qualificato come assoluto ed irrinunciabile perché riconducibile alla sfera dei c.d. « diritti della persona », solo subordinatamente si è fatto richiamo all'art. 2099 cap. c.c. per affermare che, in sostanza, la pretesa del giudice di poter determinare la misura della retribuzione non può ritenersi fatto abnorme, se già una norma positiva configura, sulla ricorrenza di certi presupposti, un tale potere del giudice. E così questo richiamo è stato operato per attutire, nel fuoco della polemica, la portata innovatrice del novissimo indirizzo, per controbattere l'accusa che ravvisava, in quell'indirizzo, una affermazione rivoluzionaria, gravemente contrastante rispetto ai principi del sistema. Se il giudice può già, in una certa situazione determinare la misura della retribuzione non crolla il mondo se, in relazione ad altra situazione, egli si arroga, sulla base di certe premesse, nuovamente questo potere.

Una questione di costituzionalità dell'art. 2099 cap. c.c. è quindi mal posta, poiché non questa norma è in questione, sibbene l'interpretazione che la giurisprudenza dà dell'art. 36/I Cost., rispetto alla quale il riferimeno all'art. 2099 è sovrabbondante e superfluo. La questione torna, quindi, al punto di partenza, se cioè quella interpretaziane sia o no esatta. E se è difficile configurare concretamente una questione formale di costituzionalità di questa o quella norma della legislazione ordinaria, deducibile innanzi alla Corte costituzionale, non è tuttavia improprio impostare la questione in termini di sostanziale coerenza dell'interpretazione prevalente dell'art. 36/I Cost. rispetto al sistema complessivo di

regolamentazione delle condizioni di lavoro, anche per quanto si deduce, in proposito, dalle indicazioni costituzionali. È ben noto, infatti, quali siano i limiti precisi del controllo di costituzionalità nel nostro ordinamento, potendosi tecnicamente configurare questo controllo sol quando la questione si ponga in termini di contrasto tra la norma di legge e la norma costituzionale; con la conseguenza, grave ma in larga misura inevitabile, che questioni di costituzionalità possono legittimamente sollevarsi ancor quando, in molteplici situazioni, queste non siano deducibili innanzi alla Corte costituzionale. Questo si verifica, ad es., tutte le volte che la pubblica amministrazione, col suo concreto comportamento, ipoteticamente si pone in contrasto con determinate indicazioni costituzionali nell'accezione più lata e quando il giudice, applicando in un certo modo una norma della Costituzione, ne dà un'interpretazione che per altri appare contrastante rispetto al sistema. Questa è, appunto, la situazione ricorrente nel nostro caso.

2. Per quanto mi riguarda, non ho motivi per discostarmi da quanto dissi sul problema alcuni anni or sono (v. *La giusta retribuzione dell'art. 36 Cost.*, in *Dir. lav.*, 1953, I, 99). A mio parere, rispetto alla proclamazione costituzionale del principio della giusta e sufficiente retribuzione, la questione è erroneamente impostata in termini di precettività o di programmaticità della norma, trattandosi di una solenne affermazione di principio, di una direttiva fondamentale da intendersi in un preciso contesto economico, sociale e politico.

Per impostare chiaramente il discorso è, intanto, necessario valutare l'esatta portata della proclamazione costituzionale secondo la sua letterale enunciazione. Secondo l'art. 36/I il lavoratore ha diritto ad una retribuzione:

*a*) proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro;

*b*) in ogni caso sufficiente ad assicurare al lavoratore stesso e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa. In primo luogo deve quindi effettuarsi una valutazione « oggettiva » della prestazione; in secondo luogo la misura della retribuzione deve essere riferita, subiettivamente, alle necessità del singolo e del suo nucleo familiare.

Per quanto attiene alla valutazione del primo tipo, ognuno sa quanto sia difficile valutare « oggettivamente », a tavolino, il valore di una determinata prestazione; sa come tutto in materia sia condizionato a fattori molteplici, non solo economici, ma talvolta apparentemente ed inevitabilmente irrazionali e quindi imponderabili, fattori che stanno all'origine, ad es., dell'eterno malcontento delle categorie impiegatizie ove, come nel pubblico impiego, ogni determinazione in proposito è in

larga misura sganciata da ogni preciso riferimento di mercato. In definitiva, finora si sono conosciuti solo tre metodi di valutazione delle prestazioni: o il metodo del libero mercato nella sua forma classica superata o questo stesso metodo corretto per la presenza del sindacalismo contrapposto e caratterizzato dalla contrattazione collettiva delle condizioni di lavoro (monopolio bilaterale) o, infine la regolamentazione dall'alto del livello delle retribuzioni in varie forme che culminano nella pianificazione integrale dell'economia anche per questo aspetto. Se queste sono le soluzioni storicamente verificatesi, resta da chiedersi quali concreti elementi abbia il giudice a disposizione per una valutazione diretta in materia, se non si vuole sconfinare nell'arbitrio e nel capriccio.

Ma l'art. 36/I aggiunge che *in ogni* caso la retribuzione deve essere sufficiente rispetto a certe indilazionabili esigenze della persona e del relativo nucleo familiare, assicurando una esistenza libera e dignitosa, questo è il limite minimo, secondo la letterale enuciazione, della retribuzione *per quella determinata persona, per quella determinata famiglia*. Deve quindi trattarsi di una valutazione concreta, da effettuarsi caso per caso e che implica l'accertamento in concreto, in una determinata situazione, di quanto sia necessario per assicurare ad un nucleo ben individuato una esistenza libera e dignitosa. Ma cosa significano libertà e dignità? Mi pare che il costituente abbia voluto, con quella proclamazione dell'art. 36/I, riaffermare, nel campo del lavoro subordinato, il principio generale già formulato nel capoverso dell'art. 3 Cost.: la condizione di lavoratore subordinato non deve limitare *in fatto* la libertà e l'eguaglianza del cittadino lavoratore rispetto alla generalità dei cittadini. Pertanto il livello della retribuzione dovrebbe essere tale da escludere ogni possibile menomazione di fatto, assicurando (art. 3 cap.) il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica economica e sociale del paese. Non è certo in questa sede che può approfondirsi il discorso attorno a queste generalissimo e coordinate proposizioni del testo costituzionale; al nostro fine basta osservare che *ogni volta*, per giudicare della corrispondenza della retribuzione all'indicazione costituzionale è necessario, in primo luogo, accertare quale sia il livello ottimo della retribuzione per quella determinata persona al fine di garantirne libertà e dignità nell'esistenza. Successivamente, se la retribuzione oggettivamente valutata in proporzione alla qualità e alla quantità del lavoro supera in ipotesi, quella subiettivamente necessaria per resistenza libera e dignitosa, il lavoratore ha diritto alla maggiore retribuzione determinata secondo la prima valutazione, mentre nel caso inverso, la retribuzione « oggettivamente » valutata in misura insufficiente rispetto alle esigenze subiettive, va con-

venientemente adeguata. In conclusione (« in ogni caso », afferma l'art. 36/I), il lavoratore ha diritto alla retribuzione subiettivamente necessaria, anche se, in ipotesi, la valutazione obiettiva secondo la qualità e la quantità della prestazione comporta un livello salariale inferiore rispetto a quello subiettivamente necessario, al fine di assicurare la eguaglianza nel minimo di tutti i cittadini. Se si vuole, l'art. 36/I fa riferimento a due concetti di retribuzione, la retribuzione *giusta* e quella *sufficiente* e, nella determinazione in concreto, ci si può limitare alla prima valutazione obiettiva, sol quando essa comporti per il lavoratore un risultato più favorevole rispetto alla seconda.

3. Se il significato letterale della proclamazione dell'art. 36/I è quello indicato, posto che da essa discenda un diritto soggettivo perfetto ed azionabile (non ne interessa in questa sede la natura), il giudice dovrebbe di volta in volta, in rapporto alle irripetibili caratteristiche, obiettive e subiettive, del caso concreto, specificatamente determinare la misura della retribuzione; in concreto dovrebbe compiere una serie di accertamenti, in ordine alla qualità della prestazione, al rendimento medio del lavoratore, alle esigenze indilazionabili di costui e della sua famiglia, come esattamente si è affermato (v. Ardau, *La Costituzione della Repubblica e la determinazione giudiziale della retribuzione*, in *Jus*, 1952, 550). Dall'affermazione di principio accolta nella giurisprudenza consolidata, si deduce in modo inequivocabile la necessità di questi accertamenti specifici e molteplici, ed è quindi del tutto coerente la Suprema Corte quando in linea di principo afferma, con la sentenza 4 maggio 1961, n. 1004, che il giudice non deve limitarsi a valutare la sufficienza della retribuzione, dovendo egli altresì porsi il quesito della sua giustizia, cioè della proporzione con la qualità e la quantità della prestazione, così come è coerente l'affermazione fatta nella sentenza 5 maggio 1961, n. 1027, che il giudice deve specificare sia i motivi per i quali ha ritenuto insufficiente la retribuzione in fatto corrisposta, sia i motivi per i quali ha ritenuto di diversamente determinare, rispetto alla quantità, la retribuzione. Natualmente, dato il carattere del sindacato della Suprema Corte rispetto alle pronunce dei giudici di merito, queste proposizioni di principio sono formulate nei limiti del controllo sulla motivazione della sentenza impugnata; ma quando esse siano convenientemente tradotte, sostanzialmente si risolvono nell'affermazione che sono necessari quei molteplici accertamenti di fatto dei quali si è detto.

4. Si tratta ora di vedere se, nel complesso, la giurisprudenza, nell'applicare l'art. 36/I come norma c.d. « precettiva », ha veramente dato

concreto svolgimento all'indicazione costituzionale secondo il suo preciso significato apparente e se si è attenuta a quei criteri d'indagine che sono impliciti nell'affermazione di principio. Credo che, sulla scorta della elaborazione giurisprudenziale, vista nel suo complesso (v., in proposito, la rassegna nell'ottimo *Manuale di casistica del diritto del lavoro*, diretto da M. Longo, Torino, 1961, 1577 ss.), si possa rispondere negativamente al quesito, senza possibilità di contestazioni. Bastano, a tal fine, alcune semplici considerazioni.

Ad es., si è spesso affermato (v. *Manuale*, cit., 1637-1638) che può legittimamente determinarsi la retribuzione in misura inferiore rispetto alle tabelle salariali sindacali, ove il lavoratore interessato sia riconosciuto, per età o per altre ragioni, di minor rendimento rispetto alla media. È una conclusione discutibilissima, date le premesse, giacché anche il lavoratore di più scarso rendimento dovrebbe, in ogni caso, fruire della retribuzione sufficiente.

Molte altre volte i giudici hanno dovuto giudicare della sufficienza o no di determinate retribuzioni contrattuali (v., per la casistica, *Manuale*, cit., 1599-1600), ad es., di retribuzioni contrattuali di lire 30.000, 15.000, 18.000 ecc. Non interessa in questa sede rilevare la visibile diversità di apprezzamento di situazioni apparentemente assai simili diversità giuridicamente irrilevante perché insita nel sistema di determinazione giudiziale e perché non riducibile nemmeno ad opera della Suprema Corte, dato il carattere di fatto dei corrispondenti accertamenti; né interessa molto quella parte delle decisioni che attiene alla prima valutazione, obiettiva, richiesta dall'art. 36/I in riferimento alla qualità e alla quantità delle prestazioni. È invece degno di rilievo il fatto che, in genere, nelle varie controversie non si è fatto riferimento, per la determinazione della retribuzione, alla composizione e alle caratteristiche della famiglia del lavoratore; come è sintomatico che, di massima, la giurisprudenza, nell'adeguare la retribuzione, si sia in genere riferita alle tabelle salariali elaborate in sede di contrattazione collettiva, all'uopo considerate come un indice per la giusta misura del salario secondo il mercato. La prima circostanza indica che, dalle parti e dal giudice, si è deliberatamente messo da parte il riferimento al nucleo familiare che pur è imprescindibile ai sensi dell'art. 36/I. La seconda circostanza prova che la giurisprudenza si è premurata, soprattutto, della giusta retribuzione e non anche di quella sufficiente, giacché unicamente sotto il primo profilo è, di massima, probante il riferimento ai contratti collettivi di lavoro. Le tabelle contenute in questi contratti possono essere indicative per la valutazione obiettiva della retribuzione in riferimento alla qualità e alla quantità del lavoro; nulla dicono, di per sé, per la sufficienza della stessa

retribuzione, giacché esse risultano, e non dovrebbe essere ignorato, da un preciso rapporto di forza tra le contrapposte organizzazioni sindacali e non derivano affatto da un deliberato proposito di determinare le retribuzioni anche in funzione di quelle imprescindibili esigenze di libertà e di dignità delle quali parla l'art. 36/I, in relazione alla più generale indicazione enunciata nel capoverso dell'art. 3. Sotto questo profilo non può aversi riguardo a tabelle che cristallizzano un contingente rapporto di forza, mentre delle libertà e della dignità deve necessariamente giudicarsi secondo criteri dinamici ed evolutivi.

Tutto questo attesta, ed è risaputo, che la giurisprudenza non tanto si è preoccupata di svolgere il principio costituzionale secondo il suo chiaro significato apparente, quanto di assicurare, equitativamente, una tutela minima del lavoratore, in pratica rendendo vincolanti per soggetti estranei all'organizzazione sindacale le tabelle salariali elaborate nella contrattazione collettiva. L'intento praticamente perseguito e conseguito può apparire socialmente nobile, ma esso non quadra con le premesse; c'è, tra l'affermazione di principio ed i risultati pratici, una profonda incoerenza che è rilevante in sede di quella ricostruzione logica del sistema che interessa, ed unicamente, il giurista.

A suo tempo A. Cessari (*L'invalidità del contratto di lavoro per violazione dell'art. 36 Cost.*, in *Dir. lav.*, 1951, 2, 197) coerentemente obiettò, ai sostenitori della c.d. « programmaticità » dell'art. 36/I, che la legge ordinaria non potrebbe, per definizione, adeguatamente concretizzare il principio costituzionale, nemmeno una legge sul salario minimo o sui salari minino differenziati per categoria, perché l'art. 36/I impone una valutazione specifica, caso per caso, per la quale solo il giudice può provvedere. È una conclusione logica rispetto alla premessa; ed è un'affermazione da approfondire oltre gli stessi limiti nei quali l'A. la contenne, avendo unicamente riguardo alla prima parte della norma (la retribuzione giusta), poiché, anche ai fini della determininazione della retribuzione sufficiente, è necessariamente imposta, in ipotesi una valutazione caso per caso. In conclusione, se in linea di principio è esatta la premessa della c.d. « precettività » della norma, incoerente o quanto meno parziale ne è stato lo svolgimento in concreto nella elaborazione giurisprudenziale, giacché non si è usciti dai limiti di un adeguamento equitativo alle tabelle salariali contenute nei contratti collettivi di lavoro, adeguamento che certo non è imposto né si legge nella proclamazione costituzionale.

5. Talvolta, tuttavia, la giurisprudenza si è spinta oltre ed ha ammesso (v., oltre la sentenza della Suprema Corte, 18 luglio 1961, n.

1745, qui pubblicata, Cass. 25 marzo 1960, n. 636, in *MGL*, 1960, 146, con nota critica di F. Santoro Passarelli, *Nuove prospettive*, cit., nonché Cass. 22 marzo 1961, n. 642, *retro*, 89), la possibilità di disattendere, ai fini della determinazione della retribuzione sufficiente, anche le pattuizioni collettive sindacali, se violatrici del precetto costituzionale. L'affermazione è gravida di enormi conseguenze e tuttavia, a mio parere, essa è pienamente coerente con le premesse. Una costruzione giuridica non tollera salti logici di sorta e se è vero che dall'art. 36/I scaturisce per il singolo lavoratore quel diritto soggettivo di cui solitamente si discorre, non si vede come e perché questo diritto possa essere pregiudicato per l'esistenza di un contratto collettivo di diritto comune o generalmente obbligatorio (v., in tal senso, Geri, in *Giur. agr. it.*, 1960, 103). Il problema si pose già dieci anni or sono quando si cominciò a discutere del dibattuto indirizzo. Se lo pose per primo l'autorevole giurista (S. Pugliatti, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, 189) che enunciò, con tanto successo, la tesi di fondo che sta alla base di questo indirizzo, ritenendo egli insindacabili le determinazioni retributive dei contratti collettivi generalmente obbligatori, poiché deve presumersi che questi contratti, approvati dalla rappresentanza unitaria dei sindacati dei lavoratori, realizzino il disposto costituzionale. Altri (R. Scognamiglio, *Sull'applicabilità dell'art. 36 Cost. in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Foro civ.*, 1951, 352) ritenne che, anche dopo l'emanazione della legge sindacale, il giudice avrebbe potuto provvedere per gli appartenenti a categorie sprovviste di contratto collettivo. Ma da altre parti (v. U. Natoli, *Ancora sull'art. 36 Cost. e sulla sua pratica applicazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, 9), si criticò questa limitazione, in verità insostenibile; in linea di fatto, che la rappresentanza unitaria delle organizzazioni sindacali dei lavoratori abbia accettato il contratto collettivo con le relative tabelle salariali, non implica che queste tabelle automaticamente realizzino il disposto costituzionale, appunto perché la logica del rapporto di forze permane sempre alla base del contratto collettivo anche generalmente obbligatorio, o, quanto meno, la presunzione ricavabile da questo fatto è ampiamente suscettiva di prova in contrario. In linea di diritto, se l'art. 36/I viene interpretato nel modo qui criticato, dove si rinviene la limitazione che si pretende? L'alternativa mi sembra ferrea: se la premessa è esatta, conseguenziale è la conclusione specifica circa la sindacabilità dei contratti collettivi sul punto; se la conclusione è respinta, è necessario risalire alla insostenibilità della premessa.

Certamente la limitazione ha un significato, preciso e contingente, come richiamo logico in considerazione di quello che concretamente si è

voluto conseguire con la giurisprudenza formatasi in tema di precettività dell'art. 36/I e cioè l'adeguamento equitativo alle tabelle salariali collettive. Ma siamo, a questo punto, su un diverso terreno di valutazioni sociali extragiuridiche, in questa sede non pertinenti. Non a caso anche chi (v. SANTORO PASSARELLI, *Nuove prospettive*, cit.) si è dimostrato comprensivo per l'aspetto sociale del problema, non ha tuttavia taciuto delle gravi perplessità formulabili in linea di principio, parlando di una giurisprudenza « *praeter* e forse *contra legem* ».

6. Si è detto (F. SANTORO PASSARELLI, *Nuove prospettive*, cit.) che, accettando la sindacabilità da parte del giudice delle tabelle salariali collettive, « domani anche una determinazione legale della retribuzione, ritenuta non conforme al precetto costituzionale, potrebbe cadere sotto la sentenza del giudice che, sulla base della giurisprudenza in esame, potrebbe considerarsi autorizzato a sostituire la sua retribuzione a quella stimata possibile e conveniente dal legislatore ». Il rilievo è esatto. Ma anche qui, in linea di principio, la conseguenza è inevitabile nel senso che nemmeno con la legge potrebbe arrestarsi il potere che spetta al giudice ai sensi della consolidata giurisprudenza. Tuttavia la determinazione giudiziale della retribuzione incontrerebbe, per altra via e almeno in gran parte dei casi, un ostacolo insormontabile.

Senza pretendere di esaurire l'interessante problema nei limiti di questa nota, è chiaro che, innanzi ad una determinazione legislativa delle retribuzioni, il giudice non potrebbe, *sic et simpliciter*, disapplicare la norma ritenuta contrastante col precetto costituzionale, sostituendola con una propria determinazione. Si dovrebbe, in ipotesi, rimettere la questione alla Corte costituzionale e la Corte, presumibilmente, si troverebbe legata dal disposto dell'art. 28 della legge costituzionale 11 marzo 1953 n. 1, per il quale il controllo di costituzionalità esclude ogni valutazione sull'uso del potere discrezionale del Parlamento. Sotto questo profilo è chiaro che non potrebbe mai porsi concretamente una questione di costituzionalità rispetto ad una qualsiasi legge disponente in tema di retribuzione sufficiente, ad es., con la determinazione di un salario minimo legale, poiché ciò implicherebbe, appunto, un inammissibile sindacato sul potere discrezionale del Parlamento. La situazione si presenterebbe in modo al quanto diverso rispetto ad una legge per la quale venisse in questione la prima parte dell'art. 36/I in tema di retribuzione giusta. Si pensi ad una legge che disponga in tema di retribuzioni, specificatamente per categorie e qualifiche, al di là della fissazione di un minimo salariale garantito; rispetto ad una tale legge, delle questioni di costituzionalità potrebbero porsi in concreto per il

mancato rispetto del principio costituzionale di proporzionalità della retribuzione alla qualità e alla quantità del lavoro, ad es., per avere unificato nel trattamento retributivo lavoratori di diversa qualifica e categoria, non rispettando così l'indicato principio. In questo caso, a mio parere, il sindacato di legittimità costituzionale potrebbe forse interamente esplicarsi, senza imbattersi nell'ostacolo di cui al citato art. 28.

7. La questione può essere esaminata in riferimento ai decreti legislativi emanati sulla base della legge 14 luglio 1959, n. 741. Si tratta, nel caso, di uma determinazione legislativa delle retribuzioni *sui generis*, compiuta asstumendo a contenuto delle leggi delegate le clausole dei contratti collettivi di diritto comune. Le norme delle leggi delegate non possono, ai sensi dell'art. 5 della legge di delegazione, essere in contrasto con norme imperative di legge; a maggior ragione non vi può essere contrasto con queste norme e quelle della carta fondamentale dello Stato, in particolare, quindi, con l'art. 36/I.

È noto come, sulla esatta portata dell'art. 5 della legge n. 741 (v. il mio *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, 351 ss. e bibliografia ivi citata), la dottrina sia divisa secondo due tesi radicalmente diverse. Secondo una prima tesi, da me condivisa, l'art. 5 enuncia un criterio direttivo al quale il Governo deve attenersi nella emanazione dei singoli decreti legislativi, non tenendo conto delle clausole dei contratti collettivi illegittime, con la conseguenza che delle eventuali violazioni di questo criterio deve giudicare, secondo l'opinione ormai prevalente, la Corte costituzionale. Seguendo questa prima tesi, per quanto attiene alle ipotizzabili violazioni dell'art. 36/I Cost., il problema si pone, a mio avviso, negli stessi termini già considerati, nel precedente paragrafo per l'ipotesi della normale determinazione legislativa dei salari; i singoli decreti saranno sul punto concretamente insindacabili per quanto attiene alla regolamentazione minima sufficiente, in virtù della legge costituzionale n. 1 del 1953 (infatti la regolamentazione è rapportabile, sotto questo aspetto, e sia pure *per relationem*, all'uso del potere discrezionale del Parlamento), mentre teoricamente la porta è aperta a eventuali decisioni della Corte costituzionale per quanto si riferisce, viceversa, alla determinazione delle retribuzioni sotto il profilo della loro proporzionalità alla qualità del lavoro.

Ove si segua invece, a proposito dell'art. 5 della legge n. 741, l'altra opinione secondo la quale detto articolo delimita l'efficacia delle norme portate nei decreti legislativi, avendo a naturale destinatario l'interprete, il giudice potrebbe semplicemente disapplicare detti decreti legislativi per la ritenuta contrarietà rispetto all'art. 36/I Cost. In questo caso si

verificherebbe puntualmente la previsione del SANTORO PASSARELLI circa la possibilità da parte del giudice di sostituire una sua propria determinazione della retribuzione a quella legislativa.

8. Tirando le conclusioni del discorso, mi sembra di poter affermare due cose: in primo luogo, che la giurisprudenza prevalente, dopo aver affermato in linea di principio la c.d. « precettività » dell'art. 36/I, non è stata, in genere, coerente con le premesse e si è risolta in un adeguamento equitativo dei salari alle tariffe salariali previste nei contratti collettivi di diritto comume; in secondo luogo, che è viceversa coerente con le premesse di questa giurisprudenza la sindacabilità delle determinazioni salariali effettuate in sede di contrattazione collettiva di ogni tipo e anche in via legislativa, nei limiti in cui il sindacato di costituzionalità è, in questa materia, concretamente ipotizzabile.

Ne deriva, a mio parere, che le ulteriori e deprecate implicazioni della giurisprudenza prevalente non sono logicamente contestabili se non negando in radice le premesse stesse di questa giurisprudenza, accettando le quali è gioco-forza non arretrare innanzi ai corollari. Concluderei che sono appunto le premesse che non si possono accettare. Fino a dieci anni or sono, fin quando cioè, nella particolare situazione italiana, non si escogitò questa giurisprudenza sulla determinazione giudiziale della retribuzione sufficiente, era un dato pacifico in tutte le varie e così contrastanti esperienze di regolamentazione delle condizioni di lavoro, che non esistevano soluzioni basate sul diritto del singolo in quanto tale, su un diritto azionabile in corrispondenza ad un potere del giudice, teoricamente senza limiti anche se di fatto esercitato, alquanto incoerentemente rispetto alle premesse, con estrema moderazione. Era pacifico che il progressivo miglioramento delle condizioni, anche retributive, di lavoro si otteneva, comunque, con soluzioni nelle quali non la posizione del singolo direttamente emergeva, bensì la situazione di tutti coloro che, versando nella stessa situazione, apparivano accomunati dallo stesso interesse collettivo. La regolamentazione delle condizioni di lavoro, ivi compreso il progressivo adeguamento delle retribuzioni ad un livello tale da consentire pienezza di vita civile, è sempre stata pensata e realizzata su basi collettive, sia pure con diverse soluzioni istituzionali, privatistiche o pubblicistiche, a mezzo della contrattazione collettiva o per determinazione autoritativa attraverso vari congegni che vanno dalla costituzione di appositi uffici per ben specificate categorie non sindacalmente organizzabili come in Gran Bretagna, alla risoluzione del trattamento retributivo in un capitolo del piano economico nazionale, come avviene nei paesi ad economia collettivizzata. Era quindi pacifico che

diritti del singolo potevano configurarsi solo sulla base della regolamentazione generale delle condizioni di lavoro e ciò anche per una elementare esigenza di certezza per chi ha la responsabilità dell'intrapresa economica. In sostanza la regolamentazione delle condizioni di davoro, a livello sindacale o autoritativo, è sempre stata caratterizzata dal suo carattere generalizzato ed astratto.

Nel mio studio precedente dedicato al problema (*La giusta retribuzione*, cit.), tentai di dimostrare questo che ancor oggi mi appare un principio essenziale nel particolare settore, e cercai di dimostrare come la proclamazione costituzionale del principio della retribuzione giusta e sufficiente non possa essere interpretata in maniera avulsa e contraddittoria rispetto alla linea generale dello sviluppo storico del diritto del lavoro. In questo senso la proclamazione non si sostanzia né in una norma precettiva né in una norma programmatica, secondo la corrente bipartizione delle norme costituzionali per quanto attiene alla loro efficacia, bensì in una solenne affermazione di principio, che appunto per questo non va intesa qual semplice affermazione letteraria, spoglia di ogni concreto valore, nella misura in cui qualifica l'orientamento complessivo del sistema, secondo istituti poi concretamente posti. Secondo l'art. 36/I la retribuzione non deve costituire il semplice prezzo del lavoro, ma deve essere tale da assicurare a coloro che ne fruiscono, in essa avendo l'unica fonte di reddito, condizioni progressivamente migliori di vita, di libertà, di possibile pieno dispiegamento della personalità. Ma tale obiettivo non deve perseguirsi in maniera sparsa, isolata e defatigante, attraverso determinazioni giudiziali incerte e contraddittorie, valide per i singoli interessati, sibbene organicamente, attraverso soluzioni escogitate per tutti coloro che sono accomumati nella stessa sorte, sia in sede sindacale sia con una eventuale legislazione sui minimi salariali; soluzioni organiche nelle quali possa tenersi conto attraverso il giuoco benefico dei contrapposti interessi, delle reali possibilità economiche di settore. La proclamazione dell'art. 36/I non è una originalità della nostra Costituzione, poiché anche in altri ordinamenti, per paesi ad economia privata o pubblica, si rinvengono, con varia formulazione solenni affermazioni di principio di questo tipo; eppure, a quanto consta, mai queste proclamazioni hanno avuto uno svolgimento comparabile a quello impresso dalla nostra attuale giurisprudenza. Sostanzialmente il principio è accolto anche in diverse convenzioni internazionali che impegnano il nostro paese, la convenzione n. 26 adottata nel 1928 dall'Organizzazione internazionale del lavoro e resa esecutiva in Italia con la legge 26 aprile 1980, n. 877, e le convenzioni n. 87 e 97 della stessa Organizzazione rese esecutive con la legge 23 marzo 1958, n. 367 (v. L.

Riva Sanseverino, *Considerazioni sulla nuova legge in base ad alcune convenzioni internazionali*, in *Dir. econ.*, 1959, 1249); anche in queste convenzioni si indicano, per l'attuazione concreta del principio, una serie di soluzioni alternative o contestuali che tutte però si muovono nel senso della regolamentazione uniforme delle condizioni di lavoro. In questo senso depongono, infine, gli stessi lavori preparatori della Costituzione (v. *La giusta retribuzione*, cit.).

9. Il discorso circa la giurisprudenza formatasi sull'art. 36/I va quindi riportato alle premesse. Tuttavia sarebbe ingeneroso voler dimenticare in quale preciso contesto economico-sociale questa giurisprudenza si collochi, per cercare di comprendere, rispetto alla realtà sociale di fondo, quello che altrimenti appare fortemente discutibile in sede di ricostruzione logica del sistema. Questa giurisprudenza si è formata quando nel nostro paese si è avuta una crisi nel sistema della regolamentazione uniforme delle condizioni di lavoro ed in questa crisi va collocata come un capitolo che in essa si risolve, con le sue premesse e con i suoi svolgimenti apparentemente incoerenti (v. Santoro Passarelli, *Nuove prospettive*, cit.). A quanto si ricava da una veduta d'insieme, non si è trattato, per i nostri giudici, di affermare una pretenziosa rivolta della « giustizia » concreta secondo le esigenze del caso singolo contro la certezza del diritto, non si è subito il richiamo antistorico di tesi di dubbio sapore anche culturale, ma si è tentato in definitiva di assicurare un minimo di tutela nell'assenza di organiche sistemazioni a livello collettivo. Dietro le cifre, spesso miserrime, attorno alle quali si è discusso, c'era una realtà umana tale da angustiare ogni persona di civile convincimento; rispetto a queste realtà i giudici non hanno perseguito l'avventura, formalmente implicita nella premessa della tesi accolta, limitandosi ad apportare un correttivo sostanzialmente equitativo. È da presumere che questa giurisprudenza, teoricamente discutibile, sarà in fatto superata ove giunga a soluzione la crisi delle fonti del diritto del lavoro. Quando questo avverrà, se avverrà, potremmo pensare alla giurisprudenza formatasi sull'art. 36/I Cost. come ad un capitolo della tormentata e contraddittoria vicenda attraverso la quale è passata la crisi.

6.

# APPLICAZIONE DEL DECRETO LEGISLATIVO 14 LUGLIO 1960 N. 1011 SUI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI NELL'INDUSTRIA

1. Per molti di coloro che intervennero nell'ampia discussione provocata dalla legge 14 luglio 1959, n. 741 fu facile prevedere che il singolare congegno delineato dal legislatore per garantire ai lavoratori un minimo di trattamento economico e normativo, oltre ad essere seriamente discutibile e per più aspetti sotto il profilo di legittimità costituzionale, avrebbe di necessità sollevato una serie nutrita di problemi specifici e particolari sia per il governo in sede di svolgimento della delega, sia, in genere, per l'interprete in relazione ai vari decreti legislativi. Così, per ricordare solo i più grossi di questi problemi (1), si discusse della nozione di categoria ai fini dell'applicazione della legge n. 741, del concetto di « trattamento economico e normativo » per identificare i contratti collettivi di lavoro che il legislatore delegato avrebbe potuto tenere presenti in quella sede, della sorte delle clausole illegittime dei contratti collettivi di riferimento in relazione al famoso art. 5 della legge. Di tutti questi problemi e di tanti altri che è qui inutile ricordare, il Governo fu pienamente consapevole tanto che, per molti di essi, si ritenne di dover doverosamente richiedere il parere qualificato del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro; tuttavia ogni difficoltà venne alfine superata escogitandosi, per la redazione dei decreti legislativi, la singolare tecnica del c.d. articolo unico, di un articolo che dichiara regolati i rapporti di lavoro di questa o quella « attività », per la quale venne stipulato a suo tempo un contratto collettivo di diritto comune, da « norme giuridiche che uniformi », cioè eguali, identiche alle clausole del contratto collettivo stesso, contratto che segue in allegato all'articolo unico. Con questa tecnica, novissima rispetto agli antiquati modi di far le leggi e certamente tale da sconvolgere i più elementari canoni di buona

(1) Per una sommaria rassegna, v. G. Pera, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, 355 ss. in nota.

legislazione che un tempo si indicavano al fine di favorire nel cittadino l'esatta conoscenza di precetti possibilmente semplici e chiari, soprattutto quando si tratti di precetti penalmente sanzionati, è certo che il legislatore delegato ha superato brillantemente ogni difficoltà.

Ma le difficoltà restano, aggravate anzi da questa singolare tecnica, per l'interprete, per tutti coloro, cittadini, funzionari e giudici che sono chiamati a decidere della applicazione dei vari decreti legislativi, mentre, a mio parere, si pone pregiudizialmente il quesito se possa veramente dirsi che il governo ha dato svolgimento alla delega con la singolare tecnica indicata.

I lavori preparatori della legge n. 741 (2), sono chiarissimi circa le intenzioni del Parlamento: si voleva assicurare a tutti i lavoratori, categoria per categoria, un minimo di trattamento economico e normativo per legge, in riferimento al contenuto dei contratti collettivi di diritto comune e si ritenne a tal fine inevitabile la delega al governo, poiché il Parlamento non avrebbe potuto materialmente provvedere all'immane lavoro della emanazione di centinaia e centinaia di leggi di categoria, previa identificazione dei contratti collettivi e delle eventuali clausole illegittime di questi contratti da non prendere in considerazione. Questi lavori preparatori indicano senza possibilità di dubbio, che il governo avrebbe dovuto emanare tante leggi di categoria, accertando l'autenticità dei contratti depositati dalle varie associazioni sindacali, espellendo le clausole illegittime e trasformando nella forma le clausole contrattuali in disposizioni di legge. Certamente, nel nostro ordinamento, non esiste una definizione di ciò che deve intendersi per legge ed astrattamente possono inventarsi mille modi diversi per rivelare ai sudditi la volontà del legislatore né pretendo di affrontare a fondo nei limiti di questa annotazione il problema. È tuttavia certo che nel caso, quando il Parlamento concesse la delega al governo, si intendeva far riferimento alla legge come, nella sua formulazione, tradizionalmente si intende questo concetto, ad una serie organica di precetti, suddivisa per comodità ai fini dell'esatta interpretazione in capi, titoli o quanto meno in articoli, secondo una tecnica espressiva anch'essa collaudata nei secoli. Almeno finora non si sono mai avute leggi contenenti, ad esempio, qualcosa di simile ai « chiarimenti a verbale » caratteristici nella contrattazione

---

(2) Vedili pubblicati in appendice a V. Carullo, *Diritto sindacale transitorio*, Milano, 1960 e specialmente la relazione dell'on. Rubinacci alla Camera, *ivi*, 235 e a p. 239: « Il Governo, pertanto, a questo fine, dovrà attentamente considerare i singoli contratti per accertare se per avventura vi siano clausole in contrasto con norme imperative di legge e in tal caso dovrà ometterne la traslazione nelle leggi delegate ».

collettiva. È noto come, in un parere del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro (3), venne giustificata la tecnica dell'articolo unico, ivi affermandosi che « il procedimento non è nuovo nella nostra legislazione ed ha anzi costante applicazione per le leggi che rendono esecutive nello Stato le convenzioni internazionali, ponendo sostanzialmente norme interne uniformi a quelle internazionali ». Il riferimento non mi pare, però, del tutto conferente, posto che quando si tratta di dar esecuzione a convenzioni internazionali si versa in una situazione singolarissima e posto che queste convenzioni in larga misura formalmente si adeguano al tradizionale modello del testo ad efficacia normativa. Inoltre, resta che e nel caso il legislatore delegante fece esplicito riferimento a quel tradizionale modello, in relazione ad esso anzi giustificandosi la necessità della delega e nella misura in cui, discutendosi di attuazione di una delega, i lavori preparatori del Parlamento sono rilevanti, non mi sembra che il quesito posto sia del tutto inconsistente o comunque tale da pater essere tranquillamente risolto. Se al quesito dovesse in ipotesi rispondersi nel senso qui dubbiosamente indicato, chiare sarebbero le conseguenze, aprendosi la strada per la dichiarazione di illegittimità dei vari decreti per questa pregiudiziale ragione. Io mi limito a sollevare semplicemente il problema.

2. La decisione 2 dicembre 1961 del Collegio di Consiliazione ed Arbitrato di Parma che qui si commenta è la prima, a quanto consti, nella quale è venuta in questione l'applicazione del d.p.r. 14 luglio 1960, n. 1011 sui licenziamenti individuali nell'industria in riferimento allo specifico accordo interconfederale 18 ottobre 1950.

Nel caso il Collegio ha giudicato del licenziamento di quattro dirigenti da parte della soc.p.a. Terme di Salsomaggiore e, respinte le varie eccezioni pregiudiziali sollevate dalla società, ha ritenuto ingiustificato il licenziamento, ponendo l'alternativa tra il ripristino del rapporto di lavoro o la corresponsione ai licenziati della penale prevista *per relationem* nell'applicato decreto legislativo.

La decisione del Collegio è per più versi fortemente criticabile perché ignora o risolve sbrigativamente tutte quelle questioni pregiudiziali che logicamente si ponevano in rapporto alla controversia di merito. Queste questioni erano già state chiaramente individuate in dottrina, in quell'ampia discussione di cui si è detto all'inizio. Per più aspetti, infatti, si dubitò della possibilità di tener conto, in sede di svolgimento della

(3) V. il parere n. 8 del 27 novembre 1959, in Carullo, *op. cit.*, 309.

delega *ex* legge 14 luglio 1959 n. 741, dell'accordo interconfederale 18 ottobre 1950 sui licenziamenti individuali nell'industria, così come, in generale, si dubitò della possibilità di tener conto dei contratti collettivi c.d. « istituzionali » e delle clausole c.d. « strumentali » degli stessi contratti. Vi sono, soprattutto al livello interconfederale, dei contratti o meglio degli accordi secondo la significativa denominazione usualmente adoperata dalle stesse associazioni sindacali, che direttamente non attengono al trattamento economico e normativo dei lavoratori, ma prevedono, ad esempio, la costituzione di organismi rappresentativi del personale delle imprese come le commissioni interne; vi sono accordi che pur esplicitamente o implicitamente affermando un principio rilevante per il trattamento normativo dei rapporti di lavoro, concretamente svolgono questo principio attraverso procedure conciliative ed arbitrali che debbono essere necessariamente promosse dalle associazioni sindacali; vi sono infine, in molti contratti collettivi, clausole imponenti, in caso di controversia, il previo tentativo di conciliazione in sede sindacale. Rispetto alla prima situazione si osservò che l'accordo 8 maggio 1953 istitutivo delle commissioni interne non è rapportabile al concetto di trattamento economico e normativo minimo per la garanzia del quale si era voluta la speciale legislazione (4) ed in fatto il governo ha riconosciuto il fondamento di questa obiezione, non tenendo conto del particolare accordo interconfederale; rispetto alle altre situazioni si disse che, trasferendo la specifica contrattazione sul piano legislativo, implicitamente si sarebbe posto a carico delle associazioni sindacali un obbligo di attivarsi anche per i non iscritti ai fini delle varie procedure conciliative ed arbitrali, in violazione del principio di libertà sindacale (5). Da ultimo, rispetto ai decreti legislativi imponenti, pel riferimento alle clausole dei contratti collettivi, il previo tentativo di con-

---

(4) V. G. Mazzoni, *Valutazione di costituzionalità del disegno di legge Vigorelli sull'estensione* erga omnes *dei contratti collettivi*, Milano, 1959, 43; G. Zangari, « *Riconoscimento », natura giuridica ed attribuzioni della commissione interna*, in *Dir. econ.*, 1959, 966 e qui 983. *Contra*, nel senso della possibilità di tener conto nell'ambito della legge n. 741 anche dell'accordo istitutivo delle commissioni interne, B. Mazzarelli, *La disciplina transitoria dei rapporti di lavoro*, Roma, 1959, 86.

(5) V. A. D'Harmant François, *Considerazioni sulla legge per la regolamentazione dei rapporti collettivi di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1960, I, 51; A. Palermo, *Norme transitorie sui minimi di retribuzione*, in *Dir. lav.*, 1960, I, 89, e soprattutto F. Guidotti, *Note giuridiche sulla legge delega sull'applicazione dei contratti collettivi*, in *Dir. lav.*, 1959, 1, 195: l'A. rilevò che, sancendo per legge ed in favore della generalità obblighi assunti dai sindacati solo in favore dei propri soci, si aggiungerebbero nuovi obblighi per i sindacati oltre l'art. 39 Cost., mentre si darebbe vita ad una pubblica funzione di assistenza, configurandosi una sorta di rappresentanza legale della categoria, ripartita non si sa come tra i sindacati concorrenti. In generale, per il problema relativo alla parte convenzionale dei contratti

ciliazione sindacale, costituendo queste norme un ostacolo per il lavoratore rispetto all'invocabile tutela giurisdizionale, si è sollevata una questione di legittimità costituzionale anche in relazione all'art. 24 della Carta fondamentale dello Stato (6).

Prendendo lo spunto dalla decisione del Collegio di Parma, merita riesaminare *funditus* le varie e grosse questioni che si pongono in sede di applicazione del d.p.r. 14 luglio 1960, n. 1011, sviluppando quelle osservazioni che furono già espresse in dottrina e che sono estremamente attuali, a prescindere dalla questione di legittimità costituzionale della legge n. 741 che è, del resto, *sub judice* (7). Si tratta, in sostanza, di applicare il decreto legislativo come una legge qualsiasi, interpretandolo secondo i principi generali e rispetto alla legge di delegazione, mettendo da parte la singolare fattura.

3. Dovendosi procedere in un certo ordine logico delle varie questioni, mi sembra che sia necessario identificare in primo luogo la norma sostanziale posta nel nostro ordinamento del lavoro col d.p.r. n. 1011 del 1960. Posto che questo decreto legislativo è stato emanato al fine di assicurare un minimo di trattamento economico e normativo minimo ai lavoratori interessati (art. 1 della legge delega n. 141), è evidente che dal decreto n. 1011 e dall'annesso accordo interconfederale deve cavarsi una qualche norma sostanziale che abbia attinenza con questo trattamento minimo. In questo senso nella decisione del Collegio di Parma si afferma che, col decreto legislativo n. 1011, si è inteso superare il principio della libertà di recesso nel contratto di lavoro (art. 2118 c.c.) in senso favorito per i lavoratori, attuandosi « il pasaggio dal licenziamento *ad nutum* al licenziamento oggettivamente giustificato » suscettivo di controllo. L'affermazione non mi pare contestabile, tenendosi conto di quanto

---

collettivi, ai fini della legge n. 741, v. V. Simi, *L'essenza giuridica della legge sui minimi di trattamento per i lavoratori*, in *Lav. sic. soc.*, 1960, 271.

(6) V. Pret. S. Cipriano Picentino 13 gennaio 1962, in *Dir. lav.*, 1962, 2, 3. Si osserva nella ordinanza che legittimamente, in applicazione del principio di libertà dell'organizzazione sindacale, l'associazione può rifiutare il suo intervento a favore del lavoratore non iscritto, ma il rifiuto della associazione, rendendo impossibile il tentativo di conciliazione, precluderebbe al lavoratore l'azione giudiziaria: « ciò importa una limitazione del diritto, previsto dall'art. 24 Cost., di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti perché l'esercizio di esso verebbe di fatto subordinato all'ausilio di altri soggetti, a ciò non specificatamente obbligati ». Per un cenno al problema v. F. Traversa, *Tentativo di conciliazione sindacale e processo del lavoro*, in *Mass. giur. lav*., 1961, 342 e qui 349.

(7) V. Trib. Napoli 20 ottobre 1961 e Pret. Ferrara 12 luglio 1961, in *Dir. lav.*, 1962, 2, 5.

dispone l'art. 1 dell'accordo interconfederale annesso al decreto, ivi proclamandosi l'intento (delle parti) di prevenire i licenziamenti ingiustificati che quindi, secondo lo stesso accordo ed ora secondo la legge, si vogliono giustificati e controllabili sotto tale profilo. In questo senso, in dottrina (8) e in giurisprudenza era stato interpretato l'accordo interconfederale ed è quindi logico identificare la norma di legge corrispondente nei termini indicati.

Potrebbe tuttavia dubitarsi, in relazione all'art. 5 della legge delega, della legittimità di una norma sostanziale siffatta, reputandosi in ipotesi questa norma in contrasto con il principio enunciato nell'art. 2118 c.c., qualificato come norma imperativa di legge. In sostanza potrebbe sollevarsi questa obiezione: che il principio del recesso *ad nutum*, rapportabile ad una superiore esigenza di libertà delle parti nel rapporto di lavoro, è un principio fondamentale del nostro diritto, tale da non poter essere superato quanto meno in sede di attuazione della legge n. 741, cioè con la emanazione di leggi delegate aventi a contenuto le clausole della contrattazione collettiva, posto che l'art. 5 della legge delega esige che queste leggi non contrastino con norme imperative in materia. In questo senso, se ho ben compreso, si è espresso il Mazzoni (9), in relazione alla possibilità di tener conto dell'accordo interconfederale sui licenziamenti individuali ai fini della legge n. 741, affermando che in tal modo si violerebbe « altresì il contenuto di norme legislative inderogabili quali quella dell'art. 2119 c.c. sulla giusta causa di licenziamento ». In realtà, ammesso che il chiaro a. abbia voluto con l'inciso riportato formulare nella sostanza l'obiezione da me ipotizzata, non mi pare che l'assunto possa fondatamente sostenersi. A prescindere dalla particolare accezione della imperatività della norma nel diritto del lavoro, è certo che il principio del recesso *ad nutum* di cui all'art. 2118 c.c. è liberamente superabile dal legislatore ordinario (e nel caso l'ipotesi puntualmente ricorre), secondo una linea evolutiva da molti invocata e a conforto della quale è possibile richiamare varie indicazioni costituzionali. D'altro canto, nel nostro ordinamento e sia pure in riferimento ad altri rapporti, la libertà contrattuale nel suo aspetto di libertà di recesso ha subito da

---

(8) V. L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960, 588; G. Giugni, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, quad. n. 4 della *Riv. dir. lav.*, Milano, 1954 ed in particolare 49 ss.; v., da ultimo, G. De Tommaso, *Vecchie questioni e attuali prospettive in tema di giustificazione dei licenziamenti individuali nel settore industriale*, in *Riv. dir. lav.*, 1961, 2, 417, che tiene conto anche del d.p.r. 14 luglio 1960, n. 1011.

(9) G. Mazzoni, *Dubbi di legittimità costituzionale della legge 14 luglio 1959 n. 741*, in *Mass. giur. lav.*, 1961, 305 e qui col 307.

tempo limitazioni ben più incisive di quelle ora poste col decreto legislativo n. 1011, altrove richiedendosi e rigorosamente la giusta causa da accertarsi giudizialmente per porre fine al rapporto dato e almeno per ora non si dubita della legittimità costituzionale di queste limitazioni. Ai sensi del decreto legislativo n. 1011 il licenziamento intimato resta immediatamente operativo e ancor quando si accerti la mancanza di giustificazioni per il licenziamento, non si fa sostanzialmente eccezione al principio della incoercibilità delle obbligazioni di fare, posto che il datore di lavoro può sempre rifiutarsi al ripristino del rapporto corrispondendo al lavoratore licenziato la penale.

4. Nel caso esaminato dal Collegio di Parma si è posta la questione dei limiti di invocabilità soggettiva dei decreto legislativo n. 1011, della individuazione delle categorie di lavoratori rispetto alle quali può dirsi superato il principio del recesso *ad nutum*. Nella specie si trattava del licenziamento di dirigenti ed il Collegio ha respinto l'eccezione d'inapplicabilità del decreto legislativo ritenendo che « non distinguendo il citato accordo fra gli impiegati di massima categoria e quelli delle altre categorie, non possa non applicarsi tale accordo indiscriminatamente a tutti i *lavoratori*, ivi compresi i dirigenti di azienda che ben possono vantare questa qualifica, quale che sia la categoria alla quale essi appartengono ». L'affermazione non può assolutamente condividersi. È noto come si sia ampiamente discusso della nozione di categoria ai fini della legge n. 741 e come la opinione assolutamente prevalente (10) sia rettamente nel senso che, in riferimento all'art. 2 della legge delega, la categoria debba individuarsi non già obiettivamente, secondo criteri di inquadramento collettivo dettati *ad hoc* dal legislatore delegato, ma subiettivamente, sulla base delle unità contrattuali di fatto emerse nella contrattazione collettiva di diritto comune che deve tenersi presente nella emanazione delle singole leggi di categoria. Non ritengo necessario diffondermi su questo punto, rimandando il cortese lettore alle motivate argomentazioni svolte in proposito dai vari autori. Deve solo porsi in rilievo che, rispetto alla più grossa questione che in proposito si è posta e cioè circa l'applicabilità o no dei decreti legislativi nel settore artigiano, il competente ministero ha preso posizione con la circolare 10 febbraio

---

(10) V. in particolare G. Vincenzi-R. Flammia, *Le norme transitorie per garantire minimi di trattamento economico e normativo ai lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1959, 115 e qui col 122. Da ultimo v. G. Lavagnini, *Il limite della categoria secondo la l. 14 luglio 1959 n. 741 sui minimi di trattamento dei lavoratori*, in *Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli*, Milano, 1961, 277.

1961 (11) in senso difforme rispetto alla prevalente opinione dottrinale. Si è detto in questa circolare che negli articoli unici costituenti la sostanza dei decreti legislativi si fa riferimento « alle attività e non alle *imprese* per le quali è stato stipulato il contratto collettivo », il che « legittima un'interprerazione obiettiva (attività) che prescinde dalle dimensioni e dalle caratteristiche dell'impresa », mentre il secondo comma degli stessi articoli unici afferma che « i minimi di trattamento economico e normativo così stabiliti sono inderogabili nei confronti di *tutti* i lavoratori dipendenti da imprese produttrici di... ». Non è naturalmente possibile accertare se, nella redazione degli articoli unici, la parola *attività* sia stata accortamente adoperata in vista di questa interpretazione estensiva, ma non mi pare che possa utilmente giocarsi sulle parole ai fini voluti. Infatti resta determinante che nei decreti si è parlato di « attività » per le quali è stato stipulato quel determinato e annesso contratto collettivo, così come, nell'art. 2 della legge di delegazione, si parla di « categorie per le quali risultino stipulati accordi economici e contratti collettivi »; in sostanza la dizione della legge e dei vari decreti legislativi è tale da doverne ricavare che la sfera di applicabilità delle norme va necessariamente desunta dall'unità contrattuale concretamente emersa in sede di contrattazione collettiva. Né la legge delega né i vari decreti (che in definitiva ripetono con una circonlocuzione la sostanza dell'art. 2 della legge) attestano di una determinazione autonoma, da parte del legislatore, dell'inquadramento collettivo, ma sempre si fa riferimento alle unità contrattuali ricavabili dai contratti e se nei vari settori merceologici, in concreto, in rapporto alla rappresentatività delle associazioni stipulanti deve concludersi per la non riferibilità della contrattazione al settore artigiano, corrispondente deve essere la sfera di applicabilità delle varie leggi delegate.

Può inoltre osservarsi che la prevalente interpretazione puntualmente corrisponde al congegno della legge delega. E vero che ufficialmente questa legge è stata emanata per assicurare a tutti i lavoratori un minimo di trattamento economico e normativo, ma è altrettanto vero che a tal fine il congegno divisato è quello, in concreto, della estensione *erga omnes* dei contratti collettivi di lavoro nell'ambito delle varie categorie. Si è ritenuto di poter conseguire il fine ufficialmente perseguito attraverso questa generalizzazione dei contratti nella forma della loro assun-

---

(11) V. in *Riv. dir. lav.*, 1961, 3, 194. V. però anche la successiva circolare 14 luglio 1961, *ivi*, 1961, 3, 492 nella quale si tiene conto dell'ipotesi che vi siano « pattuizioni locali o nazionali, stipulate per le corrispondenti attività artigiane e depositate ai fini della trasposizione normativa ».

zione a contenuto di norme legislative, generalizzazione da compiersi rispetto a quelle categorie che concretamente sono emerse nella contrattazione collettiva anche in rapporto alle dimensioni delle unità produttive inquadrate nelle varie associazioni stipulanti; ma una cosa è generalizzare in un ambito dato, altra cosa è innovare radicalmente nell'ambito di riferimento. Può obiettarsi che, accettando questa interpretazione, proprio ai lavoratori per i quali l'intervento protettivo del legislatore appare socialmente più opportuno, si negano i benefici della legge n. 741. L'osservazione può essere esatta, ma non è giuridicamente pertinente rispetto alla precisa formulazione della legge; può dirsi, come ho cercato di dimostrare altrove (12), che anche sotto questo profilo il congegno della legge n. 741 non è congruo rispetto alla finalità perseguita, ma questo non può autorizzare una interpretazione che assolutamente non quadra col chiaro disposto della legge medesima.

Nel caso specifico dei dirigenti, siano essi assimilabili o no agli impiegati di prima categoria, non è decisivo che si tratti di lavoratori dipendenti dalle imprese per le quali venne stipulato l'accordo interconfederale 18 ottobre 1950. L'accordo non venne stipulato anche dalla associazione sindacale rappresentativa dei dirigenti e questo perché, come è ben noto, trattasi di una categoria del tutto particolare di lavoratori, riflettendosi questa speciale situazione in un autonomo inquadramento sindacale in una associazione « di mestiere » o « di funzione », senza alcun collegamento con le confederazioni generali dei lavoratori che hanno sottoscritto l'accordo. Per i dirigenti vi è un autonomo inquadramento sindacale, vi è una specifica contrattazione collettiva al livello ormai generalmente superato del sindacato di mestiere e non è quindi possibile, in sede di applicazione dei decreti legislativi emanati ai sensi della legge n. 741, unificare situazioni ben distinte nella contrattazione collettiva di riferimento, se la categoria deve individuarsi dal contratto.

5. Nella decisione il Collegio di Parma ha inoltre approntato il punto relativi alla efficacia delle clausole c.d. « strumentali », formalmente tenute presenti nel decreto legislativo n. 1011 e poiché tutta la procedura, ai fini del sindacato sulla giustificazione dei licenziamenti, poggia, secondo l'accordo interconfederale del 1950 tenuto presente dal legislatore delegato, sul diretto intervento delle associazioni sindacali, si è detto che le associazioni provinciali degli industriali rappresentano *ope legis* tutti i

(12) V. *Problemi costituzionali*, cit., 344 ss.

datori di lavoro, sindacalmente organizzati o no, avendo dette associazioni « il dovere per legge di rappresentare tutti datori di lavoro (industriali) della provincia. È un adempimento al quale sono legalmente tenute, tanto che, una loro astensione, potrebbe invero costituire una ipotesi di omissione di atti di ufficio ». In sostanza per il Collegio, fermo il punto che la procedura conciliativa ed arbitrale prevista nella legge implica l'intervento attivo delle associazioni sindacali aderenti alle organizzazioni complesse che stipularono l'accordo interconfederale di riferimento, sussiste un preciso obbligo legale per dette associazioni di attivarsi a favore del singolo, incorrendosi altrimenti in una non meglio precisa omissione di atti di ufficio. Quindi il singolo lavoratore, non sindacalmente organizzato, può legittimamente rivolgersi ad una delle varie associazioni raggruppate in una delle confederazioni generali dei lavoratori, evidentemente secondo una sua libera scelta, e l'associazione graziosamente prescelta ha l'obbligo di attivarsi nel senso richiesto; corrispondentemente la contrapposta associazione dei datori di lavoro ha il dovere per legge di assumere una specie di difesa di ufficio dell'impresa, sia essa associato o no.

Non credo che possa consentirsi con questa interpretazione gravida di pericolose implicazioni nella situazione specifica e sul piano generale del diritto sindacale. Mi sembra decisivo osservare che di queste clausole strumentali, presupponenti l'intervento delle associazioni sindacali in varia sede, il legislatore delegato poteva non tener conto, esulando esse dai limiti precisi della delega, concessa, ripetesi, per assicurare un minimo di trattamento economico e normativo ai lavoratori. Questo significa che, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 741, il governo era delegato a porre, con riferimento alla contrattazione collettiva, una normazione rilevante esclusivamente sul piano dei rapporti tra datori di lavoro e lavoratori (13), senza poter interferire sulla posizione delle associazioni sindacali. È vero che l'art. 1 della legge delega pone un criterio di totalità rispetto alla contrattazione collettiva (il governo dovrà uniformarsi a tutte le clausole), ma questo criterio non poteva essere inteso meccanicamente, sibbene in relazione alla finalità della legge. Totalità, quindi, per tutto ciò che attiene alla disciplina sostanziale dei rapporti di lavoro, con contestuale espulsione di quanto, nei contratti, esorbita da questo ambito ed implica l'intervento delle associazioni sindacali. La riprova si

---

(13) V. G. Giugni, *La disciplina legislativa del trattamento minimo di categoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 863; F. Guidotti, *Note giuridiche*, cit.; D. Napoletano, *Problemi di applicazione della legge n. 741 sui minimi di trattamento economico e normativo ai lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1961, I, 358; L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, cit., 96.

ha nel fatto che, ai sensi dell'art. 8 della legge di delegazione, è penalmente sanzionata l'inosservanza delle norme di cui ai decreti legislativi da parte dei datori di lavoro e questo dimostra come si sia voluto far corrispondere puntualmente al precetto (disciplina sostanziale dei rapporti di lavoro) la sanzione. D'altro canto non si vede in qual modo possa essere costruito un obbligo delle associazioni sindacali, dato che esso non sarebbe per nessun verso sanzionato; nel congegno della legge n. 741 è poi del tutto incongruo ipotizzare l'elusione di esso come una omissione di atti di ufficio.

Inoltre la tesi accolta dal Collegio contrasta radicalmente col principio costituzionale di libertà d'organizzazione sindacale posto nell'art. 39/I della Costituzione. Secondo l'opinione in larga misura prevalente, ricavata da una interpretazione sistematica della norma costituzionale, il legislatore ordinario non può in nessun caso e per qualsivoglia ragione attentare a questa libertà d'organizzazione sindacale, porre nei confronti delle associazioni sindacali obblighi o limitazioni di sorta. Obblighi o meglio oneri possono essere posti solo al fine della registrazione delle associazioni, solo per dar modo a queste asociazioni, con la registrazione, di partecipare alle rappresentanze unitarie e quindi alla elaborazione della contrattazione collettiva generalmente obbligatoria. In sostanza l'unico possibile intervento del legislatore è quello incentrato sulla registrazione delle associazioni e su quanto dalla registrazione consegue ed è un intervento esplicitamente previsto per ovvie garanzie di generale interesse nel momento stesso che la legge pone le premesse per la contrattazione collettiva generalmente vincolante. Tutto quanto non è rapportabile a questa giustificazione e in questo ambito è inconcepibile. Anche se il legislatore interviene, come nel caso, per garantire un minimo di trattamento ai lavoratori, accogliendo in tal modo una eterna rivendicazione del movimento sindacale dei lavoratori, non è possibile imporre ai singoli di rivolgersi a questa o a quella associazione sindacale, né è possibile porre per le associazioni corrispondenti obblighi a favore della generalità e dei non iscritti (14).

Ritenuto quindi che l'emanazione di norme di legge corrispondenti alle c.d. « clausole strumentali » esorbiti dai limiti della delega di cui alla legge n. 741, quando a queste norme si faccia comunque riferimento nei casi specifici con la pretesa di derivarne concrete conseguenze, mi pare inevitabile che il giudice, configurato un eccesso rispetto alla delegazione, investa della questione la Corte Costituzionale.

---

(14) V. G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici di lavoro*, in *Dir. econ.*, 1959, 832.

6. Dal decreto legislativo n. 1011, posto il principio sostanziale della necessaria giustificazione del licenziamento, ulteriormente si ricava, in corrispondenza alla procedura delineata nell'accordo interconfederale 18 ottobre 1950, che delle eventuali controversie deve giudicare un collegio composto di tre membri, due rappresentanti di parte e un presidente imparziale. Quindi la legge non si limita a porre un principio direttamente rilevante sul piano del trattamento normativo minimo dei lavoratori, ma pone per le eventuali controversie un giudice *ad hoc* costituito fuori della magistratura ordinaria. In rapporto a questa situazione, è strano che il Collegio di Parma non abbia visto una questione rispetto alla quale non possono esservi, se non erro, margini di opinabilità. Ed il discorso è, in proposito, brevissimo. Quale che sia la configurazione di questo speciale collegio (non intendo affrontare una delle più sottili questioni dommatiche), è chiaro che nel caso si ha o un giudice speciale o un arbitrato necessario. Comunque si risolva il quesito, o sussiste una violazione dell'art. 102 Cost. che impedisce la costituzione di giudici speciali (15) o il decreto legislativo, in relazione all'art. 5 della legge di delegazione, viola sul punto il divieto di arbitrato posto per le questioni di lavoro nel codice di procedura civile, non potendovi essere dubbio sul carattere imperativo delle relative norme (16). È noto come, in riferimento all'accordo 18 ottobre 1950, la giurisprudenza ormai consolidata abbia ritenuto la legittimità della speciale procedura arbitrale, qualificando questo arbitrato come irrituale, ma è chiaro che questa configurazione è del tutto inconferente spostando il discorso dal piano della contrattazione collettiva al piano della legge. Sul piano della legge, la competenza dello speciale collegio ha titolo nella legge stessa rispetto alla generalità; si tratta quindi, sostanzialmente, di un giudice posto nell'ordinamento rispetto al quale la qualificazione alternativa sopra indicata e specificatamente non rilevante rispetto alla conclusione che qui si delinea, è imprescindibile (17).

A questo punto, posto che non possono esservi dubbi circa l'illegit-

---

(15) V. V. Carullo, *Diritto sindacale*, cit., 194; G. Mazzoni, *Dubbi di legittimità*, cit.; v. anche, in relazione all'avanprogetto ministeriale di legge per la tutela della libertà sindacale nell'impresa, i pareri di P. Rasi e di A. Crechi, in *Dir. econ.*, 1962, 37 e 44.

(16) V. A. Torrente, *Arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1961, 350.

(17) Se la tesi accolta nel testo è esatta, resta da vedere il problema rispetto ai soggetti iscritti alle associazioni sindacali stipulanti l'accordo interconfederale del 1950. Indubbiamente questo accordo continua a valere tra le parti, ma è chiaro che la legge è invocabile da parte di tutti i lavoratori, iscritti o non iscritti alle associazioni. Il problema è meritevole di attenta considerazione, nel sovrapporsi della legge all'accordo, profilan-

timità di quel giudice, la soluzione dipende dalla tesi che si accoglie circa l'esatta portata dell'art. 5 della legge di delegazione n. 741 del 1959. Se si segue la tesi, più convincente, secondo la quale la norma enuncia un criterio direttivo per il governo, della questione va investita la Corte Costituzionale; se si segue la tesi secondo la quale la norma delimita l'efficacia delle norme contenute nelle leggi delegate, così configurantesi una singolare specie di leggi di secondo grado, l'interprete deve giungere alla conclusione che non è configurabile nel caso la competenza dello speciale collegio in deroga alla competenza giurisdizionale dell'autorità giudiziaria ordinaria. Nel primo caso il Collegio di Parma, giudice illegittimamente costituito, avrebbe dovuto sollevare d'ufficio la questione di costituzionalità; nel secondo caso il Collegio avrebbe dovuto emettere una pronuncia comunque declinatoria della sua competenza.

7. Concludendo mi sembra che del decreto legislativo n. 1011, per le cose dette, ben poco resti in piedi, praticamente solo una norma, pur importante, che attiene alla disciplina sostanziale del contratto di lavoro, nel senso del superamento del recesso *ad nutum* e della necessaria giustificazione del licenziamento, con la conseguenza che, accertata la mancanza di giustificazioni nel caso concreto, il datore di lavoro va posto nella alternativa del ripristino del rapporto o del pagamento della penale. Tutto il resto che formalmente si contiene nel decreto legislativo in corrispondenza all'accordo interconfederale 18 ottobre 1950, tutta la procedura delineata *per relationem* nel decreto è destinata irrimediabilmente a cadere, quale che sia la strada che a tal fine si creda di poter battere vuoi perché la procedura implica il diretto intervento delle associazioni sindacali vuoi perché il decreto costituisce illegittimamente un giudice *ad hoc*.

È interessante notare che, ove si segua la tesi secondo la quale l'art. 5 della legge di delegazione delimita l'efficacia delle norme di cui ai decreti legislativi, può prospettarsi l'ipotesi che il lavoratore licenziato, sul presupposto della ininvocabilità della competenza dello speciale collegio, adisca direttamente il giudice ordinario; ove il giudice concordi nella interpretazione dell'art. 5, può senz'altro affrontare il merito della controversia sulla base di quella norma sostanziale che si è ritenuto di poter individuare. In sostanza, dalla legge n. 741 possono derivare, secondo la tesi accolta in proposito, delle situazioni che credo del tutto

---

dosi, per i soggetti iscritti, una possibilità di... scelta tra la tutela giurisdizionale sulla base della legge e il ricorso all'arbitrato irrituale di cui all'accordo.

nuove nella esperienza giuridica: l'interprete può non limitarsi ad interpretare la legge, ma può in definitiva costruirla, pezzo per pezzo, sulla base di quell'informe materiale di derivazione contrattualistica che il legislatore gli offre col peregrino sistema di una legge constante di un articolo unico e di un allegato contratto. Quali siano i vantaggi per la certezza del diritto è inutile illustrare, specialmente considerando che al precetto si accompagna nel caso la sanzione penale, senza possibilità di invocare, rispetto ad una norma penale in bianco, l'errore di fatto su legge extrapenale (18).

(18) V. Giugni, *La disciplina legislativa*, cit.; B. Mazzarelli, *La disciplina transitoria*, cit., 101 ss.

7.

# DIVIETO DI LICENZIAMENTO DELLE LAVORATRICI A CAUSA DI MATRIMONIO

1. Da alcuni anni si discute con fervore delle clausole c.d. « di nubilato », dei licenziamenti delle lavoratrici a causa di matrimonio e, in generale, di quei vari accorgimenti (ad es., l'utilizzazione delle dimissioni in bianco rilasciate all'inizio del rapporto) con i quali si mira sempre a risolvere il rapporto di lavoro verificandosi l'indicato mutamento nello *status* della lavoratrice. Sostanzialmente si è accertato che in molte imprese private ed anche in taluni enti pubblici, economici e no, si persegue una politica, talvolta esplicitamente dichiarata ad es. nei regolamenti interni, ma più spesso ufficialmente negata per ovvi motivi, nettamente volta alla estromissione delle lavoratrici coniugate. È pacifica la identificazione della spinta economica determinante di tale comportamento, giacché al matrimonio normalmente conseguono degli eventi (gravidanza e puerperio) suscettivi di oneri non trascurabili per il datore di lavoro, specialmente nel settore impiegatizio nel quale finora, ai sensi della legge 26 agosto 1950 n. 860 sulla tutela delle lavoratrici madri, il trattamento economico spettante alla lavoratrice nel periodo di sospensione conseguente a quegli eventi grava direttamente sull'impresa, a differenza di quanto si prevede per le operaie; inoltre per la donna coniugata vi sono ovviamente più frequenti occasioni di assenza dal lavoro, appunto perché la lavoratrice deve cercare di conciliare la prestazione di lavoro alle dipendenze di terzi con i suoi non meno incisivi doveri di sposa e di madre di famiglia. Con il licenziamento della lavoratrice che convola a nozze, il datore di lavoro intende appunto eliminare in radice la possibilità di dover subire in futuro questi oneri.

Da parte delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e delle varie associazioni interessate ed impegnate nella causa per la rivendicata emancipazione della donna, questa politica imprenditoriale è stata ed è logicamente denunciata con asprezza, mettendosi in rilievo che con essa, di fatto, si ostacola il naturale diritto della donna lavoratrice a costituirsi una famiglia, ponendola nell'alternativa di scegliere tra il lavoro e il

matrimonio. Uomini e fogli della più varia ispirazione (anche l'*Osservatore Romano* intervenne) si sono uniti nel coro generale della protesta, imputandosi agli imprenditori che seguono l'indirizzo indicato di favorire anche situazioni immorali o comunque irregolari; spesso, si dice, la donna si dispone a convivere *more uxorio* col compagno della sua vita o contrae il solo matrimonio religioso o tiene comunque nascosto il matrimonio, appunto per non perdere il lavoro e col lavoro una fonte di reddito indispensabile per far quadrare il bilancio domestico. Si tenne anche, in Milano, nel febbraio 1961, un apposito convegno indetto dalla Società Umanitaria, sulla base di una relazione introduttiva di Arturo Carlo Jemolo, ricca, come tutte le cose del Maestro, di molteplici, finissimi spunti extragiuridici. Di questo convegno, nel quale in realtà oltre il tema specifico dei licenziamenti a causa di matrimonio vennero affrontati, secondo una larga impostazione sociale, tutti i problemi connessi alla crescente utilizzazione della donna nell'attività produttiva, sono stati recentemente pubblicati gli atti (Società Umanitaria, *Licenziamenti a causa di matrimonio*, Firenze, 1962), di grande utilità per chi voglia organicamente informarsi in proposito.

Se assai raramente questioni relative alle situazioni sopra ipotizzate si sono presentate in giurisprudenza (v., per una completa rassegna, la relazione dell'avv. Maria G. Manfredini, in *Licenziamenti*, cit., 31 ss.), ampiamente si è discusso in dottrina di questi problemi, in particolare della legittimità o no delle clausole c.d. « di nubilato », con opinioni radicalmente divergenti (nel senso della legittimità v., ad es., C. Giannattasio, in *Dir. econ.*, 1956, 1046; D.R. Peretti Griva, *ivi* 1959, 359; *contra*, con varia motivazione, U. Prosperetti, in *Riv. giur. lav.*, 1958, I, 323; L. Riva Sanseverino, *ivi*, 1958, I, 314; Trioni, in *Riv. dir. matr.*, 1958, 759; in generale V. Miglioranzi, in *Dir. lav.*, 1957, I, 69). Naturalmente la soluzione dello specifico problema è largamente condizionata alla tesi accolta, in generale, in tema di sindacabilità o no del recesso *ad nutum*, secondo l'interpretazione evolutiva che si pretende o si nega dell'art. 2118 c.c. in rapporto a certe generalissime proclamazioni costituzionali in tema di diritto al lavoro (v. in tal senso C. Smuraglia, in *Licenziamenti*, cit., 201 ss.).

Nel corso della presente legislatura sono state presentate alcune proposte di legge (la n. 37 presentata il 20 giugno 1958 dalla on. Merlin; la n. 1166 presentata il 6 maggio 1959 dalla on. Re; la n. 2852 presentata il 28 febbraio 1961 dall'on. Vittorino Colombo), che tutte si propongono di porre il divieto legale di licenziamento a causa di matrimonio. Da ultimo il nuovo governo ha predisposto un apposito disegno di legge che si accinge a presentare alle Camere. Il disegno di legge, sul quale il

Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro ha espresso già il suo parere (n. 44-28 del 24 maggio 1962), consta di cinque articoli. Il primo articolo dichiara la nullità sia dei licenziamenti attuati a causa di matrimonio sia delle clausole di nubilato contenute in contratti individuali o collettivi di lavoro e in regolamenti. Sempre per l'articolo primo si presume disposto per causa di matrimonio il licenziamento intimato nel periodo intercorrente tra il giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, fino ad un anno dalla celebrazione del matrimonio, ammettendo che il datore di lavoro possa provare che il licenziamento venne disposto per un giusto motivo. Secondo l'art. 2, la nullità del licenziamento importa l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere alla lavoratrice, sino al giorno della riammissione in servizio, la normale retribuzione; la lavoratrice invitata a riassumere servizio può recedere dal contratto entro il termine di dieci giorni dal ricevimento dell'invito ed in tal caso ha diritto, oltre alla retribuzione normale fino alla data del recesso, al trattamento previsto per le dimissioni per giusta causa. Per l'ultimo comma dell'art. 2 la nuova disciplina si applica in tutte le imprese private, escluse le lavoratrici addette ai servizi familiari e domestici e in tutti gli enti pubblici. Infine gli artt. 3 e 4 del disegno, modificando gli artt. 17 e 23 della legge 26 agosto 1950 n. 860, dispongono che le indennità spettanti alle lavoratrici nel periodo di assenza obbligatoria dal lavoro per gravidanza e puerperio, gravano in ogni caso sugli enti previdenziali e non sul datore di lavoro come finora, almeno in parte, avveniva. Con la mutualizzazione degli oneri di maternità, il nostro paese si adegua finalmente alla Convenzione n. 103 adottata nel 1952 dall'O.I.L., giusta il principio, spesse volte non rispettato, che tutto quanto non possa porsi in relazione di corrispettività alla prestazione lavorativa deve far carico alla generalità e non ai singoli datori di lavoro.

2. In seno al C.N.E.L. alcuni consiglieri hanno obiettato che, in rapporto alla finalità perseguita con il disegno di legge, l'innovazione legislativa potrebbe più utilmente limitarsi a disporre l'integrale mutualizzazione degli oneri per gravidanza e puerperio; secondo questi consiglieri, posto che in larga misura si ricorre alle clausole di nubilato e ai licenziamenti a seguito di matrimonio sol perché si cerca di evitare gli anzidetti oneri (tanto che la situazione denunciata è predominante nel settore impiegatizio), con l'integrale mutualizzazione si eliminerebbe la spinta economica alla risoluzione del rapporto. La maggioranza del Consiglio si è invece espressa per la necessità di sancire legislativamente la nullità delle clausole e la illiceità dei licenziamenti, perché le clausole

e i licenziamenti « contrastano con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico che assicurano a tutti i cittadini il diritto alla formazione della famiglia e, in particolare, garantiscono alla donna lavoratrice l'adempimento della sua essenziale funzione familiare ». In sostanza la maggioranza del Consiglio si è unicamente appellata a certi ovvi principi costituzionali e ancor di più a elementari regole di civiltà. Su questo terreno è difficile non consentire, almeno in linea di principio; ma non pare che il discorso possa esaurirsi con questa considerazione formalmente preclusiva. Ogni legge è, per definizione, il tentativo, più o meno felice di tradurre positivamente in una serie di regole cogenti una determinata volontà politica volta alla realizzazione concreta di precise finalità; le regole cogenti espresse con una certa tecnica e destinate ad essere interpretate secondo certi canoni, determinando nell'ambito dei rapporti così regolamentati una serie più o meno prevedibile di conseguenze nel giuoco reciproco del comportamento dei soggetti. Pertanto, quando si discute *de lege ferenda*, il discorso non può esaurirsi nell'ambito di valutazioni astratte, di principio, ma va portato innanzi in concreto, in linea di opportunità, ipotizzando quali possono essere le conseguenze dirette e riflesse della proposta disciplina, eventualmente oltre la correlazione tra la finalità perseguita e le regole che all'uopo si ritiene di dover porre, poiché astrattamente non è da escludere che la regola posta per reagire ad una data situazione possa a sua volta generare altre situazioni per altro verso non qualificabili positivamente e non desiderate.

Anche nel caso specifico la progettata regolamentazione va esaminata criticamente in questo ordine di idee; si tratta di accertare se, rispetto alla finalità perseguita, lo strumento ipotizzato (nullità delle clausole di nubilato ed illiceità dei licenziamenti a causa di matrimonio) con le ulteriori implicazioni, sia congruo o se sotto altro profilo non sia suscettivo di determinare comportamenti di massa non desiderati. Pertanto l'indagine va condotta avendo costantemente presenti quelle regole precise che ci si propone di adottare, secondo il loro esatto valore, ipotizzando le probabili reazioni in una realtà umana e sociale determinata. Il giudizio deve essere quindi puntualmente riferito allo strumento congegnato e non già preventivo ed astratto, anche perché il semplice richiamo ai valori pregiuridici e ai principi generalissimi dell'ordinamento prova, per definizione, troppo.

In questo ordine di idee non può tacersi il peso dell'obiezione sollevata dalla minoranza del C.N.E.L. Se è vero che alla radice del deprecato fenomeno sta sopratutto l'attuale incidenza sul datore di lavoro degli oneri di maternità, è certo che eliminando la prevalente

spinta economica quel fenomeno è destinato naturalmente e in larga misura a ridursi in modeste proporzioni. Il legislatore potrebbe quindi limitarsi, per ora, a disporre per la integrale mutualizzazione di quegli oneri, libero ovviamente di riesaminare la situazione sulla base della esperienza concreta derivante dalla disposta mutualizzazione. Potrebbe infatti aversi, a seguito della riforma, una sostanziale scomparsa del deprecato fenomeno come fenomeno di massa, e come tale meritevole di attenzione; donde l'accertata superfluità di ulteriori interventi, posto che non è saggio ricorrere allo strumento legislativo, quanto mai delicato, per reagire a comportamenti isolati e nel complesso trascurabili. In sostanza parrebbe corrispondente ad un criterio di saggia cautela, in un'epoca di eccessiva prolificazione legislativa universalmente lamentata, compiere allo stato un primo passo *indirettamente* suscettivo di eliminare la situazione denunciata. Può osservarsi, in generale, che la legge degli uomini è uno strumento per definizione imperfetto, appunto perché dalla volontà discende e ai soggetti pretende imporsi, ponendosi come ostacolo rispetto ad una spinta altrimenti derivante dalle cose, per dirla con una fraseologia oggi di moda; di qui la superiorità delle leggi c.d. « naturali » che altro non sono che la descrizione *a posteriori* di quello che nella realtà è congenito ed irrefrenabile. Quindi le leggi migliori, fra quelle fatte dagli uomini, le leggi più delle altre destinate a durare, sono quelle che in qualche modo si coordinano con la naturale spinta egoistica dei soggetti; per converso, meglio si assicura l'effettività di un comportamento conforme a certi principi, quando in senso contrario non operano altre spinte economicamente rilevanti. Per questo, se effettivamente i licenziamenti a causa di matrimonio possono eliminarsi togliendo di mezzo l'incentivo economico, questa semplice soluzione pare preferibile, senza necessità di porre in essere una disciplina ulteriore che può cagionare per altro verso difficoltà e complicazioni.

3. Passando ad esaminare in concreto il disegno di legge, laddove esso prevede la nullità dello clausole di nubilato e la illiceità dei licenziamenti a causa di matrimonio (artt. 1 e 2), alcune osservazioni possono farsi per quanto attiene alla delimitazione dell'ambito di applicabilità della prevista disciplina. Testualmente questo ambito è delimitato nell'ultimo comma dell'art. 2, ove si prevede l'esclusione della speciale regolamentazione per le sole lavoratrici addette ai servizi familiari e domestici; non sembra però che, da un punto di vista sistematico, la collocazione nell'ultimo comma dell'art. 2 sia felice e corrispondente alle intenzioni dei proponenti. Infatti, mentre l'art. 1 pone la regola della nullità delle clausole e dei licenziamenti, l'art. 2 regola le conseguenze

derivanti dalla violazione della legge, dall'accertata nullità dei licenziamenti (diritto alla retribuzione della lavoratrice licenziata e facoltà di rassegnare le dimissioni per giusta causa). La collocazione della regola escludente la speciale disciplina per le lavoratrici addette ai servizi familiari e domestici nell'art. 2, potrebbe essere interpretata nel senso che questa esclusione varrebbe unicamente per le conseguenze della violazione della legge puntualizzate nello stesso art. 2, mentre le regole di principio di cui all'art. 1 sarebbero generalmente invocabili anche da parte di questa particolare categoria, dovendosi però far riferimento, per la determinazione delle conseguenze in caso di inosservanza, al diritto comune. Intatti l'ultimo comma dell'art. 2 recita testualmente « le disposizioni precedenti si applicano ecc. » e a stretto rigore il riferimento è fatto ai soli primi tre commi dell'art. 2 e non all'art. 1. È chiaro invece, come risulta dalla relazione premessa al disegno di legge, che si vuole escludere *in toto* dalla speciale regolamentazione le lavoratrici indicate; di qui l'opportunità di collocare diversamente la disposizione, eventualmente in un articolo a sé stante, onde evitare ogni dubbio.

Il C.N.E.L. ha proposto di estendere l'esclusione dalla disciplina anche alle braccianti e compartecipanti occasionali ed eccezionali in agricoltura, di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 22, comma 1, della legge 26 agosto 1950 n. 860, « in considerazione dell'assoluta precarietà di tali rapporti di lavoro » ed il suggerimento appare accettabile. Lo stesso Consiglio ha inoltre proposto in linea generale di escludere tutte le categorie « per le quali il matrimonio costituisca impedimento alla normale prosecuzione del rapporto di lavoro », categorie che dovrebbero essere determinate con decreto del presidente della repubblica, su proposta dl ministro per il lavoro. Questa proposta è poco chiara e avrebbe dovuto essere, a mio avviso, meno succintamente motivata nel parere del Consiglio. Se si deve argomentare dalla letterale enunciazione, vi sarebbero dei rapporti di lavoro nei quali *lo status* matrimoniale della lavoratrice di per sé contrasta con la normale prestazione lavorativa dedotta in contratto; detto altrimenti, vi sarebbero dei rapporti nei quali costituisce requisito essenziale, funzionale alla prestazione richiesta, l'essere la lavoratrice libera da quegli impegni che di norma conseguono al matrimonio. Quindi qualcosa di corrispondente a quanto avviene per i carabinieri e, se non erro, per gli appartenenti alle forze armate di polizia, ai quali è fatto divieto di contrarre matrimonio prima del raggiungimento di una certa età; la disposizione è infatti generalmente giustificata per la necessità di garantire, in quei delicati servizi, la disponibilità, almeno in parte, di militari non coniugati, poiché costoro, liberi da impegni familiari e di norma accasermati, possono essere sempre a disposizione, a differenza di

quanto avviene, di fatto e malgrado la perdurante assoluta disponibilità di principio, per i coniugati: in conclusione il celibe rende più del coniugato, per molteplici ragioni. Ora, se questo è grosso modo il senso della proposta, non so in quale misura, nei normali rapporti di lavoro, possano riscontrarsi delle situazioni comparabili a quella sopra ricordata, a mò di esempio; probabilmente può farsi il caso, concretamente presentatosi in giurisprudenza (v. MANFREDINI, *loc. cit.*, 58) delle infermiere, per la pretesa avanzata da taluni ospedali di escludere dal personale dipendente con questa qualifica le donne coniugate. Ma non mi sembra che l'esclusione proposta si concili con la logica ispiratrice del disegno di legge. Di fatto, per le lavoratrici coniugate, l'occasione più frequente ed incisiva, costituente impedimento alla normale prosecuzione del rapporto, è data dalla gravidanza e dal puerperio e ai sensi della legislazione vigente, questa situazione, lungi dal poter essere dedotta a motivo di risoluzione del rapporto, è considerata causa di mera sospensione con le ulteriori, ben note conseguenze; un riferimento a questa situazione è impossibile *a priori* per non cadere in patente contraddizione, tanto più che la nuova disciplina è stata proposta per garantire, strumentalmente, l'osservanza delle speciali disposizioni dettate a favore delle lavoratrici madri. D'altro canto, se questa è la conclusione coerente rispetto a quegli eventi che danno diritto alla lavoratrice di astenersi per lunghi periodi dalla prestazione (e niente più di questa prolungata assenza costituisce impedimento alla normale prosecuzione del rapporto di lavoro), non possono logicamente dedursi, per configurare questo impedimento, altri minori eventi che di fatto riducono la potenziale continuità della prestazione, ad es. le assenze, notoriamente più frequenti, della lavoratrice coniugata. Argomentando da queste situazioni si correrebbe diritti non solo alla identificazione di categorie per le quali parrebbe opportuno escludere l'applicazione della disciplina specificatamente prevista, ma al rigetto della stessa nel suo complesso ed anche alla abrogazione della speciale regolamentazione protettiva delle lavoratrici madri; si entrerebbe cioè, in pieno, in quella logica imprenditoriale che ispira tutta quella serie di denunciati comportamenti rispetto alle donne lavoratrici, a ragione dei quali si ritiene indispensabile emanare la nuova legge. Non pare pertanto accoglibile la proposta del C.N.E.L.

È interessante rilevare che, in seno al C.N.E.L., alcuni consiglieri hanno sostenuto l'invocabilità della legge da parte di tutti i lavoratori, indipendentemente dal sesso, non specificando l'art. 1 i destinatari della disciplina. Il Consiglio ha respinto questa interpretazione e comunque, al fine di chiarire ogni dubbio interpretativo, ha proposto una modifica formale dell'art. 1, in modo da far esplicito riferimento al sesso femmi-

nile per la identificazione dei beneficiari. In verità, per disattendere la capziosa interpretazione, basta, a mio parere, far riferimento all'intestazione del disegno di legge (« divieto di licenziamento delle donne per causa di matrimonio »), nonché al contesto nel quale alla presentazione del disegno si è giunti. Nell'ambito di questa contestazione, alcuni componenti del C.N.E.L. hanno riferito che in talune imprese si è soliti procedere al licenziamento del lavoratore che contrae matrimonio con la lavoratrice addetta alla stessa impresa; poiché tale pratica costituisce, sia pure indirettamente, una remora per la lavoratrice desiderosa di contrarre matrimonio, la Commissione del Consiglio ha auspicato che il problema possa essere adeguatamente risolto. Il punto esorbita dai limiti di questa nota di commento; esso implica, in ipotesi, una più vasta previsione legislativa suscettiva di coprire tutte le situazioni nelle quali il passaggio del lavoratore allo *status* matrimoniale induce per varie ragioni il datore di lavoro alla risoluzione del rapporto. Manca allo stato una adeguata documentazione per ipotizzare una disciplina così suggerita.

4. L'art. 1 del disegno di legge dichiara nulle le clausole di nubilato; rispetto a questa prima previsione il C.N.E.L. ha opportunamente proposto che la dizione si completi nel senso di considerare come non apposte dette clausole, al fine di non indurre alla tesi, facilmente prospettabile, della nullità dell'intero contratto (individuale) di lavoro *ex* art. 1354 c.c. Il secondo comma prevede quindi la nullità dei licenziamenti intimati a causa di matrimonio; il C.N.E.L. si è giustamente preoccupato della pratica spesso riscontratasi della utilizzazione delle dimissioni in bianco e ha proposto di integrare la previsione della legge, nel senso di considerare nulle le dimissioni presentate dalla lavoratrice nel periodo di cui al comma 3 « salvo che non siano dalla medesima confermate all'ufficio del Lavoro ». In sostanza, per fugare il sospetto che le dimissioni non siano state realmente rassegnate in quel momento del tutto liberamente, nel timore che il datore di lavoro abbia utilizzato qualche documento che si è fatto rilasciare accortamente e *ad hoc* in precedenza, si richiede che la lavoratrice confermi la volontà di recedere dal contratto innanzi ad un pubblico ufficio.

Il comma 3 dell'art. 1 pone la presunzione, *iuris tantum*, che il licenziamento intimato nel periodo intercorrente tra la richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, fino ad un anno dopo la celebrazione stessa, sia stato disposto per causa di matrimonio salvo che il datore di lavoro dimostri di aver risolto il rapporto per un giusto motivo. Nella relazione si chiarisce che il datore di lavoro deve dimostrare « che il provvedimento è stato determinato da una causa

obiettiva, la quale anche senza assurgere alla giusta causa di risoluzione del rapporto per colpa dell'altra parte, costituisca tuttavia un giusto motivo di recesso nell'interesse aziendale »; in sostanza deve trattarsi di un licenziamento giustificato in corrispondenza a quanto richiesto nell'accordo interconfederale sui licenziamenti individuali. Il C.N.E.L. a questo proposito ha suggerito una radicale modifica; il datore di lavoro, per rendere inoperante la presunzione, non dovrebbe limitarsi a dar la prova di un qualsiasi giusto motivo, ma dovrebbe provare la ricorrenza di una delle tre ipotesi tassativamente previste nella legge n. 860 del 1950: giusta causa a carico della lavoratrice; cessazione dell'attività dell'azienda; ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice venne assunta o risoluzione del rapporto per scadenza del termine. Alcuni consiglieri si sono detti contrari alla proposta modificazione, reputando la protezione della lavoratrice che ne deriva, eccessiva e tale da alterare a favore di essa il principio della parità di trattamento tra tutti i lavoratori; l'obiezione è stata respinta dalla maggioranza « poiché il disegno di legge in esame è destinato ad integrare la disciplina prevista dalla citata legge n. 860 » sulla tutela delle lavoratrici madri. La motivazione non convince; se è vero che il disegno di legge scaturisce dall'intento di colpire i licenziamenti in realtà disposti per evitare i probabili oneri derivanti dalla tutela legale della lavoratrice madre (e cioè comportamenti nei quali è genericamente ravvisabile, come spesso si è osservato, una volontà elusiva della legge n. 860, tanto che si è anche parlato di frode alla legge), da questo nesso occasionante non può discendere logicamente la conseguenza pretesa dalla maggioranza del C.N.E.L. La legge pone un divieto di licenziare per il solo fatto che la lavoratrice ha contratto matrimonio, poiché il licenziamento disposto per questo solo fatto non ha in realtà altra giustificazione che quella di evitare gli oneri di maternità, e per rendere effettiva la tutela pone l'indicata presunzione; in sostanza si vuole che la lavoratrice non sia licenziata per il solo fatto del matrimonio. Una protezione ulteriore non è coerente rispetto alla finalità della legge proposta, ne esorbita e pone effettivamente la donna lavoratrice coniugata in una posizione privilegiata rispetto agli altri lavoratori. A stretto rigore la legge, posta la presunzione, potrebbe limitarsi a facultizzare semplicemente la prova contraria, la prova cioè che il licenziamento, pur cadente nel periodo sospetto, non è in realtà da attribuirsi al matrimonio. In questo senso già il richiedere la prova di un giusto motivo è, almeno in apparenza, esorbitante; nella sostanza la situazione è ben diversa poiché, posta la presunzione che il licenziamento sia stato disposto per una determinata causa vietata dalla legge, è naturale che l'inesistenza del motivo legal-

mente precluso possa essere provata soltanto fornendo la prova che alla risoluzione del rapporto si giunse altrimenti, per una ben diversa ragione, la quale non può essere qualsiasi futile ragione se non si vuole, appunto, ricadere inesorabilmente nella presunzione. In sostanza, ammessa la sindacabilità del recesso sia pure ad un fine limitato (inesistenza di una certa ragione), la controversia necessariamente si risolve in termini di giustificazione del licenziamento, perché solo la prova concreta di altra seria ragione comporta l'esclusione anche di quella per la quale il licenziamento non può *ope legis* intimarsi. Quindi anche se, coerentemente, posta la presunzione, sarebbe sufficiente la semplice previsione della possibile prova contraria, non mi pare che la dizione del disegno di legge implichi una modificazione sostanziale; questa modificazione in senso nettamente preferenziale per le lavoratrici protette è chiara, invece, nella proposta del C.N.E.L. ed essa non è per niente logicamente collegabile alla *ratio legis*. Col disegno di legge si vuole vietare il licenziamento in effetti unicamente disposto per il matrimonio; la proposta del C.N.E.L. implica praticamente che solo per giusta causa può risolversi il rapporto di lavoro con la lavoratrice coniugata, eliminando il recesso *ad nutum ex* art. 2118 c.c.: tra le due proposte vi è quindi un salto qualitativo. Probabilmente, accettata la modifica suggerita dal C.N.E.L., della legittimità della legge su questo punto potrà discutersi in riferimento al principio costituzionale di eguaglianza, assumendosene la violazione per il fatto che la legge discrimina tra i lavoratori per quanto attiene alla risoluzione del rapporto. Potrà obiettarsi che la preferenziale protezione delle lavoratrici coniugate si giustifica altrimenti, come una provvidenza disposta per agevolare la formazione della famiglia e l'adempimento dei relativi compiti (art. 31 Cost.), può se essa esorbita dalla specifica finalità del disegno di legge in esame. Ma può osservarsi che si tratterebbe di una provvidenza stranamente contenuta nel tempo. Se alla lavoratrice coniugata deve essere garantita al massimo la continuità del rapporto di lavoro, quindi risolubile solo per giusta causa, in ragione del *favor familiae*, non si comprende perché mai la tutela sia contenuta nel tempo; come non si comprende, *a fortiori*, perché una corrispondente provvidenza non sia prevista per i lavoratori di sesso maschile. Mi sembra quindi che la questione non sia, quanto meno, manifestamente infondata.

5. Si comprende agevolmente per quale ragione si voglia porre la presunzione di cui al comma 3 dell'art. 1 del disegno di legge; mancando la presunzione, ben poco significherebbe il divieto di licenziamento a causa di matrimonio, giacché si richiederebbe alla lavoratrice una prova

diabolica. Solo l'esistenza della presunzione rende serio il divieto e pertinente la tutela. Per la stessa ragione, di ben scarso significato è quanto si legge nella relazione al disegno di legge; si afferma, infatti, che il divieto di licenziamento a causa di matrimonio opera logicamente anche oltre il termine della presunzione; ma in questo caso, non essendo invocabile la presunzione, spetta alla lavoratrice fornire positivamente la prova che il licenziamento è stato in realtà disposto a ragione del matrimonio. Credo che ben difficilmente si impugnerà il licenziamento in questa situazione; anche se, superato il periodo sospetto di cui alla presunzione, è prevedibile che nella massima parte dei casi verrà meno l'interesse ad intimare il licenziamento, posto che, nell'anno dalla celebrazione del matrimonio, di norma si verifica il presupposto di fatto per poter invocare la legge protettiva delle lavoratrici madri. In concreto, nella massima parte dei casi, si verificherà una saldatura tra il periodo di licenziamento presunto per matrimonio e l'operabilità della legge n. 860 del 1950. Il problema, pertanto, in termini concreti sfuma.

Deve tuttavia notarsi che la presunzione, logica e coerente, facilmente si presta ad una serie di sapienti combinazioni e di abusi a tutto danno del datore di lavoro, anche se, posto il divieto di licenziamento nell'unico modo che può rendere effettiva la tutela, ciò costituisce semplicemente l'inevitabile costo della progettata disciplina. In primo luogo il periodo di invocabilità della presunzione può essere portato *ad libitum* a diciotto mesi; ai sensi dell'art. 99 cap. c.c. le pubblicazioni di matrimonio conservano efficacia per centottanta giorni e quindi, se i nubendi hanno l'accortezza di lasciar trascorrere questi sei mesi, possono conseguire il risultato indicato. Inoltre, volendo, si può concretamente paralizzare la volontà di risoluzione del rapporto, ricorrendo *ad hoc* alle pubblicazioni. È vero che, ai sensi dell'art. 1, la richiesta delle pubblicazioni vale a far operare la presunzione, se e in quanto segua il matrimonio, ma è certo che questa richiesta ha *di fatto* un effetto immediato, nel senso che ben difficilmente il datore di lavoro vorrà correre rischi, posto che, secondo la comune esperienza, alla richiesta delle pubblicazioni normalmente seguono le nozze, con quello che questo implica ai sensi di legge. Quindi, *ex adverso*, si può ricorrere astutamente alla richiesta delle pubblicazioni per poter contare, *di fatto*, sulla garanzia della continuità del rapporto per almeno sei mesi, cioè per il termine di efficacia delle pubblicazioni. Non si tratta di ipotesi chimerica; sappiamo tutti come sia facile, nel nostro paese, la tendenza ad abilmente destreggiarsi tra le maglie della legge, ponendo in essere, ad es., l'apparenza dei presupposti necessari per conseguire i benefici previsti. Il costume, atavico, è in questo senso e l'esperienza è ricca di esempi che è superfluo ricordare.

Del resto apprendemmo un giorno dalle cronache che, nella capitale, delle allegre donnine poterono sottrarsi al rigore di provvedimenti di polizia, dimostrando come esse avessero diritto di restare nell'eterna città, essendo esse regolarmente coniugate; e si accertò che si trattava di matrimoni, rati e non consumati, in cambio di un modesto compenso e di una sbicchierata, con i ricoverati negli ospizi di mendicità.

6. L'art. 2 del disegno di legge regola le conseguenze dell'accertata nullità del licenziamento. In primo luogo la nullità importa la corresponsione alla lavoratrice della retribuzione « normale » sino al giorno della riassunzione in servizio; si pone quindi implicitamente l'obbligo della riassunzione. A giustificazione della soluzione accolta si allega nella relazione che il diritto alla retribuzione nel periodo indicato è la conseguenza logica della nullità del licenziamento, poiché « il rapporto di lavoro non è stato validamente risolto e quindi perdura l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere alla dipendente, illegittimamente allontanata, gli assegni fino alla data della riassunzione in servizio ».

In sostanza, argomentando rigorosamente dai principi, nel disegno di legge si accoglie la tesi già avanzata in dottrina (v. O. Buccisano, in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, 55 e 159; U. Natoli, *ivi*, 1954, I, 287) circa la c.d. « efficacia reale » e non meramente obbligatoria delle limitazioni, legali o convenzionali, al recesso *ad nutum*. Secondo questa tesi, notoriamente non seguita nell'opinione prevalente, la risoluzione del rapporto operata illegittimamente in relazione alle limitazioni indicate, in quanto preteso esercizio di un potere inesistente, è radicalmente nulla ed implica la continuità del rapporto, non risolvendosi in un inadempimento implicante una mera obbligazione per i danni; di conseguenza, se è incoercibile l'obbligazione del datore di lavoro di cooperare affinché il lavoratore possa concretamente prestare la sua attività, così come ritiene la dottrina predominante (v. L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, 546 e 580 ss.), pienamente coercibile è al contrario l'obbligazione della retribuzione, quale obbligazione meramente pecuniaria dovuta al lavoratore adempiente (*rectius* a disposizione dell'impresa) dal datore di lavoro inadempiente rispetto al momento esecutivo del rapporto del quale viene pregiudizialmente affermata la continuità. A questa conclusione si era, del resto, pervenuti in giurisprudenza per i licenziamenti intimati in violazione della regolamentazione imperativa per il blocco previsto temporaneamente nell'immediato dopoguerra (v. ad es., Cass. 5 agosto 1949, n. 2235, in *Foro it.*, 1950, I, 22 e 422).

Accettando questa impostazione di principio, del fondamento dommatico della quale *de iure condito* non si intende discutere in questa sede,

ciò implicando un più diffuso e meditato esame, la soluzione delineata nel disegno di legge è del tutto conseguenziale. Si comprende quindi come la maggioranza del C.N.E.L. abbia respinto la proposta di alcuni consiglieri, secondo la quale la somma da corrispondere alla lavoratrice non potrebbe superare il danno effettivamente subito, dovendosi tener conto di quanto eventualmente percepito nel frattempo in altra occupazione, con la conseguente riduzione di quanto dovuto dal datore di lavoro obbligato alla riassunzione. La soluzione accolta, quale che sia la tesi ritenuta sul punto allo stato, in sede interpretativa, rientra in ogni caso nel sovrano arbitrio del legislatore. Di fatto la soluzione è drastica; il datore di lavoro, dichiarata giudizialmente la nullità del licenziamento, è obbligato sia a riassumere la lavoratrice sia a corrispondere a costei, in pura perdita per la mancata prestazione, una somma che, considerata la durata media dei procedimenti civili, può essere non indifferente, così come a suo tempo osservò nel convegno milanese, discutendo della proposta di legge della on. Re, U. Prosperetti (v. *Licenziamenti*, cit., 166). È facile quindi prevedere che la nuova disciplina si risolverà praticamente in un blocco di licenziamenti delle lavoratrici coniugate nel periodo sospetto di diciotto mesi di cui al III comma 3 dell'art. 1, poiché ben difficilmente i datori di lavoro vorranno esporsi ad un rischio così incisivo; le lavoratrici beneficiarie godranno quindi, in quel periodo, di una stabilità di fatto se non di diritto.

In considerazione di tutto questo sembra ragionevole porre nella legge un perentorio termine di decadenza, decorrente dalla celebrazione del matrimonio o dalla data del licenziamento a seconda che il licenziamento preceda il matrimonio o viceversa, per l'impugnativa dei licenziamenti che si assumono intimati in violazione della legge. È auspicabile altresì che la legge specifichi più esattamente cosa spetti alla lavoratrice a seguito della dichiarata nullità del licenziamento, poiché è prevedibile che la dizione adoperata nel disegno di legge (retribuzione « normale ») provochi delle contestazioni, specialmente in tutti quei casi in cui il congegno prescelto importi una variabilità nel tempo della controprestazione.

Il comma 2 dell'art. 2 prevede ulteriormente che la lavoratrice, invitata a riprendere servizio a seguito della declaratoria di nullità del licenziamento, può, entro dieci giorni dal ricevimento dell'invito, recedere dal contratto, avendo diritto al trattamento previsto in caso di dimissioni per giusta causa. All'uopo si afferma nella relazione che « naturalmente la stessa illegittimità del comportamento dell'imprenditore rende legittime da parte della lavoratrice le dimissioni per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. ». Confesso che non sono riuscito a

capire la logica di tale affermazione. Se il datore di lavoro invita, in ossequio alla declaratoria di nullità, alla ripresa del servizio, ove sta mai la giusta causa? Certamente non può farsi riferimento al comportamento illegittimo tenuto a suo tempo dal datore di lavoro, con l'intimazione del licenziamento in violazione della legge, poiché l'illegittimità di questo comportamento è già stata ampiamente sanzionata con la declaratoria di nullità e con le ulteriori, pesanti conseguenze. L'ulteriore comportamento del datore di lavoro, l'invito alla ripresa del servizio, ristabilisce la legalità e non può essere, per definizione, qualificato negativamente. È quindi evidente che la giusta causa non è, per nessun verso, configurabile. Probabilmente si vuole, *sic et simpliciter*, che la lavoratrice possa in questo momento, dopo anni di lite presumibilmente non inoperosi e non economicamente sterili, dopo aver ricevuto gli arretrati di retribuzione, recedere dal contratto con le indennità di fine del rapporto nella entità massima possibile e sulla base dell'anzianità complessiva maturata al momento del recesso; si intende cioè attribuire alla lavoratrice un vantaggio ulteriore, facendo così riferimento al trattamento previsto per le dimissioni per giusta causa in una accezione meramente tecnica, per significare cosa si vuole. Un riferimento quindi meramente formale; ma, francamente, o si è preso un abbaglio o si vuole troppo.

8.

# OSSERVAZIONI SULLA NULLITÀ DELLA CLAUSOLA DEL CONTRATTO INDIVIDUALE DI LAVORO RELATIVA ALLA RETRIBUZIONE

Nel caso definitivamente risolto dalla Cassazione, i giudici, rilevata l'indubbia illiceità (1) della clausola in virtù della quale i datori di lavoro si impegnarono, in corrispettivo dell'attività prestata dalla lavoratrice (domestica), ad adottarla e ad istituirla erede, per contrarietà a norma imperativa e all'ordine pubblico, hanno ritenuto che detta illiceità si comunicasse alla causa dell'intero contratto (2), da reputarsi pertanto intrinsecamente nullo sotto il profilo causale con le conseguenze e della inoperabilità del principio in linea generale posto nell'art. 2126 alinea cod. civ. in tema di nullità del contratto di lavoro e della inammissibilità della determinazione della retribuzione ad opera del giudice, riconoscendo così a favore della lavoratrice solo il diritto ad un indennizzo nei limiti dell'arricchimento *sine causa* della controparte (3). La conclusione desta molte perplessità e mi induce ad esternare i dubbi che possono prospettarsi, pur rendendomi conto della intrinseca asperità del tema che ripropone sia la non agevole sistemazione teorica della norma specificatamente posta in tema di nullità del contratto di lavoro (4) sia i più

---

(1) V. sul punto della illiceità della clausola con riferimenti ai precedenti della questione vigente l'abrogato codice, la nota alla sentenza della Cassazione qui pubblicata di E. Ciaccio, *Effetti del contratto di lavoro stipulato con promessa di adozione e di istituzione di erede*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1605, n. 2.

(2) Già Cass. 29 aprile 1952, n. 1190, in *Foro it.*, Rep. 1952, v. *Obblighi e contratti*, n. 148-151 affermò in genere che nel contratto a prestazioni corrispettive la illiceità di una prestazione, comunicandosi a quella della controparte, rende entrambe le prestazioni causalmente illecite.

(3) Su quanto può il lavoratore rivendicare, accertatasi la nullità del contratto per illiceità della causa o dell'oggetto, v. in particolare F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1964, 149.

(4) Sull'art. 2126 ed in particolare sulla controversa spiegazione in termini dommatici della soluzione delineata nella norma, v. G. Andreoli, *Note in tema di contratto di lavoro nullo*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, I, 39; G. Ardau, *Corso di diritto del lavoro*, Milano,

generali problemi relativi alla individuazione degli elementi essenziali del contratto e alla puntualizzazione dei possibili loro vizi, tutti punti di inevitabile riferimento, questi, per i quali l'indagine deve, purtroppo, essere forzatamente contenuta nei limiti naturali di una nota a sentenza.

Conviene intanto prendere l'avvio dalla situazione emersa nella causa, nei suoi termini schematicamente più semplici; come giustamente si è detto ricavando dalla circostanza interessanti osservazioni (5), è presumibile che nel caso, ai sensi del contratto di lavoro, si prevedesse di ricompensare la lavoratrice per la sua attività e provvedendo per il suo mantenimento in costanza di rapporto e con l'impegno, illecito, di procedere all'adozione e alla istituzione di erede. In concreto, veniva in questione la nullità di una clausola del contratto, più precisamente la nullità, *non integrale ma parziale*, di quanto nel contratto dedotto a titolo di controprestazione dell'attività lavorativa. Ora, se si fosse trattato di un rapporto di lavoro « ordinario », non domestico, non c'è dubbio che il problema avrebbe dovuto impostarsi — in termini rigorosamente tecnico —giuridici singolarmente cospiranti verso una soluzione di giustizia — in chiave di nullità parziale del contratto, con particolare riferimento al capoverso dell'art. 1419 c.c. dettante che « la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative ». Nel sistema del codice opera infatti, com'è ben noto, il principio della integrazione di diritto delle private convenzioni con quanto è imperativamente disposto dalle leggi o dalle fonti la cui efficacia, rispetto alle manifestazioni dell'auto-

---

1960, 319 ss.; L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1949, vol. II, 58 ss.; L. De Litala, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1949, 177 ss.; A. Fedele, *Invalidità del contratto di lavoro e prestazione di fatto del lavoratore*, in *Dir. econ.*, 1958, 136; V. Geri, *In tema di responsabilità dell'imprenditore verso il prestatore d'opera*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, 2, 455; M. Ghidini, *Diritto del lavoro*, Padova, 1961, 80 ss.; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Firenze, 1958, 341 ss.; L. Mengoni, nel vol. della C.E.C.A., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A*, Lussemburgo, 1958, 263; A. Palermo, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1957, vol. II, 256 ss.; U. Prosperetti, *Sulla esistenza e invalidità di un contratto di lavoro*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, III quadr., 261; Id., *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, 80-81; L. Riva Sanseverino, in *Commentario al codice civile*, Bologna, 1956 *sub* art. 2126, 379; Id., *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960, 212; F. Santoro Passarelli, *Nozioni*, cit., 146-150; V. Sinagra, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Palermo, 1955, 384 ss.; A. Torrente, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1961, *sub* art. 2126, 274. Sotto il profilo internazionalistico v. G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale del lavoro*, in *Tratt. dir. lav.*, di Borsi e Pergolesi, Padova, 1960, vol. V., 345. Per la situazione anteriore al codice v. in particolare P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, 196 ss. Da ultimo v. C. Zago Garelli, *La prestazione di fatto del lavoro con violazione di legge*, in *Riv. dir. lav.*, 1963, I, 293.

(5) V. E. Ciaccio, *Effetti*, cit., n. 3.

nomia privata a livello individuale (6), è pari a quella delle leggi, « anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti » (art. 1339 c.c.); proprio in considerazione di questo principio generale, si è scritto (7) che la previsione di cui al comma 2 dell'art. 1419 non è che la naturale conseguenza del predetto principio, onde, a stretto rigore, essa, pur opportuna per impedire soluzioni contrarie ai principi generali dell'ordinamento, non sarebbe stata necessaria. A questo proposito va ricordato che, quando si discute di vizio della causa o viceversa di nullità parziale, siamo su piani, strutturalmente ben diversi, ma funzionalmente collegati nel senso che, per le sovrane scelte compiute dal legislatore, dalla prima ipotesi si passa naturalmente alla seconda solo per il diverso modo col quale si è voluto provvedere in tema di vizi radicali del contratto, in particolare a seconda che vi sia o no un regolamento legale imperativo in materia specifica. Come si è rilevato (8), i casi di nullità parziale vanno considerati come esempi di nullità per illiceità della causa, derivante da contrarietà a norme imperative e « la limitazione della rilevanza nella deficienza va spiegata col principio della conservazione giuridica che garantisce in molteplici casi il soddisfacimento degli interessi considerati di maggiore importanza », mentre « alla nullità parziale va assimilata la cosidetta inderogabilità. Inderogabilità significa, infatti, nullità di pattuizioni in contrasto con la norma inderogabile e sostituzione automatica di clausole legali a quelle che devono considerarsi nulle ». Proprio in questo ordine di idee autorevolmente si osservò (9) che « eccezionalmente poi vi ha esempio di imposizioni particolari relative a certi schemi tipici, con cui il codice interviene a porre ed imporre dei limiti o dei criteri proporzionali di equilibrio economico, prestabiliti ed invalicabili. In questi casi, però, non considera la eventuale trasgressione come un caso di inidoneità o illiceità della causa, che conduca alla nullità-inefficacia del contratto. Prescrive invece al giudice di introdurre di autorità delle correzioni o rettificazioni al contenuto della legge pattizia, onde ristabilire l'equilibrio prescritto. Però tali correzioni, pur incidendo direttamente sull'oggetto, serviranno in definitiva ad adeguare

---

(6) È ben noto come sia discussa la qualificazione dell'autonomia collettiva, in particolare nel sistema delineato nell'art. 39 Cost.; v. da ultimo sul problema B. Balletti, *Contributo alla teoria della autonomia sindacale*, Milano, 1963.

(7) V. G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1961, 388. In generale v. G. Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico*, in *Teoria gen.*, Milano, 1959.

(8) G. Mirabelli, *Il vizio della causa del negozio giuridico*, in *Dir. giur.*, 1950, 257.

(9) E. Redenti, *La causa del contratto secondo il nuovo codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 894, ora in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, 1962, vol. II, 88.

le cause alle esigenze legali ». E merita aggiungere che il Maestro del quale si è ritenuto opportuno riportare il passo essenziale, inquadrava nella situazione delineata, oltre le ipotesi di cui agli artt. 1815 e 2265 c.c., anche quelle degli artt. 1339, 2066 e 2077, cioè tutti i casi di inserzione automatica di clausole derivanti dalla legge o dalle fonti (ordinanze corporative, accordi economici collettivi, contratti collettivi di lavoro) su questo piano equiparate (10). In conclusione, di vizio radicale del contratto è possibile parlare sol quando la convenzione privata non possa rimanere in piedi, nemmeno applicando le disposizioni preordinate alla sottoposizione dell'autonomia privata alla disciplina vincolistica di settore. Ora, quando si tratta di un contratto di lavoro, una regolamentazione sostitutiva e di norma facilmente reperibile o nei contratti collettivi assunti a contenuto delle leggi delegate emanate ai sensi della legge 14 luglio 1959, n. 741 o nei contratti collettivi corporativi mantenuti in vigore dopo la soppressione delle associazioni sindacali di diritto pubblico. Si è così osservato (11) che proprio a ragione della operabilità del principio di integrazione legale dei contratti, l'ipotesi della nullità del contratto individuale di lavoro è veramente rara, poiché anche l'invalidità di clausole essenziali trova rimedio nella sostituzione automatica della regolamentazione imperativa sul punto.

Ma nel caso esaminato dalla Cassazione il rimedio della sostituzione automatica della clausola nulla non poteva invocarsi, trattandosi di lavoro domestico per il quale difetta una regolamentazione legale o di altro tipo sul punto del trattamento retributivo. Ciò posto, sulla premessa implicitamente ritenuta che il complessivo trattamento della lavoratrice risultasse e dal mantenimento e dalla illecita promessa, ci si poteva chiedere, come si è prospettato (12), se il contratto affetto da nullità parziale poteva rimanere in piedi, previo l'accertamento che le parti lo avrebbero comunque concluso anche senza la clausola in questione (art. 1419 alinea c.c.) (13); rispondendosi affermativamente al quesito, poteva in coerenza prospettarsi il rimedio di una determinazione giudiziale della retribuzione, integrativa del mantenimento, al fine di ristabilire l'equilibrio tra le reciproche prestazioni (14). Ma se nemmeno in questi termini poteva risolversi il caso, secondo la valutazione incensurabile dei giudici di merito sul punto della volontà dei contraenti, tornava di attualità il disposto dell'art. 2126 c.c., si riproponeva il quesito della nullità del

---

(10) V. anche G. Criscuoli, *La nullità*, cit., 94.
(11) V. L. Riva Sanseverino, in *Comm.*, cit.
(12) V. E. Ciaccio, *Effetti*, cit., n. 3.
(13) Sul problema v. G. Criscuoli, *La nullità*, cit., 230 ss.
(14) V. G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 65, in nota.

contratto sotto il profilo della illiceità della causa, con ciò escludendosi la conservazione del negozio per il periodo corrispondente della esecuzione del rapporto. Poteva veramente nel caso definirsi illecita la causa del contratto?

Può, intanto, farsi una considerazione preliminare. Per quanto attiene ai rapporti di lavoro, la presenza di una regolamentazione imperativa ai fini della tutela del lavoratore, a prescindere dalla particolare situazione attuale derivante dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost. posto appunto per garantire l'esistenza di un sistema di contratti collettivi generalmente obbligatori ed inderogabili per il minimo, è un dato non eccezionale, bensì naturale, costante, sistematicamente perseguito in linea di principio, voluto e giustificato per la realizzazione di un più generale principio costituzionale. Questa regolamentazione imperativa può di fatto, specialmente per alcune categorie, mancare. Ma è certamente assai strano, costituisce invero un risultato bizzarro, prospettare che il contratto di lavoro debba o no ritenersi radicalmente viziato, per illiceità della causa, a seconda che sussista o no una regolamentazione imperativa sostitutiva. Quando si parla di illiceità della causa, è naturale ipotizzare una situazione estrema nella quale il contratto di per sé, per la sua funzione, contrasta in radice con l'ordine giuridico e non può quindi ottenervi rilevanza. Nella situazione qui prospettata avremmo invece questa singolare e paradossale situazione: un contratto, la cui funzione economico-sociale è quella di consentire a taluno di avvalersi del lavoro altrui in cambio di un corrispettivo, resterebbe in piedi, del tutto valido ed efficace, se sussiste una regolamentazione imperativa; cadrebbe viceversa irrimediabilmente se manca quella regolamentazione, se in ipotesi a mezzo di essa cade la possibilità di rimediare alla nullità parziale sul punto del trattamento retributivo.

Si premetta ancora, prima di affrontare il quesito di fondo, che i dati normativi che abbiamo a disposizione sono, notoriamente, i più incerti e letteralmente contrastanti, non definendo il codice la causa che pur assume come elemento essenziale del contratto e al vizio della quale pur collega la drastica conseguenza della nullità, non definendo nemmeno quegli altri elementi concettualmente prossimi alla causa che vengono in giuoco per la costruzione dommatica del contratto. A questa incertezza, alla frequente ambivalenza dei termini adoperati in diversi luoghi dal codice, fa naturale riscontro, per le intrinseche difficoltà, la disputa dottrinale che presenta qui più che in ogni altro settore dell'esperienza giuridica, la più varia gamma di opinioni. Ogni autore sistema in realtà del tutto personalmente termini, concetti ed istituti, a ciò corrispondendo un eguale ondeggiamento della giurisprudenza. E tuttavia lo sforzo

costante di chiarimento risponde ad una esigenza essenziale, appunto perché è in giuoco la precisazione di dati che non sono meramente teoretici, allo stato puro della speculazione, ma si trovano nel testo di legge e con i quali si può quindi operare con conseguenze praticamente rilevanti. Per questo, pur non essendo nei miei propositi, anche per la personale incertezza innanzi ad interrogativi così di fondo, aggiungere ai classici fiumi un'altra goccia pur lieve di inchiostro, mi limito a prospettare quei dubbi che, sulla scorta della faticosa elaborazione dottrinale, mi paiono per il caso meritevoli di paziente considerazione.

Nullità della causa, adunque? Ma è questa una tesi del cui fondamento si potrebbe dubitare, in ossequio alla dottrina forse prevalente, che insegna come, almeno nei contratti nominati, non possa aversi, per definizione, illiceità della causa (15), proposizione che con molta logica sfocia nell'altra più radicale della negazione stessa della causa quale elemento autonomo del negozio giuridico (16), pur se, rispetto a quella tesi prevalente, può rilevarsi che il codice prevede proprio la situazione negata per il contratto di lavoro che è contratto ... nominatissimo, onde, in linea di principio, i dati testuali a disposizione non quadrano con l'assunto. Probabilmente, per riaffermare l'insegnamento prevalente, ogni difficoltà potrebbe superarsi concependo meno angustamente la causa del contratto, ferma la definizione di essa come funzione economico-sociale, allorché si passa alla specificazione dell'elemento causale nei singoli contratti; forse, quando ad es. si dice che la causa del contratto di lavoro è lo scambio di lavoro e di retribuzione, non si coglie appieno nel segno nel tentativo di passare con coerenza logica dalla definizione generale a quella particolare, nel senso che la funzione economico-sociale dello specifico contratto sta soprattutto nel consentire ad un soggetto la utilizzazione del lavoro altrui, mentre la retribuzione non è che la conseguenza naturale, in termini di corrispettività, di questa utilizzazione. In sostanza, l'accento potrebbe essere più utilmente messo, al fine di identificare la causa dei singoli contratti quanto meno di scambio, in quel movimento di un bene della vita da soggetto a soggetto per la verificazione del quale, nel commercio giuridico che ha la sua base

---

(15) V. per tutti F. Santoro Passarelli, *Dottrina generale di diritto civile*, Napoli, 1962, 184: coerentemente l'a. dichiara impropria la formazione dell'art. 2126; sul punto, v. anche A. Torrente, *Commentario*, cit. Sulla causa in generale v. da ultimo, *ad vocem*, E. Betti, in *Noviss. dig. it.*; M. Giorgianni, in *Enc. dir.* Sul problema in particolare della causa del contratto di lavoro, v. U. Prosperetti, *Il problema della causa del contratto di lavoro*, in *Studi in onore di L. Rossi*, in *Annali Perugia*, Padova, 1954, 373.

(16) V. R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1956, 251 ss.

nella esigenza di cooperazione insita nell'umano consorzio (17), il contratto è preordinato; in tal senso, ad es., la funzione della compravendita sarebbe identificabile nella circolazione dei beni (18). Rispetto a questa funzione, quello che genericamente può definirsi il corrispettivo, non costituirebbe altro che l'altra faccia naturale del movimento del beni, proprio perché la cooperazione umana è, per le reciproche esigenze di vita, interessata ed esige che alla diminuzione nel patrimonio dei soggetti corrisponda un incremento reciproco al limite dell'equivalenza quanto meno subiettiva; questo elemento non avrebbe quindi funzione caratterizzante del singolo contratto, appunto perché la giustificazione sostanziale e peculiare del medesimo sta altrove. Non per niente il corrispettivo non ha, almeno di norma, una qualità intrinseca autonoma, ma è di per sé, specie quando si concretizzi nel danaro, cioè nell'acquisizione di un valore di scambio, neutro. Non a caso, mentre non si ha per definizione contratto se non si forma il consenso in ordine alla funzione essenziale del medesimo come sopra ipotizzata, l'ordinamento è meno rigoroso per quanto attiene alla determinazione pattizia del corrispettivo; così nella vendita e nel contratto di lavoro non è richiesta di necessità e sempre la determinazione convenzionale del prezzo (art. 1474 c.c.) o del salario (art. 2099 c.c.), ma la legge preordina per l'ipotesi degli indici di riferimento affinché possa supplirsi a questa mancata determinazione o rimette in ultima istanza alla decisione del giudice. In questo senso potrebbe concludersi che, di massima, di illiceità della causa non può parlarsi quando non sia in giuoco la funzione essenziale del contratto (nominato), ma venga in questione solo l'elemento corrispettivo. Nel caso specifico qui esaminato dovrebbe senz'altro escludersi l'illiceità della causa, non potendosi obiettare alcunché sul punto della particolare utilizzazione del lavoro in forma subordinata (19).

Sennonché, escludere l'illiceità della causa non significa, nella ipotesi, chiudere il discorso, poiché è da vedere se non venga in questione l'altra eccezione prevista nell'art. 2126 c.c. e cioè l'illiceità dell'oggetto. Ed in verità par strano che nella sentenza non si sia impostata la questione in questi termini a prima vista più congeniali alla fattispecie,

---

(17) V. E. Redenti, *La causa*, cit., n. 4, 77.

(18) La prospettazione delineata nel testo riecheggia in certi limiti la tesi bettiana della tipicità sociale del negozio giuridico; v. E. Betti, *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1952, 194 ss. e da ultimo la voce *Causa*, cit.

(19) A. Torrente, in *Commentario*, cit., partendo dalla premessa che nei contratti nominati non può prospettarsi l'illiceità della causa, ipotizza che la norma dell'art. 2126 abbia fatto riferimento a rapporti atipici (ad es. prestazioni sessuali di una donna per denaro), nelle quali tuttavia anche l'oggetto della prestazione è illecito.

anche se i confini tra le due situazioni — dell'illiceità della causa e della illiceità dell'oggetto — sono tutt'altro che pacifici in dottrina e ancor più in giurisprudenza, tanto che, per taluni (20), esse costituirebbero in realtà due specie, assai prossime, di una più vasta categoria riassuntivamente rapportabile al vizio della causa. In realtà il discorso è anche qui alquanto complicato, perché si versa in altrettanta incertezza circa la identificazione di questo elemento essenziale del contratto. Innanzitutto merita ricordare che in talune proposizioni normative, per singoli contratti, si adopera la parola « oggetto » in un contesto terminologico che è quello solitamente adoperato per la definizione della causa in dottrina; ad es., ai sensi dell'art. 1470 c.c., la vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o di altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo e per l'art. 1552 la permuta ha per oggetto il reciproco trasferimento, da un contraente all'altro, della proprietà di cose o di altri diritti. In sostanza, nelle disposizioni citate e se si tiene fede all'insegnamento prevalente in tema di causa, l'oggetto del contratto si identifica con la definizione corrente della causa del medesimo; è un dato che complica in radice la situazione e che, se non vado errato, non è stato messo in rilievo in dottrina. Ma, a prescindere da questa considerazione, e ferma per ipotesi di lavoro la distinzione tra causa ed oggetto, è ben noto come la dottrina sia divisa nella identificazione del secondo elemento, consistendo esso, per alcuni autori, nel bene dedotto in contratto e per altri nella prestazione ivi prevista (21). Ma, quale che sia la tesi più esatta (molto probabilmente anche per questa questione, come per molte altre di teoria generale, le divergenze derivano o dalla diversa accezione attribuita ai termini adoperati o nell'insistere che si fa, da parte dei singoli autori, solo su alcuni dei tanti e molteplici profili di una situazione, i quali tutti, viceversa, dovrebbero essere messi nel conto se si vogliono gettare le basi di una sistemazione esauriente), il punto centrale sta forse altrove e ripropone in un certo senso l'interrogativo prospettato in termini di causa. Si tratta più precisamente di accertare se l'oggetto del

---

(20) V. A. De Martini, in *Rassegna giuridica del codice civile*, Milano, 1956, *sub* art. 1346, n. 309, 243. Nel senso che l'oggetto di per sé è neutro, v. anche F. Messineo, *Dottrina generale dei contratti*, Milano, 1952, 99.

(21) Nel senso che oggetto del contratto è il bene o la cosa sulla quale si riflette l'azione contrattuale delle parti, v. P. Greco, *Il contratto di lavoro*, cit., 182; A. De Martini, in *Rass. giur.*, cit. Identificano al contrario l'oggetto del contratto nella prestazione tra i tanti F. Messineo, *Diritto*, cit.; G. Mirabelli, in *Comm.*, cit., 127; F. Redenti, *La causa*, cit., n. 6, 179. Sul problema v. anche, U. Prosperetti, *Il problema*, cit., n. 22. Sul diverso problema dell'oggetto dell'obbligazione, v. L. Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156.

contratto consista nel bene che può identificarsi in corrispondenza al momento essenziale del contratto medesimo in termini economico-sociali o nel complesso dei beni reciprocamente scambiati; seguendo l'altro indirizzo, si tratta sempre di vedere se l'oggetto si risolva nella prestazione essenziale giustificatrice o coincidente col voluto movimento di beni o nel complesso delle reciproche prestazioni. In ambedue i casi, labile è il confine tra l'oggetto e la causa; più in particolare, se l'oggetto viene inteso come il complesso dei beni o delle prestazioni scambiate, esso si risolve o si identifica nel contratto secondo la sua funzione, cioè secondo la sua causa. Onde, se si vuole mantenere l'autonomia concettuale dell'oggetto rispetto alla causa, forse l'unica soluzione logica sta nell'identificare il primo elemento nelle prestazioni reciproche singolarmente considerate, ognuna delle quali deve rispondere a certi requisiti a pena d'invalidità, mentre la causa consisterebbe nella relazione funzionale tra le prestazioni, unificate dall'intento comune di provocare un determinato atto di commercio giuridico (22).

Ma, ai fini dell'art. 2126 c.c., l'importante è rilevare che l'eccezione alla regola prevista nella norma è rapportata solo alla illiceità dell'oggetto. Mentre per l'art. 1418 cap. dettato per il contratto in generale, è ragione di nullità la mancanza nell'oggetto dedotto dei requisiti di cui all'art. 1346 (possibilità, liceità, determinabilità), per l'art. 2126 viene in questione solo l'illiceità. Tutto dipende, a questo punto, dall'accezione che intende attribuirsi al requisito della possibilità in funzione delimitativa rispetto alla liceità; se, come la migliore dottrina afferma, la possibilità dell'oggetto è da intendersi anche come possibilità giuridica (23), non mi pare azzardato concludere che la clausola discussa nel caso poneva in questione la parziale impossibilità dell'oggetto e non già la sua illiceità, posto che è impossibile giuridicamente quello che giuridicamente non può per nessun verso, intrinsecamente, aversi ed ottenersi, in ogni situazione nella quale il risultato voluto è comunque precluso in partenza nè può in concreto ottenersi in quanto condizionato all'impugnativa di parte così come avviene nelle ipotesi di mera annullabilità. Quando si dice che la promessa di adottare e di istituire erede sono radicalmente nulle, la prima perché contrastante con un principio generale dell'ordinamento, la seconda perché una norma imperativa dispone per la nullità dei patti e degli impegni comunque assunti in materia successoria, si afferma nella sostanza che l'obbligazione è im-

---

(22) Per la critica del concetto tradizionalmente ritenuto di « intento comune » nel contratto, v. G. Mirabelli, in *Commentario*, cit., 115.

(23) V. G. Mirabelli, in *Commentario*, cit., 129-130.

possibile. Non si ha quindi l'illiceità dell'oggetto del contratto di lavoro (24) con tutte le conseguenze del caso. Abbiamo, in conclusione, un contratto nel quale è ravvisabile la nullità, parziale, dell'oggetto o meglio la nullità, parziale, della prestazione dedotta in funzione corrispettiva per impossibilità giuridica della clausola; la nullità, in virtù del principio posto nell'art. 2126 può operare solo *ex nunc*, restando salvo il periodo di esecuzione del rapporto di lavoro, con l'ulteriore conseguenza che, al fine di ristabilire l'equilibrio contrattuale, ben poteva il giudice procedere all'adeguamento della retribuzione, se è vero che questa determinazione integrativa costituisce la logica conseguenza della nullità parziale del contratto non implicante la nullità totale del medesimo, ciò corrispondendo poi ad intuitive ragioni di equità (25). La soluzione che qui si è cercato di delineare mi pare, nel complesso, assai più equilibrata di quella accolta in sentenza, giacché per un canone elementare alle soluzioni più radicali può giungersi, a mio parere, sol quando per alcun verso non soccorra nel sistema un rimedio che permetta di evitare il sacrificio sproporzionato dei soggetti e in ispecie di quel soggetto a favore del quale è stata dettata la norma eccezionale dell'art. 2126 c.c.

---

(24) In genere si afferma che può configurarsi l'illiceità dell'oggetto del contratto di lavoro, quando si tratti di attività prestata in difetto della prescritta autorizzazione amministrativa o quando l'attività sia intrinsecamente o per destinazione illecita; v. per esemplificazioni L. Riva Sanseverino, in *Commentario*, cit.; A. Torrente, in *Commentario*, cit., e specialmente M. Ghidini, *Diritto del lavoro*, cit., 80 ss.

(25) V. E. Ciaccio, *Effetti*, cit., n. 3, nel senso, in particolare, che il giudice può procedere alla integrazione della retribuzione ai sensi del combinato disposto degli artt. 36 Cost. e 2099 c.c., secondo la consolidata giurisprudenza in materia.

## 9.

## INDENNITÀ CONSEGUENTI ALLA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO E ONERE DELLA PROVA

La giurisprudenza si rivela, nel suo complesso, alquanto incerta sul punto della ripartizione dell'onere della prova e più ancora a proposito della determinazione delle circostanze di fatto che debbono essere rispettivamente provate dal lavoratore e dal datore di lavoro, nelle controversie nelle quali il primo richiede la condanna del secondo al pagamento della indennità di anzianità o della indennità di mancato preavviso.

Così ai fini del riconoscimento giudiziale del diritto alla prima indennità, talora si è affermato che per il lavoratore è sufficiente provare la cessazione del rapporto, spettando alla controparte di provare che nel caso è infondata la pretesa avendo il lavoratore rassegnato le dimissioni o essendo stato egli licenziato per giusta causa (1); altre volte si è invece sostenuto che il lavoratore deve fornire specificamente la prova del licenziamento, cioè che la cessazione del rapporto è avvenuta per una causa che legittima la rivendicazione del diritto, salva sempre la possibilità di provare *ex adverso* o il recesso volontario del prestatore o il licenziamento per giusta causa (2). Corrispondentemente per l'indennità di mancato preavviso, ci si è talora accontentati della prova della cessazione del rapporto da parte del lavoratore (3), altre volte si è richiesta la prova del licenziamento (4); in ambedue le ipotesi si è detto che il datore

---

(1) V. App. Trieste 2 dicembre 1957 e App. Palermo 31 marzo 1958, in *Orient. giur. lav.*, 1958, 230; App. Lecce 11 luglio 1961, *ivi* 1961, 613; Trib. Roma 20 febbraio 1962, in *Riv. giur. lav.*, 1962, 2, 463; App. Palermo 30 dicembre 1963, in *Orient. giur. lav.*, 1964, 336. Per un caso particolare, v. App. Firenze 25 gennaio 1961, *ivi*, 1961, 611. In dottrina v., nello stesso senso, D. Napolitano, *Diritto processuale del lavoro*, Roma, 1960, 280.

(2) V. Trib. Firenze 19 dicembre 1953, in *Orient. giur. lav.*, 1953, 497.

(3) V. App. Roma 27 ottobre 1962, in *Riv. giur. lav.*, 1963, 2, 29.

(4) App. Milano 30 dicembre 1962, in *Orient. giur. lav.*, 1963, 226. Nello stesso senso, in esplicito riferimento all'ipotesi che appaia incerto il modo nel quale si è addivenuti alla risoluzione del rapporto di lavoro, v.: Cass. 22 marzo 1963, n. 701, in *Foro it.*, Rep. 1963, v. *Lavoro (rapp.)*, n. 646, secondo la quale il lavoratore deve provare il fatto del licenziamento ed il datore di lavoro può provare in contrario o di aver concesso

di lavoro, ai fini della negazione della pretesa, deve provare o la non spettanza dell'indennità per essere stato intimato il licenziamento in tronco o la concessione del preavviso lavorato o infine e ovviamente l'avvenuta estinzione dell'obbligazione con la corresponsione della richiesta indennità (5). Qualche volta, poi, i giudici hanno unitamente ed indistintamente trattato di ambedue le indennità di fine rapporto, risolvendo il problema in vario modo nei termini sopra indicati (6). È infine da rilevarsi che spesso, a quanto si ricava dalle sentenze e dalle relative massime (7), risulta incerto e contestato se il rapporto di lavoro ha avuto

---

il preavviso c.d. « lavorato » o di aver licenziato per giusta causa. Conforme App. Palermo 30 dicembre 1963, in *Orient. giur. lav.*, 1961, 335 nonché App. Palermo 30 dicembre 1963, *ivi*, 1964, 336, nel senso che il lavoratore deve provare o di essere stato licenziato o di aver rassegnato le dimissioni per giusta causa. Sempre nel senso che il lavoratore deve provare il licenziamento, pare Pret. Genova 15 novembre 1962, in *Riv. giur. lav.*, 1963, 2, 201, ma della massima, espressa nei termini indicati, non c'è traccia nella motivazione. Secondo la Cass. 18 febbraio 1960 n. 279, in *Orient. giur. lav.*, 1961, 110, poiché l'indennità di mancato preavviso è una forma di risarcimento di danni, il datore di lavoro è tenuto a provare il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione e cioè il preavviso, circostanza questa che solo può esonerare dal pagamento della indennità: è evidente l'incongruenza dell'affermazione giacché, semmai, è il lavoratore che deve provare il fatto (mancata concessione del preavviso) dal quale deriva il diritto al risarcimento. La tesi è riaffermata da Trib. Roma 20 febbraio 1962, in *Riv. giur. lav.*, 1962, 2, 463.

(5) In dottrina, v. D. Napoletano, *op. loc. cit*.

(6) V. ad es. Trib. Pavia 16 maggio 1959, in *Orient. giur. lav.*, 1959, 331, sentenza che è caratteristica per aver ripreso quasi alla lettera la tesi enunciata in dottrina da U. Natoli, *Indennità di anzianità e onere della prova*, in *Riv. giur. lav.*, 1957, 2, 332 e per la quale il lavoratore deve provare solo la cessazione del rapporto. *Contra*, nel senso che il lavoratore deve provare la cessazione del rapporto per una causa comportante il diritto alle due indennità, v. App. Roma 11 dicembre 1960, in *Orient. giur. lav.*, 1961, 282. In conformità v. anche Cass. 14 giugno 1957 n. 2257, in *Riv. giur. lav.*, 1957, 2, 370 annotata criticamente dal Natoli; nel caso il lavoratore aveva asserito di essere stato licenziato in tronco, offrendo la relativa prova che però, nella valutazione dei giudici di merito, era risultata negativa. Infine per Pret. Treviglio 27 aprile 1962, in *Foro it.*, Rep. 1962, v. *Lavoro (rapp.)*, n. 711, se è pacifica l'esistenza di un rapporto di lavoro, il datore di lavoro deve provare, per contestare la pretesa all'indennità di anzianità, che il lavoratore rassegnò le dimissioni o venne licenziato per giusta causa. La sentenza risulta pubblicata per esteso in *Corti Brescia*, 1962, 509; purtroppo non mi è stato possibile leggerla e ne sono assai dolente, soprattutto perché la pronuncia è anche annotata da A. Orengo, *Indennità di anzianità e onere della prova*.

(7) Molte delle sentenze sopra citate sono solo massimate; ed è ben noto come il sistema delle massime scarsamente contribuisca alla conoscenza approfondita dei casi giurisprudenziali: v. in proposito i pertinenti rilievi di G. Gorla, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, 73.

termine per l'iniziativa del datore di lavoro o del lavoratore, per licenziamento o per dimissioni.

La questione, pur modesta in termini di diritto, riveste una notevole importanza pratica: come si è giustamente rilevato (8), sovente il lavoratore non ha ricevuto la lettera di licenziamento e può quindi trovarsi in estrema difficoltà per provare la circostanza di fatto di norma decisiva per l'accoglimento della domanda e chi abbia una pur minima esperienza del contenzioso in materia di lavoro ben sa come in esso sia per definizione disperante, tante volte, far affidamento alla prova testimoniale, giacché non è facile ottenere dagli ex colleghi di lavoro, per intuitive ragioni, una deposizione sincera, ma sfavorevole per l'ex datore di lavoro. Può aggiungersi che la questione si pone drammaticamente in termini sociali proprio nei settori della piccola industria e dell'artigianato, ove non solo non c'è ordine amministrativo, ma opera più sensibilmente la spinta economica per negare al lavoratore i suoi diritti; proprio laddove è più pressante l'esigenza di tutela, la situazione si rivela in termini di voluta ambiguità che legittima la più netta diffidenza. Naturalmente, se questo è il dato socialmente prevalente che è doveroso registrare, le considerazioni extragiuridiche possono, almeno in certi limiti, rovesciarsi; possono prospettarsi anche per i datori di lavoro le difficoltà di fornire la prova delle dimissioni dell'*ex* dipendente, che in ipotesi può avere di fatto abbandonato l'impresa. In linea generale, la più recente esperienza ammonisce che, almeno in taluni settori e per talune specializzazioni, a mano a mano che l'Italia va collocandosi, a parte l'andamento congiunturale, al livello dei paesi industrialmente sviluppati con la conseguente riduzione della disoccupazione e della semioccupazione, è registrabile un tendenziale rovesciamento di orientamento rispetto al modulo tradizionale nel quale si pongono, in termini sociali, le questioni di lavoro; il lavoratore talora non è più come nel recente passato disperatamente abbarbicato e condizionato dall'occasione di lavoro che ha avuto la ventura di ottenere, ha innanzi a sé pluralità di occasioni e di scelte, può anche trovarsi in una situazione di aspra concorrenza da parte degli imprenditori o dei datori di lavoro alla affannosa ricerca della mano d'opera specializzata. È una situazione, quindi, in evoluzione che probabilmente rovescerà nel giro di qualche lustro i termini tradizionali dei problemi e che determinerà anche, conseguentemente, una diversa problematica giuridica; non a caso in questi ultimissimi tempi si sono prospettate ipotesi nelle quali, ad es., la

(8) U. Natoli, *Indennità*, cit.

clausola di durata minima del rapporto di lavoro è risultata apposta nell'interesse del datore di lavoro (9). Così, per il nostro tema, non è detto che sempre ed in ogni caso le difficoltà siano riscontrabili dal lato del lavoratore; talora poi è lo stesso meccanismo di una legge protettiva, come quella recentissima che stabilisce il divieto dei licenziamenti a causa di matrimonio, che pone proprio per il datore di lavoro il problema di cautelarsi se la controparte rassegna le dimissioni (10). In conclusione, le considerazioni sociali possono, almeno in una certa misura, rovesciarsi. A parte quindi, la doverosità, per l'interprete, di una sostanziale imparzialità prescindente da considerazioni di per sé extragiuridiche (ma questo è un punto di vista, lo riconosco, estremamente opinabile, nell'epoca in cui, all'insegna della cultura c.d. « impegnata », si opera spesso la confusione dei compiti istituzionalmente autonomi e si accavallano indebitamente i vari momenti), nel caso specifico è la stessa ambivalenza delle situazioni di base che consiglia di chiarire il problema in termini rigorosamente tecnico-giuridici come, muovendo da questa precisa esigenza di chiarificazione, m'illudo di poter fare in questa breve nota.

È evidentemente necessario, per affrontare il problema specifico, ricordare e la funzione, nella risoluzione delle controversie, del principio dell'onere della prova e secondo quali criteri esso si distribuisce. In ordine al primo punto, basta ribadire, sulle orme della più accreditata dottrina processualistica (11), che la regola dell'onere della prova è destinata ad operare *a posteriori*, nel momento in cui, acquisito il materiale probatorio, il giudice si accinge alla decisione e, nell'ipotesi che quel materiale si riveli per qualsiasi verso insufficiente o lacunoso o dubbio ai fini dell'accoglimento della domanda o della eccezione secondo quanto a tal fine è logicamente presupposto, la lite deve essere di

---

(9) V. Pret. Genova 29 marzo 1963, in *Mass. giur. lav.*, 1963, 389. La sentenza è annotata *ivi*, 1964, 123 da G. Petraccone, *Contratti di lavoro a termine e clausole di durata minima nei contratti di lavoro a tempo indeterminato in relazione alla legge 18 aprile 1962 n. 230*. Sul problema v. anche Cass. 23 luglio 1963 n. 2045, in *Foro it.*, 1963, I, 1896, con mia nota redazionale.

(10) E ciò perché la legge stabilisce la nullità delle dimissioni rassegnate dalla lavoratrice nel periodo che corre dalle pubblicazioni di matrimonio ad un anno dopo il matrimonio medesimo, tranne l'ipotesi che le dimissioni siano confermate innanzi all'Ufficio del Lavoro; onde il datore di lavoro ha interesse a questa conferma per evitare conseguenze spiacevoli nella ipotesi di un comportamento poco corretto della controparte. Sul problema v. F. Traversa, *Matrimonio e rapporto di lavoro*, in *Dir. econ.*, 1963, 419, n. 18.

(11) V. V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1954, *sub* art. 115; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1961, 180-181; F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, vol. I, 212-215.

necessità decisa stabilendo a chi debba far carico la riscontrata deficienza in tema di prova; in sostanza il principio dell'onere della prova è un espediente che permette di decidere la controversia, addossando ad una delle parti le conseguenze naturalmente derivanti dalla circostanza che le risultanze istruttorie sono tali da non consentire piena chiarezza e convincimento circa lo svolgersi dei fatti nel caso rilevanti. Non a caso, nell'ipotesi specifica qui esaminata, tutto il discorso ha a suo presupposto l'incertezza complessivamente risultante in sede processuale circa le circostanze e le modalità relative alla cessazione del rapporto di lavoro. Sotto il secondo profilo, sul punto della distribuzione dell'onere, dispone l'art. 2697 c.c.; secondo la norma, l'attore deve provare i fatti che costituiscono il fondamento del diritto preteso; il convenuto deve provare i fatti a ragione dei quali quelli provati dall'attore si rivelano inefficaci ai fini della pretesa o per i quali il diritto si è modificato o estinto. In breve sono distinguibili due situazioni, sulla premessa che l'attore riesca a provare i fatti costitutivi del preteso diritto, cioè i fatti che normalmente sono idonei a produrre il diritto medesimo (12): il convenuto può difendersi o dimostrando che il diritto, sorto a ragione di fatti costitutivi, per altri successivi fatti si è modificato o si è estinto (ad es. perché l'obbligazione è stata adempiuta) o dimostrando che, sempre per altri fatti che hanno esplicato giuridicamente una funzione paralizzatrice di quelli costitutivi allegati dall'attore, il diritto medesimo preteso è, in realtà, di per sé, intrinsecamente inconfigurabile. La prima ipotesi è agevolmente comprensibile; quivi la situazione è raffigurabile in questi semplici termini: il diritto sorse, fu realmente, ma in prosieguo, per altri fatti, o è venuto meno o si è modificato. Più complessa è la seconda ipotesi, risultante dal combinato disposto dell'alinea dell'articolo e del primo inciso del capoverso: qui la situazione è complessa, appunto perché, nella fase genetica del preteso diritto, da un lato si assumono fatti determinanti del sorgere del medesimo, dall'altro lato si adducono altri fatti che neutralizzano i primi, col risultato finale che il diritto non è in concreto configurabile, *non è sorto*. L'apparente bisticcio agevolmente si spiega nell'economia del principio, in rapporto alla funzione che il medesimo deve esplicare; per favorire la risoluzione della lite, per non addossare altrimenti all'attore l'onere di una prova frequentemente diabolica, è sufficiente che questi provi i fatti che normalmente, nel comune commercio giuridico, sono necessari e indispensabili per il sorgere del diritto: spetta poi al convenuto provare quegli altri fatti che,

(12) V., tra le molte pronunce, Cass. 31 marzo 1960 n. 720, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1402.

eccezionalmente o patologicamente, infirmano la normale rilevanza dei primi ed impediscono il sorgere del diritto. Come scrisse un illustre Maestro del nostro diritto processuale civile (13), è necessario che la parte interessata provi i fatti costitutivi essenziali idonei a dare origine alla sua pretesa, non avendo la stessa bisogno « di provare gli estremi richiesti per la loro validità, né l'assenza di circostanze eventuali od accidentali che possano impedirne, procrastinarne o modificarne gli effetti »; in via di esemplificazione, lo stesso Maestro chiariva che l'attore può limitarsi a provare l'esistenza del contratto posto a fondamento della sua pretesa, mentre spetta al convenuto provare l'ininvocabilità di quel contratto per essere il medesimo o nullo o annullabile. In definitiva, l'ipotesi funziona secondo la contrapposizione tra quanto, nella normalità dei casi, è sufficiente apparentemente a fondare la pretesa e quanto, viceversa e contro l'apparenza, nel caso specifico infirma la conclusione che di norma opera alla stessa guisa di una massima di esperienza.

Esaminando il nostro problema alla stregua dei principii ricordati, è agevole concludere che, ai fini della indennità di anzianità non si ottempera nei casi dubbi all'onere della prova dimostrando che vi fu un rapporto di lavoro e che questo cessò, poiché la cessazione del rapporto è, in concreto, la possibile risultante di varie iniziative (dimissioni volontarie o per giusta causa; licenziamento ordinario o per giusta causa), tanto che appellarsi a questa circostanza non significa niente, poiché essa, di per sé, non è affatto costitutiva del preteso diritto. In realtà fatto costitutivo del diritto non è la cessazione del rapporto di lavoro, fatto di per sé neutro, ma il licenziamento; appunto nella normalità dei casi dal licenziamento deriva il diritto all'indennità. Rispetto al fatto costitutivo (licenziamento) il datore di lavoro, per far respingere la domanda, deve provare o il fatto estintivo del diritto (avvenuto pagamento dell'indennità) o il fatto che, secondo il rapporto dell'eccezione alla norma, non fa discendere dal licenziamento il diritto, essendosi trattato nel caso di licenziamento per giusta causa. Secondo quanto si è visto, il licenziamento è il fatto normale-essenziale costitutivo del diritto, il recesso per giusta causa è il fatto eccezionalmente paralizzante di quello costitutivo che spetta al convenuto datore di lavoro provare. L'ipotesi delle dimissioni volontarie è fuori di questo schema; di per sé esse non fondano il diritto, non ne integrano il fatto costitutivo, anzi, all'opposto, escludono, in linea di principio, quel diritto. Non convince che, in questa ipotesi, il lavoratore possa limitarsi a provare un fatto (la cessazione del rapporto) di per sé non significante e il datore di lavoro debba

(13) E. Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano, 1953, vol. II, 48.

viceversa provare il fatto non costitutivo del diritto, rovesciando la regola dell'art. 2697 c.c.; la conclusione, paradossale, sarebbe che in concreto il lavoratore non prova niente di logicamente rilevante. È una conclusione che stride con lo stesso principio dell'onere della prova, come espediente volto a distribuire il costo dell'incertezza processuale. Né vale argomentare, come si è fatto (14), dalla particolare formulazione dell'art. 2120 alinea c.c., adducendo che la norma pone il principio che alla cessazione del rapporto consegue l'indennità, salvo le ipotesi di licenziamento per colpa del lavoratore o di dimissioni volontarie, onde da una parte ci sarebbe un fatto di principio, costitutivo del diritto (la cessazione del rapporto) e dall'altro fatti impeditivi o estintivi dell'efficacia del fatto costitutivo (licenziamento per giusta causa, dimissioni volontarie) la prova dei quali farebbe carico al datore di lavoro. Ma è evidente che non c'è alcuna congruenza tra la regola distributrice dell'onere della prova e la formulazione della norma sostanziale sul punto della spettanza della indennità; è frutto di una mera affinità di assonanza verbale leggere l'art. 2120 in modo che pare riecheggiare l'art 2697; la prima norma avrebbe potuto essere formulata in tante diverse maniere senza che ciò influisse sul problema che è di sostanza. E così il legislatore avrebbe potuto esprimersi in questi termini: « in caso di licenziamento non per colpa del lavoratore è dovuta a questi una indennità »; « in caso di licenziamento non per giusta causa è dovuta al lavoratore ... ». Oppure si sarebbe potuto dire, nel 2120, « in caso di licenziamento è dovuta al lavoratore una indennità », stabilendo altrove, nel 2129 o in un ipotetico art. 2120-*bis*, che l'indennità di anzianità non spetta in caso di licenziamento per giusta e causa. In definitiva, con ogni possibile ed immaginabile formulazione, non sarebbe venuta meno la sostanza del precetto, in ogni caso sarebbe rimasto come fatto costitutivo del diritto, in linea di principio, il licenziamento. La conclusione non cambia se, in concreto, una situazione non costitutiva del diritto (le dimissioni) è stata prevista formalmente, nel determinato modo che si legge nell'art. 2120, come una eccezione ad una regola. Ma l'eccezione è, appunto, non riconducibile alla circostanza di massima giustificante il diritto; le dimissioni non sono un fatto paralizzante del preteso fatto costitutivo nella sua sostanza e nella sua genesi, non sono un caso particolare di licenziamento (per giusta causa) rispetto al caso normale, sono semplicemente il contrario del licenziamento.

A riprova che le dimissioni non possono qualificarsi quale fatto eccezionalmente determinante l'inefficacia del fatto costitutivo del di-

---

(14) Così U. Natoli, *Indennità*, cit.

ritto, è significativo e sintomatico che in talune sentenze (15) si sia affermato che, anche in riferimento alle caratteristiche del nostro mercato di lavoro, deve presumersi che la cessazione del rapporto si sia verificata per licenziamento, onde il datore di lavoro dovrebbe provare il fatto eccezionale delle dimissioni. Ma è questa una affermazione, eloquente per rilevare lo scivolamento sul terreno infido della valutazione equitativa in termini sociali, che non ha però alcun senso logico sul piano della distribuzione dell'onere della prova perché l'art. 2697 non affida la soluzione delle liti ad espedienti presuntivi; o meglio l'espediente presuntivo opera già nella norma nel senso che per essa l'attore può limitarsi a provare i fatti minimi essenziali che, secondo l'esperienza, fondano la pretesa, anzi il diritto sostanziale e non l'azione, esonerandolo dal provare il fatto che in realtà ha provocato il ricorso al giudice o quanto, rispetto alla comune esperienza, risulterebbe esorbitante ed incongruo: così chi agisce per l'adempimento del contratto può limitarsi a provare il contratto dal quale deriva l'obbligazione pretesa, senza necessità di provare l'inadempimento della controparte e cioè proprio quanto giustifica il ricorso alle vie giurisdizionali (16). Ma se l'art. 2697 fa ampio credito alla presunzione, ciò avviene proprio perché si richiede la prova di quel minimo che nella comune esperienza fa argomentare del fondamento della pretesa, anche per la ragionevole considerazione che, nella normalità dei casi, la media degli uomini non si accinge a battere la via, nel nostro paese particolarmente disperante, della giustizia se non vi è trascinata, come suol dirsi, per i capelli. Oltre non è lecito andare; non è consentito cioè ritenere nel caso, in generale e per sempre, il fatto costitutivo della pretesa in via di considerazioni presuntive. Altra cosa è che il giudice, nel singolo processo, ritenga presuntivamente provato il licenziamento, essendo emersi in causa, sotto questo profilo, indizi gravi, precisi e concordanti (art. 2729 c.c.) che vanno, rigorosamente identificati e motivati (17).

---

(15) Così App. Lecce 11 luglio 1961 e App. Roma 27 ottobre 1962, cit. *supra*.

(16) E cioè l'onere si riferisce al fondamento del diritto soggettivo in senso sostanziale, non al fondamento dell'azione: E. Redenti, *op. loc. cit*. È significativo che in alcune controversie, nelle quali l'attore agiva per la restituzione di una somma data in mutuo, essendo certa la consegna della somma, ma allegando il convenuto di averla ricevuta per un titolo non implicante l'obbligo di restituzione, la giurisprudenza (v. *Rassegna di giurisprudenza del codice civile*, Libro Sesto a cura di P. Stella Richter, Milano, 1964, *sub* art. 2697, 58) ha rettamente affermato che l'attore ha l'onere di provare che la consegna avvenne a titolo di mutuo: nell'ipotesi la consegna materiale della somma è fatto di per sé neutro, al pari della cessazione del rapporto di lavoro.

(17) Nell'ipotesi che il contratto collettivo riconosca anche al lavoratore dimissio-

Per quanto concerne l'indennità di mancato preavviso, il discorso deve essere coerente alle premesse di principio ribadite. Per quanto detto a proposito della indennità di anzianità, nemmeno qui è sufficiente che il lavoratore provi la mera ed insignificante cessazione del rapporto di lavoro. Senonché, malgrado le frequenti affermazioni giurisprudenziali (18), non è nemmeno sufficiente provare il licenziamento, perché questo fatto non è, di per sé, costitutivo del diritto. Dico subito che, a mio parere, il ragionamento è schematicamente semplice, vorrei dire semplicistico, a niente rilevando sul tema qui esaminato la questione, aperta in dottrina, della configurazione dell'obbligo di corrispondere al lavoratore licenziato l'indennità di mancato preavviso quale obbligazione alternativa o no (19); a prescindere da questa questione, ai fini specifici, basta osservare che, nell'ipotesi, il lavoratore invoca il diritto alla indennità sostitutiva e questa è dovuta, comunque, « in mancanza di preavviso » (art. 2118 cap. c.c.), se ed in quanto al lavoratore non sia stato concesso il preavviso c.d. « lavorato ». Il fatto costitutivo del preteso diritto è, semplicemente, oltre il licenziamento, il mancato rispetto della regola del preavviso in senso proprio ed è questo che va provato. Dire che « è ovvio che il licenziamento debba comportare il preavviso o la relativa indennità sostitutiva » (20), è del tutto inconferente, perché tutto sta nella disgiuntiva: si ha diritto alla indennità in quanto non si abbia avuto quello che l'indennità sostituisce. Né è pertinente osservare che spetta al datore di lavoro la prova della estinzione del diritto del lavoratore alla indennità sostitutiva « per aver preavvertito tempestivamente l'altra parte della sua volontà di recedere dal contratto » (21), in quanto, rispettata la regola del preavviso, il diritto alla indennità lungi dall'estinguersi, non sorge.

---

nario l'indennità di anzianità, ovviamente il fatto del licenziamento o delle dimissioni e della relativa prova ha rilevanza in termini di misura del diritto preteso, dato che spesso i contratti, riconoscendo questo diritto nell'ipotesi di dimissioni volontarie, lo attribuiscono per una entità inferiore rispetto a quella spettante in caso di licenziamento.

(18) V. *supra* nota 4.

(19) La tesi prevalente configura il rapporto tra preavviso lavorato e indennità sostitutiva in termini di obbligazione alternativa: v. per tutti L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960, 556. Sulla questione v. F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962, 329 ss. Nel senso che la questione dell'onere della prova sarebbe invece condizionata dalla qualificazione dell'obbligazione, v. invece la nota redazionale in *Orient. giur. lav.*, 1964, 336.

(20) Così nella nota redazionale in *Riv. giur. lav.*, 1964, 2, 463.

(21) Così D. Napoletano, *op. loc. cit.*

10.

# SINDACABILITÀ DEI MOTIVI DEL LICENZIAMENTO IN SEDE GIURISDIZIONALE (*)

1. È ben noto come il codice civile del 1942, ispirandosi a un criterio di mera eguaglianza formale tra le parti del rapporto che è da una larga parte dell'opinione giuridica e no deprecato, abbia previsto nell'art. 2118 che ciascuno dei contraenti del contratto di lavoro a tempo indeterminato può recedere dal medesimo con l'unico obbligo di dare preavviso e prevedendo altresì, nell'ipotesi di recesso del datore di lavoro (licenziamento), la corresponsione al lavoratore della indennità di anzianità. Si è posto così il principio del recesso *ad nutum*, una regola di « eminente unilateralità » per adoperare la felice espressione di Lodovico Barassi (1); secondo l'opinione largamente diffusa in dottrina e del tutto prevalente in giurisprudenza saremmo di fronte ad un potere o ad un diritto potestativo del tutto libero ed insindacabile, conseguenza di una naturale libertà di sottrarsi al vincolo obbligatorio che sarebbe caratteristica del diritto delle obbligazioni e che in materia, in particolare, si colorerebbe e vieppiù si giustificherebbe a ragione del carattere fiduciario del rapporto di lavoro (2). Per coerenza, per l'esercizio di codesto diritto potestativo non si richiederebbe alcuna giustificazione e se nel caso concreto una motivazione in ipotesi vi fosse, essa sarebbe comunque, dal punto di vista giuridico, superflua ed irrilevante, proprio perché alla base vi sarebbe sempre l'esercizio insindacabile di una libertà garantita. Anzi questa posizione di fondo, dominante nella nostra espe-

---

(*) È il testo della relazione letta il 16 aprile 1966 al X Seminario di preparazione per dirigenti sindacali e aziendali, organizzato dall'Istituto di Diritto del Lavoro dell'Università di Firenze.

(1) V. L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, III, Milano, 1957, 269.

(2) Sulla configurazione tradizionale del recesso v. A. Di Marcantonio, *Appunti di diritto del lavoro*, Milano, 1958, 161 ss.; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Firenze, 1958, 388 ss.; L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960, 536 ss.; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1964, 210 ss.; V. Sinagra, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Palermo, 1955, 588 ss.

rienza giuridica, si è sovente e specialmente in un non remoto passato espressa nel senso che l'esercizio del cennato diritto potestativo di recesso si risolverebbe in un negozio (3) *astratto* (4). In verità, come da più parti si è messo in rilievo (5), la qualificazione pare del tutto erronea, se essa si vuole utilizzare in termini rigorosamente tecnici. Ed invero, quale che sia l'opinione ritenuta e sulla stessa configurabilità nel nostro ordinamento di negozi veramente astratti e circa la linea distintiva tuttora incerta tra astrattezza sostanziale assoluta e astrattezza sostanziale relativa così come tra l'astrattezza sostanziale e quella pseudo astrattezza meramente processuale che si risolve nell'inversione dell'onere della prova (6), per nessun verso sembra che possa considerarsi astratto il negozio di recesso unilaterale. In particolare se per negozi astratti debbono intendersi quei negozi nei quali la causa, come funzione tipica di un rapporto sostanziale intersubiettivo, è accantonata di per sé formalmente facultizzando un dato movimento nel commercio umano indipendentemente da una giustificazione emergente (7), niente di tutto questo è ravvisabile al nostro proposito. Infatti il negozio di recesso ha di

---

(3) E tuttavia da qualche parte si contesta questa corrente qualificazione negoziale; v. per riferimenti G. Novara, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961, 104 ss. La questione si collega a quella sul se ed in quali limiti possa ancora concepirsi questa figura generalissima e onnicomprensiva del negozio giuridico ed è collegata all'altra, notoriamente dibattuta, della nozione del negozio. Ovviamente, nei limiti e ai fini di questa relazione, il discorso prende avvio da quella che può ritenersi la *communis opinio*.

(4) In questi termini v., in particolare G. Ardau, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, 156 ss. Sulla questione v. ancora G. Novara, *Il recesso volontario*, cit., 109 ss., con completi riferimenti. Di astrattezza parlò anche P. Durand, nel volume della C.E.C.A., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei paesi membri della CECA*, Lussemburgo, 1958, 209: « il licenziamento costituisce per il suo autore lo esercizio di un potere discrezionale, in quanto non è tenuto a fornire i motivi; in questo senso si può dire che è un atto astratto »; ma sulla peculiare elaborazione dei diritti c.d. « discrezionali » o acausali, caratteristica dell'esperienza francese, v. ripetuti riferimenti in P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 205, in particolare 243 ss.

(5) V. R. Corrado, *Limiti al licenziamento ed al potere di esercitarlo*, in *Dir. econ.*, 1955, 523, n. 7. Nel senso che nell'ipotesi potrebbe parlarsi, al massimo, di astrattezza meramente processuale, v. U. Natoli, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso* ad nutum *dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, 281.

(6) V. sui termini generali della questione L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli s.d., 191 ss., in particolare per la negazione che negli ordinamenti attuali possa aversi l'astrattezza assoluta « pallido ricordo di un formalismo morto per sempre ».

(7) V. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, 200 ss.; sennonché per l'A., *ivi*, 211, quando l'esercizio del recesso è condizionato alla sussistenza di una giusta causa, il negozio non dovrebbe essere considerato astratto, ma causale.

per sé, secondo la previsione normativa e nella realtà quotidiana, una ben precisa e conclamata funzione economico-sociale, quale è quella di provocare l'estinzione di un preesistente rapporto (8); e se per causa deve intendersi, almeno secondo la corrente e pur contrastata opinione obiettiva, appunto la funzione economico-sociale del negozio giuridico (9), qui abbiamo un negozio tipico rispetto al quale il legislatore ha previamente compiuto, quanto meno in astratto, una valutazione positiva in termini di interesse sociale, tanto che per esso, proprio a ragione della tipicità e pur sempre secondo una corrente ma non incontrovertibile opinione, sarebbe fuor di luogo indagare circa una pretesa illiceità della causa (10).

In realtà, quando gli autori hanno parlato di astrattezza del negozio in questione, hanno adoperato un frasario tecnicamente scorretto per ribadire ancora una volta come in sostanza il recesso non richieda né abbisogni di motivazione, come esso si sostanzi in un diritto potestativo il cui esercizio è del tutto insindacabile. In termini più rigorosamente tecnici può solo dirsi che siamo qui di fronte ad un negozio giuridico unilaterale in funzione estintiva di un precedente rapporto intersubiettivo; un negozio nominato giusta il principio di tipicità legale al quale l'ordinamento si ispira in tema di negozi giuridici unilaterali, proprio per contenere e prefigurare più o meno rigidamente le ipotesi nelle quali è dato, con volizione unilaterale, di poter operare nel patrimonio giuridico alieno (11). Ed è chiaro che, in tali termini intesa la situazione, la connotazione sostanziale della medesima non può affatto esprimersi in termini di astrattezza.

Se quanto precede è esatto, ne deriva che le cose non mutano nella sostanza se per avventura l'imprenditore ha motivato il licenziamento,

---

(8) L'affermazione è frequentissima; v. per tutti U. Prosperetti, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958, 115.

(9) Anche qui il discorso prende forzatamente avvio da quella che è allo stato una ricorrente e più o meno prevalente affermazione, senza alcuna pretesa di approfondimento su una questione quanto mai ardua e rispetto alla quale sono state formulate le più opposte teorie, dalla oggettiva alla subiettiva, a quella *tout court* negante l'autonomia della nozione rispetto al negozio; v. la più recente messa a punto del problema in M. Giorgianni, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*

(10) V. O. Buccisano, *Ancora sui limiti di validità del licenziamento con riferimento alla causa e ai motivi*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 155, n. 2. Per qualche osservazione sul problema della causa e della sua illiceità v. la mia nota *Osservazioni sulla nullità della clausola del contratto individuale di lavoro relativa alla retribuzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, 2, 558.

(11) V. G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 58 ss.

essendo questa motivazione del tutto irrilevante (12). In particolare è da respingersi l'assunto accolto in una isolata pronuncia giudiziale (13), secondo il quale, enunciata la motivazione, il licenziamento perderebbe il suo ordinario carattere di negozio c.d. astratto per divenire causale, con la conseguenza che il giudice ben potrebbe sindacare la veridicità e il fondamento dell'addotto motivo e dichiarare in ipotesi illegittimo il recesso (nel caso il licenziamento era stato motivato per esigenze « di ordinamento e di funzionamento dell'ente » e i giudici appurarono che codeste esigenze obiettive di riorganizzazione dei servizi non esistevano, essendosi in realtà disposto il licenziamento in questione a seguito della riassunzione in servizio di un dirigente già allontanato per motivo di epurazione). Infatti, il peregrino assunto non può condividersi, « quasi che — come si è messo in rilievo (14) — l'astrattezza e la causalità di un negozio potessero dipendere dalla volontà privata! » e non attenessero viceversa alla stessa struttura del negozio di per sé non modificabile. Né la tesi può avvalorarsi osservando che in caso di motivazione espressa « non si è più di fronte ad un atto di volontà puro e semplice, ma anche ad un enunciato logico o quanto meno ad una esposizione di fatti che riguardano direttamente la controparte ovvero eventi o situazioni che riguardano lo stesso recedente », con la conseguenza che dovrebbe concludersi per l'illegittimità del recesso, salva l'ipotesi che esso potesse sorreggersi per altre motivazioni, risultando quella formalmente addotta superflua perché inserita *ad abundantiam* (15).

---

(12) V. App. Napoli 23 settembre 1963, in *Temi nap.*, 1963, I, 543; Trib. Genova 23 giugno 1960, in *Temi gen.*, 1961, 61; Cass. 28 ottobre 1959, n. 3158, in *Riv. dir. lav.*, 1960, 2, 266; App. Firenze 14 gennaio 1948, in *Dir. lav.*, 1948, 2, 159: Cass. 16 giugno 1953, n. 1761, in *Mass. giur. lav.*, 1954, 264; Cass. 24 luglio 1951, n. 2113, *ivi*, 1951, 179; Cass. 19 luglio 1951, n. 2074, *ivi*, 1951, 174, con nota adesiva di D.R. Peretti Griva: secondo questo A. « il licenziamento comune costituisce una facoltà *ad nutum* e il fatto di aver espresso una causa risolutiva non potrebbe pregiudicare il datore di lavoro ponendolo in condizione di sfavore in confronto al caso che nessuna ragione fosse stata adottata per il licenziamento »; Cass. 2 agosto 1950 n. 2321, in *Mass. giur. lav.*, 1950, 220. È da rilevare che la questione si pose con una certa frequenza nella giurisprudenza dell'immediato dopoguerra, in particolare per il licenziamento dei c.d. indesiderabili spesso disposti in quei tempi torbidi e convulsi.

(13) V. App. Roma 18 settembre 1956, in *Mass. giur. lav.*, 1957, 33, con nota critica di G.M. Brunetti.

(14) Così L. Mengoni, nel vol. della CECA, *La stabilità dell'impiego*, cit., 236. In senso critico v. anche R. Corrado, *Limiti al licenziamento*, cit., n. 8. Per l'opinabilità dell'assunto v. anche L.A. Miglioranzi, *Limiti convenzionali al recesso del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1957, 2, 435.

(15) Così F. Pergolesi, *Diritto del lavoro*, Bologna, 1952, 159.

In verità il caso tratto dalle cronache della patria giurisprudenza si inserisce in ben altro contesto; specificamente si tratta di vedere quale rilevanza possa attribuirsi alla eventuale erroneità o infondatezza del motivo del licenziamento pur altrettanto eventualmente motivato. Ed è ovvio che il problema si pone, nell'ambito di questa relazione, in termini, di rilevanza per il lavoratore destinatario del recesso, trattandosi appunto di vedere se costui può o no derivare dalla erroneità della motivazione addotta la pretesa alla declaratoria di illegittimità del licenziamento. Tecnicamente si versa in una ipotesi di errore ed è a mio parere sufficiente questa precisazione per trarne una conseguenza di tutto rigore, quella che è ritenuta nella prevalente giurisprudenza (16), nel senso della irrilevanza della erroneità del motivo addotto rispetto alla pretesa che se ne vorrebbe ricavare. Ed è infatti qui risolutiva la considerazione che, in ipotesi, il vizio ravvisabile nella determinazione della volontà del recedente, potrebbe essere dedotto solo da colui che cadde in errore (art. 1411 alinea c.c.), essendo del tutto carente di legittimazione il controinteressato, cioè il destinatario della denuncia. Della bontà della conclusione se ne ha la riprova prendendo in considerazione la successiva riflessione sul punto di uno dei nostri più illustri civilisti, l'opinione del quale è, sempre sul punto, particolarmente degna di considerazione proprio perché l'A. è al di sopra di ogni sospetto, ritenendo il medesimo che, forse, già oggi può parlarsi, giusta una interpretazione sistematica del codice, di superamento del recesso *ad nutum* secondo la tradizionale configurazione; alludo a Pietro Rescigno (17). In uno studio del 1960 (18), il Rescigno si chiese « se si possa addirittura giustificare l'impugnativa del licenziamento, da parte del destinatario dell'atto, per errore del motivo, in cui sarebbe incorso il

---

(16) V. App. Genova 24 maggio 1954, in *Mass. giur. lav.*, 1954, 282; Cass. 23 gennaio 1954, n. 160, in *Dir. lav.*, 1954, 2, 190; Cass. 5 febbraio 1953, n. 297, *ivi*, 1954, 2, 192; Cass. 21 marzo 1949, n. 618, in *Mass. giur. lav.*, 1949, 74. In dottrina v. L. De Litala, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1956, 474 « poiché, quando il contraente mantenga la volontà di recedere dal contratto, anche l'accertamento che i fatti posti a base del licenziamento siano falsi non ha influenza, e il recesso conserva la sua efficacia, in quanto la motivazione è ... cosa superflua »; M. Ghidini, *Diritto del lavoro*, Padova, 1966, 306 ss.; L. Mengoni, nel vol. *La stabilità dell'impiego*, cit., 235; A. Torrente, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1961, *sub* art. 2118, 225. E nel senso che di per sé la erroneità del motivo non rileva, v. U. Natoli, *Sui limiti legali e convenzionali*, cit.

(17) L'affermazione del R. che forse già oggi, sulla sola base del codice, può ritenersi superato il principio del recesso *ad nutum* è nel saggio su *L'abuso del diritto*, cit., n. 18, 250.

(18) V. *Riassunzione dei lavoratori licenziati e parità di trattamento*, in *Dir. econ.*, 1960, 719, n. 6.

datore di lavoro ... Ci si può chiedere, innanzitutto, se l'irrilevanza del motivo e le condizioni per far valere l'errore, l'una o l'altra stabilite a tutela del destinatario, non debbono venir meno quando il fatto che ha dato causa all'errore riguardi la condotta del destinatario, oggetto di una falsa rappresentazione dell'autore dell'atto, e l'indifferenza per il motivo si traduca in un pregiudizio del destinatario stesso ». Cinque anni dopo, in un fondamentale saggio riepilogativo sulla annosa *querelle* in tema di abuso del diritto (19), l'A., pur così aperto alla dimensione sociale dei problemi e alla consapevolezza di quale scarto vi sia tra gli schemi civilistici tipizzati ed il fluire degli interessi nel quotidiano commercio, mantiene in defintiva le sue posizioni dubitative, osservando che è difficilmente ipotizzabile l'impugnativa del licenziamento erroneamente motivato da parte del lavoratore, giacché la falsa rappresentazione della realtà in cui si risolve l'errore dovrebbe essere fatta valere dal destinatario dell'atto contro i principi generali che valgono in materia di vizi del consenso. In verità la disciplina dei vizi della volontà fa perno, nel nostro sistema positivo e secondo la tradizione, sulla esclusiva considerazione dei medesimi in favore del soggetto la cui volontà risulti in ipotesi viziata e si premura, in un ben diverso ordine di idee, di fissare le condizioni ed i limiti della rilevanza del vizio nella prospettiva della remozione del negozio secondo una esigenza di tutela della controparte o del controinteressato (principio dell'affidamento). Il sistema è positivamente questo, né pare che la conclusione debba mutare allorché si passi dal campo dei contratti a quello dei negozi unilaterali *inter vivos* secondo la norma di raccordo tra i due settori (art. 1324 c.c.), aprendosi altrimenti una prospettiva per niente tranquillante sul piano della sicurezza dei traffici.

Posta la premessa preclusiva è da dire subito, per scrupolo del discorso, che il nostro problema è del tutto diverso, nei suoi termini di riferimento, rispetto a quello che in generale si pone e si discute a proposito della rilevanza dell'errore, e più in generale dei vizi della volontà, nei negozi unilaterali. Infatti, come è fatto chiaro anche da talune recenti elaborazioni in materia (20), quando si pone questo diverso problema non si intende affatto porre in discussione il presupposto d'ordine positivo di tutto il discorso, che cioè in ogni caso il vizio della volontà rileva a favore e su esclusiva iniziativa del soggetto che vi è incorso, sibbene ci si pone il ben diverso quesito di quale sia il tratta-

---

(19) V. *L'abuso del diritto*, cit., 256.

(20) V. P. Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 458 ss. Per altri riferimenti alla delicata questione v. F. Marani, *Il dolo del terzo in alcune particolari categorie di atti unilaterali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, 58.

mento dell'ipotesi, precisamente se l'unilateralità del negozio importi la rilevanza del vizio senza limiti di sorta proprio perché qui difetta il dato strutturale della bilateralità o se, viceversa, le cose stiano altrimenti in considerazione degli interessi della parte controinteressata sul cui patrimonio giuridico incide il negozio e a tutela di ben intuibili interessi di costui. Ci si chiede, in sostanza, se anche qui operi o no quel limite alla rilevanza dell'errore che, nella disciplina del vizio nei contratti, si collega alla tutela dell'affidamento della controparte ed in particolare se debba richiedersi o no, anche qui, l'estremo della riconoscibilità nel quale positivamente si traduce quel principio. Ed è ben noto come, soprattutto in funzione di questo concretissimo ed assillante problema, la più recente dottrina si dibatta sul punto della esatta puntualizzazione della posizione del soggetto sul quale incide il negozio unilaterale, in particolare quello recettizio; ci si chiede così come debba intendersi e costruirsi il negozio recettizio (21) e quale sia la complessiva posizione del destinatario, taluno giungendo alla conclusione che questi, se non è ovviamente parte del negozio, è, rispetto al medesimo, parte per qualche verso controinteressata, onde il principio dell'affidamento dovrebbe operare anche nell'ipotesi con le inevitabili conseguenze e gli opportuni adattamenti. Basta enunciare i termini reali del problema per comprendere come esso sia del tutto inconferente al nostro proposito e da esso non possa ricavarsi alcunché.

Piuttosto è assai più confacente riesaminare il nostro problema rispetto a quella teorica, variamente argomentata, secondo la quale in determinate ipotesi il destinatario dell'atto o del negozio ben potrebbe in sostanza dedurne il vizio per parare le conseguenze negative potenzialmente implicite nella situazione, pel fatto che il negozio stesso è claudicante, esposto alla eventualità dell'impugnativa della controparte nella sfera della quale il vizio si è determinato. Il problema venne sollevato per la prima volta, a quanto so, dal Devoto (22), muovendo l'A. dalla premessa — certo meritevole di considerazione — che non appare equo imporre al destinatario del negozio quella situazione di incertezza derivante dal fatto che il negozio viziato può essere annullato solo su istanza dell'autore, donde, per evitare la stridente ingiustizia, la configurabilità di un potere di *rifiuto* da parte del destinatario del negozio unilaterale, anche argomentando dalla *ratio* ispiratrice dell'art. 1393 cod. civ. La tesi

---

(21) V. soprattutto G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, cit., 60 ss. ed in particolare 169 ss.

(22) V. L. Devoto, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, 1943, 245-246.

venne poi ripresa dal Nicolò (23), in una nota adesiva di commento ad una sentenza del tribunale romano nella quale si affermò che il destinatario della ratifica di un contratto ben poteva agire per far accertare giudizialmente l'invalidità della stessa, avendo il soggetto incapace agito senza la necessaria autorizzazione. Secondo l'illustre civilista il terzo destinatario del negozio unilaterale recettizio ha un indubbio interesse di *fatto* alla validità del negozio per evitare la situazione di incertezza derivante dalla possibile impugnazione dell'autore e si tratta di vedere se codesto interesse di fatto è tutelabile giuridicamente nella ipotesi di nullità relativa e di anullabilità (il problema ovviamente non sorge nelle ipotesi di nullità assoluta, nelle quali il destinatario può pacificamente agire per l'accertamento giudiziale del vizio); secondo il Nicolò deve rispondersi positivamente al quesito, ove il destinatario non sia per alcun verso responsabile della situazione e a condizione ch'egli agisca con relativa immediatezza; alla conclusione può giungersi, pur in difetto di una testuale previsione, argomentando dal principio di tutela dell'affidamento che è accolto nell'ordinamento e che qui sarebbe applicato in senso inverso e negativo rispetto alle ipotesi testualmente previste, ma sempre ricorrendo l'*eadem ratio*; in conclusione si configurerebbe un potere del destinatario di impedire il completamento della fattispecie negoziale. Ma questa tesi che dal suo stesso propugnatore è stata definita ardita nell'assenza di una esplicita previsione di legge e che in realtà contrasta con tutta la nostra tradizionale esperienza in materia, non ha avuto fortuna, essendo stata respinta e dalla Cassazione nella stessa causa nella quale i giudici di primo grado l'avevano accolta (24) e dalla dottrina, pur scarsa, che si è pronunciata in proposito (25); al nostro fine

---

(23) R. Nicolo, *Il controllo sulle condizioni di validità di una dichiarazione negoziale da parte del suo destinatario*, nota di commento alla sentenza del Trib. Roma 14 aprile 1947, in *Foro it.*, 1948, I, 560.

(24) V. Cass. 7 aprile 1950, n. 946, in *Giur. it.*, 1951, I, 591.

(25) V. per riferimenti C. Giannattasio, in *Mass. giur. cod. civ.*, a cura di A. De Martini e di C. Giannattasio, Milano, 1956, *sub* art. 1441, 607; v. anche G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino, 1961, 445: « È superfluo avvertire che tali affermazioni non trovano alcun fondamento in espresse norme positive, in base alle quali si giustifica appieno la soluzione contraria, che abilita soltanto colui, il cui atto è viziato, a proporre l'annullamento. Si tratta, però, di un altro dei punti in cui si ravvisa quanto insufficiente sia l'elaborazione della figura del negozio giuridico unilaterale e come esigenze chiaramente avvertite non possono per questo trovare adeguato soddisfacimento ». In realtà, se è vero che il problema della disciplina dei vizi del volere nei negozi unilaterali è ancora da approfondire adeguatamente in dottrina, al limite vi è allo stato un ostacolo di natura positiva; nel senso che la regolamentazione del codice appare oggi preclusiva rispetto al problema sollevato dal Nicolò. Il tema è stato di recente ripreso dall'illustre studioso in

è sufficiente intanto registrare questo dato di fatto, come, cioè, anche per questa via appaia estremamente problematica l'impugnazione del negozio di recesso da parte del suo destinatario allorché si sia addotta una motivazione erronea. Nel merito, debbo francamente dichiarare che per il momento la mia informazione è troppo scarsa e la mia meditazione troppo insufficiente per presumere di potermi pronunciare con una certa cognizione di causa su questa tanto rivoluzionaria impostazione. Ma, a prescindere dalla presa di posizione sulla teorica in generale che è qui fuor di luogo, mi sia consentita qualche osservazione per quanto attiene alla utilizzabilità della medesima rispetto al negozio di recesso o quanto meno, rispetto al recesso *ad nutum* dal rapporto di lavoro. Per quanto, infatti, il Nicolò abbia menzionato anche il negozio di recesso accanto agli altri rispetto ai quali la sua impostazione si appalesa di massima proponibile (ratifica, dichiarazione di riscatto, esercizio del retratto successorio, accettazione della proposta contrattuale), nella nostra ipotesi la situazione appare per qualche verso peculiare. In primo luogo, in termini effettuali, l'interesse in giuoco appare qui assai meno rilevante rispetto alle ipotesi nelle quali è in questione la costituzione *ex novo* di un rapporto giuridico, proprio perché abbiamo un negozio a funzione estintiva di un precedente rapporto; e giacché qui si provoca l'estinzione e non la costituzione o la modificazione di un rapporto, il danno prospettabile come conseguenza di una eventuale ed incerta impugnativa dell'autore del negozio è sensibilmente minore. Inoltre, ammesso che l'impugnativa del destinatario tragga motivo dallo stato d'incertezza puntualizzato, qui il rischio è minimo e si elimina rapidamente *in fatto*, senza necessità di espedienti giuridico-formali, non appena il licenziato prospetti al recedente la erroneità del motivo addotto. Ora, se in questa fase di ipotizzabili trattative extragiudiziali il recedente, a prescindere dall'erroneità del motivo accampato, s'impunta nel proposito di risolvere il rapporto, la situazione è comunque senza vie di uscita. Ed infatti, comunque riconfermata la volontà di recedere, la situazione d'incertezza viene meno, cade così, nel caso, la premessa dalla quale ha preso le mosse la teorica del Nicolò; comunque sia, se alla base del recesso vi è un diritto potestativo del tutto libero, una facoltà insindacabile, il negozio è destinato ad operare malgrado l'eventuale erroneità del motivo

---

una conferenza tenuta il 31 marzo c.a. presso il Collegio giuridico pisano; nella discussione che ne è seguita l'indicazione più pertinente è stata, a mio avviso, quella di G. Giampiccolo nel senso che la legge dovrebbe concedere alla controparte o al controinteressato, rispetto ad un negozio suscettivo di essere travolto per un vizio del volere, una sorta di *actio interrogatoria* al fine di troncare la situazione di incertezza.

addotto. In sostanza l'indirizzo giurisprudenziale consolidato secondo il quale l'erroneità del motivo non conta è del tutto coerente alla qualificazione del potere che sta alla base del negozio; e così si spiega come e perché si sia più volte affermato che la volontà risolutoria opera sempre, quali che siano nella specie le forme adoperate, tanto che questa volontà può bene e perfino concretizzarsi in un atto del processo (26). Se c'è alla base un diritto potestativo insindacabile, il cui esercizio non richiede motivazione di sorta, l'implicazione è di rigore.

In realtà l'indicazione di un motivo non corrispondente a verità nell'atto di recesso, può essere circostanza rilevante nell'ambito di una ben diversa impostazione di principio. E cioè solo in un sistema nel quale il diritto potestativo di recesso si qualifichi altrimenti, come un potere non più arbitrario, ma discrezionale per l'esercizio del quale si richieda una giusta causa o un giustificato motivo, l'indicazione di un motivo erroneo può essere utilizzata dal giudice, in ipotesi, al fine di accertare il carattere giustificato o no del licenziamento, nel senso che il magistrato potrà trarre partito dall'erroneità della motivazione per risalire, concorrendo altri elementi, ad una valutazione complessiva sfavorevole pel recedente. In altre parole l'errore può giuocare solo come spia o indizio della non giustificabilità del recesso, come è comprovato nella giurisprudenza francese (27). Non a caso si è detto in dottrina che l'erroneità del motivo può valere come indice della illiceità della causa (28); l'errore può così operare solo come errore improprio, non contando di per sé, ma come « segno di riconoscimento che esiste un'altra causa di invalidità » (29), così come dall'errore può argomentarsi ove, come si è fatto, si ritenga di potere impugnare i licenziamenti del tutto arbitrari sulla base della discussa e discutibile teorica dell'abuso del diritto (30). Puntualmente, nell'opera di un autore che ha cercato di comprovare l'attuale natura discrezionale del recesso sulla premessa della natura associativa del rapporto di lavoro, si è detto che di per sé l'erroneità del motivo non è risolutiva, potendo essa valere nei termini, indiziari, qui individua-

---

(26) V. *Manuale di casistica di diritto del lavoro*, a cura di M. Longo, Torino, 1961, vol. II, 988.

(27) V. D. Autiè, *La rupture abusive du contrat de travail*, Parigi, 1955, 139.

(28) V. V. Simi, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948, 30-31. Sostanzialmente nello stesso senso U. Natoli, *Sui limiti legali e convenzionali*, cit.

(29) V. per questa situazione A. Trabucchi, *Errore (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, n. 3.

(30) Fu questa l'impostazione di A. Aranguren, *Recesso unilaterale nel rapporto di lavoro e sua sindacabilità in sede giurisdizionale*, in *Dir. lav.*, 1948, 2, 159.

ti (31). Senonché non pare convincente l'assunto dello stesso Novara secondo il quale l'atto di recesso motivato per una situazione insussistente varrebbe come una confessione stragiudiziale revocabile per errore (32); la tesi è tecnicamente errata posto che la confessione « è la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte » (art. 2730 c.c.): nell'ipotesi il motivo è per definizione un fatto sfavorevole al lavoratore, a prescindere dalle ipotesi nelle quali la motivazione non consti della contestazione di fatti specifici, sibbene, come spesso avviene, si risolva in una generica qualificazione riassuntiva del fatto o dei fatti o del comportamento complessivo dell'altro soggetto.

2. Diverso discorso deve farsi, a mio sommesso avviso, per l'ipotesi in cui a giustificazione del licenziamento si adduca un motivo illecito o sia comunque dato al lavoratore di poter provare l'illiceità del motivo reale determinante del recesso ed in questo mi trovo in netto disaccordo con quanto è stato affermato nelle precedenti relazioni a questo Seminario sia dal Prof. Prosperetti sia, se ho ben compreso, dal Prof. Mancini. Del resto, a quanto mi consta, in questo senso si è pronunciata una gran parte della dottrina giuslavorista e no, almeno in linea di principio: l'Aranguren (33) e l'Ardau (34), il Balzarini (35) ed il Barassi (36), il Buccisano (37), e il Corrado (38), il Devoto (39) e il Giugni (40), il Natoli (41) ed il Mengoni (42), il Miglioranzi (43) ed il Novara (44), il Paroli (45) e,

---

(31) V. G. Novara, *Il recesso volontario*, cit., 208.

(32) V. G. Novara, *op. cit.*, 179 e 208.

(33) V. *Recesso unilaterale nel rapporto di lavoro*, cit.

(34) V. *Sistema istituzionale di diritto del lavoro*, Milano, 1965, 762 e in precedenza in *La risoluzione per inadempimento*, cit., 169.

(35) V. la relazione nel vol. *Atti del Convegno su la tutela delle libertà nei rapporti di lavoro* (Torino, novembre 1954) Milano, 1955, 17-18.

(36) In *Il diritto del lavoro*, cit., 290 ss., per l'ipotesi che si abbia esercizio immorale del potere di recesso; osserva l'A. che il codice contempla l'ipotesi per i contratti, ma il principio deve essere ovviamente generalizzato.

(37) V. *Ancora sui limiti di validità del licenziamento*, cit., n. 6.

(38) V. in particolare *Studi sul licenziamento*, Torino, 1950, 97 ss.

(39) V. *L'obbligazione a esecuzione continuata*, cit., 230 ss.

(40) V. *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, Milano, 1954, 80-81.

(41) V. *Sui limiti legali e convenzionali*, cit.

(42) V. *La stabilità dell'impiego*, cit., 236 ss.

(43) V. intervento nel vol. *Atti del Convegno su la libertà*, cit., 68.

(44) V. *Il recesso volontario*, cit., 253 ss.

recentissimamente, il RESCIGNO (46), affermandosi che l'illiceità del motivo, prevista per i contratti nelll'art. 1345 c.c., rileva anche pel negozio unilaterale, ivi compreso il recesso, comportandone l'illegittimità, in applicazione dell'art. 1324 che dispone appunto nel senso che anche rispetto agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale si osservano le norme dettate in materia di contratti, in quanto compatibili, cioè, come si è chiarito adattabili (47). Ad un primo approccio, invero, pare che l'assunto sia insostenibile, in quanto, per l'art. 1345 c.c., il motivo illecito rileva in quanto sia comune ad entrambe le parti del contratto, onde per il negozio unilaterale l'illiceità non conterebbe per una preclusiva ragione d'ordine strutturale. Ed in questo senso si è invero pronunciata la scarsa giurisprudenza riscontrabile sul punto (48). Senonché l'obiezione è facilmente superabile per l'ovvia considerazione che molti degli autori citati hanno fatto, in concordanza con autorevolissimi maestri del diritto civile e no (49); nel contratto la comunanza del motivo illecito è richiesta sempre in ossequio al principio dell'affidamento, essendo assurdo che si faccia pagare al contraente in buona fede l'abnorme determinazione volitiva della controparte. Nel negozio unilaterale questa necessità di tutela dell'affidamento non opera; o meglio opera precisamente in senso inverso, corrispondendo ad un elementare senso di giustizia che il destinatario del negozio, la parte controinteressata che si trova in linea di principio in uno stato di mera soggezione innanzi alla iniziativa dell'autore del negozio, possa insorgere ed ottenere la remozione dell'atto — illecito — lesivo del suo patrimonio giuridico. Tornano qui di piena attualità, sia pure in diverso contesto, le considerazioni del DEVOTO e del NICOLÒ e tutto quanto si è precisato, nella più recente dottrina in tema di posizione del destinatario del negozio unilaterale recettizio. In conclusione proprio la struttura unilaterale del negozio comporta questa conclusione; se si vuole, rispetto alla

---

(45) V. *Osservazioni sulla causa e sui motivi del recesso volontario*, in *Dir. lav.*, 1951, I, 405, n. 4.

(46) V. *L'abuso del diritto*, cit., 256.

(47) V. in proposito R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, cit., 107 ss.

(48) V. Cass. 5 maggio 1955, n. 1267, in *Orient. giur. lav.*, 1955, 340; App. Torino 15 luglio 1953, *ivi*, 1953, 493; App. Torino 10 luglio 1953, *ivi*, 1953, 339; Cass. 24 luglio 1951, n. 2113, in *Mass. giur. lav.*, 1951, 179 (solo l'ultima sentenza è pubblicata per esteso), tutte nel senso che rispetto ai negozi unilaterali non può parlarsi di motivo illecito.

(49) V. per tutti E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 397, essendo sufficiente, per l'A., che l'illiceità possa ricavarsi o dal contenuto del negozio o dal complesso delle circostanze all'uopo rilevanti.

situazione generale del negozio giuridico, la comunanza del motivo si risolve in una regola particolare e peculiare del contratto e solo del contratto, non potendosi mettere sullo stesso piano la situazione in cui due parti egualmente cooperano alla determinazione della fattispecie e l'altra nella quale, di fronte ad un soggetto agente, si trova un soggetto in posizione meramente passiva. A maggior ragione la conclusione vale per l'ipotesi, pur eccezionale, nella quale il motivo illecito sia apertamente conclamato; come si è felicemente detto, quando il motivo riprovevole è espressamente indicato « quasi con ostentazione di prepotenza, la dichiarazione di nullità dell'atto risponde a una imperiosa esigenza di ricostituzione dell'ordine giuridico e morale violato » (50). E questa situazione si ebbe puntualmente in un famoso caso, quello Santhià, verificatosi nella massima impresa torinese circa quindici anni or sono, attirando, com'è ben noto, l'attenzione dei giuristi.

Pertanto, quando si può dimostrare che il licenziamento venne disposto per un motivo illecito determinante, si ha la piena illegittimità del recesso con tutte le conseguenze del caso; a mio parere è precisamente possibile la declaratoria di nullità con la coerente affermazione della continuità del rapporto e dopo questa pronuncia, se è ovviamente impossibile costringere l'imprenditore alla effettiva reimissione in servizio del lavoratore, corre pur sempre l'obbligo della retribuzione (51). È quindi da respingersi, a mio parere, la tesi prospettata dal Prosperetti (52), secondo la quale il licenziamento con l'esplicita enunciazione di un motivo illecito si risolverebbe, di norma, in una forma di licenziamento ingiurioso con conseguente responsabilità risarcitoria *ex* art. 2043 c.c., così operandosi una equiparazione tra due situazioni radicalmente diverse. Naturalmente niente esclude che, nei singoli casi il licenziamento adottato per motivo illecito comporti anche una lesione della personalità morale del destinatario, ma la coincidenza in assoluto è da escludersi. Anzi è da ritenere che di norma, proprio l'illiceità del licenziamento ne escluda automaticamente l'ingiuriosità, proprio perché nell'ipotesi la motivazione è di per sé riprovevole, secondo una valutazione della coscienza sociale e giuridica, nei confronti del recedente e

---

(50) Così, felicemente, A. Sermonti, *Sul licenziamento* ad nutum *e sui suoi limiti*, in *Dir. lav.*, 1955, I, 3; tuttavia, per questo A., il motivo illecito deve risultare dall'atto, il che è discutibile.

(51) Sul problema, costantemente riproposto, della c.d. « incoercibilità » delle obbligazioni di fare e sulle conseguenze che, secondo un prevalente orientamento, se ne dovrebbero logicamente trarre sotto molteplici profili, rimando alle osservazioni fatte nel mio *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965, 198 ss.

(52) V. *La posizione professionale*, cit., 114-115.

solo di costui. La contestazione di un fatto o di una situazione che di per sé non integra gli estremi di un *quid* riprovabile nella società civile e in quella politica non disonora né offende il destinatario, bensì chi pretende di trarne profitto a suo vantaggio.

Resta da vedere quando possa aversi illiceità del motivo; all'uopo soccorre la indicazione che il codice civile dà nell'art. 1343, a proposito della causa, onde l'illiceità è prospettabile quando il licenziamento è disposto in senso contrastante a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. È una indicazione puramente generica oltre la quale v'è ben poco da dire. A prescindere dagli esempi più o meno di scuola e rilevanti sul piano del buon costume, come quello del licenziamento disposto a ragione del rifiuto della dipendente di piegarsi alle brame sessuali del datore di lavoro, è importante soprattutto chiarire l'ampiezza del riferimento. Giustamente il Mengoni (53) rileva che la tesi prospettata dal compianto Barassi e secondo la quale solo la contrarietà al buon costume sarebbe rilevante è troppo angusta, onde anche il riferimento alle norme imperative e all'ordine pubblico va accettato; di conseguenza, per questo A., sarebbe certo illecito il licenziamento disposto per la partecipazione del lavoratore ad uno sciopero legittimo per contrarietà all'art. 40 Cost., « ma, a parte questo caso, è difficile far rientrare nel concetto di licenziamento illecito il c.d. "licenziamento di rappresaglia", motivato dall'appartenenza del lavoratore a un certo partito politico o a una certa confessione religiosa o a un certo sindacato. I principi costituzionali della libertà di pensiero, di religione, di associazione non possono essere applicati ai rapporti privati nella stessa misura in cui operano sul piano del diritto pubblico, e in particolare non possono essere invocati allo scopo di porre dei limiti al principio privatistico della libertà di recesso dal contratto di lavoro a tempo indeterminato ... il licenziamento connesso all'attività politica o sindacale o religiosa del dipendente può, a mio modesto parere, essere considerato illecito solo quando si risolva in un puro atto emulativo, atteso il divieto degli atti emulativi stabilito dall'art. 833 c.c.: ma si tratta di caso rarissimo, e pressoché impossibile a provarsi ». A prescindere dal riferimento all'art. 833 del codice che può apparire discutibile a ragione del campo rispetto al quale il divieto d'emulazione è dettato, la tesi dell'autorevole scrittore presta, a mio avviso, un facile fianco alla critica. Ed invero, anche se nel nostro ordinamento non si rinviene a chiare lettere il principio posto nel preambolo della costituzione francese del 1946 e secondo il quale « nul

(53) V. *La stabilità dell'impiego*, cit., 237.

ne peut ôtre lesè dans son travail on son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions, ou des ses croyances », la tesi tradizionale che sta alla base dell'assunto limitativo appare oggi minata in radice in un assetto costituzionale che fa pernio sulla considerazione totale della personalità umana e procede per una unificazione sul piano dei valori della società civile e della società politica. Qui dovrebbe aprirsi un discorso assai lungo e complesso; in breve basta por mente alla solenne proclamazione dell'art. 2 Cost. secondo la quale la Repubblica riconosce i diritti inviolabili dell'uomo anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, per comprendere come oggi il cittadino, anzi l'uomo *tout court*, abbia titolo per essere rispettato secondo tutte le legittime estrinsecazioni della sua personalità, anche all'interno di quella peculiare e necessaria formazione sociale che è l'unità produttiva; necessaria per gran parte degli uomini costretti dalla dura necessità quotidiana. E mi risparmio citazioni in proposito, ricordando solo come, proprio in considerazione di questa proposizione costituzionale, si sia perfino affermato che sarebbe superfluo garantire per legge il c.d. « statuto dei lavoratori » nelle imprese. E pertanto l'ordine pubblico attuale va inteso in una accezione ben più vasta che abbraccia il totale rispetto dell'uomo nella fabbrica ed in particolare le naturali manifestazioni della libertà sindacale in questo ambito, fermo che sussiste però il limite dell'abuso e di ogni esorbitanza.

Piena rilevanza, pertanto, della illiceità del motivo nel senso ora chiarito. Non hanno, pertanto fondamento, a mio parere, le perplessità dimostrate da un autore che pur condivide nella sostanza l'assunto qui riproposto. Secondo il Paroli, infatti (54) potrebbe difficilmente prospettarsi la situazione lamentata, giacché la risoluzione del rapporto non sarebbe di per sé idonea a conseguire uno scopo illecito, di frequente ponendosi solo come il presupposto per realizzare fini illeciti; anche il licenziamento per rappresaglia si appalesa come una ritorsione proprio a seguito del mancato conseguimento di un obiettivo illecito; tuttavia la nullità potrebbe ritenersi considerando che qui il licenziamento è disposto anche al fine intimidatorio rispetto ad altri lavoratori. Sono questi interrogativi di difficile comprensione e comunque superflui, essendo sufficiente e risolutivo l'accertamento della illiceità del motivo, ciò comportando automaticamente la riprovazione della coscienza morale e giuridica.

Senonché a questo punto insorge una ulteriore difficoltà, giacché il

---

(54) In *Osservazioni sulla causa e sui suoi motivi*, cit., n. 4.

codice richiede che il motivo illecito sia stato determinante e qui rischia di crollare tutto. In astratto è prospettabile l'ipotesi che il licenziamento sia stato disposto per un complesso di motivi, solo alcuni dei quali rivelandosi illeciti; come si è detto si richiede comunque che il motivo illecito abbia costituito il movente decisivo (55), quello che in definitiva ha fatto precipitate la determinazione volitiva. Un criterio facile ad enunciarsi, ma di probabile scarso ausilio nella pratica. Dopo di che si pone l'ulteriore scoglio di come accertare l'illiceità del motivo e, se è vero che non se ne richiede l'esteriorizzazione, è altrettanto chiaro che si pone un delicato problema di valutazione dei fatti al giudice che voglia pervenire alle declaratoria di nullità; non è escluso che il magistrato possa ricorrere alle presunzioni quando esse risultino da circostanze gravi, precise e concordanti « e potrà dichiarare la illiceità dei motivi, se esse, valutate alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, siano univoche nel giustificare la presunzione che decisivo per la determinazione dell'atto sia stato un motivo illecito » (56). Basta semplicemente far cenno a tutte queste ulteriori implicazioni d'ordine sostanziale e processuale, ricordare che in definitiva l'onere della prova in materia grava sul lavoratore, per comprendere come la costruzione qui delineata si svuoti d'ogni pratica rilevanza nell'esperienza concreta. Non a caso le pronunce giurisprudenziali sul punto, a prescindere dalla posizione pregiudizialmente negativa assunta, sono scarsissime. Ed invero, come si è più volte posto in rilievo, l'impugnativa si appalesa veramente diabolica perché il datore di lavoro o potrà trincerarsi nella non necessaria motivazione del recesso o potrà in ipotesi accampare qualsivoglia altro motivo « obiettivo »; e la pratica insegna come sia naturale ricorrere ad altri più o meno fondati pretesti allorché ci si voglia sbarazzare del dipendente incomodo. C'è da dire di più; anche *de iure condendo* a ben poco servirà esplicitamente configurare le ipotesi di illiceità del licenziamento, perché sarà facile eluderle formalmente (57). Il problema vero non è risolubile, pertanto, secondo gli schemi del diritto vigente, ma può solo risolversi con un esplicito intervento del legislatore che non si limiti ad enunciare negativamente i casi di illecito recesso, ma aggredisca positivamente la situazione, rovesciandola e cioè imponendo positivamente la giustificazione del licenziamento, addossando al recedente l'onere della prova del giustificato motivo. Come si è giustamente osservato solo la riforma

---

(55) V. R. Corrado, *Studi sul licenziamento*, cit., 109 ss.

(56) Così R. Corrado, *Studi sul licenziamento*, cit., 111.

(57) Circa la scarsa utilità della soluzione v. gli esatti rilievi di F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962, 342.

legislativa che richieda la giustificazione dell'atto di autonomia privata è l'antitodo, efficace, del c.d. abuso del diritto (58).

3. Il discorso che si è fatto finora regge tutto sulla premessa che, ai sensi dell'art. 2118 c.c., l'esercizio del diritto potestativo di recesso sia di per sé insindacabile, salvo l'ipotesi, problematica, della illiceità del motivo. Ma non può tacersi che secondo un orientamento dottrinale variamente motivato la premessa è discutibile, nel senso che nel sistema non potrebbe più ipotizzarsi una piena libertà di licenziamento, essendo viceversa sostenibile che il datore di lavoro può risolvere il rapporto in sostanza solo ove sia identificabile un giustificato motivo; non più, quindi, un diritto potestativo del tutto libero o arbitrario, ma un potere o una potestà discrezionale e sindacabile nel suo esercizio in concreto. Ne deriverebbe non solo una limitazione meramente negativa, quale è quella anche da me delineata a ragione della eventuale illiceità del motivo, ma una limitazione positiva con tutte le implicazioni conseguenti. È quindi inevitabile che si dica, pur stringatamente come è richiesto nell'economia di questa relazione, di questo indirizzo dottrinale, anche se è da rilevare che, comunque, esso perde in larga parte la sua portata apparentemente rivoluzionaria nella misura in cui tutti concordano nell'assunto che ovviamente, in base ai principi, l'onere della prova circa il carattere non giustificato del licenziamento grava sul lavoratore (59), prova che è estremamente difficoltoso fornire.

---

(58) Così P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., 253.

(59) Infatti tutti gli autori che, per diverse vie, hanno concluso nel senso del superamento del recesso *ad nutum*, danno tuttavia per pacifico che grava sul lavoratore licenziato l'onere di provare la non giustificazione del recesso; v., ad es., C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in *Atti Comm. Parl. Inchiesta Disoccupazione*, vol. IV/1, Roma 1953, n. 31; U. Natoli, *Sui limiti legali e convenzionali*, cit.; O. Buccisano, *Ancora sui limiti di validità del licenziamento*, cit.; G. Novara, *Il recesso volontario*, cit., 207 ss. (con interessanti esemplificazioni). Sul problema v. anche L. Devoto, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, cit., 232. È interessante ricordare come la questione si ponga nell'esperienza francese dove, com'è noto, già prima dell'esplicito intervento del legislatore (legge 27 dicembre 1890 modificante l'art. 1780 c.c.), la giurisprudenza largamente ammise il sindacato del licenziamento sotto il profilo dell'abuso del diritto; dopo la legge del 1890 ampiamente si discusse sul punto dell'onere della prova, con profondi contrasti in particolare tra la giurisprudenza di merito e specialmente quella probivirale e la giurisprudenza della Cassazione. Una legge del 19 luglio 1928 ha stabilito che il giudice deve comunque fare una inchiesta per accertare in quali circostanze venne disposto il recesso e deve dar conto espressamente, nella pronuncia, del motivo dedotto dal recedente; questa legge parve accogliere una antica rivendicazione operaia sul punto del rovesciamento dell'onere della prova, ma, perdu-

Secondo un primo indirizzo che è stato disatteso nella ben nota sentenza pronunciata dalla Corte Costituzionale in tema di legittimità o no dell'art. 2118 c.c. — una sentenza che rispetto alla conclusione accolta è apparsa giustamente, nella motivazione, inutilmente sovrabbondante (60) — la sopravvenienza di talune norme costituzionali avrebbe implicato quella sostanziale trasformazione del licenziamento di cui si è detto. Si è fatto leva in proposito (61) sul principio del c.d. « diritto al lavoro » (art. 4 Cost.) nonché sul principio secondo il quale l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale (art. 41 cap. Cost.). La prima proposizione, intesa nel senso della configurabilità di un diritto subiettivo in senso tecnico al lavoro, logicamente implicherebbe un diritto o quanto meno un interesse costituzionalmente rilevante alla conservazione del posto di lavoro; la seconda esigerebbe che l'esercizio del diritto potestativo di recesso avvenga non per ragioni del tutto arbitrarie, ma per qualche obiettiva giustificazione. In sostanza il datore di lavoro dovrebbe aver riguardo a questo elementare interesse del lavoratore alla conservazione del posto, secondo una valutazione comparativa e prudente del medesimo rispetto alle esigenze obiettive della unità produttiva. In definitiva, come si è affermato in una recente opera (62), saremmo in presenza di un interesse legittimo di diritto

---

rando l'antico contrasto, la Cassazione è rimasta ferma nella tesi che in definitiva l'onere della prova è addossato alla parte che intende contestare l'abusività del recesso. In concreto, se l'inchiesta disposta dal giudice non offre lumi sufficienti, l'incertezza va in danno di chi deduce l'abusività (il che è conforme ai principi della nostra legge processuale). Sulla questione v. P. Durand, *Traité de droit du travail*, II, Parigi, 1950, 866 ss.; G.H. Camerlynck, *Traité pratique de la ropture du contrat de travail*, Parigi, 1959, 141, e, con posizioni fortemente critiche rispetto all'orientamento della Cassazione, M. Amiaud, *Cours de droit da travail*, Parigi, 1954, 976. È infine da ricordare che la situazione si complica nei fatti per l'eventualità che, acclarata l'illegittimità del recesso, la risoluzione sia nuovamente disposta senza motivazione; secondo l'Ardau, *Sistema istituzionale*, cit., 764, nell'ipotesi il destinatario del recesso potrebbe fare ben poco. Invece secondo il Natoli, *Sui limiti legali e convenzionali*, cit., « l'evidente collegamento dell'atto col precedente basterebbe a mettere in evidenza la natura del motivo », con una conclusione invero eccessivamente semplificatrice; sul problema v. anche L. Devoto, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, cit., 235; secondo l'A. il disdettante corre nell'ipotesi il rischio che il giudice non si convinca del venir meno del primo motivo (illecito).

(60) V. V. Andrioli, *La Corte Costituzionale e l'art. 2118 c.c.*, in *Dir. lav.*, 1965, 2, 173.

(61) Su questa tesi di derivazione « costituzionale » ripetutamente proposta da C. Mortati, U. Natoli, C. Smuraglia e altri, v. la nota esaurientemente riepilogativa di D. Vincenzi, *È costituzionalmente legittimo l'art. 2118 c.c.*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, 2, 24.

(62) V. in questo senso L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1964 (ed. provv.), 199 ss. che sostanzialmente ripropone la tesi già enunciata in una sistematica generale. Colgo l'occasione per

privato innanzi al quale si trova un potere discrezionale; la lesione non giustificata dell'interesse si tradurebbe, secondo la varia terminologia degli autori, o in un eccesso di potere o in un abuso del diritto pienamente sindacabile. Ma questa costruzione è rettamente respinta dalla maggioranza della dottrina per le ragioni che di recente ho riepilogato *funditus* altrove (63). In sintesi l'art. 4/1 Cost. va inteso come una norma fondamentale di indirizzo politico per la Repubblica, come ponente un obbligo di provocare una situazione obiettiva che consenta la piena utilizzazione delle energie potenziali di lavoro; da esso non discende né mai discenderà un diritto soggettivo del singolo in senso tecnico con l'ulteriore implicazione che non può nemmeno configurarsi una situazione subiettiva per qualche verso garantita rispetto alla conservazione del posto, perché se cade il più crolla anche il meno. E circa il riferimento al capoverso dell'art. 41 Cost. è preclusiva, a mio avviso, la considerazione che l'interprete non può arbitrarsi di ipotizzare pretesi svolgimenti del principio di utilità sociale che non stanno nella positiva e chiara regolamentazione di un qualsivoglia rapporto. Nel caso il legislatore non è muto, ma ha dettato l'art. 2118 del codice; e poiché questa previsione di per sé stessa non contrasta obiettivamente e concettualmente col principio di utilità sociale per la stessa evanescenza di codesto principio, non c'è spazio per autonome costruzioni dell'interprete. In altre parole, come ho cercato di dimostrare altrove (64), il riferimento all'utilità sociale contenuto nell'art. 41 va certo inteso, per adoperare una abusata terminologia, in senso precettivo, di guisa che l'interprete può farne applicazione, ma ciò solo nelle situazioni, invero rare negli ordinamenti contemporanei, di deficienza normativa e al massimo in sede interpretativa, se non si vuole sostituire alla legge l'arbitrio dell'interprete in piena violazione di un principio cardine dello stato di diritto. Ora, per la risoluzione del rapporto di lavoro, il legislatore del 1942 ha provveduto e quello successivo all'entrata in vigore della Costituzione ha, almeno per ora, mantenuto, implicitamente così assumendosi la non contrarietà all'utilità sociale del recesso previsto nell'art. 2118 c.c., non v'è quindi spazio perché il giudice affermi qualcosa di diverso e di contrario rispetto alla volontà della legge quale è resa palese dal significato letterale della formula.

---

ringraziare la gentile collega della lettura cortesemente permessami di un saggio di estremo interesse, in particolare per quanto attiene alla stessa questione pregiudiziale circa la configurabilità o no dell'interesse legittimo nel diritto privato.

(63) V. *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, cit., 86 ss.

(64) V. ancora *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, cit., 146 ss.

Per altra via, ancor più discutibile, si è ritenuto di smantellare la premessa della libertà assoluta di recesso. Qui mi riferisco ai due grossi, e certo non trascurabili e non superabili con breve discorso, tentativi della Rabaglietti e del Novara. Secondo la Rabaglietti (65), per quanto attiene al lavoro prestato nell'impresa, dovrebbe farsi riferimento alla concezione c.d. istituzionale dell'impresa medesima che risulterebbe accolta nel codice civile argomentando dalle diverse norme nelle quali l'esplicazione dei poteri imprenditoriali è configurata non come mera arbitrarietà, ma con esplicito collegamento all'interesse dell'impresa, ad un interesse pertanto obiettivo (66). Ne deriverebbe che anche il potere di recesso dovrebbe esercitarsi secondo una obiettiva giustificazione, potendosi in linea di principio provare la mancanza di giustificazione; dico in linea di principio perché l'A. conclude nel senso che allo stato non è possibile prospettare innanzi al giudice ordinario, che può conoscere solo di diritti subiettivi, l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, sussistendo però le premesse per la istituzione di un giudice *ad hoc* che possa conoscere anche di queste controversie, con una conclusione invero sorprendente poiché, come si è giustamente rilevato (67), la limitazione della competenza giurisdizionale ordinaria ai soli diritti soggettivi, con esclusione degli interessi, vale solo per le controversie nelle quali è parte la pubblica autorità. Nelle controversie tra i privati la competenza del giudice ordinario non conosce limitazioni, tanto che in numerosi luoghi del diritto privato si configurano situazioni di poteri discrezionali del tutto sindacabili nel loro esercizio; si pensi, ad es., alle numerose previsioni del diritto di famiglia e anche alle ipotesi nelle quali l'esercizio di un potere, di un diritto, di una facoltà è condizionato alla ricorrenza di una giusta causa o di un giustificato motivo o alla valutazione, eminentemente discrezionale e di merito, della gravità di una certa situazione legittimante.

Secondo il Novara (68), deve parlarsi, sulle orme di una indicazione a suo tempo fatta dal Grassetti (69), di una vera potestà (discrezionale,

---

(65) V. *Il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro*, Milano, 1957, in particolare capo V, 127 ss.; della stessa v. *Motivazione, motivi e causa del recesso dell'imprenditore alla stregua dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 1959, 2, 201.

(66) Sul controverso valore di queste disposizioni v. da ultimo G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 289 ss.

(67) V. l'intervento di V. Crisafulli, in *Atti del Convegno su le libertà*, cit., 59, in risposta all'obiezione sollevata dal compianto F. Pierandrei.

(68) È questo il *leit-motiv* della monografia *Il recesso volontario*, cit., in particolare 51 ss.

(69) V. intervento in *Atti del Convegno su le libertà*, cit., 81 ss.

quindi) di recesso attribuita nell'interesse obiettivo dell'impresa; e ciò fondamentalmente deriverebbe dalla circostanza che il contratto di lavoro si configurerebbe come un contratto associativo e non di scambio, nei termini ritenuti dalla prevalente dottrina. Ma quale che sia il fondamento intrinseco di queste costruzioni, checché si pensi della teoria istituzionale dell'impresa o della natura associativa del contratto di lavoro (il tema non può certo esaurirsi qui e nemmeno accennarsi), vi sono ragioni preclusive delle pretese implicazioni di cotesta tesi. Come si è felicemente detto (70), ammesso che il codice accolga la concezione c.d. istituzionale dell'impresa, è pur vero che in questo stesso *corpus* di leggi è posto il principio di libertà di recesso, onde questa è la soluzione di stretto diritto positivo che comunque si impone (71). E altrettanto dicasi della costruzione del Novara; ammessa la natura associativa del contratto di lavoro, nella regolamentazione positiva del medesimo contratto c'è la libertà di recesso, alla stessa guisa che questa assoluta libertà, almeno nel codice del 1942, venne prevista per contratti *sicuramente* associativi, come la mezzadria (72). Queste costruzioni non reggono, quindi, allo stato del diritto positivo e se dietro a esse sta il generoso intento di configurare in termini socialmente più equi un momento piuttosto decisivo nella vicenda del rapporto di lavoro (73), il tentativo deve dirsi del tutto fallito.

4. Vi è tuttavia un aspetto di queste teoriche istituzionalistico-comunitarie o associative sul quale desidero soffermarmi per esternare alcune considerazioni che, nella prospettiva di una modifica legislativa che si dice imminente, spianano a mio avviso la strada per comprendere come e in quali limiti si giustifichi la proposta riforma. I sostenitori di questo indirizzo solitamente pongono su un piano radicalmente diverso le due parti del contratto di lavoro in ordine alla possibilità di recedere

---

(70) V. F. Mancini, *Il recesso unilaterale*, cit., 354.

(71) *Contra* nel senso che a diversa conclusione dovrebbe giungersi secondo una interpretazione dell'art. 2118 nel sistema del codice, v. la relazione di R. Balzarini, in *Atti del Convegno su le libertà*, cit., 19. Sennonché non si vede come a questa conclusione possa giungersi disattendendo la chiara lettera della norma; indubbiamente il legislatore del 1942, se avesse voluto porre il ben diverso principio che si suppone, non avrebbe mancato di dirlo espressamente. Possibile che un salto così rivoluzionario debba ritenersi leggendo tra le righe del codice?

(72) V. ancora F. Mancini, *Il recesso unilaterale*, cit., 357 ss., anche per ulteriori riferimenti.

(73) V. la recensione di F. Mancini alla più volte citata monografia del Novara, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 722.

dal medesimo; mentre la posizione dell'imprenditore dovrebbe essere configurata come potere discrezionale o potestà condizionata ad una giustificazione obiettiva relativa all'interesse dell'impresa, la posizione del lavoratore si risolverebbe nei termini tradizionali di un diritto potestativo del tutto libero da vincoli (74), trattandosi in definitiva di una estrinsecazione di una naturale libertà giuridica tradottasi nel principio della temporaneità dei vincoli obbligatori. Orbene questa diversificazione profonda mal si giustifica, a mio avviso, quando si accolga la premessa della natura associativa del contratto e a maggior ragione la concezione c.d. istituzionale dell'impresa con la conseguente rilevanza dell'interesse obiettivo della medesima. Ed invero non riesco a scorgere per quale ragione codesto interesse obiettivo non dovrebbe imporsi anche a carico e in danno del lavoratore, con la conseguenza di poter considerare in ipotesi abusive le dimissioni rassegnate in pieno misconoscimento dell'interesse dell'impresa ed eventualmente con l'evidente intento di nuocergli, come può verificarsi nel caso di improvvisa risoluzione del contratto. La differenziazione si risolve in realtà in un vero salto logico del tutto immotivato. Non a caso in un ordinamento così prossimo al nostro come quello francese, la legge accumuna nello stesso trattamento e sotto lo stesso profilo del possibile abuso del diritto licenziamento e dimissioni (75); e se è vero che l'indicazione normativa ha avuto in quella esperienza scarsi svolgimenti in questo senso, soprattutto per la ben persuasiva ragione, messa in rilievo da tutti gli scrittori, che non merita perseguire giudizialmente l'*ex* dipendente per la normale insolvibilità del medesimo, non è men vero che il principio dell'equiparazione è nella logica. Una logica che non è consentito al giudice ignorare, anche se allo stato la realtà sociale di riferimento dei nostri schemi è tale da non fare avvertire ancora la concretezza del problema (76). Ma nella misura in cui questa realtà sottostante andrà felicemente, come ci auguriamo, mutandosi secondo la legge del progresso tecnologico e sociale, la situazione potrà apparire ben diversamente, per

---

(74) V. G. Novara, *Il recesso volontario*, cit., 101 e 258: le dimissioni del lavoratore non incontrerebbero, pertanto, limiti interni, ma solo un teorico limite esterno nonché il limite altrettanto teorico della illiceità del motivo. Nello stesso senso sostanzialmente M.F. Rabaglietti, *Il recesso*, cit., 156, salvo l'onere di rispettare il ciclo produttivo in corso; limite, invero, di difficile delimitazione e comprensibilità.

(75) V. per tutti P. Durand, *Traité*, cit., 875. La parificazione pur teoricamente compiuta nell'esperienza francese venne sottolineata da L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, cit., 272.

(76) Ma il problema venne giustamente sollevato da L.A. Miglioranzi, in *Atti del Convegno su le libertà*, cit., 71 con una concreta esemplificazione.

intenderci in quei termini che si sono già presentati per il lavoro prestato fuori dell'impresa, così come nelle ultimissime vicende giurisprudenziali ha cominciato a presentarsi il caso del contratto a termine stipulato in realtà nell'interesse dell'impresa, al fine di poter contare su mano d'opera specializzata non più nell'intento di pregiudicare l'interesse del lavoratore. È da ritenere, cioè, che tra qualche decennio il problema sociale che sta dietro al diritto del lavoro si presenterà in termini profondamente diversi; già oggi, del resto, in una esperienza programmata di un paese non certo sottosviluppato anche il recesso del lavoratore è limitato e subordinato alla autorizzazione di un pubblico ufficio (77).

Ma, a prescindere dalla notazione avveniristica, la circostanza che non si ritenga generalmente di immolare circa la posizione del lavoratore in materia di recesso rispetto alla tradizione, induce piuttosto a considerare, a prescindere dalla intima illogicità delle tesi contrarie, se veramente possa, sia pure in un ipotetico domani, sopprimersi dall'altro lato il nucleo centrale della situazione subiettiva, come situazione di libertà. Orbene è lecito fondatamente dubitarne, onde anche nelle prospettive dell'avvenire la concezione istituzionalistico-comunitaria, almeno in una tra le tante versioni che se ne sono prospettate, pare di dubbia realizzabilità e di problematica legittimità. Secondo la logica immanente nel sistema e secondo la Costituzione, l'iniziativa economica privata è una libertà e tale rimane e deve rimanere, fin quando non si immuti la formula del regime politico-sociale, nelle sue varie manifestazioni ed esplicazioni. Ne consegue che è nella assoluta libertà del soggetto ogni decisione di fondo in materia. In primo luogo la pregiudiziale decisione circa la sussistenza stessa dell'impresa, il *se* della medesima. Per chiarire con una esemplificazione che come tutte le esemplificazioni di scuola ha la sua intima giustificazione nel tentativo di chiarire concettualmente i termini del problema, così come il soggetto è libero di dar corso ad una iniziativa economica, così è libero di porvi fine, chiudendo semplicemente i battenti della fabbrica e liquidando il patrimonio aziendale, eventualmente perché ha deciso di immolare radicalmente il corso della sua vita dedicandosi ad attività economicamente valutabile o no, ad es. per darsi alla vita monastica. Ed in proposito non vi possono essere dubbi, col solo limite, alquanto teorico allo stato, del « dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società »

---

(77) Su questa situazione olandese v. il saggio di A.N. Molenaar, in *La stabilità dell'impiego*, cit., 298.

(art. 4 cap. Cost.); al massimo può concedersi che potranno reprimersi talune manifestazioni del tutto parassitarie e negative, mai potendosi ottenere una regolamentazione che positivamente persegua la realizzazione di questo altissimo dovere etico, imponendo ad es. questa o quella professione. Ma libertà anche sulle proporzioni della intrapresa attività che potrà quindi ridursi, secondo una insindacabile valutazione del soggetto. Se quindi il *se* e il *quanto* dell'iniziativa risultano determinati dalla scelta egoistica della persona, pare difficile negare che alla base v'è sempre un nucleo irriducibile in senso individualistico.

Ma anche il *come* della iniziativa è demandato alla libera scelta dell'operatore, secondo suoi calcoli di convenienza, il quale potrà quindi optare per qualsiasi modificazione della medesima, orientarla verso questa o quella produzione, riconvertirla etc. E pare difficile poter configurare in materia un sindacato, ancor quando queste decisioni implicheranno riduzioni di organico, e licenziamenti di personale rivelatosi inutilizzabile nel nuovo assetto. Non a caso nella giurisprudenza francese e in definitiva anche in quella germanica (78), si è affermata l'insindacabilità di questa scelta, dichiarandosi che l'imprenditore è il solo giudice in materia, col solo limite che non può darsi riconoscimento alle decisioni meramente pretestuose ed arbitrarie. In questo ordine di idee ben si comprende come la stessa introduzione per legge del principio secondo il quale il licenziamento dovrà portare una giustificazione, incombendo l'onere della prova sul datore di lavoro, sia destinata in una certa misura a svuotarsi nella concreta esperienza di molte di quelle attese che sono in giro coltivate in maniera quasi messianica. Giustamente si è osservato che un eventuale controllo di merito sulle scelte economiche dell'imprenditore sia pure al limitato fine d'accertare la giustificazione del licenziamento « è inamissibile non solo *de jure condito*, ma anche *de jure condendo*. La rilevanza costituzionale dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto deve essere realizzata dalla legislazione ordinaria nei limiti fissati dal concorrente principio costituzionale della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.). E questo principio importa che l'imprenditore è sovrano nell'apprezzamento dell'interesse dell'impresa. Il lavoratore non potrà sollevare davanti all'Autorità giudiziaria la questione se l'imprenditore abbia rettamente valutato l'interesse dell'impresa o l'opportunità del mezzo prescelto (licenziamento) per realizzarlo. Al giudice potrà essere attri-

---

(78) V. P. Durand, *Traité*, cit., 876 ss.; per una significativa esemplificazione casistica v. D. Autiè, *La ropture abusive*, cit., 8 ss. Per la situazione tedesca, v. L. Spagnuolo Vigorita, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, 1961, 41 ss.

buito il potere di indagare sugli scopi del licenziamento unicamente per accertare se esso è stato deciso nei limiti dell'interesse dell'impresa — insindacabilmente valutato dall'imprenditore — o se, invece, è stato ispirato da motivi estranei a questo interesse, e come tali contrari al rispetto dovuto alla personalità umana del prestatore di lavoro » (79). Così l'introduzione del principio della ricorrenza di un giustificato motivo per il licenziamento, se rappresenterà un grosso passo innanzi, rivoluzionario, per la tutela del lavoratore così messo in linea di principio al riparo da decisioni del tutto arbitrarie o vessatorie, non potrà implicare il superamento di quel limite che discende da una chiara proposizione costituzionale e che ancor prima è *in rerum natura*, cioè nella logica del sistema economico-sociale. Questo probabilmente deluderà molte aspettative del resto infondate, così come potrà assistersi, forse, per questa via, ad uno svuotamento in larga misura del principio innovatore, eventualmente fino a ridurlo ad una specie di mistificazione come altrove si è lamentato (80). Tutto dipenderà in definitiva, dal buon governo che i giudici faranno, con senso d'equilibrio, della riforma; come sempre, la norma sarà nelle loro mani una indicazione generica di principio suscettiva di assai diversi sviluppi nella esperienza. A prescindere dalle puntualizzazioni di massima, i giudici dovranno sforzarsi di fissare equanimamente, nei casi concreti, la linea di confine tra quello che è l'irriducibile nucleo delle libere scelte imprenditoriali e quello che, oltre queste scelte, è pretestuoso e arbitrario, risolvendosi ingiustamente nel misconoscimento del vitale interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro.

---

(79) Così L. Mengoni, in *La stabilità dell'impiego*, cit., 279.

(80) V. G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Parigi, 1955, 211.

## 11.

## SUL RECLAMO PRESENTATO AL DATORE DI LAVORO DAL SINDACATO PER MANDATO DEL LAVORATORE

È ben noto che molte volte i contratti collettivi di lavoro dispongono nel senso che il lavoratore deve, in ipotesi, sollevare eventuali contestazioni nei confronti del datore di lavoro in ordine ai suoi pretesi diritti in un termine da osservarsi a pena di decadenza; in questo senso tradizionalmente dispone il contratto stipulato per le imprese edilizie in esplicita considerazione delle peculiari caratteristiche di questa industria (1). Sovente avviene nella pratica che il c.d. reclamo amministrativo sia presentato all'impresa dal sindacato e nella giurisprudenza di merito si è posto talora il problema se in siffatta ipotesi debbano ritenersi integrati o no gli estremi della previsione convenzionale al fine di evitare la decadenza, con difformi conclusioni (2).

La sentenza della Cassazione esattamente risolve, a mio avviso, il problema, affermando la piena idoneità, in linea di massima, della iniziativa del sindacato, allorché sia dato ravvisare alla base della medesima il conferimento di un preciso mandato da parte del lavoratore, in rigorosa applicazione dei principi di diritto comune alla stregua dei quali è possibile risolvere la fattispecie. Più precisamente si è ben detto che il lavoratore può inoltrare il reclamo sia personalmente sia richiedendo all'uopo l'opera di una qualsiasi persona di sua fiducia, ad esempio un

---

(1) Circa l'errore nel quale la Corte è caduta nell'identificazione dell'articolo del contratto collettivo nel quale è previsto l'istituto, v. l'osservazione di M.V. Ballestrero, in *Foro it.*, 1965, I, 1786.

(2) In alcuni casi i giudici di merito sono giunti alla stessa conclusione ritenuta ora dalla Cassazione, affermando che ai fini del reclamo è sufficiente che la contestazione avvenga tramite il sindacato, pure non pronunciandosi direttamente sul problema del mandato: v. App. Genova 2 maggio 1960, in *Foro pad.*, 1960, I, 1011; Pret. Genova 4 marzo 1959, in *Riv. giur. lav.*, 1959, 2, 477; App. Catania 18 giugno 1956, in *Foro it., Rep.* 1956, voce *Lavoro (rapp.)*, n. 485. In senso nettamente contrario, sulla base delle argomentazioni respinte dalla Cassazione, v. App. Bari 15 luglio 1958, in *Mass. giur. lav.*, 1959, 60.

legale (3); nella seconda ipotesi la situazione non può mutare sol perché il lavoratore si è rivolto, come è naturale che avvenga nella massima parte dei casi, ad una organizzazione sindacale. In altre parole la questione, di interesse teorico certo non imponente anche se non trascurabile in termini di rilevanza pratica, va pienamente risolta nello schema del mandato eventualmente conferito dal lavoratore a chicchessia, non emergendone, almeno a prima vista, alcun peculiare profilo condizionato dalla specifica natura del sindacato ed essendo ininfluente, d'altro canto, qualche altra considerazione talora invocata a sproposito. Sotto il secondo profilo è certo, ad es., che non può eccepirsi l'inidoneità del reclamo presentato dall'organizzazione sindacale, accampando che, altrimenti ritenendo, si cadrebbe in piena violazione del principio secondo il quale, in tema di sostituzione processuale « fuori dei casi espressamente previsti dalla legge nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui » (art. 81 c.p.c.) (4); infatti, come ha esattamente osservato la Corte nella sentenza che qui si pubblica, il principio opera nel terreno suo proprio, nel processo ed esclusivamente nel processo, onde non può essere certo richiamato nella nostra situazione nella quale si tratta di un mero reclamo c.d. amministrativo da proporsi a pena di decadenza prima dell'eventuale instaurazione della lite che si renda necessaria quando siano falliti i tentativi di una composizione extragiudiziale della medesima (ed il nostro reclamo, al pari del tentativo obbligatorio di conciliazione in sede sindacale, è funzionalmente previsto proprio al fine di evitare il processo). Può aggiungersi che in ogni caso, proponendo il c.d. reclamo, il sindacato opera, nel campo stragiudiziale, in nome e per conto del lavoratore; così, anche sotto questo profilo, l'art. 81 del codice di rito è richiamato a sproposito.

La Cassazione ha anche respinto la tesi secondo la quale nell'ipotesi prospettata l'inidoneità del reclamo dovrebbe ritenersi in considerazione

---

(3) Del resto è pacifico che la prescrizione è validamente interrotta dalla lettera del legale della parte: v. App. Brescia 20 agosto 1958, in *Foro pad.*, 1959, I, 483 e, per ulteriori riferimenti, *Rass. giur. cod. civ. Libro Sesto*, Milano, 1952 e 1964, rispettivamente a cura di M. Stella Richter e di P. Stella Richter, *sub* art. 2943. Nello stesso senso, in materia di lavoro, App. Bologna 2 febbraio l965, in *Riv. giur. lav.*, 1965, 2, 26. È lecito argomentare per analogia in quanto vi è sostanziale coincidenza tra questa ipotesi e quella qui esaminata, in ambedue richiedendosi un atto che inequivocabilmente esprima la volontà di insistere nella pretesa.

(4) V. in questo senso App. Bari 15 luglio 1958, cit. *supra*. Sul problema della legittimazione ad agire del sindacato per il singolo v. esattamente, nel campo nel quale può porsi logicamente la questione, Trib. Pavia 4 luglio 1964, in *Orient. giur. lav.*, 1965, 567.

del fatto che il lavoratore « conferisce all'associazione sindacale soltanto il mandato di regolare collettivamento il rapporto di lavoro » a mezzo del contratto collettivo di lavoro. Ed in verità il rilievo è qui del tutto inconferente. È vero che il mandato conferito dal singolo all'associazione sindacale si risolve fondamentalmente nel conferimento di un potere rappresentativo che è intimamente collegato con la sostanza medesima del sindacato, quale organizzazione che persegue la regolamentazione dei rapporti di lavoro su piano collettivo (5), ma, a parte il fatto che al di là di questa generica considerazione è necessario nei singoli casi accertare sulla base degli statuti il contenuto esatto di questo conferimento o la sua ampiezza, nel caso specifico non viene affatto in questione l'identificazione del potere conferito con l'adesione associativa del singolo a quel determinato sindacato, trattandosi viceversa di accertare se proprio in quella ipotesi particolare quel determinato soggetto ha precisamente commesso a quel sindacato di esperire quel certo reclamo. Non è in giuoco la delimitazione di una situazione generale quale è quella della determinazione dei poteri di un sindacato in base al suo statuto, ma la valutazione di una ipotesi specifica e concreta. In verità qui viene in discorso una attività che normalmente e naturalmente il sindacato persegue, quella attività generica di *assistenza* a favore dei soci e anche talora dei non soci che l'organizzazione in genere si propone di svolgere nell'ambito della sua complessiva finalità di tutela di determinati interessi e a livello eminentemente collettivo e a livello individuale (6). Questa generica attività di assistenza è di norma prevista negli statuti delle associazioni sindacali degli imprenditori e dei lavoratori e si risolve *prima facie* in un servizio per i singoli (7); un servizio che però, come esattamente si è messo in rilievo, non va angustamente concepito nel modo che ad un primo approccio pare corrispondente al significato letterale del termine. Infatti questa attività di assistenza se si risolve in sé in una collaborazione per i singoli nelle loro controversie, è di realtà perseguita e si muove in piena corrispondenza alla finalità collettiva che informa il fatto sindacale in ogni sua manifestazione. Si tratta, infatti, di garantire l'effettività della regolamentazione delle condizioni di lavoro

---

(5) Tuttavia sul grosso problema teorico se il rapporto associativo possa costruirsi o no in termini di mandato, v. Giorgio Branca, *L'associazione sindacale*, Milano, 1960, cap. III, 135 ss.

(6) V. per tutti L. Riva Sanseverino, voce *Associazione sindacale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958; Id., *Diritto sindacale*, Torino, 1964, 172.

(7) V. R. Flammia, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto I. Autotutela degli interessi di lavoro*, Milano, 1963, 78 ss.

posta a livello collettivo, di perseguire quella che gli anglosassoni efficacemente chiamano l'amministrazione del contratto collettivo, onde, come si è detto (8), l'affare non è solo del singolo, ma è su un certo piano dell'organizzazione medesima che è in senso vitale direttamente interessata anche alla risoluzione in un senso determinato delle controversie individuali di lavoro.

Ma, rispetto al problema particolare, la questione va affrontata prescindendo da queste considerazioni generalissime, proprio perché tutto si risolve nell'accertare se il singolo ha dato mandato nel caso concreto al sindacato e di valutare se ciò sia, di per sé, ammissibile. Non rileva di per sé né la considerazione delle finalità sindacali in generale né i limiti del potere rappresentativo di un determinato sindacato secondo i suoi statuti. Ed infatti, anche nella ipotesi che nel singolo statuto sia contemplata la cennata attività di assistenza, questo non significa ancora niente rispetto alla singola ipotesi; di norma, infatti, la generica attività assistenziale è prevista proprio del tutto genericamente, come una delle *finalità* perseguite. La clausola statutaria sarà formulata cioè, di norma, in chiave di scopo dell'associazione; da essa non discenderà affatto, quasi come un effetto automatico, una legittimazione del sindacato ad agire in nome e per conto del socio. Per questo di norma il conferimento di un mandato siffatto non può ritenersi implicito nell'adesione del singolo all'associazione, salva l'ipotesi, di per sé però discutibile, che le specifiche previsioni statutarie consentano una diversa conclusione; sarà quindi necessario un mandato conferito di volta in volta dall'interessato. D'altro canto il conferimento singolare del mandato può aversi anche nella ipotesi che le tavole statutarie tacciano della c.d. attività assistenziale; proprio perché questa attività genericamente attiene ai tradizionali compiti del sindacato, questo può anche darvi corso, per gli iscritti e anche per i non iscritti, pur quando lo statuto è muto formalmente in materia. Dico di più; se nel caso viene in questione il conferimento di un mandato che non immuta nella sostanza quale sia il soggetto che ne sia investito, la previsione statutaria in un senso o nell'altro non conta per definizione; il mandato può essere conferito dal singolo al sindacato così come, in teoria, potrebbe essere conferito ad una associazione costituita per il perseguimento di altre finalità del tutto non sindacali. In linea di principio si tratta quindi di accertare solo se nelle particolari circostanze del caso si ebbe un idoneo e sufficiente conferimento di potere rappresen-

---

(8) V. G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici di lavoro*, in *Dir. econ.*, 1959, 832; F. Traversa, *Problemi e prospettive in tema di conciliazioni sindacali*, in *Dir. econ.*, 1958, 1436.

tativo rispetto a quella specifica attività che viene, appunto nel caso, in considerazione. Il sindacato sta sullo stesso piano del professionista legale, del comitato assistenziale quale che sia, del singolo in ipotesi investito a titolo d'amicizia o altro.

Piuttosto è prospettabile, in astratto, una pregiudiziale; se cioè possa aversi conferimento di mandato da parte del singolo alla attuale associazione sindacale c.d. di fatto o giuridicamente non riconosciuta (9). La sentenza della Cassazione che qui si pubblica ha risposto implicitamente, in senso affermativo, al quesito e la conclusione, rispetto ad un quesito che formulo per mero scrupolo, mi pare del tutto esatta. Ed invero non vi può essere dubbio in proposito alla stregua di quanto si è accertato e va sempre più imponendosi nella più recente dottrina, per una spinta incontenibile della realtà (10), circa il modo di intendere la natura della associazione non riconosciuta, in una sostanziale concordanza dell'opinione prevalente al di là della diversità di formulazioni. Richiamo, cioè, quanto si è acclarato circa la sussistenza, nell'ordinamento, di soggetti collettivi non persone giuridiche, onde queste costituirebbero solo una specie di un più vasto genere di soggetti non meramente individuali (11); se ne dovrebbe dedurre che di per sé e in linea di principio la mancanza della personalità giuridica di un determinato soggetto collettivo non potrebbe essere accampata in senso ostativo del commercio giuridico. Commercio in sé aperto a questa più vasta e comprensiva realtà, sociale e giuridica. Ma quand'anche si volesse sostenere in generale la tesi opposta per le associazioni non riconosciute, la questione dovrebbe, a mio avviso, essere comunque impostata altrimenti per le associazioni sindacali rispetto alle quali deve venire in considerazione qualcosa di più dello schema riassuntivo nel quale le medesime debbono essere oggi inquadrate e precisamente che il fatto sindacale è oggi normativamente riscontrabile per una previsione costituzionale e deve quindi operare in ogni direzione. La Costituzione, nella proposizione di principio richia-

---

(9) La circostanza che il mandato può essere ovviamente conferito ad una persona giuridica, come normalmente avviene nei più vari rapporti sociali ed economici, induce a dubitare che in questo contratto sia immanente l'*intuitus personae* (v. in proposito F.M. Dominedò, *Mandato (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, n. 17), così come dovrebbe essere tenuta presente per impostare altrimenti la questione, solitamente sollevata dagli studiosi dello stesso contratto, circa le differenze tra mandato e lavoro subordinato (v. per riferimenti ancora Dominedò, *op. cit.*, n. 11).

(10) V. P. Rescigno, *Associazione non riconosciuta e capacità di testimoniare*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 157.

(11) V. riepilogati i termini della questione in G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Milano, 1963, capo IV, 183 ss.

mabile in materia (art. 39/1), proclama esattamente la libertà d'*organizzazione sindacale*; non il semplice svolgimento della mera libertà generale di associazione, ma, come si è detto (12), qualcosa di assai più vasto e impegnativo e rispetto al singolo e rispetto a quelle entità organizzatorie alle quali dà luogo il solidale associarsi dei singoli. Comprensivamente è tutta la realtà sindacale, secondo le sue finalità tradizionali acquisite, che viene accolta nell'ordinamento, tanto che proprio muovendo da questa premessa in una lucida sintesi si è puntualizzato il concetto di una irriducibile tipicità (13). E poiché, come si è detto, la c.d. attività assistenziale attiene naturalmente e storicamente al sindacato, lo schema della associazione non riconosciuta genericamente richiamabile anche per questo tipo di associazione dovrebbe essere però inteso e precisato in maniera che non ne derivi né la mutilazione né la frustrazione di quella realtà che si è voluto accogliere, senza limitazioni, nell'ordinamento (14). In conclusione lo schema formale dovrebbe essere in ogni caso concepito in modo da poter recepire tutta la sostanza dell'attività sindacale e quando essa si svolge nel senso della regolamentazione delle condizioni di lavoro con il contratto collettivo e quando essa persegue l'effettività della sua presenza e della sua tutela istituzionale sul piano della « amministrazione » dello stesso contratto e, più in generale, per la salvaguardia degli interessi assunti. È questo uno dei punti nei quali questa recente teorica ha da essere utilizzata per cavarne, in ogni caso, implicazioni concrete: quelle implicazioni senza le quali le dissertazioni si risolvono nel vuoto. In sostanza non si vede come possa giungersi ad una diversa conclusione; conclusione che sarebbe, del resto, intimamente contraddittoria rispetto ai risultati comunque acquisiti nella nostra esperienza, malgrado le incertezze teoriche ancora perduranti, per quanto attiene alla contrattazione collettiva e alla sua impegnatività (15). E pertanto, a prescindere da quanto si ritenga in generale circa l'in-

---

(12) V. L. Riva Sanseverino, *Diritto sindacale*, cit., 161-164.

(13) È questo l'assunto centrale dell'opera di R. Flammia, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, cit.

(14) Circa la necessità di tener conto del principio di libertà sindacale per quanto attiene alla precisazione dell'attuale assetto del sindacato, v. G. Ghezzi, *op. cit.*, 217 ss.; l'A. particolarmente prospetta la questione rispetto al problema delle limitazioni eventualmente apportabili, ma l'assunto può essere ripreso, in definitiva, sotto ogni altro profilo ed in particolare in specifico riferimento alle finalità sindacali e alla loro rilevanza nell'ordinamento.

(15) Sul problema v. da ultimo, con completezza di riferimenti, la nota di M. Grandi, *Contratto collettivo di diritto comune, rappresentanza sindacale e commissione interna*, in *Riv. dir. lav.*, 1965, 2, 43.

fluenza del dato della sussistenza o no della personalità giuridica al nostro proposito, qui emerge una situazione peculiare per la quale la mera soggettività di cui agli artt. 36 e ss. c.c. opera o è suscettiva di operare in una proporzione più vasta rispetto a quanto altrimenti di per sé discenderebbe da quello schema; è suscettiva di operare, appunto, nel senso di una totale emersione in forme giuridiche congrue di quanto corrisponde ai dati naturali del fatto sindacale, onde ben può il singolo utilizzare appieno i servizi predisposti dall'organizzazione e avvalersene in senso giuridicamente concludente rispetto agli interessi perseguiti. Quindi dalla « tipicità » del fatto sindacale deriva in ogni caso l'ammissibilità, in linea di principio, di tutti i negozi che rispetto all'attività perseguita si pongono come inevitabili strumenti formali; nel caso il singolo ben può conferire il mandato per la proposizione del c.d. reclamo amministrativo, naturalmente, com'è logico, impersonalmente.

Posta la premessa, la questione in pratica si svuota. È principio pacificamente ritenuto (16) che, salve ipotesi particolari ed eccezionali, il mandato non richiede particolari forme; in ragione di questa libertà di forma, esso può essere conferito anche oralmente (17). Vi è di più: per quanto attiene alla prova del mandato, niente si oppone a che si faccia ricorso alle presunzioni (18). Ed ecco perché, nella normalità dei casi, quando il sindacato agisca nella ipotesi considerata in nome e per conto del singolo, iscritto o no, l'eccezione proponibile in astratto *ex adverso* è destinata a rivelarsi di massima senza possibilità di implicazioni, giacché, nella concretezza della controversia di lavoro dedotta innanzi al giudice (e nella quale in ogni caso il singolo lavoratore si avvarrà di quanto fece il sindacato, quale che sia stato il reale svolgimento dei fatti ...), il magistrato deve inevitabilmente muoversi tra questi due dati. Da una parte regge in astratto l'assunto del conferimento orale del manda-

---

(16) Per riferimenti giurisprudenziali, v. *Rassegna giuridica del codice civile*, Milano, 1958 e 1965, *sub* art. 1703. In dottrina v. G. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, 1957, 26 ss.

(17) Alla stessa conclusione si è giunti, sennatamente, anche per quanto attiene alla provocazione della procedura di conciliazione ed arbitrato in materia di licenziamenti ai sensi dell'accordo interconfederale 18 ottobre 1950, respingendosi la tesi eccessivamente formalistica accolta in altre sentenze: v. App. Venezia 25 maggio 1953, in *Orient. giur. lav.*, 1954, 214; qui si è detto che ben può il lavoratore investire oralmente la associazione sindacale, in quanto la pretesa di una richiesta autografa è « fuori della realtà ».

(18) V. *Rassegna giuridica del codice civile*, cit. *supra, sub* nota 15 e per la dottrina ancora G. Minervini, *Il mandato*, cit., 37.

to (19); dall'altra proprio la circostanza che normalmente il sindacato svolge questa attività « assistenziale » indurrà a far presumere il conferimento del mandato. E se chi eccepisce non sarà in grado di *positivamente* provare il mancato conferimento, la prescrizione giuoca inesorabilmente in suo danno. Come si vede, il problema si svuota rispetto alla normalità dei casi, fatta salva l'ipotesi, ricordata in sentenza, che il contratto collettivo di lavoro richieda una forma particolare, la scrittura o altro, per l'eventuale conferimento del mandato.

(19) Come in certe ipotesi il mandato possa ritenersi conferito per implicito per la stessa proposizione della domanda, v., in relazione alla disciplina interconfederale dei licenziamenti, il rilievo di A. Sermonti, in *Mass. giur. lav.*, 1965, 211.

12.

# SULLA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE PER IL DIRITTO AL SALARIO

1. La Corte costituzionale, con la sentenza che si annota, si è pronunciata sulla questione di legittimità delle norme poste nel codice civile in tema di prescrizione del diritto del lavoratore alla retribuzione, sollevata, con una motivazione invero stringatissima, dal Tribunale di Ancona (1), per la pretesa contrarietà di quel complesso di disposizioni rispetto agli artt. 3, 4 e 30 Cost., dopo che, in altra occasione (2), l'eccezione era stata, viceversa, ritenuta manifestamente infondata. Secondo la corte, le norme del codice che implicano la prescrittibilità del diritto alla retribuzione (3) non possono ritenersi, di per sé, contrastanti con la norma costituzionale che garantisce al lavoratore la retribuzione c.d. giusta o sufficiente (art. 36, comma 1), in quanto se la previsione costituzionale certamente rafforza i diritti già *naturaliter* configurabili nell'ambito di determinati rapporti, non li rende però necessariamente perpetui, posto che la prescrizione è un modo generale d'estinzione, secondo la logica della *ratio* ispiratrice (la certezza dei rapporti giuridici), anche di codesti diritti rafforzati; né a diversa conclusione potrebbe giungersi qualificando il diritto alla retribuzione sufficiente come un diritto della personalità, poiché l'imprescrittibilità di codesto diritto non esclude al contrario l'estinzione, per prolungata inerzia del titolare, del diritto alle prestazioni salariali di volta in volta maturate, alla stessa guisa

---

(1) V. Trib. Ancona (ord.) 6 ottobre 1964, *Foro it.*, 1965, I, 928, e in *Mass. giur. lav.*, 1965, 3, con annotazione critica di Sermonti, nonché con nota egualmente critica di Asquini, *Sulla prescrizione dei crediti di lavoro, ivi.*, 134.

(2) V. App. Perugia 27 agosto 1956, *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Prescrizione civile*, nn. 117, 118.

(3) Ritengo che, secondo la logica della decisione, la tesi accolta dalla Corte valga non per il solo diritto alla retribuzione in senso stretto, ma per tutto quanto è in funzione latamente corrispettiva della prestazione di lavoro, ivi comprese molte delle c.d. indennità. Comunque è prevedibile che, sulla esatta portata della pronuncia, vi saranno molte questioni.

di quanto si verifica per il diritto agli alimenti; né, infine, può argomentarsi dalla pretesa indisponibilità del diritto, posto che nel caso non si tratta di un diritto indisponibile in senso proprio, sibbene di un diritto irrinunciabile « come si desume *a fortiori* dall'ultimo comma dello stesso art. 30, che stabilisce l'irrinunciabilità del diritto alle ferie e al riposo settimanale ». Tuttavia per la corte, posta questa irrinunciabilità del diritto alla retribuzione che non è letteralmente enunciata nel comma 1 dell'art. 36 Cost. ma ben può dedursi dalla previsione del comma 3 dello stesso articolo (4), « non tutto il regime della prescrizione è compatibile con la speciale garanzia che deriva dall'art. 36 Cost. ». E precisamente, se è vero che le norme del codice civile in questione non si riferiscono formalmente ad un negozio di rinuncia, è altrettanto vero che in virtù delle medesime è consentita la decorrenza della prescrizione anche in pendenza del rapporto di lavoro, in una contingenza, cioè, in cui il lavoratore è spesso indotto a non agire per la soddisfazione dei suoi diritti per il timore del licenziamento. In sostanza: « la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione. Entro questi limiti la questione è fondata: il precetto costituzionale, pur ammettendo la prescrizione del diritto al salario, non ne consente il decorso finché permane quel rapporto di lavoro durante il quale essa maschera spesso una rinuncia ». Per questi motivi la corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, « limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro », mentre ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2948, n. 5, c.c. relativo alle indennità spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro, proprio perché in questa ipotesi non si prospetta, come nelle altre, quella « situazione » sostanzialmente illegittima che è data dalla decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto, trattandosi quivi di diritti che concretamente

---

(4) Pertanto la Corte ha accolto *in toto* la tesi a suo tempo prospettata da Giorgio Branca, *Sulla indisponibilità dei diritti del lavoro garantiti dalla Costituzione*, in *Foro pad.*, 1959, I, 803, argomentando l'A. sia dai lavori preparatori sia dalla circostanza che, altrimenti ritenendo, vi sarebbe un insanabile contrasto logico rispetto alla indicazione esplicita della norma costituzionale a proposito dei riposi e delle ferie, mentre al contrario vi è un unico interesse alla base della indisponibilità.

emergono al momento della estinzione del medesimo rapporto di lavoro (5).

2. In sintesi quindi, con questa ennesima sentenza interpretativa, la corte ha affermato che, proponendosi la norma costituzionale in questione (art. 36), con la ritenuta irrinunciabilità del diritto, di « proteggere il contraente più debole contro la sua propria debolezza di soggetto interessato alla conservazione del rapporto », al pari, del resto, dell'art. 2113 c.c., non può consentirsi *ad un risultato* che di fatto, nella sua portata effettuale, sarebbe agli antipodi e quindi in pieno contrasto con *la finalità* costituzionalmente perseguita. Se la Costituzione, proprio al fine di rendere effettive le garanzie predisposto per la parte più debole del contratto di lavoro, ha qualificato come irrinunciabili determinati diritti, è contraddittorio ammettere che il tempo, attraverso l'istituto della prescrizione, possa operare nel senso della possibile estinzione del diritto a ragione dell'inerzia del titolare, proprio perché questa inerzia non è di massima attribuibile ad una scelta libera e spontanea del lavoratore, bensì va spesso ricondotta alla preoccupazione di questi di poter provocare il datore di lavoro alla risoluzione del rapporto come risultato probabile dell'aver agito rivendicando le proprie spettanze. Quindi, un risultato finale che, *in termini effettuali*, è disarmonico rispetto al principio costituzionale e alla scelta politica che vi sta dietro, nel senso della *impegnatività* radicale e senza residui della regolamentazione inderogabile posta a favore del lavoratore. Onde sarebbe *costituzionalmente scorretto* intendere ed applicare le norme sulla prescrizione dei crediti di lavoro, di per sé legittime, nel senso da consentire quel risultato finale deprecato.

3. A mio avviso, e prescindendo da ogni possibile e ben proponibile contestazione formulabile ancora una volta rispetto alle pronunce c.d. interpretative della Corte costituzionale (6), la conclusione specifica di questa importantissima sentenza è nel merito da approvare, nello spirito

---

(5) Ma, sul problema della individuazione del momento costitutivo del diritto all'indennità di anzianità, v. *funditus*, anche per ulteriori riferimenti, Suppiej, *L'art. 36 della Costituzione e l'indennità di anzianità*, in *Mass. giur. lav.*, 1964, 138. Il problema è comunque ora spogliato di grosse implicazioni concrete, in quanto di recente il legislatore, com'è noto, ha disposto nel senso che l'indennità di anzianità spetta sempre al lavoratore, in ogni ipotesi di risoluzione del rapporto.

(6) Sul problema v. da ultimo L. Montesano, *L'oggetto del giudizio costituzionale e l'interpretazione giudiziaria delle leggi*, in questo volume, V, 49. In questo ordine di idee, qui volutamente messo da parte volendosi porre l'accento sulla questione di « merito »,

del diritto del lavoro quale si è andato svolgendo nella nostra concreta esperienza giuridica. Nel caso, la corte ha argomentato (ed è questo l'aspetto forse più singolare della sentenza) da una ben nota massima di esperienza, relativa alla posizione in concreto del lavoratore nella pendenza del rapporto di lavoro, almeno in una situazione nella quale, per lo stato di diffusa disoccupazione esistente, la preoccupazione di conservare il posto di lavoro è assorbente e premiente, quale sia il trattamento retributivo di fatto praticato, anche in violazione della legge e dei contratti. Né conviene spendere in proposito molte parole. Mi limiterò ad alcune testimonianze particolarmente significative. In un aureo libretto divulgativo di un economista (7), si legge che « più difficile del problema della fissazione di tariffe minime si è rivelato finora quello della loro osservanza. L'esperienza ha dimostrato abbastanza bene che una legge, la cui applicazione venga lasciata alla iniziativa degli operai, è quasi inevitabilmente lettera morta. Gli operai in primo luogo ignorano probabilmente i termini della legge; anche se sanno di essere truffati contro la legge, hanno troppa paura di perdere il loro impiego per intraprendere una azione legale; ed anche se così non fosse, raramente hanno i mezzi e la esperienza legale per impegnarsi in una lunga vicenda giudiziaria ». E nel nostro paese un grande giurista. V.E. Orlando, nella relazione predisposta per la « storica » legge regolatrice dell'impiego privato, scrisse della « dura soggezione di una legge ferrea di costrizione e di dolore da una parte economicamente potente verso l'altra umile e diseredata ». Certo, dal 1924 ad oggi, oltre quaranta anni non sono passati invano, economicamente e socialmente, anche in questo nostro « disgraziato » (8) paese, tanto che oggi le parole, accorate ed amare, del presidente della vittoria non potrebbero letteralmente ripetersi, per nostra fortuna, senza scivolare un poco nel ridicolo. Ma ancora pochi anni addietro si è potuto scrivere, non esagerando, « che la tutela legale del lavoratore resta di fatto sospesa per tutta la durata del rapporto di lavoro » (9), come è comprovato dalla circostanza che il contenzioso in materia generalmente si instaura dopo la risoluzione del rapporto,

---

v. in *Mass. giur. lav.*, 1966, 134, 138, le note critiche di Sermoni e di D'Eufemia; note pubblicate quando questo scritto era già in bozze.

(7) V. M. Dobb, *I salari*, trad. it., 1965, 194.

(8) L'espressione è di Giugni, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, 3, spec. 68; osserva l'A. come solo in un determinato contesto sociale sia potuta germinare la tesi secondo la quale la retribuzione avrebbe natura di credito alimentare; *ivi* ulteriori interessanti considerazioni su questo ordine di idee.

(9) Così si legge nella relazione alla proposta di legge a suo tempo presentata dal

quando quindi non opera più la preoccupazione della perdita del posto (10).

La massima di esperienza è, quindi, indiscutibile. E si comprende benissimo, in questo contesto sociale, come la questione della decorrenza della prescrizione, almeno in costanza di rapporto di lavoro, sia stata sempre riproposta, precisamente in quell'ordine di idee al quale la Corte costituzionale ha acceduto, così come per altre vie si è cercato di dimostrare come, ben oltre gli angusti limiti dell'intransigibilità o della irrinunciabilità *ex* art. 2113 c.c., siano configurabili diritti veramente indisponibili in senso proprio (11), oppure si è altrettanto variamente proposto di rafforzare le garanzie legali di tutela del lavoratore (12). Così, in pieno periodo corporativo, si sostenne che non poteva ammettersi la decorrenza della prescrizione, giacché, se la prescrizione si fonda su una presunzione di rinuncia (13), sarebbe stato contraddittorio alla tesi pacificamente ritenuta in giurisprudenza rispetto a diritti che la legge vigente dichiarava e inderogabili e irrinunciabili (14). L'assunto venne significatamente ripreso, almeno in un primo momento, da un benemerito studioso nella consapevolezza del quale certo operò la ricca espe-

---

deputato on. Ferrarotti per la conciliazione e l'arbitrato nelle liti di lavoro; v. in *Riv. dir. lav.*, 1969, III, 53.

(10) Sono in proposito estremamente eloquenti i dati a suo tempo raccolti dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori, *Controversie individuali di lavoro*, IX, 1959, 66.

(11) Si è sostenuto che, per il sopravvenire delle norme costituzionali, debbono configurarsi diritti relativamente e diritti assolutamente indispensabili, per i quali ultimi saremmo ben oltre i limiti entro i quali funziona la previsione di cui all'art. 2113 c.c., con una tutela, pertanto, sensibilmente rafforzata. In tal senso v., in particolare, Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, 1960, 155-156, nonché, anche per ulteriori riferimenti, Giorgio Branca, *Sulla indisponibilità dei diritti*, cit. La tesi è stata, però, ripetutamente respinta in giurisprudenza.

(12) In particolare, con la proposta di legge presentata il 16 marzo 1956 alla Camera dei deputati dagli on. Amadei, Ducci e Concas (v. in *Riv. dir. lav.*, 1956, II, 30), si voleva sostituire al regime di mera annullabilità previsto per le rinunce e le transazioni nell'art. 2113 c.c., un regime di vera nullità. L'eccezione di illegittimità dell'art. 2113 venne ritenuta manifestamente infondata da Cass. 3 novembre 1956, n. 496, in *Foro it.*, 1956, I, 1790. Sul problema v. però U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, 1955, 82.

(13) In questo ordine di idee e circa il nesso corrente tra indisponibilità e imprescrittibilità, v. anche Asquini, *Sulla prescrizione*, cit. Ma, per l'A., i diritti del lavoratore sono solo limitatamente disponibili.

(14) V. Sala, *I diritti dell'impiegato e la decorrenza della loro prescrizione*, in *Mag. lav.*, 1934, 1071.

rienza fatta, come esimio magistrato, nelle aule di giustizia (15). Ma si tratta di *vox clamans in deserto*; la più autorevole dottrina (16) obiettò che si confondeva la inderogabilità della normativa con il ben diverso istituto della prescrizione, questo fondandosi sulla volontà della legge mossa dalla esigenza di certezza dei rapporti giuridici, onde, in difetto di una esplicita previsione, non poteva per nessun verso derogarsi alla regola ordinaria. Nella quale argomentazione era certo rigoroso e coerente il ragionamento meramente dommatico, pur se, al di là della forma e dello schema, restava quella bruciante realtà di un risultato profondamente contraddittorio rispetto alle qualificazioni poste nell'intento di assicurare una effettiva tutela del lavoratore.

Ma la contraddizione, in termini di scelta politica e di adeguatezza della protezione sociale formalmente predisposta, venne ribadita dal legislatore del 1942 che disciplinò la prescrizione per i crediti di lavoro, senza operare alcuna realistica concessione alla realtà del rapporto sociale considerato e quindi anche qui ribadendo la regola generale della decorrenza della prescrizione dal momento in cui, formalmente, il diritto può essere fatto valere. Ma che al fondo della questione vi sia una esigenza reale, si ricava dal fatto che, ripetutamente, anche in questi ultimi anni, si è prospettata in giudizio la tesi della sospensione della prescrizione nella pendenza del rapporto di lavoro; assunto ogni volta respinto (17), osservandosi a ragione che, in difetto di esplicita previsione dettata dalla considerazione della peculiare posizione del lavoratore, al fine voluto rilevano solo gli impedimenti di diritto alla possibilità di agire, non gli impedimenti di « mero fatto », può se talora non si è mancato di rilevare come in effetti, nella pendenza del rapporto, il

---

(15) V. L. De Litala, *Il contratto di lavoro*, 3ª ed., 1937, 597. La tesi venne però rinnegata dall'A. nella successiva edizione del 1949, 547. Sulla dubbia convenienza di conservare almeno le prescrizioni c.d. presuntive, proprio a ragione della peculiare situazione del lavoratore, v. A. Orengo, *Le prescrizioni presuntive e i crediti del prestatore di lavoro*, 1966, 11.

(16) V. P. Greco, *Il contratto di lavoro*, 1939, 468 ss.; Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, 1963, 366-367; S. Turiano, *La prescrizione in materia di rapporto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 13.

(17) V. Cass. 5 giugno 1953, n. 1673, *Foro it.*, Rep. 1953, voce *Lavoro (rapporto)*, nn. 102, 103; App. L'Aquila 9 maggio 1958, *id.*, Rep. 1958, voce *Prescizione civile*, n. 129; Trib. Rossano 20 maggio 1959, *id.*, Rep. 1959, voce cit., nn. 43, 98; Cass. 17 giugno 1963, n. 1615, *id.*, Rep. 1963, voce cit., nn. 38, 39; Cass. 9 agosto 1963, n. 2254, *id.*, 1964, I, 111. In conformità v. Hernandez, *Prescrizione del diritto dei lavoratori alla retribuzione*, in *Dir. lav.*, 1964, II, 109, n. 5.

lavoratore incontri una « certa difficoltà » di agire (18). Ma si è trattato di una conclusione, giuridicamente ineccepibile *de iure condito*, talora visibilmente ribadita non senza disagio; ed infatti, in una sentenza della Suprema corte (19), si disse che non poteva nemmeno argomentarsi dall'art. 2113, operando questa norma in un ambito del tutto diverso « anche se una disarmonia sia avvertibile fra le due distinte ed autonome discipline ». Ed infatti, è certo in contraddizione con sé medesimo un legislatore che da una parte tiene conto della situazione concreta del lavoratore in pendenza del rapporto per quanto attiene alla decorrenza del termine per l'impugnazione delle transazioni e delle rinunce (art. 2113 cap.) e dall'altra consente che la prescrizione decorra tranquillamente in quella situazione, quasi che sia consentito spezzare artificiosamente la logica immanente della medesima. Praticamente si pone quel medesimo problema che da decenni si agita sul punto della legittimità o no delle clausole di decadenza previste nei contratti, collettivi ed individuali, di lavoro, allorché in virtù di esse si imponga al lavoratore di agire tempestivamente per la rivendicazione dei suoi diritti in costanza del rapporto di lavoro, ancora una volta con una conclusione che rischia di essere profondamente contraddittoria rispetto alle premesse della tutela imperativa assicurata in linea di principio al lavoratore (20). Eppure anche qui, a proposito di queste clausole della cui legittimità si è sempre discusso, ci sono voluti decenni per ottenere, da parte della Cassazione, con la sentenza 24 agosto 1963, n. 2358 (21), una decisa virata, col riconoscimento della illegittimità della clausola, essa di fatto importando, se non una rinuncia in termini rigorosamente tecnici, una sostanziale abdicazione del lavoratore ai suoi diritti, con una implicazione così contrastante con l'art. 2113 c.c., malgrado la soggezione economica del lavoratore e quindi con « un risultato non conforme alla disciplina

---

(18) V. App. Milano 30 gennaio 1959, in *Foro it.*, Rep. 1959, voce *Lavoro (rapporto)*, nn. 388, 389.

(19) V. Cass. 24 ottobre 1956, n. 3895, in *Foro it.*, Rep. 1956, voce *Lavoro (rapporto)*, nn. 552, 721, 722, e in *Riv. giur. lav.*, 1957, II, 459, con nota di D'Abbiero, *Due questioni in tema di prescrizione*. Secondo l'A. nella inerzia del lavoratore è da ravvisare una rinuncia tacita aprendosi così la strada ad una piena tutela.

(20) Non a caso gli autori che, in genere, hanno sostenuto la tesi della sospensione della prescrizione, hanno prospettato anche l'illegittimità delle clausole di decadenza: v. Sala, *I diritti dell'impiegato*, cit.

(21) In *Foro it.*, 1964, I, 102, con nota di richiami. La sentenza venne da me commentata in *Bollettino dell'Istituto del diritto del lavoro dell'Università di Trieste*, aprile 1964, 3.

legislativa »: nelle parole semplici dell'antica sapienza, perché, « se non è zuppa, è pan bagnato »!

La logica protettiva del diritto del lavoro, quale è andato sviluppandosi nel nostro paese (quella logica che prende le mosse dalla inderogabilità della normativa e passa quindi attraverso quella che si è detta, discutibilmente, la « relativa » indisponibilità dei diritti e comunque l'intransigibilità e l'irrinunciabilità dei medesimi) (22), impone, quasi a suo coronamento e certo a maggior suo presidio in termini effettuali, la sospensione della decorrenza della prescrizione nella pendenza del rapporto di lavoro (23), secondo la tesi accolta dalla Corte costituzionale. Né la conclusione appare una singolarità innovativa. Infatti, già in due casi, anche se la soluzione è stata probabilmente imposta anche da esigenze peculiari di settore che non si identificano in quella ragione prorompente qui delineata, l'ordinamento prevede la decorrenza della prescrizione dalla estinzione del contratto di lavoro; in tal senso detta l'art. 373 c. nav. per il contratto di arruolamento marittimo ed il corrispondente art. 937 stesso codice per il contratto di lavoro del personale di volo (24). Quindi, con la sentenza qui commentata, non si ha che la generalizzazione di una soluzione parzialmente già conosciuta.

4. Naturalmente tutto il discorso che qui si è fatto è un discorso, a mio avviso, rigorosamente proponibile in termini giuridici nella logica di un sistema dato, cioè nella logica di un sistema di tutela imperativa della parte più debole del rapporto di lavoro predisposta dalla legge. In questo ambito la conclusione è inevitabile, anche se essa praticamente si risolve nel considerare il lavoratore come una sorta di interdetto (25). In termini diversi, e sociali e politici, la stessa conclusione è gravida di conseguenze

---

(22) Sulla controversa qualificazione dei diritti garantiti al lavoratore, v. Guidotti, *Il fondamento giuridico dell'indisponibilità dei diritti del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1955, I, 365; Giugni, *I limiti legali dell'arbitrato*, cit., 65 ss.; Napoletano, *Le quietanze liberatorie nel diritto del lavoro*, 1953, 67 ss.; Prosperetti, *La invalidità delle rinunce e delle transazioni del prestatore di lavoro*, 1955; Santoro Passarelli, *Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur. Cass. civ.*, 1948, II, 53 ed ora in *Saggi di diritto civile*, 1961, II, 1125; Tilocca, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 69.

(23) Sull'astratta possibilità di questa soluzione, v. P. Greco, *Il contratto di lavoro*, cit., 469.

(24) Tuttavia è significativo che per Torrente, *Il contratto di lavoro della navigazione*, 1948, 241, la soluzione sia stata adottata « per la maggior tutela dell'arruolato », spostandosi la decorrenza della prescrizione « al giorno in cui, con il compimento del rimpatrio, cessa ogni rapporto di soggezione dell'arruolato verso l'armatore ».

(25) V. in questo ordine di idee Sermonti, osservazione cit., *sub* nota 1: « Non si

non certo del tutto commendevoli; se da un lato, infatti, la non decorrenza della prescrizione indurrà probabilmente i datori di lavoro alla esatta osservanza della legge e dei contratti collettivi e individuali di lavoro (e non è un male se ci si deciderà a considerare sacri ed inviolabili i diritti della parte socialmente più sprovveduta), dall'altro lato forse spingerà vieppiù i lavoratori a tollerare, in ipotesi, le inosservanze della normativa in costanza di rapporto, posto che comunque sarà possibile agire domani senza temere eccezioni di prescrizione di sorta.

Al fondo, il problema è essenzialmente politico, secondo una valutazione apprezzabile anche sotto l'angolo visuale di determinati valori. Precisamente c'è l'alternativa tra la soluzione sindacale-contrattuale nella quale i lavoratori possono garantirsi la tutela dei loro interessi facendo ricorso alla loro autonoma capacità di organizzazione e di lotta e la soluzione che, nel recente dibattito parlamentare sulla legge per i licenziamenti individuali, i parlamentari sindacalisti affiliati alla C.i.s.l. hanno felicemente definito statalistica e paternalistica; la scelta, quindi, tra un sistema che, in prevalenza, ponga l'accento sull'autotutela e un sistema che viceversa si risolva, sempre in prevalenza, nell'eterotutela. Nella nostra esperienza, per un complesso di profonde ragioni di vario ordine, ha finora prevalso la seconda soluzione, almeno nel senso che l'autonomia sindacale ha finora giuocato in funzione meramente costitutiva della regolamentazione destinata poi a porsi e a spiegarsi, nelle categorie predisposte dall'ordinamento generale, secondo la regola dell'inderogabilità con tutti i suoi corollari, presupponendo quindi, sul piano del contratto individuale di lavoro, l'inferiorità del soggetto tutelato.

Ciò posto, la tesi qui sostenuta (*rectius*, difesa) appare come una conclusione inevitabile (26), così ribadendosi in tutte le possibili implicazioni che il lavoratore subordinato è in una posizione giuridica di inferiorità a fini protettivi, certo socialmente e moralmente non appagante. L'alternativa — politica — è, in teoria, quella della rimozione della premessa di principio, spianandosi, ove lo si ritenga opportuno o lo si voglia, la strada alla soluzione integrale dell'autotutela, secondo la logica dei rapporti di forza tra i contrapposti gruppi sociali e di qui unicamente attenendosi la tutela del singolo, così indotto, per necessità ineludibile, a dare il suo fattivo concorso a questa soluzione autonoma-

---

attua e non si esalta la pari dignità sociale di tutti i cittadini, degradando il lavoratore a *minus habens* e a *non volens agere* ».

(26) Nel senso che l'imprescrittibilità sarebbe, a rigore, nella logica del sistema portato alle sue estreme conseguenze, v. NAPOLETANO, *Diritto processuale del lavoro*, 1960, 109.

mente liberamente, nella misura in cui desideri riscattarsi dalla inferiorità sociale nella quale è in partenza condannato nei luoghi di lavoro ove non si ponga rimedio alla legge naturale di tendenza. Ma, allo stato, una evoluzione in questo senso appare alquanto problematica, giacché cospirano contro una serie di dati e fattori, anche culturali, che la storia degli ultimi decenni ha appesantito; forse, a mano a mano che il Paese andrà progredendo sulla linea dello sviluppo economico e produttivo, eliminandosi del tutto la prospettiva della occupazione solo parziale delle potenziali forze di lavoro, si porranno le premesse di una svolta. Anche perché, in quel giorno auspicabile, l'argomento della tipica inferiorità del lavoratore in costanza del rapporto costituirà solo un luogo comune trascinatosi per forza d'inerzia e, rovesciandosi il piatto della bilancia, potrà essere il fortunato superamento del sistema finora costruito in chiave di protezione paternalistica. Una svolta che certo imporrà tutta una conversione nel modo di porsi innanzi ai problemi che è stato finora caratteristico da parte anche dei giuristi (27).

(27) È da chiedersi cosa succede, a seguito della sentenza della Corte, delle prescrizioni presuntive in materia di lavoro. Infatti è alquanto contraddittorio, teoricamente, ammettere prescrizioni che si fondano rettamente su una presunzione di estinzione del credito (v. Orengo, *Le prescrizioni presuntive*, cit., 1 ss.) in riferimento alla peculiare sospensione alla quale dà luogo la sentenza della Corte; così come è difficilmente comprensibile che siffatta prescrizione decorra dalla estinzione del rapporto di lavoro.

13.

# DIRITTI DEL LAVORATORE ED INTERRUZIONE DELLA PRESCRIZIONE

Secondo l'ultimo comma dell'art. 2943 c.c., la prescrizione è interrotta da ogni atto che valga a costituire in mora il debitore e cioè « mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto » (art. 1219 c.c.). In corrispondenza a questa precisa previsione della legge, mentre è ovviamente da escludersi che valgano per l'effetto voluto richieste e contestazioni verbali (1) nonché vaghe e imprecisate proposte di intavolare trattative al fine di cercare la bonaria composizione della lite potenziale (2), è pacificamente ritenuto, in dottrina e in giurisprudenza, che la prescrizione è interrotta da ogni intimazione o richiesta scritta che manifestino, inequivocabilmente, la volontà di voler agire per il riconoscimento e per la soddisfazione della pretesa (3). In questo ordine di idee si riconosce efficacia interruttiva alla lettera inviata dal legale al preteso debitore (4), naturalmente quando in essa si possano ravvisare gli

---

(1) V.: G. Azzariti e G. Scarpello, *Prescrizione e decadenza*, in *Comment. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1953, *sub* art. 2943, 597. Non si comprende, quindi, come sul punto si esprima in forma dubitativa R. Ferrucci, in *Della tutela dei diritti. Commentario al codice civile*, Torino, 1964, *sub* art. 2943, n. 6, 435-436.

(2) Nel senso che non hanno valore interruttivo le trattative intercorse al fine di ricercare il bonario componimento della controversia, v. Cass. 7 aprile 1964, n. 773, in *Foro it.*, 1964, I, 1164. Né vale la lettera del legale con la quale si propone un incontro per chiarire i termini della lite: App. Trieste 25 maggio 1960, in *Foro it.*, Rep. 1960, voce *Prescrizione*, n. 27. Egualmente per l'invito a conciliare la vertenza, allo scopo di evitare l'onere e l'alea del giudizio: App. Milano 10 luglio 1959, in *Foro pad.*, 1960, I, 83. Per una ipotesi estremamente interessante e chiarificatrice, anche nei suoi elementi di fatto, v. App. Palermo 21 aprile 1954, in *Foro pad.*, 1954, I, 1027.

(3) V., da ultimo, Cass. 29 agosto 1963, n. 2404, in *Foro it.*, *Rep.* 1963, voce cit., n. 51.

(4) V., App. Bologna 2 febbraio 1965, in *Riv. giur. lav.*, 1965, 2, 26; App. Firenze, 2 settembre 1963, in *Giur. tosc.*, 1964, 24; App. Brescia 20 agosto 1958, in *Foro pad.*, 1959, I, 483. Nel senso che ha valore anche la lettera inviata da persona agente su semplice incarico verbale del creditore, v. App. Firenze 28 luglio 1964, in *Giur. tosc.*, 1965, 260; v. anche gli AA. citati *supra*, *sub* nota 1.

estremi di una chiara intimazione, non essendo indispensabile che l'atto provenga personalmente dal creditore in quanto ben può ammettersi che altri agisca per lui; conclusione che è in piena armonia col valore che, solitamente, nella prassi si attribuisce alla richiesta proveniente dall'avvocato, considerata appunto come ultimativa rispetto all'inevitabile ed imminente ricorso, in difetto di pronta soddisfazione, al magistrato (non per niente, in queste lettere, in genere, si fissa un termine con l'avvertenza che, trascorso inutilmente il medesimo, si citerà in giudizio). Spesso, inoltre, si è posto il problema se possa o no riconoscersi efficacia interruttiva al ricorso della parte volto ad ottenere l'ammissione al gratuito patrocinio, affermandosi che quel ricorso, di per sì, in quanto non rivolto al creditore (è pacifico che l'intimazione in discorso e atto unilaterale recettizio), non può valere, a diversa conclusione potendosi giungere solo nell'ipotesi che le parti compaiano innanzi alla commissione competente e in questa sede la parte che si assume creditrice manifesti la volontà di agire, dandosi di ciò atto a verbale (5).

Per quanto attiene ai crediti di lavoro, si è sempre posta la questione dell'efficacia interruttiva di quelle varie attività che il lavoratore può porre in essere, prima dell'instaurazione della lite, al fine di ottenere la soddisfazione stragiudiziale della pretesa. In particolare, ci si è sempre chiesti, anche in epoca corporativa, se valga o no la denuncia della controversia al sindacato ed attualmente anche all'ufficio del lavoro, con la richiesta, quindi, che il sindacato o l'ufficio pubblico interpongano i loro buoni uffici per la composizione della medesima. In armonia con quanto comunemente si ritiene in generale, si è logicamente escluso che, di per sé, la richiesta al sindacato o all'ufficio, abbiano valore interruttivo; questo valore in genere si attribuisce invece, a ragione, all'atto di convocazione del datore di lavoro per il tentativo di conciliazione, naturalmente quando in codesto atto siano specificate con sufficiente precisione le pretese del lavoratore (6). Infatti, l'eccezione che l'atto,

---

(5) In questo senso v. Cass. 25 ottobre 1963, n. 2841, in *Foro it.*, *Rep.*, 1963, voce cit., n. 61-62. Da ultimo v. Cass. 12 marzo 1965, n. 404, *ivi*, *Rep.*, 1965, voce cit., n. 50-51. In conformità, v. G. Azzariti e G. Scarpello, *op. loc. cit.*

(6) Per la denuncia al sindacato v. Trib. Fermo 28 febbraio 1951, in *Giur. it.*, 1952, I, 2, 960; App. Bari 3 aprile 1956, in *Foro it.*, *Rep.*, 1956, voce cit., n. 57; App. Lecce 30 giugno 1956, *ivi*, *Rep*., 1957, voce cit., n. 49; Trib. Genova 21 febbraio 1959, in *Mass. giur. lav*., 1959, 192. Per la denuncia all'ufficio del lavoro, v. App. Ancona 14 novembre 1956, in *Riv. it. prev. soc.*, 1958, 290; Trib. Pescara 8 giugno 1962, in *Foro it.*, *Rep.*, 1962, voce cit., n. 67; App. Firenze 26 marzo 1965, in *Giur. tosc.*, 1965, 612. Nel senso ricordato nel testo è pressocché tutta la dottrina giuslavoristica che si è pronunciata sul problema: v. V. Cassò, *La retribuzione nel contratto di lavoro*, Milano, 1954, 248; L. De Litala, *Il contratto di lavoro*,

nell'ipotesi, non proviene personalmente dalla parte non vale, in quanto l'organizzazione sindacale agisce in nome e per conto del lavoratore (7), mentre l'ufficio del lavoro opera, nello stesso contesto in cui adempie ad una funzione istituzionale, con analoga rilevanza giuridica sul piano del rapporto interprivato.

Naturalmente è bene ribadire che, nell'atto di convocazione della parte assunta in debito, i diritti pretesi debbono essere sufficientemente, chiaramente specificati. Da una parte, infatti, l'atto interruttivo deve esattamente riferirsi a quel diritto per il quale si agirà poi in giudizio, non potendo quindi valere la richiesta stragiudiziale per altre e diverse pretese giuridiche, pur traenti origine e fondamento dallo stesso rapporto sostanziale (8). Dall'altra la specificazione è qui, in materia di controversie di lavoro, particolarmente necessaria in quanto di solito il dipendente, o meglio l'*ex* dipendente, agisce per una serie di pretese, adeguamento della retribuzione, compensi vari per lavoro straordinario, festivo, notturno, festività, ferie ecc.; quindi di ogni pretesa è indispensabile che si faccia parola nell'atto, pur se non è necessario che si precisi l'ammontare di quanto richiesto per ogni titolo (9). In questo senso sarebbe privo di qualsiasi valore un atto di convocazione genericamente compilato, facendosi sommario riferimento a pretese vantate dal lavoratore. Per quanto a me consta, secondo la prassi seguita dagli uffici del lavoro coi quali ho dimestichezza, il problema che così emerge è egregiamente risolto poiché, all'uopo utilizzandosi un modulo nazionalmente predisposto dal ministero, il datore di lavoro è convocato « allo scopo di tentare la conciliazione della controversia avente per oggetto richiesta di indennità varie come da conteggio che si allega »; in questo conteggio, in genere predisposto dal competente ufficio dell'associazione sindacale, si ha pertanto la minuta specificazione delle varie pretese.

---

Torino, 1949, n. 557; F. Guidotti, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956, 488; P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, 476; F. Pergolesi, *Diritto del lavoro*, Bologna, 1959, 189; L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1963, 371; S. Turiano, *La prescrizione in materia di rapporto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 13, n. 5.

(7) V., in proposito, la mia nota *Sul reclamo presentato al datore di lavoro dal sindacato per mandato del lavoratore*, in *Dir. lav.*, *retro*, II, 146.

(8) V., con specifico riferimento al verbale di mancata conciliazione in sede sindacale, App. Lecce 30 giugno 1956, cit., *supra*, *sub* nota 6. In generale v. Cass. 22 giugno 1962, n. 1597, in *Foro it.*, *Rep.*, 1962, voce cit., n. 63.

(9) È un'affermazione ricorrente: v. Cass. 21 febbraio 1961, n. 392, in *Foro it.*, *Rep.*, 1961, voce cit., n. 35; App. Firenze 24 marzo 1962, in *Giur. tosc.*, 1963, 442; Trib. Siena 17 novembre 1962, *ivi*, 1965, 505, con nota di Cardarelli; App. Firenze 2 settembre 1963, *ivi*, 1964, 24. Per la necessità di determinare i singoli titoli, v. Trib. Roma 13 febbraio 1962, in *Temi rom.*, 1962, 324.

Inoltre, in corrispondenza da quanto si è detto per l'ipotesi della procedura innanzi alla commissione per il gratuito patrocinio, si è riconosciuto valore interruttivo anche alla verbalizzazione delle richieste del lavoratore effettuata in sede sindacale o di ufficio del lavoro, nel caso di comparizione delle parti per il tentativo di conciliazione non giunto a buon fine (10); anche in questa contingenza, infatti, si ha, nella sostanza se non nella forma, quanto la legge sostanzialmente richiede per la costituzione in mora e quindi per l'interruzione della prescrizione, fermo comunque il principio che è demandato al giudice di merito, con un accertamento incensurabile in sede di giudizio di legittimità, il compito di controllare la sussistenza o no, nel caso specifico, degli estremi all'uopo richiesti (11).

È alla luce della pacifica elaborazione riepilogata che vanno considerate le due sentenze che qui si commentano. Nella sentenza dell'appello milanese si è presentato, come in qualche altra occasione (12), il caso del ricorso del lavoratore all'ispettorato del lavoro. I giudici hanno giustamente escluso il valore interruttivo del ricorso in sé considerato, affermando che solo nell'ipotesi che le parti siano comparse innanzi al funzionario dell'ispettorato e in questa sede « il creditore abbia fatto manifesta al debitore la pretesa creditoria con invito a soddisfarla, e di ciò sia stato dato atto a verbale », si poteva rigettare l'eccezione di prescrizione. Nella sentenza non si parla dell'altra ipotesi (convocazione del datore di lavoro da parte dell'ufficio con avviso specificante le pretese del lavoratore), ma è da presumere che nel caso non ne ricorressero gli estremi, certo perché si trattò di un generico invito nel modo sopra prospettato.

Questa diversa ipotesi è stata, viceversa, al centro della seconda pronuncia della Corte d'appello dell'Aquila, poiché nel caso il datore di lavoro venne convocato, dall'ufficio del lavoro, con avviso contenente la specificazione delle pretese avanzate dal lavoratore. Sennonché il datore di lavoro, che non comparve innanzi all'ufficio per dar corso al tentativo di conciliazione, eccepì di non aver ricevuto l'avviso di convocazione e su questo punto si poneva risolutivamente la questione, in quanto, giusta i

---

(10) Per la verbalizzazione in sede sindacale, v. App. Lecce 30 giugno 1956, in *Foro it.*, *Rep.*, 1957, voce cit., n. 49. Alla stessa conclusione per il caso di mancata conciliazione avanti l'ufficio del lavoro, giunse App. Perugia 11 aprile 1958, in *Mass. giur. lav.*, 1958, 230.

(11) Sul punto la giurisprudenza è pacifica: v., da ultimo, Cass. 29 agosto 1963, n. 2404, cit. *supra*, *sub* nota 3.

(12) V. App. Firenze 26 marzo 1965, in *Giur. tosc.*, 1965, 610.

principii, l'intimazione di costituzione in mora può operare, come atto necessariamente recettizio, solo ove si provi che la medesima è giunta a destinazione, cioè nella sfera dell'intimato, secondo il principio di cognizione temperato dalla presunzione di conoscenza posta nell'art. 1335 c.c., in riferimento al fatto del pervenire dell'avviso all'indirizzo del destinatario « se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia » (sistema che si è, autorevolmente (13), proposto di chiamare dell'ignoranza incolpevole). Ora è qui che la sentenza induce in perplessità, per le argomentazioni che si sono addotte al fine di respingere l'eccezione proposta dal datore di lavoro. Infatti avendo la difesa del lavoratore prodotto una comunicazione dell'ufficio del lavoro attestante dell'avvenuto invio dell'avviso di convocazione, i giudici ne hanno tratto, alquanto superficialmente, la conseguenza che da questo invito poteva dedursi « chiaramente che l'avviso arrivò a destinazione », Dico alquanto superficialmente, giacché nella prassi, a quanto mi consta, gli avvisi di convocazione degli uffici del lavoro vengono inoltrati come corrispondenza ordinaria e non con plico raccomandato. E mentre dell'arrivo delle lettere raccomandate all'indirizzo del destinatario si può avere comunque la prova positiva attraverso le attestazioni dell'amministrazione postale ove sia stata rispettata, come di solito avviene, la regola secondo la quale il consegnatario della lettera deve sottoscrivere per ricevuta consegna (14), le lettere ordinarie, se non vengono recapitate, non debbono essere dall'Amministrazione restituite al mittente (15). Quindi dall'invio dell'avviso di convocazione non può affatto dedursi nel caso, per la forma d'inoltro generalmente seguita, l'arrivo a destinazione, nella sfera del datore di lavoro convocato.

In verità i consiglieri abruzzesi debbono essersi resi conto della debolezza dell'argomentazione, se hanno ulteriormente affermato che,

---

(13) V. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1951, vol. II/II, 459.

(14) Naturalmente, per l'ipotesi che si sia omesso, com'è possibile, di fornire positivamente la prova dell'arrivo della raccomandata, limitandosi a dare la prova della spedizione, si può presuntivamente ritenere l'arrivo del plico, in quanto il recapito è, nella ipotesi, regolato da precise norme della legge postale che impongono, nel caso di mancata consegna, la restituzione del plico medesimo al mittente; in questo contesto si spiega l'affermazione di App. Milano 7 febbraio 1958, cit. da G. Stella Richter, A. Torrente, P. Vitucci, *Rassegna giuridica del codice civile*, (artt. 1173-1320), Milano, 1965, 152. Nell'ipotesi di convocazione da parte dell'ufficio del lavoro non si pone il problema, sovente sollevato, del contenuto della raccomandata, posto che si tratta di atto proveniente da un pubblico ufficio, circostanza che dovrebbe essere tranquillante per il giudice.

(15) Pare però che, per una prassi non vincolativa instauratasi a favore dei pubblici uffici, l'amministrazione postale sia solita restituire all'ufficio mittente anche la semplice corrispondenza ordinaria non recapitata.

nel caso, poteva aversi certezza dell'arrivo a destinazione dell'avviso anche argomentandosi, in via presuntiva, « dal comportamento avuto in prosieguo dalle Priori, che rivela come esse non fossero ignare di quanto il Marazzi da loro pretendeva ». Non v'è dubbio che l'arrivo a destinazione di una lettera può provarsi con ogni mezzo, ivi compreso il ricorso alla prova testimoniale (16); onde (art. 2729 cap. c.c.) può farsi anche ricorso alla presunzione semplice o giudiziale. Ma, secondo la legge, la presunzione può ritenersi dal giudice quando all'uopo emergano circostanze di fatto gravi, precise e concordanti ed in questa sentenza vi è, sul punto, quanto meno una totale mancanza di motivazione, onde non si comprende su quali fatti si siano basati i giudici per poter giungere alla conclusione ritenuta. Aggiungasi che in materia l'onere della prova dell'avvenuta interruzione della prescrizione grava sul lavoratore, onde l'incertezza processuale sul punto deve risolversi in danno di costui; ragione per la quale i giudici avrebbero dovuto premurarsi di adeguatamente motivare in ordine alla possibilità o no di ritenere in via presuntiva una circostanza di capitale rilievo, solo così potendosi superare l'eccezione proposta dal datore di lavoro.

---

(16) V., in tema di costituzione in mora, Trib. Roma 7 maggio 1952, in *Foro it. Rep.*, 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 269.

## 14.

# LE CONDIZIONI DELLA DONNA LAVORATRICE (*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. — 2. La speciale legislazione protettiva. — 3. La donna lavoratrice innanzi al matrimonio, alla gravidanza e al puerperio. — 4. La parità salariale. — 5. Trattamento pensionistico e previdenziale.

1. Questa vuol essere veramente una semplice relazione introduttiva ai lavori del convegno, all'unico scopo di fornire una traccia per la discussione. E pertanto mi limito a riepilogare, nelle grandi linee e senza inutili sovrabbondanze, quale sia la specifica considerazione della donna lavoratrice nel nostro ordinamento e nel contempo a ricordare sotto quali aspetti e profili codesta speciale regolamentazione è stata oggetto di critica nella più varia opinione delle forze sindacali e politiche interessate nonché di quanti, nell'ambito delle diverse discipline umane (la medicina, la sociologia, il diritto, ecc.) hanno dedicato la loro attenzione al problema, di qui traendo spunto svariate proposte di riforma. La sintesi mi è imposta dalle circostanze, essendo giustificata per la stessa distribuzione dei lavori sulla base di ben sei relazioni introduttive, mentre d'altro canto, essa è facilitata per il fatto stesso di dover riferire ad un pubblico qualificato, nella sostanza già edotto dei termini delle questioni.

Passerò quindi in rassegna una serie di problemi, in particolare quelli agitati in questo ultimo periodo dalle istanze rappresentative del mondo femminile innanzi alla sempre più imponente realtà della donna immessa nel lavoro. Senonché desidero premettere alcune considerazioni, di una ovvia banalità, pur se non sono inutili per cercare di chiarire pacatamente le idee. La risoluzione di quei vari e specifici problemi in un senso o nell'altro è notevolmente condizionata da una pregiudiziale o da una serie di pregiudiziali d'ordine eminentemente ideologico circa la scelta di

---

(*) È questa una delle relazioni tenute al convegno indetto in Roma, nei giorni 14 e 15 marzo 1967, al Ridotto dell'Eliseo, dal Movimento femminile del Partito socialista unificato sul tema « La donna in una società in evoluzione ».

fondo che conviene adottare sul punto essenziale dell'avvenire della donna in una società in rapida trasformazione e soprattutto sui riflessi che l'incremento crescente del secondo sesso nel mondo del lavoro ha nel complesso della vita sociale a tutti i livelli. Quello che conta e decide è la valutazione di fondo di questo grosso problema; di qui discendono le linee orientative delle varie possibili soluzioni. E la valutazione di fondo, a sua volta, è influenzata dai valori proponibili nell'ambito delle contrastanti ideologie. Così, grosso modo, al limite, a quella concezione corrente nella quale comunque si prende atto della sempre più diffusa presenza della donna nel lavoro, possono in teoria contrapporsi i valori o i pregiudizi secondo i quali il destino del secondo sesso deve essere irrimediabilmente confinato tra le pareti domestiche.

Il discorso, impostato su queste alternative di fondo, porterebbe assai lontano, in dimensioni del tutto esorbitanti rispetto allo scopo della relazione. Preferisco affrontare il problema da giurista, nei termini al giurista congeniali, prendendo atto di quella proclamazione costituzionale secondo la quale (art. 37) le condizioni di lavoro devono essere tali da consentire alla donna l'adempimento della sua essenziale funzione familiare. Pertanto la Costituzione fa riferimento ad un contesto economico-sociale nel quale, del resto secondo i dati della realtà, il terreno sul quale potrebbe teoricamente poggiare quella alternativa è scalzato alla base; il dato normativo, in armonia con i fatti, afferma la piena compatibilità delle due situazioni umane, la famiglia e il lavoro, nella donna. Chi volesse rispolverare la vecchia concezione della donna quale ed esclusivamente « angelo del focolare » cozzerebbe non solo contro la realtà, ma anche contro il pieno riconoscimento fattone nella legge fondamentale della Repubblica. In un certo senso, quindi, la scelta di principio è avvenuta nelle cose e nei testi.

Ma, nella realtà il problema semplicemente si trasferisce o si ripresenta in altri termini, nel tentativo, non facile, di intendere l'esatta portata della proposizione scritta nella Costituzione. Giacché, ammessa la compatibilità tra lavoro e famiglia, meglio tra lavoro entro e fuori le mura domestiche, resterebbe da vedere, almeno in teoria, in cosa consista la « essenziale funzione familiare », se è vero che le condizioni di lavoro della donna dovrebbero essere congegnate in modo tale da rendere possibile l'adempimento di quella funzione. In effetti, come già altra volta ho cercato di dire (1), la questione è in termini teorici evanescente, in quanto, immessa la donna nel lavoro, per necessità di

(1) V. Pera, *La donna tra la famiglia e il lavoro*, in *Dir. lav.*, 1964, I, 18.

cose la funzione familiare, cioè le incombenze in concreto esplicabili all'interno della famiglia si adeguano, si riducono, o si ridimensionano in ragione della attività prestata *extra moenia*. In sostanza è la realtà del lavoro che condiziona i modi concreti di vita nella famiglia, in forme storicamente adeguate. Ancor di più: il lavoro della donna influisce non solo sul *come* della famiglia, ma anche e almeno in certi limiti, sul *se* della medesima, in quanto è ben noto che l'entità della prole è oggi sovente coscientemente decisa anche in considerazione di questa situazione. Del resto, la storia ci insegna come *questa famiglia*, la famiglia rispetto alla quale poniamo il problema della compatibilità, è solo una determinata forma, storicamente insorta e condizionata, di cellula elementare. Nel passato remoto e meno remoto abbiamo avuto forme assai diverse di convivenza, così come anche rispetto al più recente passato le cose sono andate mutando, nel passaggio dall'economia agricola a quella industriale, fino al modello attuale della famiglia solitamente ristretta ai coniugi e ai figli. E probabilmente, in particolare nell'arco di tempo degli ultimi due secoli, è più esatto parlare non di famiglia in astratto, ma di tipi assai diversi di famiglie nel varieggiato contesto di classe della società, per i contadini e per gli operai, per la borghesia e il medio ceto, dovendosi infine rilevare che la convivenza di cui si assiste alla profonda metamorfosi è soprattutto quella cara, appunto, agli ideali o alle abitudini del vecchio ceto medio borghese.

Pertanto, al di là delle proposizioni formali, c'è una realtà in movimento entro la quale, per la forza ineluttabile delle cose tutti i dati sono scossi, senza alcun possibile termine fisso di riferimento. C'è un processo in corso rispetto al quale non sappiamo quello che in definitiva ne risulterà, se non vogliamo scadere sul piano del più vieto apriorismo ideologico. L'unica cosa seria che possiamo registrare, in questa epoca tormentata di transizione, è che la donna moderna sta nella famiglia, è donna di casa, nella misura in cui la sua immissione nelle fabbriche e negli uffici lo consente in concreto. Senonché è vero anche l'inverso e sta appunto qui l'aspetto più drammatico della condizione umana della donna; è vero anche che la donna lavora nella misura in cui questo è consentito dalle esigenze naturali e familiari. Sulla donna che lavora grava normalmente anche la famiglia; nel contempo la famiglia inceppa e ostacola la donna nel lavoro; in sostanza e almeno per il momento si abbatte sul secondo sesso una sorte secondo la quale non si può essere compiutamente, totalmente, con tutte le forze dell'essere, né nella casa né nel lavoro. Questo spiega, ad es., come l'occupazione femminile segni generalmente una forte diminuzione a partire da una certa età coincidente col matrimonio e quindi col ritorno tra le pareti domestiche; così

come si spiega in larga misura il maggior assenteismo delle donne dal lavoro (2).

Quanto ho detto fa agevolmente capire come sia difficile e intendere e svolgere la proposizione costituzionale, che pur risponde ad una radicata aspirazione del mondo femminile. In una indicazione, quella dell'art. 37, che rischia di vanificarsi nel contesto reale della situazione; ancor di più lascia perplessi e sgomenti allorché il problema voglia porsi, come dovrebbe farsi in linea di principio, in termini di vera e totale emancipazione della donna. Emancipazione che esigerebbe, al di là delle parificazioni formali, la reale garanzia, nei fatti cioè nell'assetto sociale, e nelle forme di vita, che la donna possa partecipare a pieno titolo come l'uomo alle attività esterne nessuna esclusa e ivi potervisi pienamente affermare senza esserne impedita da quelle funzioni che la natura e in gran parte la storia le hanno commesso. Sarà possibile tanto nella vicenda della umanità? È difficile far i profeti, anche se la situazione attuale fa per diversi aspetti presagire come possibili grandi mutamenti nelle forme di convivenza umana al livello elementare, lungo un processo che però eliminerà o diversamente atteggerà i legami di oggi, col solo limite di quella funzione naturale che pare intrasferibile, malgrado le recenti vaticinazioni di un illustre giornalista. Allo stato e al di là di ogni avvenirismo noi ci troviamo, assai più modestamente, tra due poli estremi. Da una parte l'esempio di una donna illustre che ha voluto bruciare le tappe, compiere del tutto la sua avventura, pagando però lo

---

(2) Credo che essenzialmente il lamentato, maggiore assenteismo della donna debba in larga misura attribuirsi alle necessità familiari, così come, almeno per il momento, credo che la spinta di massa alla ricerca di una occupazione « integrativa » sia da attribuirsi alla stessa ragione. Non a caso ove si sono ridotti gli orari di lavoro o si è introdotta la settimana corta, l'assenteismo è diminuito. Naturalmente, come talora si è osservato, il fenomeno può anche attribuirsi, in parte ed in certe situazioni, alla circostanza che la donna spesso svolge prestazioni generiche, non qualificate e non lavori rispetto ai quali possa operare la spinta dell'amor proprio, e quindi un maggior attaccamento; v. F. Martinelli, *Aspetti strutturali e culturali del lavoro della donna in Italia*, Ist. Medicina Sociale, *Atti del Convegno su « Il lavoro della donna »*, Salerno, novembre 1963, 1965, I, spec. 103; Granati, Benventuti, Angeleri, Lenzi, *Aspetti biologici e psicologici della donna sul lavoro*, ivi, spec. 148; Sessa, *Lavoro femminile. L'assenteismo femminile*, ivi, spec. 404-415. Senonché, pur riconoscendo l'influenza di questa spinta, resta da chiedersi sempre come e perché, allo stesso livello delle prestazioni non qualificate, essa operi assai più per le donne che per gli uomini. Ritengo che alla domanda possa rispondersi in un solo modo: sono gli impegni familiari della donna che comunque operano in senso fortemente occasionante, anche nel senso di una giustificazione psicologicamente operante nelle donne, mentre allo stato la situazione resta comunque ben diversa per gli uomini.

scotto di rinunciare personalmente al sorriso delle nuove generazioni: Simone De Beauvoir. Credo che il caso non possa essere preso come esempio, per la prospettiva di suicidio universale che comporta. Dall'altra, ovunque, milioni di donne che assai più umilmente tirano faticosamente la corda, tra casa e lavoro. È a questi milioni che occorre pensare, dando senso concreto al principio della Costituzione, facendo si che la società sia organizzata in tal modo da alleviare la loro condizione e da permettere assai più agevolmente quel doppio servizio al quale, spesso in misura massacrante, sono chiamate. Di qui l'esigenza, soprattutto, dello sviluppo dei servizi sociali d'ogni genere, di servizi che eliminino o riducano, nella misura progressivamente consentita dalla tecnica, il peso delle fatiche domestiche. La società muove spontaneamente, anche se con estrema fatica come è naturale che accada, in questa direzione, trasformando alla radice giorno per giorno costumi ed abitudini; è auspicabile che al livello delle scelte di governo si aiuti responsabilmente questo processo.

Un'altra soluzione che può essere considerata e che più volte è stata suggerita, è quella di risolvere il problema introducendo orari ridotti per le donne lavoratrici (3). Senonché, come è ovvio, la soluzione non può perseguirsi, di per sé, con lo strumento della legge, essendo assurdo che lo Stato intervenga ponendo, ad es., un divieto legale di superamento dell'orario di lavoro per le donne oltre un certo limite. Al contrario, questa politica potrebbe essere seguita solo sul piano delle scelte individuali, col contratto individuale di lavoro, implicando di necessità una corrispondente riduzione del trattamento corrispettivo. Basta dir questo io credo, per dimostrare come, almeno nella nostra esperienza, sia dubbia la possibilità di perseguire al livello di massa questa indicazione. Per la grande maggioranza delle donne il lavoro è ancor oggi una dura necessità eeonomica, al fine di far quadrare il bilancio della famiglia, onde è prevedibile che solo una minoranza opterebbe per il lavoro parziale. E del resto l'esperienza, specialmente quella nordamericana, dimostra che questa non può essere una scelta aprioristica, bensì si pone, in un determinato momento dello sviluppo economico-sociale, come una esigenza fisiologica perseguita nel mercato di lavoro, quando, rarefacendosi la mano d'opera le industrie, i servizi e gli uffici sono alla ricerca di personale utilizzabile anche in misura ridotta così incontrandosi notevolmente l'offerta con le domande di molti soggetti che hanno a disposizione una parte della giornata dopo aver atteso alle cure domestiche.

---

(3) V. in proposito i contributi di Mauro e di Fornaciari Davoli, in *Atti Salerno*, cit., II, rispettivamente 414 e 450.

Insomma questa è una soluzione che maturerà da sé, se ed in quanto la situazione data si svolgerà in questo senso, così come è nella realtà delle cose che si porrà di forza il problema, meritatamente sollevato anche dall'O.i.l. (4), di trovare soluzioni che consentano di conciliare gli orari di lavoro con l'esigenza dei lavoratori di poter accedere comunque ai servizi e agli esercizi vari per le loro necessità. Non credo, quindi, che possano aversi soluzioni aprioristiche su questo piano. C'è solo da prendere atto che la società spontaneamente matura in una certa direzione, pur se è auspicabile che la pubblica amministrazione in senso vasto collabori con tutti i mezzi a disposizione, aiutando, coordinando, alla concretizzazione della spinta di base.

Viceversa c'è una situazione rispetto alla quale, a mio avviso, l'orario naturalmente parziale di lavoro pone un problema assai serio, nel pubblico interesse, al livello delle scelte di governo. Sappiamo che uno dei settori preferiti dalla donna è quello dell'insegnamento appunto perché qui obiettivamente è consentito conciliare assai agevolmente scuola e famiglia. Potremmo quindi dire che questa è, nei fatti, una soluzione ottima, come è dimostrato del resto dalla circostanza che pressoché tutta la scuola elementare e d'obbligo e in larga misura tutta la scuola secondaria superiore va avanti con l'apporto delle donne, in questo senso cospirando la spinta naturale delle famiglie. Ho una grossa riserva da fare su questa valutazione ottimistica. L'obiettiva riduzione di orario che le esigenze scolastiche giustificano dovrebbe infatti essere utilizzata da chi elegge a sua missione l'insegnamento non per provvedere esclusivamente alle necessità della casa, ma soprattutto per aggiornare e completare sistematicamente la propria cultura in funzione, appunto, dell'insegnamento, specialmente in quella scuola, quella secondaria superiore, che è decisiva culturalmente per la formazione di base delle nuove generazioni. Ora la donna insegnante che dedica tutto il suo tempo libero alla famiglia o alle lezioni private (che oggi purtroppo uomini e donne della scuola impartiscono in misura spesso esorbitante) è una insegnante progressivamente destinata ad una crassa ignoranza, insegnerà per modo di dire sulla base delle stantie nozioni apprese in anni sempre più lontani, col risultato che da quel pessimo insegnamento verranno fuori sempre più dei somari come l'esperienza universitaria drammaticamente sempre più comprova al livello di massa. La realtà di

---

(4) V. Bit, *Le travail des femmes dans un monde en évolution*, Ginevra, 1964. Per la riduzione degli orari di lavoro si pronunciò il convegno organizzato dal Movimento femminile socialista nel dicembre 1961; v. P.S.I., *La donna nella fabbrica e nella società*, quaderni del M.f.s., 1° marzo 1962, 102.

oggi è segnata da un gran numero di asini, *ab origine* o di ritorno, sulle cattedre e di asini come prodotto. Dico questo perché il pubblico interesse dovrebbe imporre di tener conto di questa situazione, inducendo a riconoscere ai professori un trattamento economico tale che consenta loro di liberarli totalmente dalle necessità domestiche, di guisa che, ad es., la donna insegnante possa lavorare integralmente per la scuola anche migliorando la sua preparazione. Ed invece ho l'impressione che il pubblico potere oggi speculi in senso deteriore, miopemente partendo dalla constatazione che tutto sommato, trattandosi in maggioranza di donne, a costoro è comunque sufficiente integrare le entrate della famiglia, tutto questo in definitiva riducendo in termini effettuali, le possibilità di pressione dei sindacati. Se c'è un lavoro che richiede una totale disponibilità è, appunto, quello degli intellettuali che, se sono veramente tali e cioè di coscienza onesta, debbono constatare che il tempo a loro disposizione non è mai sufficiente; non è quindi da considerare ottima mia situazione che, tra l'insegnamento e la casa, frustra questa necessità e questa vocazione. Non a caso questa esigenza è spesso esasperata al massimo da chi sente questa spinta. Potrebbe ricordarsi il comunismo di Platone, in funzione appunto dei sapienti. Assai più prosaicamente un illustre cattedratico imponeva ai suoi allievi, per le necessità dello studio, di tenersi assolutamente alla larga dal matrimonio e comunque da legami affettivi stabili, ed essi consigliando di risolvere i loro problemi in certe case ospitali; e si trattava di un grande intellettuale d'ispirazione marxista: oh aberrazione del dotto!

2. È ben noto che nel nostro ordinamento esiste una speciale regolamentazione protettiva, per ragioni fisiologiche ed anche di altro genere, della donna lavoratrice regolamentazione in prevalenza risultante dalla legge 26 aprile 1934, n. 653 sulla tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli. Nell'accomunare la tutela nello stesso testo per il sesso debole e per i giovani lavoratori, l'ordinamento italiano si è conformato ad una soluzione da tempo adottata in tutti gli ordinamenti, giacché questo è stato in genere, ovunque, il primo serio intervento di legislazione sociale volto al fine di proteggere le c.d. mezze forze massicciamente utilizzate agli albori della rivoluzione industriale in forme brutali e spaventose nonché nocive alla lunga per la stessa salute della stirpe. Per quanto riguarda le donne, è da ricordare che la nostra legge, mentre attribuisce al ministro per il lavoro un potere discrezionale di limitare, in tutto o in parte, l'applicazione della disciplina per singole aziende quando, soprattutto, si sia in presenza di lavori non faticosi o pericolosi, pone un generale divieto di utilizzazione delle donne, di qualsiasi età, nei

lavori sotterranei nelle cave, miniere e gallerie, anche se provviste di trazione meccanica per il trasporto dei materiali; inoltre l'occupazione delle donne minorenni è vietata nei lavori di pulizia e di servizio dei motori, degli organi di trasmissione e delle macchine che sono in moto. Egualmente è inibito utilizzare l'opera delle donne minorenni nei lavori pericolosi, faticosi ed insalubri elencati in tabelle allegate al r. decreto 7 agosto 1936, n. 1720; più precisamente si distinguono due tipi di lavorazioni, quelle in cui il divieto è assoluto e quelle in cui, viceversa, l'occupazione è consentita ove siano osservate speciali cautele. Speciali norme sono dettate per limitare i lavori di trasporto e di sollevamento dei pesi e per la distribuzione dell'orario di lavoro, nel senso che le donne non possono lavorare per più di undici ore consecutive, mentre, nel caso di lavoro a turno, la prestazione non può essere richiesta oltre le otto ore; è prescritto anche che la donna deve fruire di un riposo intermedio dopo sei ore di lavoro. Da segnalare poi il divieto generale di lavoro notturno nelle aziende industriali e nelle loro dipendenze, mentre una più accentuata tutela è posta per la fruizione del riposo settimanale. Da ricordare, infine in questa rapidissima rassegna, le particolari disposizioni secondo le quali l'ammissione al lavoro è condizionata all'accertamento medico della idoneità fisica, così come sono talora richieste visite periodiche di controllo in costanza di rapporto nonché le norme che specificatamente sono poste per la tutela dell'igiene e della sicurezza.

Questo complesso normativo è stato da tempo variamente esaminato in senso critico, in particolare col contributo degli studiosi di medicina sociale e del lavoro (5) che ne hanno messo in rilievo insufficienze e manchevolezze, anche sulla base delle più recenti acquisizioni di queste discipline. Si è anche proposto, in questo ordine di idee, di stabilire per le donne una speciale età di ammissione al lavoro (6). Riassumendo, una valutazione critica può prospettarsi sotto diversi profili.

In termini di concreta esperienza, c'è in primo luogo da chiedersi quale sia il grado di effettività di questa speciale regolamentazione, così come lo stesso interrogativo può porsi, in generale, per tutta la complessa normativa volta a garantire comunque la sicurezza e l'igiene degli ambienti di lavoro. Con tutta probabilità, c'è un forte scarto, specialmente in talune regioni, tra quanto il quadro normativo sembra alla lettera promettere e la realtà delle cose; nelle sedi più diverse si sono avute frequenti denunce in questo senso ed è da prevedere che anche in

---

(5) V., in particolare, *Atti Salerno*, cit.

(6) V. la relazione di S. Gatto, in P.S.I., *La donna nella fabbrica e nella società*, cit., 31.

questa occasione si sentirà qualcosa in proposito. Questa è una situazione per porre rimedio alla quale è indispensabile sollecitare il fattivo e costante intervento della polizia del lavoro, delle commissioni interne, delle organizzazioni sindacali. Ma oltre questo, c'è forse un aspetto per il quale lo scarto tra la norma e i fatti si prospetta in altri termini che inducono a ritenere indispensabile l'apporto serio attivo e decisivo delle varie possibili istanze di controllo in senso vasto. Come è logico e caratteristico di molta parte della legislazione sociale, la legge, pur ponendo dei principi e dei punti fermi, non può non essere elasticamente formulata per consentire gli opportuni adattamenti in varia direzione consentendo estensioni o deroghe o eccezioni, sovente sulla premessa che si realizzino di fatto, nello specifico ambiente di lavoro, certe situazioni equivalenti che non contrastino con la finalità accolta nella normativa. Ora questo sistema di necessità elastico, quindi adattabile alle più varie situazioni, suppone per definizione la fattiva presenza degli organi cui è commesso in concreto il potere di decisione in materia, specialmente da parte degli ispettori del lavoro. Ora sarebbe interessante accertare in quale misura nell'esperienza si soddisfi a questa elementare necessità; vedere cioè, in concreto, il grado di effettività sotto questo angolo visuale e quanto viceversa sia amministrato, certo anche per difficoltà obiettive quale quella della insufficienza degli uomini e dei mezzi, in maniere prettamente formalistiche e burocratiche.

Sotto altro profilo è da dire che questa regolamentazione, vecchia di oltre trenta anni, ha ormai fatto il suo tempo. Il legislatore del 1934 provvedeva rispetto ad una fase ancora relativamente arretrata nella vicenda delle attività economiche, specialmente industriali, in una situazione nella quale i processi tecnici e produttivi erano in genere assai diversi e nella quale molto era ancora commesso allo sforzo fisico immediato, nel senso più brutale del termine, del lavoratore. Molte di quelle previsioni tra quelle che vi ho sommariamente elencate si spiegano in quel preciso contesto. In oltre trent'anni la situazione, di massima, è venuta radicalmente mutando; i processi tecnico-produttivi sono cambiati, molte situazioni di quelle allora supposte a premessa dell'intervento limitativo sono spontaneamente scomparse, per molte lavorazioni allora di necessità nocive si sono scoperti rimedi che garantiscono pienamente la salute; viceversa ben altre lavorazioni pericolose sono emerse, mentre oggi, al livello del macchinismo crescente, non si tratta più di difendere il lavoratore dalla fatica fisica che è andata attenuandosi, bensì dagli scompensi d'ordine psichico che vanno ponendosi all'ordine del giorno sulla base delle più aggiornate analisi e in riferimento ai ritmi talora ossessivi di lavoro. Si pone, quindi, l'esigenza di innovare radical-

mente, adeguandola ai tempi, la regolamentazione; ad es. aggiornando le vecchie tabelle delle lavorazioni nocive e pericolose.

Ma soprattutto, si tratta di vedere, come spesso si è giustamente sostenuto (7), se non sia possibile innovare in radice sul principio ispiratore defila disciplina e sui suoi possibili svolgimenti, tenendo presente quello che è l'inevitabile costo della legislazione protettiva attuale, in termini di necessità ostativi o riduttivi della possibile occupazione femminile. È evidente infatti, come è stato riconosciuto (8), che porre dei divieti di occupazione, pur in ipotesi indispensabili, significa creare una remora alla occupazione delle donne, nel senso che l'eccesso di protezione può tradursi in un ostacolo alla lunga ostativo della piena parificazione tra i due sessi nel mondo del lavoro. Ora, se si vuole rimontare queste situazioni, se si vuole spianare al massimo, nei limiti del possibile, la strada al pieno e totale inserimento della donna nel lavoro, dovrebbero porsi non tanto dei divieti, quanto dovrebbe affermarsi un principio basilare: che cioè deve farsi, *in primis*, tutto quanto è tecnicamente possibile per assicurare che gli ambienti di lavoro siano di per sé del tutto idonei e sicuri per tutti i lavoratori, uomini e donne (9). In sostanza il divieto di utilizzazione dovrebbe sopravvenire solo là dove, malgrado tutti i possibili accorgimenti tecnici, sia da concludere che quel determinato ambiente di lavoro non può consentire l'utilizzazione della donna.

È difficile dire quale potrebbe essere lo svolgimento tecnico di questa idea del tutto innovativa. Probabilmente la soluzione più conveniente potrebbe essere quella di porre nella legge taluni principi nonché alcune regole per le situazioni comunque, allo stato delle conoscenze, stabilmente acquisite, nel senso che non possa ragionevolmente prevedersene il superamento a breve scadenza (10). Inoltre il sistema dovrebbe essere assai elasticamente congegnato, attribuendo largamente

---

(7) V. Cinciari Rodano, *Intervento*, in *Atti Salerno*, cit., I, 443.

(8) V. in generale, per il riconoscimento che la legislazione protettiva può giuocare in senso limitativo, Riva Sanseverino, *La donna lavoratrice nell'attuale ordinamento giuridico*, in *Atti Salerno*, cit., II, 185 ss. Sostanzialmente nello stesso senso si è espressa Magnani, nella relazione svolta recentemente ad un convegno sulla salute della lavoratrice.

(9) Non a caso, se pur in termini rigorosamente interpretativi dell'art. 37 Cost., P. Sandulli, *La tutela del lavoro femminile*, in *Rass. lav.*, 1963, 1373 si è chiesto se dalla norma costituzionale non derivi un obbligo del datore di lavoro di adeguare l'organizzazione di lavoro ai fini della occupazione femminile, in aggiunta al principio già posto nell'art. 2087 c.c.

(10) Generalizzando così le proposte prospettate per la tutela delle lavoratrici gestanti e puerpere dalla C.g.i.l., nella memoria, *Principi e contenuti di una legislazione nuova per la maternità*, in *Atti Salerno*, cit., II, spec. 319.

alla pubblica autorità il potere di provvedere in concreto, estendendo o riducendo gli obblighi di legge oppure prefiggendo le misure preventive del caso. Naturalmente questo suppone, come già ho accennato, un servizio funzionale di ispezione e di controllo, con largo concorso di tutte le autorità e di tutti gli enti interessati nonché di tutte le competenze, in particolare dei medici sociali: essenziale potrà essere anche il concorso dei sindacati, specialmente in quelle categorie per le quali di recente si è deciso, nei contratti collettivi, di costituire speciali commissioni tecniche paritetiche chiamate ad operare su questo piano.

Un problema particolare che può porsi, nell'ordine di idee di rimuovere possibilmente ogni remora alla occupazione femminile, è quello sulla opportunità o no di conservare il divieto di lavoro notturno che, specialmente per certe industrie quale quella tessile, gravemente incide in senso ostativo. C'è, infatti, da chiedersi se oggi questo divieto abbia ancora una giustificazione, ammesso che l'abbia avuta in passato, sul piano della medicina sociale del lavoro, in quanto imposto da precise ragioni d'ordine fisiologico che sconsiglino, nell'interesse della salute pubblica, l'utilizzazione delle donne nelle ore notturne. Sono personalmente sprovveduto per poter rispondere al quesito, fermo che la questione può essere impostata esclusivamente in questi termini, giacché se dovesse concludersi, come si è detto (11), che il divieto è stato posto solo per tutelare l'integrità morale della donna, dovremmo ritenerlo superato nella coscienza comune di oggi anche perché vi sarebbe alla base una considerazione assai meschina, moralmente insultante e discriminatrice tra i due sessi. Naturalmente l'eliminazione del divieto può provocare, nella società civile, grosse complicazioni, scombinando l'ordine e il sistema di vita nelle famiglie; oggi, il fatto che comunque e normalmente la donna, specialmente quella coniugata e con figli, si può trovare in casa sicuramente per una parte della giornata, è, vorrei dire, un punto unificante nella vita domestica che favorisce l'incontro dei familiari spesso tutti dispersi in varie direzioni vuoi per ragioni di lavoro, vuoi per ragioni scolastiche; insomma in questa faticosa diaspora quotidiana, contropartita talora angustiante della vita moderna, la *presenza sicura* della donna nella casa almeno in parte è un punto di riferimento, cioè di certezza (e i contemporanei soffrono soprattutto di questa mancanza frequente di sicurezza). Domani, se la donna potrà lavorare di notte e se, soprattutto, lavorerà a turno, la situazione sarà più complicata e più difficile da dominarsi per ragioni sulle quali è superfluo insistere. Se

(11) V. P. Sandulli, *La tutela del lavoro femminile*, cit., spec. 1395.

nonché queste preoccupazioni non devono muovere il legislatore che in materia deve avere esclusivo riguardo, nel porre la speciale legislazione protettiva, a eventuali ragioni di tutela della donna come essere più debole e più esposto ai rischi intrinseci della lavorazione. Sul piano della legge quelle complicazioni alle quali ho fatto cenno sono esorbitanti, non giustificano la limitazione; il problema sarà risolto nell'ambito della comunità domestica e nella società civile, pur potendosi auspicare l'adozione, nelle sedi idonee, di una serie di accorgimenti che consentano, nel complesso, la distribuzione degli orari di lavoro in modi che agevolino la vita nelle famiglie.

3. Nel nostro ordinamento il problema di garantire la lavoratrice dalla possibilità che il datore di lavoro risolva il rapporto sostanzialmente a ragione del matrimonio della dipendente, secondo un fenomeno che si era largamente diffuso specialmente in danno delle impiegate e che aveva posto alla dottrina e alla giurisprudenza un delicato problema di qualificazione, è stato risolto finalmente con la legge 9 gennaio 1963, n. 7 che ha scalzato le basi economiche della vecchia pratica con la mutualizzazione quasi integrale degli oneri sociali previsti per la gravidanza e il puerperio e nel contempo ha ulteriormente garantito la donna ponendo un divieto di licenziamento a causa di matrimonio e soprattutto una presunzione correlativa rispetto alla quale la prova contraria è direttamente limitata e soprattutto diabolica. L'intervento del legislatore è stato drastico, forse perfino non equilibrato sotto taluni profili, come si è messo in rilievo (12). Pertanto, a questo fine, la tutela è stata portata al massimo dell'umanamente possibile, forse fino al punto che c'è da chiedersi se questa legge, per la sua incisività, non giuochi ora in direzione ulteriormente ostativa dell'occupazione femminile.

Per la tutela della donna lavoratrice in caso di gravidanza e di puerperio provvede la legge 26 agosto 1950, n. 860, trattandosi, come si è da più parti riconosciuto (13), di una legislazione di avanguardia nell'ambito europeo. In breve questa tutela si sostanzia nelle grandi

---

(12) V. il mio scritto *Divieto di licenziamento delle lavoratrici a causa di matrimonio*, in *Dir. lav.*, 1962, I, 351, nonché la mia comunicazione in *Atti Salerno* cit., II, spec. n. 5, 285 e *ivi* II, 356; Rubino, *Considerazioni sulla recente tutela giuridica delle lavoratrici nubende*. In generale v. l'ottimo studio di Traversa, *Matrimonio e rapporto di lavoro*, in *Dir. economia*, 1963, 419.

(13) V., ad es., Gatti Caporaso, *La tutela della lavoratrice madre*, in *Rass. lav.*, 1963, 1405.

linee, nella garanzia fondamentale della relativa conservazione del posto fatte salve le situazioni di licenziamento per giusta causa, di cessazione dell'attività dell'azienda, di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice venne assunta o di scadenza del termine, durante il periodo di gestazione accertato con certificato medico e fino al compimento di un anno di età del bambino o fino al termine di interdizione del lavoro in caso di morte del figlio. In secondo luogo è posto il divieto assoluto di utilizzazione della donna, per un periodo anteriore al parto di varia entità secondo il settore (industria, agricoltura, commercio, ecc.) nonché per otto settimane successive al parto; la lavoratrice può ulteriormente astenersi dal lavoro prima del parto e in certi limiti quando le condizioni di lavoro e ambientali possono essere pregiudizievoli sulla base di un accertamento medico e su provvedimento dell'ispettorato del lavoro, così come ha facoltà di astenersi dal lavoro dal giorno della presentazione del certificato medico di certa gravidanza, quando emergano gravi complicazioni della gravidanza o sussistano altre serie preoccupazioni sanitarie. Per il periodo successivo al parto, la donna ha inoltre diritto di assentarsi dal lavoro per tutto il periodo in cui opera la conservazione del posto. Inoltre è posto il divieto di adibire le gestanti e le puerpere al trasporto e al sollevamento di pesi nonché ai lavori faticosi, pericolosi e insalubri risultanti dalle solite tabelle. Alla lavoratrice è inoltre garantito, per i periodi di assenza obbligatoria dal lavoro, un trattamento economico ragguagliato in genere all'ottanta per cento della retribuzione e a carico degli enti previdenziali, mentre per le lavoratrici dell'agricoltura questa tutela economica è gravemente ridotta, consistendo nella concessione di modeste indennità *una tantum*. Infine è prevista, in linea di massima e a certe condizioni la istituzione di camere di allattamento nelle aziende, casi come a queste fa carico l'obbligo di concedere alla lavoratrice periodi di permesso nella giornata per provvedere all'allattamento del bambino. È da rilevare che, secondo la legge, poiché la tutela economica ha come punto di riferimento la data presunta del parto, il certificato rilasciato dai medici specificatamente indicati fa stato in proposito, mentre nelle disposizioni regolamentari è prevista la possibilità di accertamenti di controllo ad iniziativa dell'ente previdenziale o del datore di lavoro, con la possibilità di disattendere quindi le risultanze della prima certificazione. Nella pratica si è talora utilizzata questa possibilità di controllo negando, poi, sulla base delle risultanze dei nuovi accertamenti le prestazioni; nella giurisprudenza questa implicazione è stata respinta, ritenendosi non a torto illegittima la disposizione regolamentare ed essendo nella logica della speciale regolamentazione che il primo certificato medico, del resto rilasciato da

sanitari qualificati, faccia stato così come la legge detta. Nello stesso senso si è da ultimo pronunciata, per la prima volta, la Cassazione con una sentenza che è in corso di stampa. La conclusione mi pare giuridicamente corretta, anche se alla base vi è il fenomeno non raro di certificazioni o superficiali o talora compiacentemente false essendosi verificate delle situazioni nelle quali il parto non è mai avvenuto o la gravidanza non vi fu affatto (14)!

La regolamentazione di cui alla legge del 1950, pur essendo come ho detto la più avanzata in Europa, è da tempo e sotto vari profili in discussione, di qui scaturendo svariate proposte di riforma, talune delle quali giacciono innanzi al Parlamento. Molte di queste critiche e di queste proposte traggono origine dai voti dei medici sociali e degli studiosi di psicologia infantile; i primi preoccupati di far tutto il possibile affinché la gestante e la puerpera nonché il bambino non abbiano a risentire del lavoro della donna, i secondi ponenti l'accento sulla opportunità di garantire al massimo la possibilità per la madre di allevare personalmente il piccolo o di essergli assai vicina, soprattutto ai fini di una normale crescita in un clima adatto che solo l'affetto materno può vivificare. I contributi di vario genere in questo contesto sono numerosi e di estremo interesse. Più specificatamente, da parte delle forze interessate, si rivolgono diversi appunti alla sistemazione esistente, lamentando in particolare, la sperequazione nel trattamento tra i vari settori sia per quanto concerne il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro prima del parto sia per la ben diversa entità delle prestazioni economiche; inoltre si lamenta che allo stato, dato l'orientamento prevalso in giurisprudenza, la lavoratrice licenziata quando non è stato ancora certificato nei modi prescritti dalla legge lo stato di gestazione, non possa ottenere dopo, sulla base della comprovata situazione, il ripristino del rapporto così come prevede una disposizione regolamentare che però è stata ritenuta illegittima per contrarietà alla norma di legge (15). Sotto svariati altri punti si invocano innovazioni anche di rilievo, che però qui non menziono per non appensantire la relazione. Ricordo solo che particolarmente si lamenta il fallimento della legge del 1950 sul punto della prevista istituzione, nelle aziende, delle camere di allattamento. L'esperienza comprova, in definitiva, che quella istituzione, spesso mancata, a ben poco serve, se la madre deve infliggere a sé medesima e al

---

(14) V. Palmieri e Massaro, *Problemi medico legali nell'applicazione della legge sulla tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri*, in *Atti Salerno*, cit., II, 293.

(15) Sui termini della questione v. il mio scritto *La tutela delle lavoratrici per la conservazione del posto di lavoro*, in *Atti Salerno*, cit., II, 272.

bambino le pene del viaggio di andata e ritorno, talora per lunghi tragitti; ciò spiega come molte volte le camere di allattamento siano inutilizzate (16). Di qui l'opinione, sempre più diffusa, che il problema venga affrontato alla radice per altra via, orientandocisi verso la diffusione di asili-nido di tipo residenziale, eventualmente nell'ambito di un servizio nazionale variamente congegnato. Questa mi pare, senz'altro, l'indicazione più sensata sul punto, tanto più che il problema si pone in realtà non per le sole madri lavoratrici subordinate, ma per masse sempre più ingenti di donne, lavoratrici a vario titolo e in varia posizione e sarebbe certo auspicabile l'esistenza di un servizio pubblico efficiente e ben distribuito, abbandonando la sterile, infruttuosa idea di voler risolvere in modo parziale il problema solo per le prime; naturalmente questo non esclude che si possa agire, in condizioni date, anche a livello aziendale, non tanto però con l'intervento astratto del legislatore, quanto sulla base della contrattazione sindacale, senza quindi perseguire il vano miraggio di una previsione formale destinata a restare lettera morta. Naturalmente, impostato in questi termini il problema, la questione è estremamente grossa, poiché essa va risolta sul piano delle priorità politicamente valutate, risolvendosi il problema dei mezzi finanziari.

Nell'ordine cronologico, per la riforma della legge del 1960, sono state presentate alla Camera dei deputati tre proposte di legge la n. 1620 del 4 settembre 1964 dell'on. Vittorino Colombo ed altri (A.c.l.i.), la n. 1593 del 7 agosto 1964 dell'on. Storti ed altri (C.i.s.l.), la n. 2669 del 13 ottobre 1965 dell'on. Nives Gessi e altri (C.g.i.l.). La prima proposta prevede l'estensione della tutela, entro certi limiti, anche alle lavoratrici domestiche e a domicilio; la sospensione del licenziamento se, all'atto dell'intimazione del medesimo, la lavoratrice dichiari di essere in stato di gravidanza e quindi la non operabilità del recesso ove si presenti entro i cinque giorni successivi un certificato medico attestante la veridicità della dichiarazione; il ripristino del rapporto di lavoro ove, entro quarantacinque giorni dal licenziamento, la donna presenti un certificato dal quale risulti lo stato di gravidanza all'epoca della intimazione; una nuova elencazione, da effettuarsi in sede di regolamento, delle lavorazioni pericolose, faticose ed insalubri; l'astensione obbligatoria dal lavoro per tre mesi prima della data presunta del parto, in ogni settore se trattasi di operaie o commesse e per otto settimane se trattasi di impiegate o di domestiche, nonché, in generale, per i tre mesi successivi al parto;

---

(16) V. Paoletti e Rossi, *Considerazioni sul problema della camera di allattamento di una grossa industria manifatturiera con maestranza femminile*, in *Atti Salerno*, cit., II, 145. Sul problema v. l'intervento di Molinari, *ivi*, II, 214.

l'eventuale ulteriore astensione dal lavoro previa giustificazione medica e su decisione dell'ispettorato del lavoro; l'astensione facoltativa dal lavoro dalla fine del periodo di astensione obbligatoria fino al compimento di un ammo di età da parte del bambino, con un trattamento economico, mutualizzato pari al 30% della retribuzione; l'unificazione del trattamento economico per i periodi di astensione obbligatoria dal lavoro nella misura dell'80% della retribuzione, in particolare con la concessione alle colone e alle mezzadre di un assegno di maternità di lire 40.000; si prevede infine la istituzione delle camere di allattamento nelle aziende qualora ne facciano richiesta almeno cinque madri lavoratrici. Per la copertura degli oneri finanziari richiesti dalla legge si prevede che con decreto presidenziale sia fissata nella misura necessaria la nuova entità dei contributi per l'assicurazione di maternità con contestuale riduzione dei contributi per gli assegni familiari. Della proposta della quale debbo dire molto succintamente purtroppo, come di tutto, mi pare apprezzabile la distinzione operata secondo la categoria, cioè in concreto secondo le mansioni, ai fini della determinazione del periodo di astensione obbligatoria prima del parto, essendo questo criterio razionale rispetto a quello che ora assurdamente discrimina secondo i settori, certo per la ben nota ragione storica per la quale, nella legislazione sociale, vi sono settori di avanguardia e altri di retroguardia secondo la forza di pressione delle categorie interessate. Discutibile mi pare la previsione di cui al comma 3 dell'art. 6, secondo la quale nei contratti collettivi si potrebbe ulteriormente estendere il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro, giacché in siffatta maniera si dimentica che all'astensione è collegato il trattamento economico su base mutualistica e pare assurdo che, in sede di contrattazione sindacale, si possa indirettamente incidere sulla entità degli oneri sociali gravanti sulla collettività. Inoltre, pur non essendo competente in materia, a me pare che la proposta sia discutibile per quanto prevede (o meglio non prevede) in tema di copertura della spesa in relazione all'art. 81 Cost. Infine, rispetto alla prevista obbligatorietà delle camere di allattamento, resta da decidersi cosa debba intendersi per « madri lavoratrici »: puerpere, forse, sotto l'incalzare dell'immediata necessità? E se è così, non si è pensato, nel tentativo di superare l'astratta ma già funzionale norma di legge esistente allo stato, che forse il numero di cinque madri in costanza di bisogno è raramente raggiungibile nell'unico contesto in molte unità?

Secondo la proposta dei deputati della C.i.s.l. si prevede l'inefficacia del licenziamento « se entro 20 giorni dalla ricezione della notifica ... l'interessata presenti regolare certificato medico attestante l'esistenza dello stato di gravidanza e della nascita del bambino in data anteriore al

giorno della notifica del licenziamento »; mi risparmio commenti, limitandomi ad auspicare che i problemi siano più adeguatamente meditati. Si prevede poi l'astensione obbligatoria dal lavoro per tre mesi prima del parto per i settori dell'industria, dell'agricoltura, del commercio e per le lavoratrici ospedaliere e, per tutte le altre categorie (quali?), nella misura di otto settimane; l'astensione facoltativa dal lavoro dalla fine dell'astensione obbligatoria dopo il parto fino ad un anno di età del bambino, col trattamento economico nella misura del 30% della retribuzione e successivamente per altri sei mesi senza indennità; la camera di allattamento deve essere istituita quando la richiedano venti lavoratrici madri. Niente si dice sotto il profilo dell'art. 81 Cost.

Secondo la proposta dei deputati della C.g.i.l. l'astensione obbligatoria prima del parto è prevista nella misura di tre mesi in tutti i settori, l'indennità è prevista nella misura dell'80% della retribuzione non essendo subordinata, come ora spesso avviene, a particolari requisiti contributivi, con un sistema di determinazione convenzionale della retribuzione di riferimento nel settore agricolo; l'estensione tutela anche alle colone e mezzadre; il ripristino del rapporto di lavoro ove la lavoratrice comprovi che al momento della intimazione era in stato di gestazione (ma senza alcuna limitazione di tempo, con una previsione che a me pare, quindi, assai manchevole). Infine nell'art. 8 vengono indicati i mezzi di copertura della spesa.

Volendo tirare le somme per una sommaria valutazione, credo che si possano individuare solo taluni criteri orientativi d'ordine generale. In primo luogo, mentre è senz'altro da auspicare l'uniformità di trattamento tra le lavoratrici dei vari settori per un ovvio principio di giustizia costituzionalmente consacrato, una differenziazione semmai giustificandosi in relazione alle diverse e più gravose mansioni, è da vedere se oltre i periodi di astensione obbligatoria dal lavoro determinati in misura indifferenziata secondo i dettami delle scienze mediche in rapporto alla norma, non sia possibile consentire in ogni caso l'astensione dal lavoro quando sia nel caso concreto giustificata dalle particolari condizioni della donna, adeguatamente comprovate. Inoltre queste ed altre riforme, quale quella dell'astensione facoltativa dopo il parto, ponendosi sul piano della opportunità e di un più civile assetto sociale possono essere tutte auspicate. Il problema vero è quello della possibilità in termini finanziari, perché questi oneri dovrebbero più razionalmente gravare sull'intera comunità o quanto meno sul piano mutualistico e non sul singolo imprenditore, proprio al fine di non creare incentivi alla minore occupazione delle donne. Tutto sta, quindi,

nella possibile copertura finanziaria e mi limito ad individuare il *busillis* per non superare i limiti delle mie competenze (17).

Da giurista, desidero invece porre, *de iure condito*, un problema assai serio. Secondo la legge del 1950 la lavoratrice gestante e puerpera può essere licenziata, ovviamente, nella ricorrenza della giusta causa. Oggi, rispetto alle imprese per le quali l'art. 2118 c.c. è stato superato introducendosi il principio del licenziamento di necessità o per giusta causa o per giustificato motivo in senso subiettivo ed obiettivo (legge 15 luglio 1966 n. 604), come sta la situazione? La soluzione del 1950 aveva, infatti, come logica premessa, il principio generale del recesso *ad nutum*; oggi, in quel determinato ambito, quel principio è venuto meno, opera l'inverso principio della giustificazione del licenziamento. A me pare, quindi, che sia venuta meno la particolarità della tutela per le donne in caso di gravidanza e puerperio, tutti i lavoratori fruendo di una generale tutela, tanto più che, ai sensi della nuova legge, la giusta causa e il giustificato motivo si differenziano forse solo nel senso che la giusta causa è un giustificato motivo talmente grave che legittima la risoluzione del rapporto senza preavviso.

La considerazione che precede spiana la strada ad una valutazione diversa anche per quanto attiene al problema del possibile ripristino del rapporto quando, dopo l'intimazione del licenziamento, possa dimostrarsi la sussistenza, in quel momento anteriore, dello stato di gestazione. Se siamo in un rapporto regolato dalla nuova legge, la successiva deduzione non dovrebbe rilevare: incinta o no che fosse in quel momento la lavoratrice, il problema dovrebbe essere quello e solo quello del controllo circa la sussistenza o della giusta causa o del giustificato motivo, tutto risolvendosi su questo piano. Il problema pertanto resta solo per quei rapporti rispetto ai quali opera ancora l'art. 2118 c.c. e in questo contesto non posso sottacere le mie perplessità in ordine all'auspicato ripristino del rapporto. Se il datore di lavoro ha licenziato e dopo ha assunto in sostituzione altro lavoratore, su quale base è possibile imporgli non solo il ripristino del vecchio rapporto, ma anche, eventualmente, la risoluzione del rapporto instaurato dopo, nell'ipotesi che il nuovo assunto risulti ora superfluo? Confesso che la conclusione non mi pare corretta sul piano dell'equità, parendomi che la tardiva possibilità di certificazione in materia dovrebbe incidere su chi non è stata così accorta

---

(17) Sul problema v. lo studio *Valutazioni economico-finanziarie sulle proposte di riforma della legislazione sulla tutela della lavoratrice madre*, in *L'assistenza sociale*, 1966, 499. Un particolare problema si pone per l'eventuale mutualizzazione delle ore che debbono essere riconosciute alla puerpera per l'allattamento del bambino.

e previdente da documentarsi in tempo utile, magari in danno di un innocente animaletto domestico, così come è consentito, mi si dice, al livello degli esperimenti diagnostici.

4. Un capitolo essenziale è quello relativo alla *parità di trattamento* per le donne rispetto agli uomini, a parità di lavoro così come detta l'art. 37 Cost. Sono ben noti i termini del problema, ampiamente dibattuto in tutte le sedi, anche sotto il profilo della interferenza tra le diverse proposizioni adoperate nella nostra carta fondamentale, nella convenzione dell'O.i.l. e nel trattato istitutivo della C.e.e. Scontata ormai la precettività della norma, la questione si incentra sull'interpretazione del presupposto cui la medesima collega l'invocabilità del principio, cioè nella identificazione della parità di lavoro, dovendosi per taluni tener conto anche del rendimento talora con la premessa espressa o inespressa che la donna è di per sì di minore redditività mentre per altri è sufficiente la parità di posizione, cioè di mansioni e per taluni una generica ed oscura equivalenza delle medesime (18). Non posso entrare in particolari di una diatriba che al limite è assai complessa. Quello che è certo, nel minimo, è che la norma costituzionale proscrive una differenziazione unicamente e programmaticamente basata sul sesso, anche perché fino ad un recente passato era pacifico e sempre praticato che la donna, sol perché donna, doveva essere pagata comunque di meno dell'uomo. Così intesa nella sua significazione minima, è da registrare con soddisfazione che, almeno in linea di principio, la norma ha operato nella nostra esperienza; certo sotto la pressione dei sindacati e sotto l'incombere di una precisa e meritoria svolta giurisprudenziale, si è ottenuto che quel vecchio e superato criterio, già dominante, fosse rimosso e, con il successivo ed affinato intervento della contrattazione collettiva a partire dal 1960, si è ottenuto che la parità fosse accolta come principio, può accettandosi il razionale criterio di una applicazione graduale a ragione delle implicazioni economiche del mutamento. La questione è tuttavia ancora aperta ed attende una definitiva risoluzione, nella teoria e soprattutto nei fatti, anche perché sovente finora, nella contrattazione, la parità si è « attuata » molto approssimativamente, direi assai empiricamente e alla rinfusa, col risultato del meccanico incasellamento delle *ex* categorie femminili ad un livello assai basso delle nuove ripartizioni (19). Di qui il

(18) V. in generale lo studio di D'Harmant François, in *Rass. lav.*, 1963, 1435 e ivi numerosi riferimenti.

(19) V. la relazione di Turtura, alla Consulta Paz. delle lavoratrici della C.g.i.l., Roma, aprile 1966.

perdurante interesse alla questione teorica, come ricerca di un criterio guida per le soluzioni concrete e per l'azione.

Premettendo che in ogni caso non merita attenzione la tesi secondo la quale, accettata l'interpretazione di dover aver riguardo anche al rendimento del lavoro, dovrebbe tenersi conto dei maggiori oneri che complessivamente derivano dalla utilizzazione della manodopera femminile, giacché il principio di parità deve operare nell'ambito suo proprio in funzione corrispettiva del lavoro che la donna presta quando lo presta, giova prendere le mosse dalla considerazione, ormai acquisita, che vi sono nella realtà lavori rispetto ai quali di norma la donna è, per la sua più debole costituzione, di minor resa, lavori per i quali, sempre di norma e cioè secondo una valutazione media, la prestazione di lavoratori dell'uno e dell'altro sesso è indifferente su questo piano; lavori, infine, per i quali la prestazione delle donne è senz'altro preferibile (20). Tutto questo premesso, è da considerare che, anche accettando la premessa della necessaria parità di rendimento, il problema in pratica in larga misura si svuota, a mio avviso, per l'incidenza di altre situazioni. Più precisamente, là dove si tratti di lavorazioni retribuite a cottimo, il problema non si pone, semplicemente perché quel sistema retributivo è appunto congegnato per tener conto del risultato della lavorazione. Quando non si applichi il cottimo, il problema presuppone l'accertamento delle identità o no delle mansioni concretamente commesse all'uomo e alla donna; che se vi è assoluta identità, quanto meno da ciò deve indursi una parità di rendimento a guisa di presunzione, con l'implicazione che il datore di lavoro dovrebbe fornire la prova, quasi disperante, di un minor rendimento in concreto giustificante la diversità del trattamento (21). Ma è questa una ipotesi forse di scuola; la realtà più diffusa è probabilmente quella di un trattamento differenziato per mansioni per un certo tratto sostanziale eguali, però con la particolarità che agli uomini vengono richieste, in permanenza o all'occorrenza, ulteriori marginali, collaterali o complementari incombenze, di qui traendo origine la diversità retributiva. Qui la questione è più sottile, non apparendo

---

(20) V. Granati, Benvenuti, Angeleri, Lenzi, *Aspetti biologici e psicologici della donna al lavoro*, cit., *supra*, spec. 133 ss.

(21) Ma per un caso nel quale si dette corso alla prova in questi termini, da essa risultando, a parere del giudice, un minore rendimento della impiegata sia per le maggiori assenze (!) sia per la minore redditività però non adeguatamente specificata in sentenza, v. di recente Pret. Roma 23 luglio 1966, in *Foro it.*, 1966, I, 2142.

appagante la soluzione ad es. accolta in una sentenza (22) per la quale quelle incombenze per così dire *extra* di fatto commesse agli uomini sarebbero irrilevanti, al massimo giustificandosi in ragione delle medesime e a favore degli uomini un corrispondente trattamento speciale; non appagante perché si potrebbe opporre che della diversità, pur aleatoria ma statisticamente riproducentesi, delle mansioni si ò appunto tenuto conto nell'ambito di una valutazione per simativa in sede di contrattazione collettiva.

Il vero è che, al punto in cui siamo, dopo l'accettazione di massima del principio e nel contesto di un reale processo applicativo che va avanti pur faticosamente, siamo ad una situazione limite che involge ben altre responsabilità e precisamente quelle dei sindacati. Anche perché, nella più recente esperienza giurisdizionale, si è fatta avanti una tesi assai sottile e per qualche verso suggestiva; la tesi, cioè, che in definitiva sono decisive in proposito le valutazioni differenziatrici operate in sede sindacale, secondo una valutazione convenzionale del minor rendimento medio della donna in un ambiente di lavoro determinato; valutazione che per alcuni si imporrebbe al giudice anche per un elementare rispetto della autonomia sindacale (23). A questo punto si tratta, fondamentalmente, di risolvere il problema in sede di contrattazione sindacale; è in questa sede che, accettandosi il principio della parità e cioè che non debbono esserci trattamenti differenziati solo in ragione del sesso, debbono, come suoi dirsi, rimescolarsi le carte, procedendosi *ex novo* ad un'integrale riconsiderazione delle mansioni, riclassificandosi tutti i lavoratori dell'uno e dell'altro sesso secondo l'importanza delle incombenze affidate. È solo seguendo questa indicazione, da più parti acutamente suggerita (24), che potrà risolversi definitivamente il problema, eliminando anche l'ammassamento di fatto verificatosi, in via provvisoria, ai livelli più bassi delle donne. Ho l'impressione che ormai questa sia la scelta ineludibile per le organizzazioni sindacali, giacché non vi è forse più spazio per potersi appellare al rimedio esterno, e comunque tardivo, del giudice. Al termine di questo processo dovrebbe ottenersi, se le cose hanno un senso, una situazione complessiva nella quale *di fatto* certe

---

(22) V. Pret. Biella 14 gennaio 1963, in *Foro it.*, 1963, I, 608, trattandosi del caso di una operaia tessitrice.

(23) V. App. Firenze 13 maggio 1964 e 10 giugno 1964, in *Mass. giur. lav.*, 1964, 205 e 1965 140, con la nota di commento di Bellagamba, *Parità di retribuzione e parità di rendimento*. Ancora, della Corte toscana, v. la sentenza 4 marzo 1966, in *Giur. tosc.*, 1966, 594.

(24) V. specialmente la relazione di E. Pastorino al convegno delle donne socialiste del 1961 in P.S.*I. La donna nella fabbrica e nella società*, cit., 41 ss.

mansioni dovrebbero essere normalmente affidate alle donne laddove l'opera di costoro è più fruttifera, con corrispondenti positive risultanze sul piano retributivo. Ed ognuno intende quali implicazioni apra questa prospettiva anche sul piano della formazione e dell'elevamento professionale delle lavoratrici, creandosi un incentivo anche psicologico che aumenterà la loro produttività.

5. Da ultimo un sia pur breve cenno si impone per quanto concerne il particolare trattamento fatto alla donna lavoratrice in materia previdenziale e pensionistica. Sull'ovvia premessa che il principio di parità dovrebbe operare anche in questo campo (25), è da dire che allo stato sono registrabili diverse sperequazioni nel trattamento dell'uomo e della donna, anche se questa considerazione non può essere di per sé conclusiva, posto che il principio invocato non può essere inteso meccanicamente, onde di volta in volta si esige una indagine puntuale per verificare se la diversità si giustifichi o no per una differenza obiettiva di situazioni. Com'è noto, una prima rilevante discriminazione sussiste nel settore agricolo e ciò sulla base del criterio ispiratore delle origini, sintetizzato nella famosa formula Serpieri secondo la quale l'apporto di lavoro della donna era programmaticamente valutato in una entità ridotta rispetto all'apporto maschile. Credo che si sia nel vero, quando si dice che quella formula, comunque posta in una situazione assai diversa delle campagne ora fortunatamente mutata col progressivo esodo verso i centri urbani, ha ormai fatto il suo tempo, giacché oggi l'apporto femminile è pari in valore a quello degli uomini, a prescindere dal rilievo che spesso, di fatto, tutto poggia sul gentil sesso (26); se l'assunto è vero, è necessario disporre per la piena parità, con il necessario gradualismo nella attuazione.

In secondo luogo, mentre talune valutazioni in termini di deprecata disparità sono opinabili quale quella relativa alla circostanza che gli assegni familiari spettano alla donna lavoratrice per il marito sol quando questi sia inabile al lavoro (e lo stesso discorso si è fatto a proposito della pensione di riversibilità) (27), in quanto qui, a mio parere, il legislatore assume come logico contesto di riferimento la normale situazione di fatto dell'uomo non inattivamente casalingo, l'altra più grossa questione è

---

(25) V. Riva Sanseverino, *La donna lavoratrice*, cit., 203.

(26) V. Bisegna, *La protezione della donna nell'ordinamento previdenziale*, in *Atti Salerno*, cit., II, 335.

(27) V. Amendola, *La donna nel sistema degli assegni familiari*, in *Atti Salerno*, cit., II, spec. 365.

insorta a proposito della diversa entità delle pensioni invalidità e vecchiaia. A giustificazione del minor importo della pensione, si accampa che ciò sta in correlazione alla circostanza che la donna acquista il diritto alla pensione di vecchiaia al 55° anno di età, anziché al 60°; ma, a prescindere dal rilievo che l'argomentazione non vale per la pensione di invalidità e per quella di riversibilità (28), si è anche non a torto osservato che se questo limite più basso di età è stato posto a ragione del più rapido logoramento della donna con l'avanzare del tempo, ciò non dovrebbe indurre a far pagare ulteriormente uno scotto alle interessate in termini di trattamento deteriore (29). Delle due l'una: o si giustifica il pensionamento della donna in età meno avanzata per la ragione addotta e in questa ipotesi non si giustifica che si provveda più avaramente per lo stesso bisogno o quella ragione non sussiste ed allora l'implicazione è di rigore: assoluta parità nell'età di pensionamento e nel trattamento conseguente. Il problema dovrebbe porsi, se non erro, in questi termini, tenendosi altresì conto che nella più recente giurisprudenza (30) si va affermando la tesi che una diversità di trattamento non si giustifica per quanto attiene all'età di collocamento a riposo secondo quanto ora si rinviene nella regolamentazione del rapporto d'impiego con enti pubblici e con imprenditori privati. Non mi pare che il problema possa essere, nella sostanza, diversamente impostato sul piano del rapporto di impiego e su quello strettamente previdenziale; in questi termini si pone l'esigenza di una scelta univoca secondo quanto paia in concreto più conveniente alle dirette interessate.

---

(28) V. Ambrosone, *La donna nel trattamento dell'I.n.p.s.*, in *Atti Salerno*, cit., II, 380.

(29) V. Bisegna, *La protezione della donna*, cit., 337.

(30) V., rispetto alla regolamentazione del rapporto di lavoro con la centrale del latte di Roma e con la S.i.a.e., Trib. Roma 10 maggio 1965 e 10 aprile 1965, in *Foro it.*, 1965, I, 1556. Per il regolamento dell'I.n.a.m., v. Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 1965, n. 587, *id.*, 1966, 111, 196.

15.

# SULL'ASSUNZIONE OBBLIGATORIA DEGLI INVALIDI CIVILI

La sentenza dei giudici genovesi deve senz'altro condividersi nel suo assunto di fondo. In realtà essa merita di essere pubblicata e segnalata non perché nella medesima si affronti un qualche problema interpretativo di una certa rilevanza (infatti, il caso è semplicissimo e a conclusione obbligata, non opinabile), ma come occasione e per ribadire il chiaro disposto della legge rispetto alla applicazione eversiva che gli Uffici del lavoro potrebbero tentarne secondo una spinta della realtà sociale non appagabile, allo stato, sul piano della legge e per formulare talune considerazioni d'opportunità rispetto al nostro complessivo « sistema » (*rectius*, complesso disorganico e caotico) delle assunzioni obbligatorie. Nel caso esaminato l'Ufficio del lavoro « avviò » un invalido civile ad una impresa, emanando in sostanza un provvedimento risolventesi in un ordine di assunzione; l'invalido, non assunto al lavoro, citò l'impresa chiedendo il risarcimento dei danni. Ma è chiaro che quel provvedimento di avviamento al lavoro fu del tutto illegittimo. Secondo l'art. 2 della legge 5 ottobre 1962, n. 1539, sulla assunzione obbligatoria degli invalidi civili al lavoro (non modificato dalla legge recente 6 agosto 1966, n. 625, che innova solo per quanto attiene agli uffici e alle commissioni costituite ai fini di questo speciale collocamento obbligatorio), i soggetti obbligati possono dare attuazione all'obbligo di assumere una certa aliquota di soggetti minorati per due vie. In primo luogo gli imprenditori possono assumere direttamente gli invalidi, liberamente scegliendoli nel ruolo degli aventi titolo, quando si tratti di lavoratori con qualifica impiegatizie o con particolare specializzazione o qualificazione o in possesso di attestati di conseguita idoneità rilasciati dalle istituzioni scolastiche o dai corsi di formazione professionale promossi o autorizzati dal Ministero per il lavoro. Entro cinque giorni dall'assunzione l'imprenditore deve comunicare il nominativo dei lavoratori così assunti all'Ufficio di collocamento che deve controllare se questa assunzione diretta è avvenuta nei casi previsti dalla legge. In secondo

luogo, sempre per l'art. 2 « le assunzioni di mutilati e invalidi civili non aventi le qualifiche o gli attestati di cui al primo comma debbono essere effettuate tramite gli uffici di collocamento e con richiesta numerica. Gli Uffici di collocamento avvieranno i lavoratori richiesti in conformità dei criteri previsti dall'art. 15, comma 4, legge 29 aprile 1949, n. 264) ».

In sostanza e come ricorda anche il Loriga (1), nella situazione specifica la legge è chiarissima nel senso che l'assunzione degli invalidi civili, in ottemperanza del precetto penalmente sanzionato, può svolgersi solo su iniziativa dello stesso soggetto obbligato nella duplice estrinsecazione della assunzione diretta nei casi consentiti o della assunzione con richiesta rivolta all'Ufficio di collocamento. È letteralmente esclso, pertanto, che l'ufficio possa prendere l'iniziativa della costituzione del rapporto di lavoro a favore dei soggetti protetti, emanando un ordine di assunzione. La formulazione dell'art. 2 esclude tassativamente questo ipotetico modo di svolgimento affermatosi nella concreta esperienza, con l'avallo ormai della giurisprudenza consolidata sul punto, per quanto attiene all'assunzione obbligatoria dei mutilati ed invalidi del lavoro, sulla premessa di una discutibilissima interpretazione dell'equivoca espressione « cura il collocamento » contenuta nell'art. 4 cpv. del d.leg.c.p.S. 3 ottobre 1947, n. 1222 (2). Se l'imprenditore non dà corso, nelle due possibili forme, all'obbligo legale, l'inosservanza si traduce in un fatto penalmenti sanzionato, ma niente potrà farsi per ottenere altrimenti la costituzione, coattiva, del rapproto di lavoro. Ed è ben noto che, in generale e specificatamente nel nostro ordinamento, si conoscono i più diversi svolgimenti dell'obbligo legale in questione, l'assunzione diretta del tutto libera di soggetti protetti aventi sostanzialmente i requisiti considerati, l'assunzione diretta con libera scelta in determinati elenchi, l'assunzione con richiesta, nominativa o numerica, a determinati uffici e talora, infine, forse la costituzione per atto amministrativo del rapporto (3).

Ora, non è da credere che l'Ufficio del lavoro dal cui comportamento ha tratto origine il caso concreto agevolmente risolto dal Tribunale ligure, fosse così sprovveduto da non rendersi conto della inequivoca volontà della legge. È da presumersi, viceversa, che, per

---

(1) Loriga, *Assunzione o occupazione obbligatoria degli invalidi civili?*, in *Mass. giur. lav.*, 965, 401, n. 5.

(2) Per la critica a questo ormai consolidato indirizzo v. il mio *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965, 179 ss.

(3) V., ancora, il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 167 ss.

considerazioi socialmente non disprezzabili, si sia voluta in un certo senso « forzare » la situazione, fidando che, con l'avviamento al lavoro dell'invalido, l'impresa in questione lo avrebbe assunto per dare concreta esecuzione all'obbligo legale. Nel caso specifico, cioè, si è forse avvertito quello che è certo l'aspetto fortemente problematico di un sistema di assunzioni obbligatorie nel quale l'iniziativa per la costituzione dei rapporti di lavoro è demandata all'impulso degli stessi soggetti obbligati, essendovi unicamente, a garanzia della effettività del precetto, una sanzione penale spesso del tutto trascuraabile e talora referibile in alternativa alla concreta assunzione di soggetti protetti. Probabilmente, al di là del caso qui emerso, nel senso di questa illegittima « forzatura » del dettato della legge si è formata una prassi più o meno diffusa; dico questo, non già perché possieda dati in proposito, ma perché è solo su questa premessa di fatto che può comprendersi un passo non molto chiaro del citato scritto del Loriga: « Ecco perché gli Uffici provinciali del lavoro rivolgendosi agli imprenditori, tenuti all'osservanza della legge n. 1539, iniziano il loro dire con un "si presenta" al quale segue un platonico ammonimento sull'esigenza di uniformarsi all'obbligo dell'occupazione della rescritta aliquota ». Questo brano, invero eccessivamente ermetico, pare appunto riferirsi ad una prassi secondo la quale gli uffici in questione prendono in concreto l'iniziativa con atti forse mantenuti formalmente nell'equivoco tra la mera segnalazione sprovvista di qualsiasi valore giuridico e il provvedimento vero e proprio, ed illegittimo, di assegnazione. In sostanza gli uffici di collocamento si muoverebbero, di fatto, secondo quella spinta che altrove ha indotto le speciali commissioni costituite per l'assunzione dei mutilati e degli ivnalidi del lavoro a generalizzare la prassi dei provvedimenti di assegnazione ritenuta legittima nella prevalente giurisprudenza e della quale ho detto. Ma è evidente che, almeno rispetto alla preclusiva formulazione dell'art. 2 della legge n. 1539, codesta prassi non può assolutamente giustificarsi in quanto illegale, anche se vi sono, alla base, eloquenti motivazioni di opportunità. Il problema che ne viene fuori è un problema squisitamente politico, potendosi auspicare una ben diversa regolamentazione che conferisca ai pubblici uffici un potere d'impulso in materia, giuridicamente impegnativo, quano meno quando faccia difetto lo spontaneo adempimento dei soggetti obbligati, ad es., in un termine trascorso inutilmente il quale potrebbe appunto sopravvenire al provvedimento autoritativo della p.a. Così come ben può auspicarsi una regolamentazione organica che raggruppi i vari e disparati interventi legislativi oggi esistenti, con soluzioni lineari ed unitarie nelle quali trovino contemperamento la finalità lodevolmente perseguita

dallo Stato socialmente impegnato e le obiettive esigenze produttive delle imprese e che eliminino nel contempo quei grossi interrogativi di principio che si trascinano da decenni, sopperendo malamente finora, al vuoto normativo, le scelte grossolane ed empiriche della p.a. e della stessa giurisprudenza. Quesi problemi politici di fondo ha da risolverli, secondo i princìpi, il legislatore, non l'operatore che deve viceversa mantenersi nella legalità.

16.

# IL LICENZIAMENTO NELL'INTERESSE DELL'IMPRESA (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Valutazione critica della formulazione del tema. — 3. Iniziativa economica e controllo dei licenziamenti. — 4. Il licenziamento individuale obiettivamente giustificato e i licenziamenti collettivi per riduzione del personale. — 5. Le situazioni obiettive giustificanti il licenziamento, con particolare riguardo alle esigenze di regolare funzionamento dell'attività produttiva. — 6. Il sindacato del giudice.

1. Scopo di questa relazione è, com'è ovvio, quello di introdurre il dibattito sul tema che, molto opportunamente, si è ritenuto di porre come oggetto di queste nostre giornate di studio, esaminandosi in quali situazioni e con quali limiti il datore di lavoro possa procedere al licenziamento del lavoratore per « ragioni obiettive », cioè indipendentemente dalla possibilità di rimproverare alla controparte alcunché in termini di notevole inadempimento agli obblighi contrattuali o di giusta causa. Il compito del relatore è assai impegnativo, venendo in questione l'interpretazione di un testo, la legge 15 luglio 1966, n. 604, delle cui gravi manchevolezze di sistematica e in termini rigorosamente tecnici è unanime il riconoscimento; vizi di fondo che emergano prepotentemente anche e soprattutto rispetto al tema che qui si vuole studiare, ingenerando nell'interprete interrogativi complessi dei quali posso fare personale testimonianza per il tormento nel quale ho dovuto di necessità dibattermi nelle settimane di letture e di riflessioni che hanno preceduto la stesura di questa relazione. La riserva circa l'opinabilità dei rilievi e delle conclusioni che ho ritenuto di tracciare, sia pure in via provvisoria, non si risolve, pertanto, nella abusata e prudente formula di rito di ogni introduttore a pubblici dibattiti nei quali si aspiri ad un approfondimento sereno, scientificamente condotto, ma è, al contrario, vera e sentita. Consapevole dell'asperità del tema e della opinabilità di tutte le interpretazioni prospettabili, vuoi in generale, vuoi su particolari profili, nella

(*) Relazione alle Giornate di studio promosse dall'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale in Firenze, nei giorni 27-28 aprile 1968.

fiduciosa attesa che il dibattito consentirà di approfondire con il costruttivo apporto di tanti competenti qui convenuti, spero solo di offrire una traccia utile per la discussione, pago se sarò riuscito ad individuare veramente gli aspetti complessi e problematici del tema meritevoli di essere sottoposti all'attenzione della dottrina giuslavoristica. D'altro canto in molti punti, sensibile all'esigenza di fondo che ha determinato il recente intervento legislativo, quella di garantire al massimo alla parte più debole del rapporto di lavoro la conservazione del posto, evitando comunque, secondo la felice formulazione dell'accordo interconfederale del 18 ottobre 1950, « eccessi, abusi ed ingiuste prevalenze » (1), non esiterò a suggerire impostazioni ed interpretazioni alquanto divergenti da quelle comunemente ritenute; poiché tra i compiti di un relatore vi è essenzialmente anche quello di prospettare criticamente e problematicamente le questioni, gettando, sassi in piccionaia, cercando di vedere oltre la pura lettera del testo normativo di riferimento, calandolo senza infingimenti e senza formalismi mortificanti nel vivo della situazione sociale regolata. In questo senso il dibattito deve avere la funzione di una sorta di controllo sulle enunciazioni del relatore, accertando in quale misura esse possono passare felicemente a questo vaglio collettivo o non piuttosto devano relegarsi tra gli avvenirismi allo stato inconsistenti, solo proponibili in una prospettiva di ulteriore riforma.

2. Non mi pare inutile partire, sulla via del progressivo avvicinamento al centro del problema, da una considerazione preliminare che

---

(1) In piena adesione a questa formula, per l'a. esprimente nella sostanza e sia pure negativamente il concetto di giustificato motivo, donde « l'idea che il controllo sul motivo deve riguardare l'accertamento della esistenza di una intenzione persecutoria nei confronti del lavoratore », v. la relazione di Prosperetti, *Il recesso dal contratto di lavoro ed il principio del giustificato motivo*, in Istituto di diritto del lavoro di Firenze, *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Milano, 1967, 141, spec. 145; inoltre per l'a. (*ivi*, 146) anche la previsione del giustificato motivo obiettivo di cui al disegno di legge (ora, art. 3 della legge n. 604), non comporta un salto qualitativo: « siamo sempre alla impostazione dell'accordo, nel senso che si tratta di un motivo inerente alla vita normale dell'impresa, cioè, direi, di un motivo inerente alla causa del contratto di lavoro », « ... trattandosi delle ragioni determinanti l'atteggiamento dell'imprenditore secondo valutazioni soggettive che tuttavia sono connesse alla causa tipica del contratto di lavoro e da questa sono condizionate ». Ed invero, in linea di principio, può ben dirsi che la ricorrenza di un comprovabile motivo obiettivo esclude con ciò stesso l'intento persecutorio del lavoratore, onde l'esclusione del g.m.o. si pone, nell'ordine logico, come il primo gradino per poter poi affermare la nullità del licenziamento *ex* art. 4; il che non toglie, secondo una ipotesi normale, l'estrema difficoltà di pervenire al secondo stadio, secondo la diversità di trattamento tra le due situazioni posta nella legge n. 604.

induce ad una valutazione critica della stessa intitolazione del tema e della relazione e del convegno. Già ho detto, ai fini di un'ovvia delimitazione, che qui si vuole studiare il licenziamento non disposto in ragione di un fatto imputabile al lavoratore, bensì per una esigenza che si pone nella sfera del creditore di lavoro; e questo si è voluto esprimere parlando di licenziamento « nell'interesse dell'impresa ». Ma la formulazione può essere suscettiva di critica sotto diversi profili. In primo luogo si può obiettare che così sintetizzando il tema del convegno, si è dimenticato che la legge n. 604 deve trovare applicazione, almeno secondo quanto risulta dall'art. 1 sulla base di una ben nota vicenda parlamentare, anche nei confronti del datore di lavoro non imprenditore (2), ragione per la quale conviene forse adoprare, in sede interpretativa della stessa legge, in luogo dell'espressione restrittiva « impresa » quella assai più comprensiva di « unità di lavoro ». Ma, soprattutto, mentre la delimitazione del tema in termini meramente negativi (il licenziamento non disposto per notevole inadempimento o per giusta causa a carico del lavoratore) con ciò stesso non può incontrare dissensi di fondo, se si prescinde dalla posizione di quanti restano ancor oggi sostenitori della concezione anche oggettiva della giusta causa (3), la formulazione positiva (il licenziamento « nell'interesse dell'impresa ») può essere equivoca e controvertibile, espressa in quei termini. Ed infatti una dizione di tal fatta non cade nel vuoto, bensì si innesta o può innestarsi in un contesto nel quale, notoriamente, il riferimento all'interesse dell'impresa è carico, secondo le contrastanti teoriche e dell'impresa in sé e del contratto di lavoro volto all'inserimento del lavoratore nella medesima, di implicazioni radicali, secondo un valore anche culturalmente significante e non privo di rilevanza emotiva dell'espressione. Di guisa che adoperare questa espressione, avendo alle spalle un fecondo e tormentato dibattito pluridecennale nel quale è ognora in discussione la costruzione *in apicibus* dell'impresa e del rapporto di lavoro (4), può significare ripiombare in pieno in discussioni che quanto meno rischiano di riportare in alto mare tutto il discorso, allontanandoci dalla riflessione su quei più concreti problemi che, a mio avviso, paiono assai più degni di

---

(2) Sul punto v. il mio saggio, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del licenziamento individuale*, destinato agli Studi in memoria di Esposito e già pubblicato in *Quad. sc. sec.*, 1966, 165 ss., spec. 176 ss.

(3) V. Mazziotti di Celso, *Sul concetto e sulla natura del giustificato motivo e della giusta causa*, in *Dir. lav.*, 1966, I, 292; Zangari, *Giusta causa e giustificato motivo nella nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, I, 51.

(4) Su questa problematica v., da ultimo, Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, spec. 57 ss.

approfondimento rispetto all'attesa degli operatori giuridici e dei soggetti vitalmente interessati a questa vicenda.

Non a caso, del resto, già in sede di discussione del disegno di legge che portò poi alla legge n. 604 e in riferimento alla previsione del giustificato motivo « obiettivo », il problema venne avvertito in questi termini più vasti ed impegnativi da un nostro giovane studioso (5), il quale rilevò come da tale previsione « è dato enucleare l'individuazione di un concetto di interesse dell'impresa, che si libera da certe confusioni che ricorrono sovente in tale formula e, invero, si presenta più tecnicizzato, rispetto a quello che si incontra al centro di certe dottrine istituzionalistiche, ed in certo modo oggettivizzato », quindi ponendosi il problema della proponibilità o no di un'azione di danni da parte del lavoratore licenziato nei confronti dell'ex datore di lavoro, nell'ipotesi che il licenziamento si sia reso indispensabile per la cattiva gestione dell'impresa, da considerarsi fatto illecito *ex* art. 2043 c.c., in tal guisa consentendosi un controllo giurisdizionale sulla intrapresa economica veramente senza limiti. Altrettanto signficativamente altro autore (6) ha ritenuto di poter sintetizzare in linea di principio il giustificato motivo secondo l'accezione in discorso nella formula dell'interesse dell'impresa, inteso però, giusta la concezione cara allo stesso autorevole giurista, non come interesse del datore di lavoro, ma come interesse obiettivo di quella comunità di lavoro della quale tutti i protagonisti di questa vicenda sociale farebbero naturalmente parte. Sono sufficienti questi precisi riferimenti per comprendere come e perché il sopravvenire della nuova legge possa costituire, ove si ricorra all'equivoca espressione dell'interesse dell'impresa, l'occasione per riproporre un discorso generale ed estremamente delicato rispetto al quale finora la stragrande maggioranza della nostra dottrina è stata, a mio avviso giustamente, critica.

Per fortuna il legislatore del 1966 è stato assai più cauto del legislatore del codice civile del 1942; mentre questi, in talune disposizioni relative a vicende essenziali del rapporto di lavoro, nel clima dell'epoca inducente — come si è autorevolmente notato (7) — ad un temperato ed innocuo omaggio a certe concezioni allora assai più ideologicamente

---

(5) V. la comunicazione di E. Di Berardino al convegno sul disegno di legge per i licenziamenti organizzato a Roma, nell'aprile 1966, dalle riviste *Dem. dir.* e *Riv. giur. lav.*, quivi, 1966, I, 151, spec. 155.

(6) V. Grassetti, *La nuova legge sui licenziamenti individuali*, in *Giusta causa e giustificati motivi*, ecc., cit., 284, spec. 286.

(7) V. Santoro-Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, ora in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 945, spec. 967.

prospettabili, non esitò a fare esplicito riferimento alle esigenze dell'impresa così edificando, almeno formalmente, il pezzo forte delle impostazioni comunitarie *et similia*, nella recente legge si è evitata una formulazione di tanto impegno teorico generale. Assai più precisamente, nell'art. 3 della legge n. 601, si parla di « ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa », cioè semplicemente di esigenze obiettive dell'azienda o, più complessivamente dell'unità di lavoro obiettivamente considerata. Onde, e almeno *prima facie*, la parola « obiettivo » contrapposta, com'è naturale, a « subiettivo » si colloca in un contesto concettuale nel quale il soggetto di riferimento della subiettività in discorso è il lavoratore: subiettivo è quanto a costui, in chiave di possibile risoluzione del rapporto, è imputabile, obiettivo è tutto ciò che altrimenti può giustificare il licenziamento. Questo è quanto la legge alla lettera consente; rimanendo tuttavia aperto il problema di come debba « subiettivamente » riferirsi la zona dell'obiettivo che formalmente risulta, se alla controparte, in sé, creditore del lavoro nell'ambito di un contratto di scambio secondo la configurazione dominante o ad un centro obiettivo d'interessi che sarebbe sopra le parti e la loro contrapposizione in senso meramente egoistico. E si tratta, appunto, di accertare se sia corretto parlare di licenziamento « nell'interesse dell'impresa » o se piuttosto sia preferibile riferire il licenziamento obiettivamente giustificato, per esigenze aziendali (il *Betrieb* dei tedeschi) o dell'unità di lavoro in senso vasto, chiarendo esattamente la portata limitatrice della nuova legge in termini che non implicano né esigono una revisione delle concezioni tradizionali dominanti.

3. Ritengo, in piena concordanza con un largo filone della dottrina (8), che la disciplina di cui alla nuova legge non consenta di parlare di interesse dell'impresa in sé e, quindi, non possa fare da supporto normativo alle teoriche minoritarie che si sono finora proposte. Al contrario la legge, disciplinando la vicenda essenziale destinata di per sé a costituire il banco di prova delle concezioni generali contrapposte, stringendo inesorabilmente il discorso in quella zona in cui, senza possibilità di elusioni, si pone il dilemma delle diverse implicazioni pratiche rilevanti quell'esperienza giuridica, costituisce la riconferma delle tesi dominanti.

---

(8) V., da ultimo, Di Ferra, *L'interesse dell'impresa: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 373: « È chiaro dunque che, in realtà, si parla dell'interesse dell'impresa per alludere ellitticamente alla confluenza di diversi interessi, cioè per contemperare, nell'ambito dell'impresa, il conflitto degli interessi contrastanti ».

Resta decisivo il fatto che nel sistema è costituzionalmente garantita l'iniziativa economica, il che si oppone e alla tesi della c.d. funzionalizzazione dell'impresa (9) e alle tesi che comunque hanno ritenuto di poter costruire la vicenda del rapporto di lavoro in chiave di un interesse obiettivo identificabile *super partes*. La prudenza alla quale si è attenuto il legislatore nel definire il giustificato motivo obiettivo, senza far richiamo a formule più sintetiche ed espressive, non è senza ragione, con ciò segnandosi il limite invalicabile oltre il quale non può andare la tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto.

Come dissi in altra occasione (10), la libertà dell'iniziativa economica implica, in primo luogo, l'assoluta libertà del soggetto circa il *se* della stessa iniziativa; precisamente nel senso che, in linea di massima, si è del tutto liberi di dar vita all'impresa secondo insindacabili scelte egoistiche e si è altrettanto liberi di porvi fine, ad es. perché, secondo la consueta esemplificazione di scuola che è però utile alla chiarificazione teorica delle situazioni, ad un certo momento si ritiene di aver guadagnato a sufficienza per poter vivere di rendita o perché una improvvisa spinta religioso-messianica induce a rompere col mondo e con i suoi affari. Né a tutto questo osta il generico principio di cui all'art. 4 cpv. Cost., giacché, come è ben noto (11), la norma non esige affatto, in ogni caso, l'esplicazione doverosa di una attività economicamente valutabile, bensì più genericamente di una attività « che concorra al progresso materiale o spirituale della società »; a parte il rilievo che nel caso limite si può voler abbandonare una determinata impresa per dare vita ad una iniziativa economica di altro tipo. In secondo luogo, il soggetto è del tutto libero per *quanto* concerne il quanto, cioè le dimensioni dell'impresa, ad es. nell'ipotesi che le ridotte possibilità di attendere direttamente ai propri affari, in ragione dell'età, inducano semplicemente a mantenere l'impresa medesima in proporzioni più ridotte. In terzo luogo, in linea di principio, salva l'incidenza dall'esterno della programmazione nei limiti in cui la medesima è concretamente configurabile nel nostro ordinamento, il soggetto è ugualmente libero circa il *come* dell'impresa, potendo egli solo decidere circa la convenienza di orientarsi verso questa o quella produzione, con l'adozione di questo o quello tra i tanti processi tecnico-produttivi all'uopo utilizzabili. Con la conseguenza, riassuntiva,

---

(9) V., per riferimenti, il mio *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965, 133 ss.

(10) V. *Sindacabilità dei motivi del licenziamento in sede giurisdizionale*, in *Giusta causa e giustificati motivi*, cit., 184, nonché in *Dir. lav.*, 1966, I, 96, spec. n. 4.

(11) Per riferimenti v. ancora il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 96, nota 53.

che c'è un campo trincerato nel quale dominano sovrane, per il *se*, per il *quanto* e per il *come*, le scelte del soggetto e queste scelte debbono essere prese come un dato, insindacabile, allorché ci si appresta a tutelare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto. Detto in altre parole, questo interesse del lavoratore non può essere tutelato oltre il limite, superato il quale verrebbero in giuoco o in questione quelle scelte rispetto alle quali vale la garanzia costituzionale di libertà. In sostanza l'impresa, una volta posta in essere, non è per il soggetto promotore ed organizzatore come una sorta di gabbia nella quale egli si trovi per sempre chiuso e condizionato, bensì un'attività di cui egli è di volta in volta, di giorno in giorno, arbitro. E se questo è vero, secondo una coerente interpretazione del principio costituzionale, ognuno può constastare come non possa parlarsi né di interesse dell'impresa in sé, né di una comunità di lavoro costruita avendo come punto ideale di riferimento un interesse obiettivo ed astratto.

Se l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto deve essere tutelato nei limiti di un sostanziale rispetto della libertà d'iniziativa economica in tutte le sue naturali implicazioni, ciò esige, quindi, che questo interesse sia preso in considerazione facendo salve le insindacabili scelte imprenditoriali, onde queste scelte potranno aver corso nel senso di travolgere quell'interesse, ove ed in quanto il licenziamento del lavoratore ne derivi come strumentalmente necessario. Il datore di lavoro potrà legittimamente esercitare il potere di recesso, solo ove la decisione sia resa necessaria per dar corso alle pregiudiziali scelte economiche e in tema di concreto assetto tecnico-produttivo. Dovrà emergere un concreto nesso causale tra le scelte determinanti di fondo e le implicazioni in tema di conservazione del rapporto di lavoro, secondo una intrinseca coerenza strumentale e facendo riferimento a criteri obiettivi di valutazione ricavabili dalla normalità tecnico-produttiva, giusta massime di esperienza più o meno faticosamente identificabili; in sostanza, fermo che sul datore di lavoro grava l'onere di provare la sussistenza del giustificato motivo, qui la legge impone una giustificazione obiettiva che da diversi precedenti nel corpo dell'ordinamento. Naturalmente qui, nella nostra situazione, vi è qualcosa del tutto peculiare, giacché non si tratta di procedere, assai semplicemente, ad una valutazione nel contesto di un rapporto interindividuale a due, singolarmente delimitato in un ambito angusto, bensì di compiere una valutazione la cui complessità è intrinseca proprio perché ha come punto di riferimento un mondo, un organismo talora imponente, quale è l'unità di lavoro, considerata non staticamente, ma in movimento, secondo la direzione impressale dall'organizzatore. Nessuno può certo nascondersi

la difficoltà del còmpito, come sia già arduo dare una rappresentazione esatta della situazione, come divenga ancor più difficile intendere come e perché si ripercuota la logica di certe decisioni nella vita dell'organismo e in termini di conservazione o no dei rapporti di lavoro, come, in sostanza, le caratteristiche del contesto di riferimento e le proporzioni del medesimo impongano in definitiva un salto qualitativo nei termini di una valutazione che però, al limite estremo della logica, non presenta caratteri diversi rispetto a tante altre e consimili indicazioni normative.

Resta comunque acquisito che, circa la ricorrenza o no di un giustificato motivo per il licenziamento, il problema si pone in termini di coerenza strumentale tra scelte determinanti dell'imprenditore e implicazioni logiche in punto di conservazione del rapporto di lavoro. E in tal guisa, con una formulazione sostanzialmente rispettosa di quell'inevitabile coordinamento tra la garanzia della libertà di iniziativa economica e la tutela del lavoratore nella specifica contingenza, pare in definitiva unanime, a parte le variazioni di accento, la dottrina, sia che si parli, a proposito del giustificato motivo obiettivo, di una « oggettiva esigenza dell'azienda » (12); sia che si metta l'accento sulla necessità di equilibrare « le esigenze oggettive dell'impresa e l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro », onde si richieda « un motivo giustificato, cioè una ragione plausibile oggettivamente valutabile, che valga ad escludere il capriccio » (13); sia, infine, che si richieda, per la valutazione del licenziamento, che esso si inquadri funzionalmente entro il programma economico sviluppato nel momento in cui viene intimato » (14), secondo un'esigenza di « identificazione delle regole di normalità tecnico-organizzativa in relazione al conseguimento del fine produttivo alla cui corretta applicazione devono ispirarsi anche i provvedimenti di licenziamento » (15). Riassuntivamente, può quindi ripetersi che v'è

---

(12) V. Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1968, 218.

(13) V. Natoli, *L'art. 2118 cod. civ. e il problema della « giusta causa » del licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, 99. Il giustificato motivo è poi identificato in una esigenza che, ricollegandosi alle necessità organizzative dell'impresa, debba considerarsi oggettivamente ed effettivamente prevalente rispetto all'interesse del lavoratore alla conservazion del posto: Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1067, 223; formulazioni che ben possono formalmente accettarsi, nella loro letterale innocuità, ove sia chiaramente stabilita la premessa che le necessità organizzative vanno considerate in quanto logici svolgimenti di scelte di per sé insindacabili dell'imprenditore, pur se si risolvono, a parere di altri, in un « capriccio » (dove sta, costituzionalmente, una libertà).

(14) Così De Ferra, *L'interesse dell'intrapresa*, cit., n. 9.

(15) In tal senso v. Romagnoli, *La tutela sindacale contro i licenziamenti indivi-*

giustificazione per il licenziamento quando l'ulteriore mantenimento del rapporto di lavoro specifico non è più utile in relazione ai programmi o all'assetto dell'unità di lavoro o quando comunque, per quei programmi e per quell'assetto, la conservazione del rapporto è ostativa, non giustificata ragionevolmente. Senonché questa conclusione di principio è del tutto inappagante, sol che l'esame si conduca più a fondo, esaminando il concreto e vario emergere delle esigenze delle unità di lavoro, avendo come punto di riferimento una previsione normativa veramente problematica.

4. Il punto cruciale in tema di licenziamento nell'interesse dell'impresa (se vogliamo adoperare questa espressione riassuntiva di comodo), deriva dalla circostanza che le esigenze obiettive dell'unità di lavoro sono prese in considerazione, nella legge n. 604, due volte, dapprima (art. 3) per dichiarare giustificato il licenziamento disposto per « ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa » e quindi (art. 11 cpv.) per stabilire che « la materia dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale è esclusa dalle disposizioni della presente legge ». Alla lettera, pertanto, il singolo lavoratore può essere licenziato, ancor quando niente possa essergli contestato in termini di notevole inadempimento o di giusta causa, per una esigenza obiettiva dell'unità di lavoro debitamente comprovata dal datore di lavoro; ma la tutela cessa, non è possibile per alcun verso invocare la nuova legge (nemmeno l'art. 2 in tema di forma e di motivazione del recesso?), quando si disponga per una riduzione del personale che interessi più unità, dove, sempre alla lettera, la collettività gettata in balia della insindacabile valutazione del datore di lavoro inizia, forse, sol che si abbia l'accortezza di unire nella sorte due soli dipendenti (16). Ognuno facilmente avverte come stia proprio qui il *rebus* della situazione, non essendo facilmente coordinabili le due disposizioni ove ci si metta nell'ordine di idee, doveroso per l'interprete in considerazione della *ratio legis*, di configurare in concreto una effettiva tutela del lavoratore, senza al contrario vanificarla per la comoda scappatoia del licenziamento collettivo.

Non a caso fu proprio qui assai violenta, nel corso dei lavori

---

*duali nella dottrina e nell'esperienza,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1428, spec. 1441, nota 40, con interessanti notazioni sulla questione dell'interesse « dell'impresa ».

(16) V. Mazziotti di Celso, *Sulla natura dei limiti obiettivi al licenziamento*, in *Dir. lav.*, 1967, I, 207, spec. n. 5, nota 45.

preparatori, l'opposizione dell'estrema sinistra (17), anche se fu alquanto confusa e non pertinente. Perché motivo di preoccupazione doveva derivare non già dalla circostanza che la legge prevedesse, accanto al giustificato motivo subiettivo, il giustificato motivo obiettivo, così determinandosi, come si disse, una confusione tra il licenziamento individuale e quello per riduzione del personale, sibbene dal fatto che la legge lasciasse fuori, *sic et simpliciter*, questa seconda situazione, senza rendersi conto delle gravissime implicazioni vanificatrici, operando sulla falsariga, inopportunamente intesa, della duplice o diversa regolamentazione prevista da tempo, per il settore dell'industria, negli accordi interconfederali. Pertanto, se la qualificazione di « collettivi » aggiunta nella legge ai licenziamenti per riduzione di personale segna formalmente un progresso (però facilmente aggirabile, come si è visto) rispetto alla disciplina sindacale, nel cui ambito si è ritenuta configurabile la riduzione del personale per una sola unità (18), si ripropone nella sostanza il problema controverso e a lungo agitatosi se, rispetto agli accordi interconfederali, fosse possibile o no, al lavoratore licenziato per riduzione del personale, far successivamente ricorso alla procedura conciliativa ed arbitrale di cui all'accordo per i licenziamenti individuali (19). Quesito al quale, a mio avviso e malgrado le autorevoli opinioni in contrario, avrebbe dovuto rispondersi positivamente, anche nell'ipotesi di raggiunta conciliazione intersindacale sul numero dei lavoratori licenziandi (20), posto che die-

---

(17) V. ancora *Prime riflessioni sulla nuova disciplina*, cit., spec. 200 ss.

(18) V., ad es., Trib. La Spezia 12 maggio 1956, in *Orient. giur. lav.*, 1967, 391 (m); Trib. Ancona 21 ottobre 1958, in *Riv. giur. lav.*, 1959, II, 137. *Contra*, Giugni, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, Milano, 1954, 52, nota 92, in polemica con il Secreti.

(19) Sul punto v., anche con riferimenti ai contrastanti indirizzi della giurisprudenza, la relazione di Petroni e Cipollaro in *Giusta causa e giustificati motivi*, cit., 205. In dottrina v.: Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano, 1962, 377 ss. con negazione della cumulabilità delle due procedure, ma con valutazione critica della motivazione all'uopo addotta da altri autori; Marchetti, nota in *Giust. civ.*, 1956, I, 181, che si pone però, realisticamente, il problema della eventuale frode del datore di lavoro; Reggiani, *Rapporti tra licenziamento per riduzione di personale e licenziamento individuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 800; Zanchi, *Licenziamenti per riduzione di personale e licenziamenti individuali*, in *Mass. giur. lav.*, 1955, 133.

(20) Ed infatti l'avvenuta conciliazione intersindacale non può essere preclusiva per il singolo lavoratore sia per il suo carattere sia perché, in ogni caso, essa non copre la zona in cui viene in questione la scelta dei lavoratori licenziandi. La contraria tesi è stata sostenuta dal Na(toli), *nota*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, II, 521, nonché dal Cessari, *Intervento*, in *Giusta causa e giustificati motivi*, cit., spec. 216: « si arriva ad una conciliazione e allora evidentemente non sorge questione, oppure ancora alla conciliazione non si addiviene e, nel caso che di reale riduzione del personale non si sia trattato, sorge il

tro lo schermo del licenziamento per riduzione del personale (di per sé certo insindacabile nella ragione determinante) ben poteva celarsi, rispetto al singolo o una sostanziale ingiustificazione o, perfino, un recesso di rappresaglia logicamente deducibile nell'apposita procedura, anche perché le due procedure, come esattamente si rilevò (21), si collocano su diverso piano e con diverso significato: quella conciliativa intersindacale di cui all'accordo per i licenziamenti per riduzione di personale ai fini di un esame conciliativo, appunto, circa l'opportunità o no della disposta riduzione e della sua misura, quella conciliativa ed arbitrale dell'altro accordo per considerare puntualmente, nell'ambito della disposta riduzione, la posizione del singolo. Non a caso, come risulta da una recente indagine (22), questa tesi è stata largamente accolta nella giurisprudenza dei collegi arbitrali, certo assai più sensibili della giurisprudenza dei giudici ordinari alla dimensione reale dei problemi. Assai significatamente il problema è stato già riproposto in dottrina, sull'esatta premessa che se la legge fosse intesa così come recita la lettera, ben facile sarebbe la scappatoia elusiva; osservandosi, in particolare, che non ha fondamento logico la tesi (23) secondo la quale la « procedura identifica il recesso », poiché « è vero l'opposto: la reale ragione che sostanzia il recesso determina i diritti delle parti, di modo che il diritto del lavoratore

---

diritto del lavoratore di portare la questione dinanzi al Collegio arbitrale »; in sostanza, per questi aa., l'avvenuta conciliazione comproverebbe la genuinità della riduzione del personale, mentre il ricorso del singolo lavoratore all'altra procedura arbitrale può ammettersi sol quando, difettando la conciliazione attestante del reale intento del datore di lavoro, vi è spazio per prospettare la frode di questi. Quale che sia il fondamento di questa tesi in sede interpretativa degli accordi interconfederali, essa è certo angusta rispetto alla legge, per le considerazioni fatte nel testo, non dimenticando, poi, che nei settori diversi da quello industriale, non è prevista alcuna procedura sindacale.

(21) V. Smuraglia, *Appunti in tema di licenziamenti per riduzione di personale*, in *Riv. giur. lav*., 1959, II, 143.

(22) V. i dati risultanti dall'indagine empirica condotta, per conto del C.n.r., dai « Gruppi di studio sulla formazione extralegislativa del diritto del lavoro delle Università di Bari e Bologna », *I licenziamenti nell'industria italiana*, Bologna, 1968: il collegio arbitrale genovese ha sempre ritenuto che il lavoratore licenziato per riduzione di personale possa far ricorso alla procedura di cui all'accordo interconfederale 18 ottobre 1950, potendo il ricorrente provare la frode della controparte (*ivi*, 101, nonché 117 e 134); in altra occasione un collegio emiliano stabilì che il previo esperimento della procedura conciliativa intersindacale comporta solo una presunzione semplice della validità del motivo addotto dal datore di lavoro, essendo possibile al lavoratore fornire la prova contraria (*ivi*, 136).

(23) V. Mengoni, *Deformazioni giurisprudenziali della disciplina collettiva dei licenziamenti nell'industria*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 307.

non può essere paralizzato in virtù della mera circostanza che il datore di lavoro abbia promosso una procedura incongrua », in quanto « è (...) da escludere che il ricorso malizioso ed artato alla procedura incongrua possa fruttare il premio della sostanziale insindacabilità dei veri motivi del recesso » (24). Inoltre si è posto in rilievo che la pura e semplice motivazione per riduzione di personale non può essere preclusiva, se è vero che l'art. 4 della legge n. 604 detta la nullità del licenziamento per rappresaglia « indipendentemente dalla motivazione adottata » (25). Con la conseguenza che si è ritenuta ammissibile l'impugnazione del licenziamento in ogni caso (26), per consentire al lavoratore di provare l'elusione o la frode in suo danno, intendendosi il capoverso dell'art. 11 nella sua letterale preclusione solo laddove si sia dato in concreto corso alla procedura di cui all'accordo interconfederale 5 maggio 1965, in quanto — assai discutibilmente — si ritiene che « la norma che sancisce l'insindacabilità dei licenziamenti per riduzione di personale spiega qui il suo pieno effetto nel senso di rendere inammissibile l'impugnazione del licenziamento, quando questo sia stato intimato a norma dell'accordo attuato secondo la procedura ivi prevista » (27).

Il punto merita di essere attentamente esaminato per la sua centrale decisività, anche perché gli autori sopra riferiti, se opportunamente hanno sollevato il problema, vi hanno dato, a mio avviso, una soluzione quasi di ripiego che non risolve e non appaga. Poiché se è vero che il lavoratore può certo in ogni caso impugnare in linea di principio il licenziamento prospettando la nullità di cui all'art. 4, è altrettanto unanimemente riconosciuto che nell'ipotesi si richiede una *probatio diabolica* difficilmente raggiungibile (28); e la difficoltà certo si accresce

---

(24) Così Cessari, *Sindacabilità dei motivi del licenziamento*, cit. *supra*.

(25) V. ancora Cessari, *Sindacabilità dei motivi del licenziamento*, cit., nonché Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1956, 64.

(26) V. Napoletano, *op. cit.*, 63 ss., ove però giustamente si osserva che il giudice non può esercitare un controllo di merito sui licenziamenti collettivi; l'a. ha ribadito nella sostanza la sua tesi, in *Corso di dir. del lav.*, Napoli, 1968, 274.

(27) Così Trioni, *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966, n. 604,* in *Riv. giur. lav.*, 1967, I, 27 e 111, spec. 45, facendo l'a. una netta differenza tra l'ipotesi in cui si sia dato corso, nel settore industriale, alla previa procedura conciliativa intersindacale e i casi in cui una procedura consimile non sia stata esperita, di fatto o perché non prevista: qui sarebbe ben possibile l'impugnazione del lavoratore, come sarà ulteriormente chiarito nel testo. A mio avviso questa rigida contrapposizione non è accoglibile per ragioni di sostanza e l'espletamento della procedura conciliativa intersindacale può valere solo come circostanza attestante della genuinità della decisione complessiva di massima, escludendo di per sé, ma solo su questo piano preliminare, la frode.

(28) V. Grassetti, *La nuova legge sui licenziamenti individuali*, cit., spec. 288.

ove la controparte possa semplicemente e alla lettera trincerarsi dietro lo schermo di un licenziamento collettivo. Il salto interpretativo da compiere è ben altro, diverso e più impegnativo, ove si voglia garantire effettività di tutela per i lavoratori. Si tratta, precisamente, di affermare, se possibile, che tutti i licenziamenti, quale ne sia la motivazione, rientrano nella disciplina della legge, questa imponendo nella sua logica che il datore di lavoro comprovi, ancor quando all'origine vi sia una decisione complessiva di riduzione del personale, il giustificato motivo di licenziamento nei confronti del singolo lavoratore. Del resto è quanto si è esattamente intuito, allorché si è scritto che, ammettendo comunque il sindacato sulla veridicità della motivazione per riduzione di personale « si finisce col trasformare la riduzione di personale da ipotesi di esclusione del sindacato sui motivi in ipotesi a sé stante di giustificazione del licenziamento che si affianca alle altre previste dall'art. 3 » (29).

Il dilemma può così formularsi: o si intende il capoverso dell'art. 11, così come recita la lettera, come un'esclusione di materia dal campo di applicazione della legge con le conseguenze disastrose e vanificatrici che si sono avvertite o si interpreta la norma, in conformità alle finalità della legge medesima, altrimenti, come affermazione, letteralmente scorretta, che le decisioni in tema di riduzione del personale sono sottratte a qualsivoglia sindacato del giudice, in quanto tali, essendosi inteso affermare che quivi è sovrana, libera e anche arbitraria la scelta del datore di lavoro. Per la prima tesi sta la lettera, per la seconda una coerente, adeguata interpretazione condotta in chiave di *ratio legis*. Sta alla sensibilità dell'interprete decidere, in una materia, come la nostra, nella quale in questo ventennio, sia per il mancato intervento del legislatore sia per il carattere tecnicamente inadeguato di questo intervento, largamente e in più occasioni, come di recente ricordavo al Furno in un dibattito al seminario fiorentino di diritto del lavoro, e la dottrina e soprattutto la giurisprudenza hanno accolto soluzioni non sufficientemente consentite dalla lettera della legge o addirittura nel vuoto legislativo, muovendosi secondo la logica interna di una regolamentazione o di espedienti imposti dalle prepotenti spinte della realtà, avendo come deboli punti di riferimento o taluni valori costituzionalmente garantiti o principi generali del diritto privato o no. Senza scomodare la recente *querelle* sulla creatività o no di elaborazioni ormai collaudate (30), mi limito ad osser-

---

(29) Così Trioni, *Contributo all'esegesi*, cit., 45.

(30) V. Tarello, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Milano, 1967, nonché, su questo saggio, la mia *recensione*, in *Dir. lav.*, 1967, I, 365. Più in generale v. il mio saggio riepilogativo *Giurisprudenza e dottrina nella « creazione » e nella « sistemazione » del*

vare che qui, nel caso specifico, è prospettabile della lettera una interpretazione che fa salva la sostanza della previsione normativa, intendendola nel contesto di un intervento legislativo del quale sono ben chiare e giustificazioni e finalità; si tratterebbe, pertanto, di quella interpretazione correttiva di cui il Giugni parlò nel convegno comasco dell'ottobre 1966 (31), secondo una lettura del testo che è l'unica logicamente possibile nell'insieme della 604, se non se ne vuole minare la portata.

Per mio conto chiudo, sia pure provvisoriamente come è inevitabile, il tormento interpretativo di queste settimane, decisamente optando per l'interpretazione *praeter litteram*. A mio avviso, il capoverso dell'art. 11 vale semplicemente come affermazione della insindacabilità delle scelte imprenditoriali per quanto attiene alle dimensioni dell'impresa, in armonia con la garanzia costituzionale dell'iniziativa economica e a testuale smentita delle tesi che vorrebbero ricavare dalla 604 l'avallo di quelle concezioni che si sono in precedenza respinte. Donde deriva che la decisione di riduzione di personale, in sé e per sé considerata, si sottrae ad ogni indagine del giudice, quali che siano i motivi, seri o futili o del tutto personalmente egoistici, che l'hanno determinata. Ma ciò non toglie al lavoratore la possibilità di impugnare il licenziamento, siano state esperite o no previamente procedure di conciliazione intersindacale (la circostanza è del tutto indifferente), e non esime il datore di lavoro dall'onere di fornire la prova che, nell'attuazione del suo proposito di ridurre l'organico del personale, gli era obiettivamente inevitabile, ai sensi dell'art. 3, procedere a quei determinati licenziamenti. In sostanza è imprescindibile dimostrare il nesso di causalità tra la decisione di massima determinante e i licenziamenti in concreto disposti in esecuzione della medesima (32), comprovando, ad es., che la disposta riduzione del personale per una data misura percentuale o, altrimenti, per ridurre l'organico nella dimensione resa necessaria ai fini produzione quantitativamente ridotta o con altre caratteristiche o a seguito di certe

---

*diritto sindacale e del lavoro*, destinato a *Cultura e Scuola* e già pubblicato in *Boll. sc. perf. Ts.*, 1967, nn. 38-39, 5.

(31) L'impostazione del Giugni è criticamente esaminata dal Grandi, *La risoluzione delle controversie in tema di licenziamento individuale*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, I, 441 s.

(32) Esattamente il Trioni, *Contributo all'esegesi*, cit., 45, limitando però il discorso alle situazioni nelle quali non abbia avuto svolgimento la previa procedura conciliativa intersindacale, afferma che quivi, dovendosi ammettere il controllo del giudice, ne deriva che « anche la scelta dei prestatori di lavoro licenziati sia soggetta al controllo del giudice, poiché l'adozione di criteri discriminatori interrompe il nesso di causalità fra l'esigenza di ridurre il personale e il provvedimento di licenziamento che colpisce il singolo lavoratore ».

innovazioni tecnologiche ha dovuto di necessità ottenersi licenziando specificatamente un certo numero di dipendenti secondo particolareggiate determinanazioni attuative rapportate e motivate per reparti, settori, uffici. In altre parole, il datore di lavoro dovrebbe fornire la prova della giustificazione del licenziamento, esternando il complesso *iter* attuativo del nuovo assetto nell'unità di lavoro, al limite dimostrando, a coronamento di una serie causale concatenata, la necessità o quanto meno l'opportunità di licenziare quel determinato lavoratore; altrimenti sarebbe sufficiente opporre una motivazione generica ed indifferenziata con la quale sarebbe possibile facilmente coprire e maschera e ogni abuso in sede attuativa in danno dei lavoratori. È in questo contesto che può apprezzarsi la rilevanza del preventivo esperimento di una procedura conciliativa intersindacale; nell'ipotesi che questa procedura si concluda positivamente con l'accordo delle parti, il consenso manifestato dalle associazioni rappresentative dei lavoratori è certamente un dato non trascurabile al fine di convincere il giudice della giustificazione dei licenziamenti. Ma, rispetto al complesso *iter* attuativo della decisione, la zona in concreto rispetto alla quale dovrebbe essere possibile invocare, a giustificazione dell'operato, l'ottenuto consenso della controparte sindacale dipenderà dall'estensione della materia dedotta nell'accordo; coisì un accordo generico sul numero di licenziamenti in assoluto coprirà solo la decisione di massima, mentre accordi più specifici nei quali si consideri il programma attuativo per reparti e uffici saranno invocabili a giustificazione delle ulteriori e con seguenti determinazioni (33).

Sennonché, rispetto all'interesse del singolo lavoratore (34), la prospettazione specifica della determinazione di riduzione del personale, nei suoi singoli passaggi logici, può valere, in concreto, fino ad un certo punto. Vale forse senza residui, salvo quanto dirò in seguito, per quel tanto per cui l'attuazione del programma implica la necessità o l'opportunità obiettivamente valutabile di licenziare singoli lavoratori addetti a singoli uffici o a posti di lavoro affidati ad un solo soggetto; qui, al limite,

---

(33) Accordi di questo tipo sono ben possibili di fatto, ove le organizzazioni dei lavoratori possano ottenere tanto; del resto all'art. 2 del vigente accordo interconfederale sui licenziamenti per riduzione di personale si prevede che, nell'ambito della procedura conciliativa, si studi la possibilità di evitare, in tutto o in parte, i licenziamenti « anche mediante eventuali trasferimenti nell'ambito aziendale ».

(34) Nell'esperienza statunitense, la procedura intersindacale è di scarso rilievo; l'accento cade sui criteri obiettivi che il datore di lavoro deve seguire nella scelta dei lavoratori da licenziare, potendo gli interessati in ogni caso ricorrere a procedure arbitrali: v. Mancini, *Il progetto di legge sulla « giusta causa » e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, 111, spec. 113.

la soppressione del singolo posto di lavoro assorbe ogni altra possibile contestazione. Ma, di norma, l'ipotesi assai più frequente è quella in cui si pone la necessità di incidere in percentuale tra gli addetti a determinati reparti o uffici, in una situazione in cui la decisione in sé, nella sua portata anonima, appare giustificata (35), ma non si risolve il problema per quanto attiene all'individuazione dei singoli rispetto ai quali è obiettivamente più giustificato il licenziamento, né si fuga il pericolo che la cernita avvenga con l'intento di sacrificare i lavoratori più fastidiosi per l'impresa, ad es., a ragione della loro combattività sindacale. È, notoriamente, il problema che si è cercato di risolvere, del tutto inadeguatamente, nell'accordo interconfederale, indicando i criteri di massima ai quali il datore di lavoro si dovrebbe attenere nella scelta dei licenziandi, con una valutazione complessa in concreto demandata al recedente e tale da rendere dubbia la posizione giuridica dei lavoratori, malgrado il contrario opinamento della Corte costituzionale (36). In quali termini può ammettersi che il lavoratore impugni il licenziamento, prospettandone la non giustificazione e praticamente sostenendo che si è voluto approfittare dell'occasione del licenziamento collettivo per sbarazzarsi di lui?

Intanto una prima situazione può delinearsi con una certa persuasività in termini effettuali. È, quella in cui voglia prospettarsi l'esistenza di un licenzizmento di rappresaglia per una delle tre ragioni determinanti indicate nell'art. 4, oppure di un licenziamento disposto per un motivo illecito, accogliendosi l'esatta premessa che l'art. 4, quale norma in realtà dichiarativa in svolgimento di un principio generale, non esaurisce la zona ben più vasta della illiecita da individuarsi nel triplice riferimento di

---

(35) Ancora per concreti riferimenti ai criteri restrittivi ritenuti nella giurisprudenza arbitrale (nel caso del collegio veneziano), v. *I licenziamenti nell'industria italiana*, cit., 146-147.

(36) V. in proposito la mia nota *Le sentenze della Corte costituzionale sulla eccezione in legge degli accordi interconfederali per i licenziamenti*, in *Foro it.*, 1967, I, c. 15, n. 3 e nota 25 per i necessari riferimenti. Sulla portata della clausola dell'accordo interconfederale (ora nota a verbale all'art. 2 dell'accordo 5 maggio 1965) che consente alle organizzazioni dei lavoratori, in caso di raggiunto accordo intersindacale sul numero dei lavoratori da licenziare (perché questa limitazione?), di esaminare la lista dei licenziandi « allo scopo di segnalare gli eventuali casi individuali meritevoli di un riesame », v. Cass. 12 febbraio 1966, n 430, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1295. La tutela del lavoratore è pertanto, sotto questo profilo, dubbia, anche se formalmente, a seguito della recezione in legge dell'accordo del 1950 fatta salva sul punto dalla Corte costituzionale in ragione del carattere sostanziale della previsione, nel settore industriale anche i datori di lavoro non sindacalmente affiliati sono obbligati al rispetto di quei criteri. Sul punto v. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, cit., 60.

cui all'art. 1343 c.c. (37). È, infatti indubbio, secondo l'esatto rilievo del Cessari e del Napoletano già riferito, che espressamente e ovviamente l'art. 4 consente l'impugnazione per nullità, qualunque sia la motivazione addotta, quali che siano le difficoltà d'ordine probatorio. Potrebbe obiettarsi *prima facie* che qui difetta per definizione l'estremo del carattere determinante del motivo illecito (38), poiché qui il licenziamento è stato disposto per riduzione del personale, per una complessa motivazione nella quale sfugge l'illiceità di una spinta coesistente. Ma l'obiezione, così formulata, non ha pregio perché qui è in questione non la decisione di massima, valutata di per sé e in astratto, in ordine alla perseguita riduzione, ma la determinazione concreta ed attuativa di licenziare, in quel contesto, quel determinato lavoratore ed è proprio questa decisione singola che viene in contestazione, anche se la prova della illiceità diventa ancor più disperante allorché il recedente possa vantare a suo pro una serie causale obiettivamente giustificata almeno fino alla soglia oltre la quale è in giuoco la sorte del singolo lavoratore. Onde l'azione del lavoratore può essere accolta solo nelle rare ipotesi in cui per un complesso di circostanze precise e concordanti sia possibile convincersi della illiceità licenziamento nella prudente valutazione delle risultanze istruttorie (39).

Resta però aperto il problema di fondo se sia possibile e come imporre il rispetto di criteri di obiettiva scelta dei lavoratori licenziandi, per poter quindi controllare in concreto la giustificazione dei singoli licenziamenti. La giustizia sostanziale, ad es., esigerebbe che fosse impedito al datore di lavoro di prescegliere, a parità di attitudini lavorative

---

(37) V. Grassetti, *La nuova legge sui licenziamenti individuali*, cit., e con ampi, convincenti svolgimenti, Cessari, *Annotazioni sulla nullità del licenziamento*, in *Dir. lav*., 1967, I, 201.

(38) V., per riferimenti, il mio *Sindacabilità dei motivi del licenziamento*, cit., spec. n. 2, 105.

(39) V. una situazione singolare riferita in *I licenziamenti nell'industria italiana*, cit., 136, nota 29; in una serie di pronunce del 1954 emesse rispetto all'ipotesi di licenziamento di componenti la commissione interna per riduzione di personale, un Collegio ritenne che il recesso era stato intimato in realtà a ragione dell'attività dei lavoratori come componenti della commissione « ... in quanto i due lavoratori di cui trattasi sono risultati operai di capacità superiore alla media ». Significatamente il problema è stato individuato anche in tema di esercizio dello *ius variandi*, rilevandosi che il giudice non potrà certo, in linea di massima, sindacare la decisione del datore di lavoro sotto il profilo dell'aver prescelto un lavoratore in luogo di altro per il mutamento delle mansioni, « ... a meno che — ma allora il giudizio si sposta su altro piano — non emergesse un intento emulativo o discriminatorio », in termini di rappresaglia: v. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 322-323.

e di rendimento, i dipendenti più sindacalmente vivaci; ma questo ideale ultimo è certo irraggiungibile per le difficoltà intrinseche di svolgimento e per il peso di una realtà umana che nessuno potrà mai eliminare. Per converso, è comprensibile che, a parità di condizioni, si cerchi di mantenere in servizio i lavoratori più utili, liberandosi nell'occasione degli scansafatiche o dei meno utili; dove la scelta si giustifica in termini di economicità cospirante all'interesse generale. Non a caso, nella prima pronuncia giudiziale che si può registrare in tema di giustificato motivo obiettivo (40), il giudice ha ritenuto giustificato il licenziamento del lavoratore di minori attitudini, a seguito di un nuovo assetto risoltosi nella soppressione di un ufficio e nella destinazione all'ufficio restante del lavoratore già preposto all'ufficio soppresso, in sostituzione del licenziato (41). Si va, quindi, alla concretezza delle situazioni rispetto alle quali è difficile dire o enunciare criteri dall'esterno e in astratto, per la irripetibilità singola delle medesime; forma che al limite la prova della giustificazione del singolo licenziamento attuativo dovrebbe essere richiesta al datore di lavoro, pur se nella massima parte dei casi, fornita la prova della giustificazione generale di massima, nel giuoco processuale delle contrapposte contestazioni, ad un certo punto l'onere della prova in concreto si inverte in danno del lavoratore, parandosi innanzi a costui lo scoglio disperante di dimostrare l'ingiustizia nel suo caso particolare. È anche per questo che, in definitiva, la tutela del lavoratore innanzi ai licenziamenti obiettivamente giustificati si prospetta incerta e problematica, fino al punto che in molti casi ci sarà ben poco da dire; cosicché la materia esorbita dalla disciplina della legge soprattutto per una realtà di fatto e non già per un'esclusione formale che nella logica della protezione è inconsistente. Un passo certo notevole può compiersi, se si accoglie la tesi qui sostenuta e secondo la quale tutti i licenziamenti rientrano nella legge; di guisa che intanto il datore di lavoro deve specificare, si richiesta del lavoratore, i motivi del licenziamento, cioè le circostanze di fatto determinanti del recesso come tali non modificabili in corso di causa, salva la loro qualificazione (42) e poi dovrà provare la

---

(40) V. Pret. Napoli 14 luglio 1967, in *Orient. giur. lav.*, 1967, 595, con nota redazionale critica in *Riv. giur. lav*., 1967, II, 511, ove si manifesta perplessità per il fatto di aver ritenuto giustificato il licenziamento del lavoratore addetto all'ufficio conservato, lamentandosi in generale che la legge definisca il g.m.o. in modo troppo evanescente, suscettivo di tutte le possibili interpretazioni.

(41) In senso critico rispetto al criterio della convenienza economica come giustificazione del licenziamento, v. però; Trioni, *Contributo all'esegesi*, cit., n. 7, con concrete esemplificazioni.

(42) Sul punto v. il mio volumetto *La nuova disciplina del licenziamento indivi-*

ricorrenza del giustificato motivo, nel contesto della disposta riduzione del personale.

Può discutersi, infine, se e in quale misura possa ritenersi ingiustificato il licenziamento, ove risulti in concreto la utilizzabilità del lavoratore in altre mansioni, come si è da più parti prospettato (43). A parte il rilievo che graverebbe sul lavoratore l'onere di provare la possibilità di una diversa destinazione, la tesi appare di per sé dubbia. L'assunto potrebbe prospettarsi solo nell'ipotesi, non rara in caso di licenziamento determinato da ragioni tecnologiche, che al licenziamento di uno o più lavoratori, suscettivi di diversa utilizzazione, si accompagni la contestuale assunzione di altri; e del resto proprio in questi termini ritenni, in un primo commento, di poter individuare la linea distintiva tra il licenziamento individuale obiettivamente giustificato e il licenziamento collettivo (44). Altrimenti, se non si ha questa contestuale assunzione di altri, viene meno il presupposto di fatto in riferimento al quale può utilmente sollevarsi la questione. Piuttosto, in talune situazioni, i termini nei quali la legge consente l'impugnazione sono congegnati in guisa tale da consentire la prova della non giustificazione del licenziamento per eloquenti circostanze successive attestanti della frode o del tentativo elusivo. Si pensi al caso che il lavoratore venga licenziato e che poi, a

---

*duale*, Genova, 1967, 84, con riferimenti dottrinali. Ritengo che la motivazione del licenziamento debba contenere, sia pure per l'essenziale, la enunciazione dei fatti determinanti il recesso e non risolversi in quella vacua qualificazione che è spesso nell'uso. Viceversa l'accordo interconfederale del 29 aprile 1965 letteralmente distingue tra la motivazione alla quale il recedente è obbligato se il lavoratore ne fa richiesta (n. 2) e l'indicazione dei fatti che fanno da supporto alla motivazione medesima, posto che il capoverso dell'art. 10 testualmente recita: « Grava sul datore di lavoro l'onere della prova dei fatti posti a base del motivo addotto a giustificazione del licenziamento »; sul problema mi sono soffermato nello studio *I nuovi accordi interconfederali sui licenziamenti nell'industria*, in *Dir. econ.*, 1965, 501, spec. 514-515.

(43) In generale v. sul punto Giugni, *La disciplina interconfederale da licenziamenti*, cit., 49; Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, cit., 51; Trioni, *Contibuto all'esegesi*, cit., n. 7.

(44) Nel saggio *Prime riflessioni sulla nuova disciplina*, cit., spec. 201-202. Ma in realtà il criterio distintivo così posto, già allora prospettato in termini dubitativi, è in concreto evanescente, perché certamente è ben possibile, ai sensi della legge, il licenziamento del singolo lavoratore per un nuovo assetto tecnico-produttivo, senza contestuale assunzione di altri. Più esattamente si è detto che le ragioni di g.m.o. « ... possono, se ed in quanto tali, risultare avvalorate dall'assunzione di un nuovo lavoratore in sostituzione del licenziato »: così Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, 394. In sostanza il fatto di una contestuale riassunzione di altri, ha valore sintomatico, ma non è decisiva, con particolare riferimento ai licenziamenti c.d. « tecnologici »: v. Trioni, *Contibuto all'esegesi*, n. 7.

distanza più o inetto ravvicinata, il datore di lavoro proceda a nuove assunzioni per categorie e qualifiche rispetto alle quali possa dirsi che, se è emerso un così prossimo bisogno di lavoratori di quel tipo, ciò comprova della non giustificazione dell'anteriore licenziamento, posta l'utilizzabilità del lavoratore in altre mansioni. Naturalmente tutto si risolve in termini di accertamento incensurabile del giudice di merito, ove questi si convinca, nella valutazione della complessa situazione, dell'intento elusivo e possa darne adeguata motivazione non sormontabile in sede di controllo di legittimità. Orbene, il lavoratore che si sia limitato intanto a impugnare stragiudizialmente il licenziamento *ex* art. 6, comma 1, della legge, avendo poi a disposizione un termine... indeterminabile (45) per la proposizione dell'azione in giudizio, potrebbe farsi forte, forse, di queste successive circostanze. Naturalmente questa possibilità, in fatto, in mantenere aperta la questione e di versare quindi in causa circostanze sopravvenute, viene largamente meno per il lavoratore che abbia titolo per esperire le procedure sindacali d'impugnativa del licenziamento, nella misura in cui codeste procedure si ritengono, come io fermamente ritengo (46), impegnative e quindi in linea di principio, obbliganti; e ciò per la circostanza che in questo contesto si impone il rispetto dei termini perentori di cui all'accordo interconfederale, pur se gli eventuali fatti sopravvenuti potranno dedursi innanzi al collegio arbitrale. In sostanza, il relativo contenimento nel tempo della procedura arbitrale rispetto a quella innanzi al giudice, in pratica elimina o riduce la evenienza che qui si è delineata.

5. Ai sensi dell'art. 3 della legge il licenziamento può disporsi per « ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa » e questo triplice riferimento viene ormai sintetizzato nella formula ricorrente del giustificato motivo obiet-

---

(45) Nel saggio *Prime riflessioni sulla nuova disciplina*, cit., ho ritenuto di poter risolvere il problema, gravissimo in termini di certezza dei rapporti giuridici, prospettando l'applicazione del termine quinquennale dettato per l'azione di annullamento; ma l'assunto è opinabile, perché collegato alla controversa qualificazione del licenziamento rispetto al quale si possa accertare poi l'inesistenza o della giusta causa o del giustificato motivo. A questo proposito è da segnalare una grossa svista nella quale è incorso il Santoro-Passarelli, *Nozioni*, cit., 218, scrivendo l'a., in contrasto con la chiara lettera del comma 1 dell'art. 6, che il licenziamento deve essere impugnato, nel termine di decadenza di sessanta giorni, dinanzi al pretore.

(46) Come ho sostenuto da ultimo in una relazione sull'arbitrato irrituale *ex* art. 7 legge n. 604, letta il 30 marzo u.s. al Seminario di preparazione per dirigenti sindacali e aziendali dell'Università di Firenze.

tivo. Mentre le due prime previsioni sono di agevole comprensione (47), più complesso è il discorso per la terza ipotesi relativa al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro, rispetto alla quale si è felicemente intuito che venire in evidenza l'elemento personalistico « nel senso che non è tanto una determinata prestazione che è divenuta non più necessaria, quanto un determinato lavoratore che non è più valutato in grado di collaborare regolarmente », onde qui siamo in una zona di confine tra considerazioni obiettive e subiettive (48), più precisamente, a mio avviso, in una situazione nella quale l'utilità della conservazione del lavoratore diventa obiettivamente dubbia. In questo ordine di idee possono prospettarsi i casi della inidoneità del lavoratore al lavoro a squadra e del reiterato turbamento del normale andamento del lavoro per sistematiche assenze (49), così come può ipotizzarsi il caso del lavoratore che, per i postumi permanenti di una malattia della quale è clinicamente guarito, non sia più capace di quel rendimento che si esige, secondo la media, in quel determinato posto di lavoro (50). Ritengo che questa impostazione sia del tutto esatta, non valendo in contrario, come si è scritto (51), che la legge n. 604 non contempli, a differenza della raccomandazione n. 119 dell'O.I.L., i motivi afferenti all'attitudine del lavoratore, quali l'incapacità professionale, la sopravvenuta infermità, le inadempienze sistematiche. Non a esso in questo senso si è ripetutamente espressa la giurisprudenza arbitrale, in particolare ritenendo giustificato il licenziamento a ragione delle ripetute assenze per malattia, quando « le assenze siano tali, per la loro natura e frequenza, da privare l'imprenditore della ragionevole fiducia di ottenere le prestazioni lavorative della controparte » (52), così come in questa sede, particolarmente eloquente, si è talora attribuita rilevanza al rendimento insufficiente del

---

(47) Per una esauriente delimitazione v. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., 394.

(48) Così RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., 394; in senso adesivo, V. ZANGARI, *Giusta causa e giustificato motivo*, cit., 130 dell'estratto.

(49) Per tale casistica, v. CESSARI, *Sindacabilità dei motivi del licenziamento*, cit.

(50) Per GIUGNI, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti*, cit., 49 ss., in sede di controllo dei licenziamenti le esigenze produttivistiche vanno contemperate con l'equità sociale, imponendosi, in particolare, una valutazione benevola dello scarso rendimento. In senso critico rispetto a questa impostazione, v. DE FERRA, *L'interesse dell'impresa*, cit., n. 8.

(51) V. VAIS, *Iter formativo e interpretazione della legge sui licenziamenti individuali*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, 285, spec. 289.

(52) V. in tal senso, in relazione a pronunce di collegi emiliani, *I licenziamenti nell'industria italiana*, cit., 122.

lavoratore (53), nell'ipotesi, naturalmente, che questa seconda situazione non possa emergere in termini di notevole inadempimento (54). Ed infatti è del tutto ragionevole attendersi dal lavoratore, nei limiti dell'umanamente possibile, un utile apporto sistematico, non dimenticando come si debbano constatare nella realtà frequenti abusi, nel giuoco frodatorio tra la possibilità di usufruire delle prestazioni a carico dell'ente di previdenza e quella contestuale di prestare altrove lavoro, nell'impossibilità di controllare un fenomeno di massa; fenomeno che non a caso segna le punte più alte in determinate stagioni quando le aziende agricole hanno fame di braccia... (55). A questo proposito mi è stato di recente rimproverato (56) di essere caduto in contraddizione, avendo sostenuto da una parte la possibilità di licenziare per la terza ipotesi di giustificato motivo obiettivo il lavoratore sistematicamente malaticcio e dall'altra che non costituisce di per sé giustificato motivo il decorso del termine di comporto per malattia (57). Non ritengo di poter accettare il rilievo, poiché il superamento del termine di comporto non può legittimare, di per sé, il licenziamento ove non siano deducibili altre ed obiettive circostanze giustificanti, mentre la sistematica assenza per ripetuti malanni più o meno gravi, frustrando quella relativa certezza sull'apporto del lavoratore che è condizione essenziale per il regolare funzionamento dell'unità di lavoro, fornisce una giustificazione che, nei casi concreti attentamente vagliati, è *in re ipsa*...

Più in generale, può prospettarsi la tesi che la terza ipotesi in discorso può utilmente giuocare in molte ipotesi per dedurre, a giustificazione del licenziamento, molte di quelle situazioni obiettivamente ravvisabili nella sfera del lavoratore, che in precedenza trovano sfogo nella giusta causa oggettivamente e fiduciariamente intesa (58), consentendosi così di temperare l'eccessiva rigidità della complessiva formula-

---

(53) V., ancora, in relazione a pronunce di collegi emiliani, *I licenziamenti nell'industria italiana*, cit., 122.

(54) Da ultimo, sullo scarso rendimento, individuando l'a. tre diverse situazioni rilevanti sul piano del trattamento giuridico, v. Cessari, *Sindacabilità dei motivi del licenziamento*, cit.

(55) Per un caso paradigmatico del diffuso fenomeno, v. App. Firenze 26 aprile 1966, in *Giur. tosc.*, 1966, 765.

(56) V. Di Nubila, *Variazioni sulla legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, I, 397, spec. 402-403.

(57) Tesi da me sostenute nel volumetto *La nuova disciplina del licenziamento individuale*, cit., 64-65 e 73-74.

(58) V. in tal senso Zangari, *Giusta causa e giustificato motivo*, cit., 126 dell'estratto.

zione a suo tempo e non a torto criticata dal Mancini (59). Posto che la legge n. 604 implichi di necessità il superamento di quella concezione lata della giusta causa ritenuta in un largo filone della dottrina e della giurisprudenza (60), nonché il rigetto dell'accezione fiduciaria della nozione (61), determinate situazioni obiettive ostative dell'utile ulteriore impiego del lavoratore, a prescindere dall'inadempimento o no, possono rilevare per questa via. Si pensi, ad es., a quei rapporti nei quali di necessità si richieda, ad es., per i sistematici contratti con i clienti e i terzi, quella che in altre occasioni ho ritenuto di poter definire, alquanto approssimativamente, come « fiducia funzionale » (62), mancando la quale si ridurrebbe l'ambito delle utilità ricavabili. Non c'è dubbio che qui pure emerge il turbamento della normalità che si richiede nelle unità di lavoro; con un trattamento, recesso con preavviso, che ben si giustifica in termini di proporzione e concettuali, posto che quando sono in questione le esigenze obiettive, non v'è modo per poter logicamente passare ad una situazione qualificabile come « causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto ». Anzi quando la giustificazione si prospetta in termini di regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro, il preavviso lavorato è il minore dei mali nella immediatezza, così come ogni modifica tecnico-produttiva richiede una previa programmazione e una non repentina attuazione (63).

6. Dalla garanzia costituzionale della libertà dell'iniziativa economica (e forse, prima ancora che dall'esplicito riconoscimento della Carta, da un principio materiale che discende come corollario dall'assetto economico-sociale ivi prefigurato), deriva un limite essenziale circa la possibilità di controllare i licenziamenti disposti per giustificato motivo obiettivo, limite che comporta che il sindacato del giudice non superi

---

(59) V. *Il progetto di legge sulla « giusta causa »*, cit.

(60) Per un esauriente riepilogo della tormentata questione, v. Ghezzi, *Il concetto di giusta causa nella evoluzione della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giusta causa e giustificati motivi*, cit., 35.

(61) La quale concezione fiduciaria, oggi, a mio avviso e come da più parti è riconosciuto, gravemente scossa col sopravvenire della nuova legge, è al centro della monografia del Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II. *Il recesso straordinario*, Milano, 1965 (ed. provv.). In senso critico v. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967.

(62) V. *La nuova disciplina del licenziamento individuale*, cit., 69.

(63) Significatamente e assai finemente, in una pronuncia arbitrale si è rilevato, del resto, che per la valutazione delle situazioni di fine lavoro si impone un criterio di adeguata gradualità: v. *I licenziamenti nell'industria italiana*, cit., 102.

quell'ambito oltre il quale verrebbe appunto in questione quella libertà garantita all'imprenditore, sulla quale mi sono indugiato in precedenza. Desidero soffermarmi qui sul problema, in ultima analisi decisivo, del sindacato del giudice, già puntualmente impostato dalla dottrina ancor prima della emanazione della legge n. 104, in sede di valutazione critica delle varie proposte in circolazione. Secondo il Mengoni (64), il lavoratore non potrà in ogni caso contestare la valutazione dell'interesse dell'impresa compiuta dall'imprenditore, né l'opportunità del licenziamento come misura strumentale imposta dalla realizzazione di quell'interesse: « Al giudice potrà essere attribuito il potere di indagare sugli scopi del licenziamento unicamente per accertare se esso è stato deciso nei limiti dell'interesse dell'impresa — insindacabilmente valutato dall'imprenditore — o se, invece, è stato ispirato da motivi estranei a questo interesse, e come tali contrari al rispetto dovuto alla personalità umana del prestatore di lavoro »; donde la conseguenza che potrà aversi solo un giudizio di legittimità, non di merito. Sostanzialmente nello stesso senso si esprime il De Ferra (65) « in definitiva, il giudizio sulla legittimità del licenziamento si risolve nella valutazione della effettiva incidenza sulla funzionalità dell'impresa delle circostanze addotte dall'imprenditore a giustificazione del recesso (...) ne consegue che al giudizio sulla legittimià del licenziamento rimangono estranee considerazioni di merito volte a individuare quali siano le reali esigenze dell'attività imprenditrice. Giudice unico ne rimane l'imprenditore al quale, in sostanza, è imposto solo un obbligo di coerenza: quello di non licenziare dipendenti idonei a collaborare al conseguimento del fine produttivo da lui stesso voluto ». Il problema era stato avvertito del resto, già nel 1954, dal Giugni nel ben noto saggio sulla disciplina interconfederale sui licenziamenti (66) in termini corrispondenti a quella situazione: « spetterà al Collegio accertare se realmente sussistono queste esigenze, o se la riduzione di servizi sia pretestuosa » (67). Ed anche chi ritenne di poter delineare una

---

(64) Nel volume della C.E.C.A *La stabilità dell'impiego nel diritto dei paesi membri della C.e.c.a.*, Lussemburgo, 1958, 279.

(65) V. *L'interesse dell'impresa*, cit., n. 7-8.

(66) V. *La disciplina dei licenziamenti*, cit., 52. Per affermazioni d'estremo interesse nella giurisprudenza arbitrale, v. *I licenziamenti nell'industria italiana*, cit., 126.

(67) È estremamente interessante quanto è stato affermato dal GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, cit, 320 ss., circa i limiti del sindacato del giudice in tema di esercizio del potere riconosciuto al datore di lavoro dall'art. 2103 c.c. Secondo l'a. questo sindacato non può risolversi in un controllo di merito, bensì limitarsi al normale accertamento circa la ricorrenza della fattispecie concreta del diritto potestativo, essendo circoscritto alla verifica della sussistenza delle circostanze di fatto, valutate secondo massime o regole di

interpretazione adeguatrice dell'art. 2118 c.c., configurando una relativa tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto sulla base della concezione associativa del contratto di lavoro, affermò che il sindacato del giudice doveva contenersi nei limiti di legittimità, senza incidere sulle valutazioni di merito o di opportunità dell'imprenditore (68).

Oggi, in sede di interpretazione della legge, si ribadisce che le valutazioni economiche determinanti dell'imprenditore sono insindacabili (69), anche perché « per quanto diffuso possa essere questo controllo, è necessario che un margine di discrezionalità — almeno connesso con qualche inevitabile margine di opinabilità — sia pure lasciato all'imprenditore, su cui incombe la responsabilità del regolare funzionamento dell'impresa, e su cui soltanto si riversano le conseguenze — economiche e morali — della valutazione delle esigenze aziendali, che venga posta a base di una sentenza » (70). In contrasto con la tesi secondo la quale il controllo del giudice sarebbe veramente di merito (71), si è ribadito che il sindacato non può non essere di sola legittimità, se pure a quei fini può e deve estendersi al merito, onde il magistrato deve controllare che le ragioni addotte non siano pretestuose o false, senza però portare l'indagine sulla convenienza o opportunità del provvedimento (72), prospettandosi una significativa analogia col sindacato possibile sulle delibere delle società commerciali con riferimento all'interesse sociale (73). Il tema è stato poi ripreso dal

---

esperienza: « In altri termini, competerà al giudice di sindacare soltanto in ordine all'esistenza di un nesso causale, qualificato da regole di normalità tecnico-organizzative, tra il fatto costitutivo delle esigenze dell'impresa e il provvedimento di mutamento provvisorio delle mansioni... È invece da escludere qualsiasi possibilità di valutazione in ordine alla bontà del giudizio tecnico, alla sua congruità effettiva rispetto al fine perseguito... o alla preferibilità o meno di esso rispetto ad altre, alternative soluzioni ».

(68) V. Novara, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961, 203 ss.

(69) V. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, cit., 393. Sostanzialmente nello stesso senso, v. Jucci, *La garanzia del posto di lavoro e la nuova legge sui licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1967, I, 10, n. 5. Sul problema v. anche Ricci, *La nuova disciplina del licenziamento*, in *Dir. econ.*, 1986, 758, spec. 767.

(70) Così Sermonti, *La legge sui licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1966, I, 343, n. 4.

(71) V. Vais, *Iter formativo e interpretazione della legge*, cit., spec. 311.

(72) V. Grassetti, *La nuova legge sui licenziamenti individuali*, cit.

(73) Ancora Grassetti, *op. loc. citt.* Sul problema del sindacato del giudice sulle delibere delle società, v. da ultimo Trib. Milano 8 ottobre 1962, in *Foro it.*, 1962, I, c. 2194, con ampia nota di riferimenti; App. Milano 13 novembre 1963, *ivi*, 1964, I, c. 165; Trib. Milano 30 gennaio 1967, *ivi*, 1967, I, c. 840. In dottrina v. riepilogati i termini della questione nella monografia di P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, spec. 204 ss.

Trioni (74) il quale, dopo aver affermato la piena costituzionalità di una soluzione, giusta la quale potrebbe essere commesso al giudice un controllo penetrante, rileva che è però difficile ritenere che la legge abbia voluto confidare al giudice un sindacato senza limiti, perché le espressioni adoperate, più blande di quelle della corrispondente legge tedesca « fanno pensare piuttosto a un generico rapporto di attinenza che a un vero e proprio nesso di causalità »; quindi l'a., dopo aver negato che la legge tuteli senza limiti l'interesse dell'imprenditore al massimo profitto con concrete esemplificazioni in proposito, afferma che il giudice, nei limiti della clausola generale di cui all'art. 3, ha l'attitudine di apprezzamento, dovendo stabilire se il licenziamento è giustificato, ossia corrisponde ad un equo contemperamento degli interessi, quello del lavoratore alla conservazione del posto, tutelato in via primaria come vero diritto soggettivo (75), e quello del datore al buon andamento della attività produttiva; pertanto, il controllo è di merito, anche per evitare troppo facili elusioni, ma con un margine di opinabilità entro il quale le scelte dell'imprenditore sono di fatto insindacabili: ad es. il datore non potrà trincerarsi dietro l'insindacabilità della decisione organizzativa (altrimenti gli sarebbe sufficiente vendere la macchina alla quale il lavoratore è addetto), ma nel valutare questa decisione il giudice non potrà spingersi oltre un giudizio delibativo di ragionevolezza.

Non a caso ho compiuto questa può insufficiente rassegna delle opinioni, per far constatare come vi sia, in un problema di così grosso momento, una apparente concordanza nel ravvisare un limite naturale al possibile sindacato del giudice; ma, al di là di questa cautela, si pongono divergenze di sostanza nella individuazione di quel limite, divergenze che possono giuocare in direzioni radicalmente opposte nella concretezza degli orientamenti giurisprudenziali. Infatti, « la funzione del giudice (...) assume aspetti di particolare delicatezza e responsabilità, onde evitare iniziative padronali elusive ed al contempo non interferire sulle valutazioni e sulle scelte tecniche-economiche dell'imprenditore » (76). Da una parte c'è il rischio che il controllo del giudice si riduca ad un sindacato meramente formale, svuotandosi, dietro l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali,

---

(74) V. *Contributo all'esegesi*, cit., n. 7, e ivi interessanti notazioni sul punto se la « determinazione » di cui alla definizione del giustificato motivo nell'art. 3 della legge n. 604, debba intendersi in senso psicologico o eziologico.

(75) Il problema se, a seguito della nuova legge, l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto assurga a vero e proprio diritto soggettivo, è stato sollevato dal Mazzoni, in *Giusta causa e giustificati motivi*, cit., 308.

(76) Così Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, cit., 394.

d'ogni concretezza la tutela del lavoratore come già si paventa (77) e come è stato registrato in altre esperienze (78). Non a caso, ove nelle opere straniere si consultino le parti in cui si tratta della tutela dei lavoratori rispetto ai licenziamenti disposti per esigenze aziendali, il capitolo è assai striminzito, rispetto alla ben più nutrita casistica del licenziamento disposto in termini di giustificato motivo subiettivo (79). Dall'altra c'è l'esigenza di stabilire un punto fermo oltre il quale, checché se ne dica, non è possibile andare ove non si voglia interpretare la legge in un senso chiaramente scorretto sotto il profilo costituzionale (80).

A mio avviso, un buon punto di partenza è quello di intendersi circa l'ambito delle scelte imprenditoriali non suscettive di sindacato, ambito che abbraccia, come ho detto agli inizi, il *se*, il *quanto* e il *come* dell'impresa secondo scelte egoistiche di convenienza non controllabili. Questa è la sostanza deducibile dai princìpi del sistema. Ne deriva che quanto, nelle decisioni del soggetto responsabile dell'impresa, è rapportabile a questo àmbito invalicabile non può non avere pieno corso. Non mi pare accettabile, pertanto, la tesi secondo la quale il giudice dovrebbe comunque procedere ad una valutazione in termini di un equo contemperamento degli interessi contrapposti, così come è discutibile quanto si disse rispetto al controllo dei licenziamenti previsto nell'accordo interconfederale, affermando la necessità di un equo attrezzamento che, oltre ad escludere l'arbibraria discrezionalità dell'imprenditore, non più interprete inappellabile delle esigenze dell'impresa, conduca ad una valutaziione di queste secondo un metro che sia valido

---

(77) V. Natoli, *Evoluzione e involuzione del diritto del lavoro*, in *Riv. fior. lav.*, 1967, I, 207, spec. 214.

(78) V. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail*, Parigi, 1955, 211.

(79) V. Camerlynck, *Traite de la ropture du contrat de travail*, Parigi, 1959; Autiè, *La ropture abusive du contrat de travail*, Parigi, 1959, 8 ss. Per la situazione tedesca v. Spagnuolo Vigorita, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, cit., 41 ss.

(80) E se è vero, come afferma il Trioni, *op. loc. citt.*, che non ci si deve preoccupare per pretese difficoltà tecniche e di apprezzamento nell'espletamento del sindacato del giudice, non essendo queste difficoltà diverse da quelle che il magistrato incontra in materia di controlli sull'amministrazione nell'interesse di minori o nell'ambito fallimentare, è altrettanto evidente, proprio per questa esemplificazione di riferimento, che non può accettarsi l'impostazione di massima di questo a.; giacché nelle situazioni indicate il giudice deve veramente far riferimento all'interesse « in sé », obiettivamente ed astrattamente considerato, del soggetto sottoposto a tutela o dell'amministrazione fallimentare, mentre nel nostro caso si tratta di controllare dall'esterno le decisioni di un soggetto cui spetta una libertà garantita. Ovviamente questo non ha niente a che fare con la possibilità, per il giudice investito dell'accertamento del giustificato motivo, di far ricorso alla consulenza tecnica.

ad offrire una sufficiente considerazione per la sorte dei lavoratori (81). Il contemperamento degli interessi contrapposti è avvenuto, del resto, sul piano della legge: è qui che si è stabilito in quali limiti è rilevante l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto e quindi non è dato all'interprete di procedere oltre. In altre parole, l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto non può non cedere innanzi alle scelte imprenditoriali di cui si è detto, soprattutto perché niente autorizza ad addossare al datore di lavoro il costo della manodopera comunque eliminabile e riducibile con modificazioni tecnico-produttive (82). Più restrittivamente sarà dato al giudice di accertare la consistenza delle ragioni indicate a giustificazione del recesso e di controllare la sussistenza di un preciso nesso causale tra il fatto costitutivo delle ragioni addotte e il licenziamento (83), ritenendo ingiustificato il licenziamento medesimo quando la motivazione risulti pretestuosa o falsa o quando per altra via risulterà determinante un motivo illecito. Naturalmente, in questi limiti, fatto salvo il confine invalicabile, l'indagine può essere spinta a fondo nel merito, con equilibrio e ponderazione. In definitiva si tratta di intendersi sui limiti sostanziali del sindacato, senza impostare il problema in termini di contrapposizione formale fra i tipi di giudizio possibili, essendo d'altro canto dubbia, nel nostro caso, l'alternativa sindacato di legittimità-sindacato di merito (84). Se si vuole, è un sindacato di merito che si innesta nella valutazione del rapporto di necessità o quanto meno di opportunità tra le scelte originarie determinanti, in sé insindacabili, e le conseguenti decisioni attuative, salvo che nel complesso non emerga l'inconsistenza pretestuosa dell'intera deduzione e salvo che non risulti comprovata l'elusione, la frode, talora l'intento persecutorio in danno del lavoratore.

---

(81) Così Giugni, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti*, cit., 49.

(82) Sul problema se, rispetto all'impresa in forma societaria, sia sindacabile, e su azione di chi, il licenziamento disposto dall'amministratore in guisa da ostacolare l'attività volta al soddisfacimento dell'interesse sociale, v. De Ferra, *L'interesse dell'impresa*, cit., n. 6.

(83) V. Mazziotti di Celso, *Sul concetto e sulla natura del giustificato motivo*, cit., n. 4.

(84) Sulla equivocità della contrapposizione, v. Cessari, *Sindacabilità dei nativi del licenz.*, cit., 176, ivi mettendosi in guardia circa la possibilità di meccaniche trasposizioni di concetti elaborati di volta in volta in un preciso, irripetibile contesto.

## 17.

## « RIASSUNZIONE » E PENALE NELLA LEGGE SUI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI

Francamente la conclusione — alla quale è giunto il Pretore di Barra, assumendo che, se il lavoratore muore nel corso della causa, promossa per contestare la giustificazione del licenziamento, cessa la materia del contendere rimanendo gli eredi col classico pugno di mosche in mano — non convince, in primo luogo per la *summa iniuria* che in tal guisa salta prepotentemente agli occhi. E così il caso *éclatant* induce a rimeditare seriamente sulla situazione « sanzionatoria » delineata nell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, per l'ipotesi che si accerti la non giustificazione del licenziamento, nel doveroso sforzo di fornire una costruzione sufficientementete appagante, una costruzione, cioè, che consenta di interpretare il disposto nel senso corrispondente alla *ratio legis*, che è certo quella di preordinare, nei limiti del possibile e della scelta politica di fondo — efficacia obbligatoria e non reale della limitazione del recesso (1) —, una seria tutela a favore del lavoratore ingiustamente licenziato, evitandosi viceversa il rischio di vanificarlo. Giacché questo rischio è, per più versi, insito nelle diverse interpretazioni offerte nel primo sforzo di sbozzare esegeticamente la nuova legge, certo anche per la suggestione derivante dall'enfasi posta nel corso dei lavori preparatori — ai quali ampiamente si richiama il pretore napoletano — sul carattere primario della riassunzione a seguito di ingiustificato licenziamento e su quello viceversa secondario, nelle intenzioni del legislatore, del « ripiego » economico. Ciò si è messo giustamente in rilievo rispetto alla tesi

---

(1) In senso vivacemente critico a questa scelta, v. Mancini, *Il progetto di legge sulla « giusta causa » e la disciplina del licenziamento in diritto comparato*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, III; in adesione alla scelta del legislatore, v. Giugni, *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in tema di licenziamento*, ivi, 1966, I, 123. Per equilibrate considerazioni, v. Zangari, *Giusta causa e g.m. nella nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, I, 51, spec. n. 1.

in un primo momento da me problematicamente prospettata (2) e secondo la quale, ove il datore di lavoro, in ossequio alla sentenza, inviti il lavoratore a riprendere servizio e questi non accolga l'invito, perché, ad es., nel frattempo ha trovato altrove una occupazione più conveniente, non potrebbe addossarsi al recedente senza giustificato motivo l'obbligo di corrispondere la penale. Analoghi rilievi (3) si sono fatti rispetto alla costruzione del Buggè (4), giusta la quale la riassunzione risolverebbe in un eccezionale potere di revoca — con efficacia *ex nunc* — del licenziamento, derivandone l'obbligo del lavoratore di riprendere servizio, pena, altrimenti, il licenziamento, questa volta, per giusta causa « giustificatissima »; ma con ciò, come esattamente si è detto, sostanzialmente svuotandosi la *ratio legis* « la quale (...) è evidentemente nel senso di trovare un modo di favorire il prestatore di lavoro, e non il suo contrario » (5).

Certo, se il disposto dell'art. 8 dovesse intendersi nel senso che grava sul datore di lavoro ingiustificatamente recedente l'obbligazione primaria di riassumere il lavoratore, con la facoltà alternativa di esonerarsi da questa obbligazione corrispondendo all'*ex* dipendente la penale (6), dovrebbe inesorabilmente pervenirsi alla conclusione ritenuta dal pretore, poiché il venir meno della possibilità della prestazione dedotta nell'obbligazione principale, a seguito del decesso dell'interessato, comporta l'estinzione della medesima e quindi, logicamente, l'impossibilità di dar corso alla prestazione in alternativa (7). Così costruita la situazione, ne

---

(2) V. *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Quad. scienze soc.*, 1966, 165, spec. n. 4.

(3) Oltre i contributi di Ghezzi, di cui *infra*, v. l'intervento di Trioni, in Centro nazionale prevenzione e difesa sociale, *Problemi di diritto del lavoro sulla legge 1966 relativa ai licenziamenti individuali*, Milano, 1968 (Atti Convegno Como, ottobre 1966), 144 (dove è delineata per la prima volta la tesi secondo la quale la riassunzione si risolverebbe in una revoca *ex tunc* del recesso); Id., *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966 n. 604*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, I, spec. 126, 8. Nel senso che le critiche all'impostazione del Bugge, dettate dal buon senso e dall'equità, non colgono però nel segno sotto il profilo dommatico, v. il resoconto del convegno comasco di La Gioia, *Problemi attuali di diritto del lavoro*, in *Foro it.*, 1967, 5, 21. Sul problema v., alquanto confuso, Notaro, *Licenziamento in tronco ingiustificato; il problema della alternatività della riassunzione e del pagamento della penale*, in *Dir. lav.*, 1967, I, 416.

(4) V. la relazione di Buggè al convegno Comasco, in *Problemi di diritto del lavoro*, cit., 33.

(5) Così Grassetti, *replica*, in *Problemi di diritto del lavoro*, cit., 185.

(6) Per tale configurazione, v. Finocchiaro, *La legge sui licenziamenti individuali: l'obbligo di riassunzione o il pagamento dell'indennità*, in *Giust. civ.*, 1968, IV, 105, con indicazione, n. 5, di possibili rimedi *de iure condendo*.

(7) Per la diversa incidenza dell'impossibilità della prestazione a seconda che si

deriverebbe altresì l'impossibilità per il lavoratore di chiedere in via principale la condanna al pagamento della penale, ove egli, occupatosi nel frattempo altrove, non abbia più interesse alla riassunzione. E a questa conclusione è giunto puntualmente un pretore milanese (8) — quel medesimo pretore che in altra occasione, come dirò, è stato viceversa estremamente « aperto » nel senso più favorevole per il lavoratore — ancora una volta mettendo l'accento sul carattere primario della riassunzione e, quindi, sulla prospettabilità del diritto alla penale solo nella ipotesi che il datore di lavoro non dia corso alla riassunzione, dovendosi considerare la medesima come sanzione rispetto all'obbligo principale funzionante come incentivo, e nel contempo come risarcimento del danno subito dal lavoratore per la mancata riassunzione, onde « viene meno la necessità di perseguire gli scopi accennati, dal momento che non occorre più sanzionare la violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo primario, né compensare il lavoratore per il mancato conseguimento di un risultato che egli stesso non ha inteso perseguire ». Forse la condanna alla penale potrebbe chiedersi in esclusiva solo nella ipotesi che fosse già accertata l'impossibilità della riassunzione, ad es., a seguito del venir meno dell'impresa del convenuto; egualmente potrebbe sostenersi, sempre con un largo margine di dubbio, nel caso che fosse già del tutto acclarata la volontà del datore di lavoro di non dar corso comunque alla riassunzione, secondo uno spunto di Grandi (9) che potrebbe, forse ed in ogni caso, essere sviluppato nel contesto di quella teorica processualistica (10) secondo la quale è configurabile in generale, nel nostro ordinamento e su certi presupposti, la condanna in futuro (qui, la condanna alla penale destinata a divenire efficace allorché sia vanamente trascorso il termine di tre giorni per la riassunzione).

Ma anche ove si configuri la situazione in termini di obbligazione alternativa (11), superandosi l'ostacolo della lettera giusta la quale la riassunzione e la penale non sono poste sullo stesso piano, quali prestazioni omogenee a scelta del debitore, le conseguenze possono essere abnormi; quelle, appunto, già poste in rilievo, che se il datore di lavoro

---

tratti di obbligazione alternativa o con facoltà alternativa, v. Smiroldo, *Obbligazione alternativa e facoltativa*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1954, 623 ss.

(8) V. Pret. Milano 10 novembre 1997, in *Or. giur. lav.*, 1968, 156.

(9) V. Grandi, *La risoluzione delle controversie in tema di licenziamento individuale*.

(10) V. Rognoni, *La condanna in futuro*, Milano, 1068, spec. 173, *passim*.

(11) In tal senso v. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966, 76; Zangari, *Giusta causa e g.m.*, cit., nota 40. *Contra*, per l'obbligazione con facoltà alternativa, v. Prosperetti, *intervento*, in *Problemi di diritto del lavoro*, cit., 80.

presceglie la riassunzione, eventualmente sol perché sa che il lavoratore, altrove occupato, difficilmente accetterà la proposta (12), viene meno il diritto alla penale. Ed allora, innanzi a queste alternative di qualificazione nessuna delle quali serve per consentire un risultato di giustizia, c'è veramente da chiedersi se il discorso debba del tutto chiudersi e risolversi nel richiamo di codesti schemi nel caso vanificatori. Né va dimenticato quanto puntualizzò un esimio civilista (13), scrivendo che non può rettamente parlarsi di obbligazione alternativa in quelle situazioni in cui una prestazione è dovuta solo in caso di inadempimento di una diversa obbligazione primaria, poiché qui il rapporto tra le due prestazioni non è, in senso proprio, di alternativa « che presuppone parità iniziale di grado e libertà di scelta, ma di subordinazione graduale »; né, continuava il Rubino, nel caso può propriamentete parlarsi di obbligazione con facoltà alternativa, perché in questa tutto si risolve in una scelta lecita dell'obbligato, mentre nel caso la seconda obbligazione nasce dall'inadempimento a titolo di sanzione, come prestazione succedanea (14).

Certo, è indubbio che *politicamente* il legislatore — in un dibattito nel quale l'alternativa era quella della efficacia reale della limitazione, cioè della nullità del licenziamento non giustificato (15) — volle mettere l'accento sull'obbligo della riassunzione, così adoperando l'infelice formula dell'art. 8; ma è da chiedersi se quell'intento politico si sia tradotto in un disposto tecnicamente preclusivo, a parte il quesito se le implicazioni abnormi messe in rilievo rispondano veramente alle intenzioni del legislatore. In questo ordine di idee, superati i dubbi di un tempo (16),

---

(12) Contro la tesi di Buggè, secondo la quale la riassunzione si risolve in un potere eccezionale unilaterale di revoca del licenziamento, si è osservato che, al massimo, l'art. 8 va inteso nel senso che il datore di lavoro deve dar corso ad una proposta contrattuale, atto dovuto: v. Pera, *La nuova disciplina del licenziamento individuale. Lezioni*, Genova, Ist. Scienze Sociali, 1967, 75 ss. nonché Ghezzi, contributo citato *infra*.

(13) V. Rubino, *Delle obbligazioni*, in *Comment. cod. civ*., di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1957, 17.

(14) Nel senso che l'art. 8 della legge n. 604 non configura una obbligazione alternativa, ma una obbligazione primaria, la riassunzione, ponendosi la penale come sanzione per l'inadempimento dell'obbligazione primaria, v. Grassetti, *Obbligo di risarcimento del danno in aggiunta alla penale prevista nell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 601*, in *Or. giur. lav.*, 1968, 1. Nello stesso senso, v. Pret. Milano 10 novembre 1967, cit.

(15) Per ampi riferimenti ai lavori preparatori, v. Pera, *Prime riflessioni*, cit., *passim*.

(16) V. il mio intervento, in *Problemi di diritto del lavoro*, cit., 100, a critica dell'impostazione già delineata, *ivi* 84, da Ghezzi.

ritengo che sia inevitabile accogliere la tesi prospettata da Ghezzi (17), secondo la quale la penale spetta al lavoratore in ogni caso, qualunque sia il motivo per cui non possa aversi la riassunzione del lavoratore, sia in caso di impossibilità per essere l'impresa cessata nel frattempo, sia ove lo stesso lavoratore si opponga, per sue eloquenti ragioni, alla riassunzione medesima (18). Giacché, nel contesto dell'art. 8, la riassunzione opera come una sorta di restituzione specifica in alternativa al risarcimento preteso equivalente (penale). Più linearmente, è indubbio che, ai sensi della legge n. 604, il licenziamento ingiustificato, pur valido e operante, costituisce un illecito produttivo di danni (19); codesto illecito può essere riparato o con la riassunzione o con la penale, ma è inaccoglibile — per buon senso — la tesi che farebbe arbitro il responsabile dell'ingiustificato licenziamento di una scelta che potrebbe essere effettuata proprio al fine di ulteriormente pregiudicare il danneggiato, aggiungendosi al danno le beffe. Più ragionevole è il ritenere che la scelta competa viceversa al danneggiato, libero costui di optare per quella soluzione che nel caso concreto gli risulti più conveniente.

Dall'accettazione, sul piano sostanziale, della tesi di Ghezzi, deri-

---

(17) V. *Sul rapporto tra « riassunzione » e prestazione patrimoniale nella disciplina legislativa dei licenziamenti individuali (a proposito del rifiuto opposto dal lavoratore alla proposta di « riassunzione »)*, in *Riv. dir. lav.*, 1968, I, 255, nonché negli *Studi in memoria di A. Gualandi*, d'imminente pubblicazione. Sostanzialmente nello stesso senso, v. Giugni, *Intervento*, in *Problemi di diritto del lavoro*, cit., 113. È da rilevare che in quella discussione comasca la prospettazione, in sede di valutazione critica della relazione di Buggè, fu, com'era ovvio, assai confusa, giacché si prendeva di mira soprattutto la tesi della ricostituzione del rapporto di lavoro a seguito del potere unilaterale di revoca del licenziamento sostenuto dal relatore, opponendosi la necessità di un incontro di volontà tra le parti a quel fine. E, rispetto a quella prospettazione (v. Pera, *La nuova disciplina*, cit., 77-78), poteva controbattersi che certo per la ricostituzione del rapporto occorreva il contratto, a seguito della proposta-atto dovuto dal datore di lavoro, ma questa configurazione formale non eliminava, di per sé, le temute conseguenze ove rimanesse fermo il carattere primario dell'obbligazione di riassunzione: libero il lavoratore di accettare o no quella proposta, potendone conseguire però, secondo la configurazione accolta, in caso di rifiuto la liberazione del datore di lavoro da ogni ulteriore obbligo. In sostanza tutto dipende dalla premessa logica del discorso; e la premessa è stata opportunamente riformulata nel più recente contributo di Ghezzi, cit.

(18) Nel senso che il rifiuto del lavoratore ad accettare la riassunzione è legittimo *ex* art. 1206 c.c., v. Ghezzi, *Sul rapporto tra « riassunzione » e prestazione patrimoniale*, cit., n. 5: « appare sempre e comunque giustificabile a stregua di correttezza e di buona fede il rifiuto della cooperazione creditoria » nei confronti di chi illegittimamente intimò il licenziamento.

(19) È pacifico che, nel contesto della legge n. 604, il licenziamento resta valido ed operante, non reagendo l'illiceità sulla validità; v., per tutti, Grassetti, *relazione*, in *Problemi di diritto del lavoro*, cit., 22; Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, 402.

vano precise conseguenze d'ordine processuale, consentendosi di evitare la conclusione, anche da me in un primo momento prospettata, secondo la quale il lavoratore dovrebbe dapprima agire in giudizio ai fini della riassunzione e, quindi, solo dopo aver constatato il vano decorso del termine « umoristico » (20) dei tre giorni, nuovamente cominciare da capo, con certosina pazienza, per chiedere la condanna del datore di lavoro alla penale (21). Indubbiamente, niente osta a che l'interessato prescelga questa defatigante prospettiva, limitandosi in un primo momento a pretendere la sola riassunzione. Ma potrà anche agire subito per la sola penale (22), ove abbia scartato senz'altro il primo comma del dilemma, come potrà agire contestualmente per l'una o l'altra soluzione, ottenendo dal giudice una pronuncia che nel contempo accerti l'obbligo della riassunzione (23) e condanni alla penale ove la riassunzione non segua nel famoso termine (24), non emergendo ostacoli di rilievo in

---

(20) V. in tal senso Grassetti, *replica*, in *Problemi di diritto del lavoro*, cit., 184-185.

(21) V. in tal senso, anche per completi riferimenti, Grandi, *La risoluzione delle controversie*, cit., n. 10.

(22) Nel saggio *Prime riflessioni*, cit., n. 4, argomentai circa la necessità del duplice processo anche per la circostanza che la misura della penale è dimezzata nei confronti dei datori di lavoro aventi alle dipendenze meno di sessanta dipendenti (v., per questa difficoltà, anche Riva Sanseverino, *op. cit*., 404), naturalmente sempre sulla premessa del carattere primario della riassunzione e della penale come sanzione per la mancata riassunzione (donde la necessità di riferirsi al momento della medesima mancata riassunzione, per determinare l'entità della unità di lavoro per la determinazione della penale). Anche Trioni, *Contributo all'esegesi*, cit., n. 9, si è posto il problema, ritenendo di poterlo risolvere nel senso che il giudice, dell'unico processo (dubitosamente ritenuto possibile), potrebbe riferirsi alla consistenza dell'impresa emersa in corso di causa, non suscettiva di sensibili variazioni a breve scadenza. Nel senso che l'eccezione di minore consistenza dell'impresa è tardiva se dedotta nella comparsa conclusionale, v. Pret. Milano 15 febbraio 1967, in *Riv. giur. lav.*, 1967, II, 100. Ritengo che la difficoltà possa superarsi, accettando come premessa la ricostruzione sostanziale accettata nel testo circa i rapporti tra riassunzione e penale, onde resta determinante, anche a questo particolare fine, il momento di intimazione dell'ingiustificato licenziamento.

(23) Nel senso che la pronuncia sull'obbligo di riassunzione è di accertamento costitutivo e non di condanna, v. Grandi, *op. cit.*, n. 10.

(24) V. in tal senso Pret. Milano 15 febbraio 1967, in *Riv. giur. lav.*, 1967, II, 100, con nota adesiva, *ivi*, 305, di Di Nubila. Si discute circa il *dies a quo* del famoso termine di tre giorni (dal passaggio in giudicato della sentenza, dalla notifica della medesima con formula esecutiva, dalla notifica del precetto): v. da ultimo anche per riferimenti, Finocchiaro, *La legge sui licenziamenti individuali*, cit., nota 1, optando l'a. per la terza soluzione (ma, sempre per F., per evitare che il lavoratore possa servirsi del titolo esecutivo dopo anni, il datore di lavoro può porre in mora il lavoratore, offrendo il ripristino del rapporto).

questo senso (25), sempre se regge la premessa che la penale non è tanto la « sanzione » dell'omessa riassunzione, in questo fatto identificandosi la *causa petendi*, quanto il risarcimento, forfettario, del danno conseguente alla ingiustificata perdita del posto di lavoro, ove la riassunzione non possa avere comunque corso o per la scelta dell'obbligato o per il fatto obiettivo dell'impresa o per la scelta pregiudiziale del lavoratore.

C'è da chiedersi, infine, cosa significhi la « riassunzione », come si ponga l'eventuale (rarissima) riammissione in servizio del lavoratore rispetto al rapporto in precedenza risolto con l'ingiustificato licenziamento. Anche questo è, notoriamente, un punto aspramente controverso. Dal punto di vista formale, è chiaro che la riassunzione esige un accordo, *id est* un contratto tra le parti, dando corso alla proposta-atto dovuto del datore di lavoro (26). Ma il punto sta nella valutazione degli effetti di siffatto contratto, nei termini indicati. A mio avviso, c'è un nuovo contratto (per definizione), ma un contratto dal quale deriva un rapporto che si pone, logicamente, come continuazione di quello in precedenza ingiustificatamente risolto, soprattutto agli effetti della anzianità di servizio (27). Non può accogliersi, quindi, la tesi secondo la quale questo contratto darebbe luogo ad un rapporto del tutto nuovo, senza nessi col precedente, operandosi il frazionamento della complessiva anzianità di servizio (28). La questione va risolta alla stregua del principio della normale infrazionabilità dell'anzianità, accolto in una giurisprudenza consolidata; giacché sarebbe enorme ritenere che il datore di lavoro possa ottenere siffatto illegittimo risultato proprio perché ha ingiustificatamente licenziato. Assai più logico è l'assunto opposto, al quale si perviene distinguendosi tra contratto è rapporto e considerando il licenziamento ingiustificato come il caso più ovvio di recesso illegittimamente frustrante la continuità dell'anzianità di servizio.

---

(25) Del resto, la stessa brevità del termine previsto per l'eventuale riassunzione, secondo una valutazione « obiettiva » della norma (cioè, dimenticando la sua origine, come meccanico trasferimento dal ben diverso contesto dell'accordo interconfederale sui licenziamenti), mal si concilia con una duplicazione processuale.

(26) V. Ghezzi, *Intervento*, cit.

(27) In tal senso v. Prosperetti, *intervento*, cit., nonché Zangari, *op. loc. citt.*, nota 40. Del resto la parola « riassumere » non può non avere un significato preciso, nel senso di un qualche collegamento col pregresso rapporto (salvo a stabilirne la portata); giacché altrimenti, come rileva Di Nubila, *nota*, cit., avrebbe potuto adoperarsi più semplicemente la parola « assumere ». Naturalmente ne deriva la necessità di restituire la indennità di anzianità percepita al momento del licenziamento, secondo l'indicazione contenuta, del resto, nell'accordo interconfederale del 1965.

(28) Così Ghezzi, *Sul rapporto tra « riassunzione » e prestazione patrimoniale*, cit., n. 4, nota 22.

Sennonché, ammessa la continuità dell'anzianità tra il primo e il secondo rapporto, si pongono altri complessi problemi. Giacché si sostiene che la riassunzione si risolverebbe in una revoca, *ex tunc* e non *ex nunc* del licenziamento, con la conseguenza che, in caso di riassunzione, dovrebbe riconoscersi al lavoratore l'anzianità di servizio anche per il periodo di allontanamento dal lavoro con tutte le intuibili conseguenze (ad es., in tema di scatti di anzianità), con l'obbligo, altresì, di corrispondere tutte le retribuzioni del medesimo periodo (29). Ma è questa una tesi assai discutibile perché, in particolare, si è rettamente osservato che non può concepirsi la revoca di un negozio unilaterale ricettizio quale è il recesso (30), a parte l'incentivo che in tal guisa eloquentemente si fornisce alla pratica di escludere la riassunzione, potendosene evitare le così drastiche conseguenze col pagamento, di norma assai meno oneroso, della penale (31). Non revoca, ma nuovo contratto inteso, come ho detto, ad instaurare un rapporto da considerarsi come continuazione di quello prima illegittimamente risolto, restando tuttavia aperto, si prescelga l'una o l'altra spiegazione formale, il problema sostanziale degli effetti della riassunzione, comunque essa sia tecnicamente intesa. Oltre il congiungimento, la sommatoria tra le anzianità dei due rapporti, può il lavoratore riassunto pretendere direttamente quanto sopra indicato, a titolo di ricostruzione reale della situazione in termini giuridici ed economici come se il licenziamento non fosse avvenuto (32), o quanto meno l'equivalente pecuniario di questi benefici perduti (e degli altri che

---

(29) V. Grassetti, *Obbligo di riferimento del danno*, cit.; in senso critico v. nota redazionale, in *Or. giur. lav.*, 1968, 156, ove si osserva che, accogliendo questa tesi, il datore di lavoro sarebbe esposto ad un ingente onere finanziario sia per la lunghezza dei processi sia per il fatto che ben potrebbe il lavoratore procrastinare al massimo l'impugnativa, aggravando quell'onere.

(30) V. Grandi, *op. loc. citt.*, n. 10, con ampi riferimenti, nonché Ghezzi, *op. loc. citt.*, n. 3 (e quivi, nota 16, una curiosa spiegazione della interpretazione da me in un primo momento prospettata, sia pure in senso dubitativo; ma, a prescindere dal fatto che non ho mai configurato la riassunzione in termini di revoca del licenziamento, confesso... che non sono stato comunque influenzato da quanto sostenuto altrove ad altro proposito, ritenendomi del tutto immune dal vizio di « panlogicismo dommatico »).

(31) Come esattamente rilevò Pret. Milano 15 febbraio 1967, cit. (ma non coerentemente ad altre tesi ivi accolte).

(32) Secondo Grandi, *op. loc. citt.*, n. 10, la riassunzione implica la stipulazione di un nuovo contratto di lavoro (per la dimostrazione v., più diffusamente, n. 9), ma nulla impedisce alle parti di retrodatare gli effetti, in tutto o in parte, della nuova situazione contrattuale, attuandosi una ricostruzione dell'anzianità del lavoratore, con pratica eliminazione delle conseguenze del licenziamento. Il che è ovvio, ma inconferente; poiché è semmai in giuoco la portata intrinseca della riassunzione ai sensi di legge, a prescindere dalle eventuali soluzioni convenzionali.

vi accedono) a titolo di risarcimento dei danni? In definitiva, oltre la riassunzione o no, vi è spazio per una autonoma azione di danni? (33).

Si è detto (34) che la penale va considerata esclusivamente come il risarcimento (35) per la mancata riassunzione, onde il problema dei danni ulteriori è autonomo e va risolto alla stregua dei principi generali. Ma intanto merita fare una precisazione lapalissiana. La penale sarà risarcitoria della mancata riassunzione, ma e, con ciò stesso, implicitamente e logicamente, risarcitoria di tutti i danni che per il futuro derivano dalla mancata riassunzione; la penale assorbe ogni profilo risarcitorio per l'avvenire. La precisazione va fatta solo perché in una pronuncia (36) si è detto che, essendo la penale in funzione della mancata riassunzione, il problema dei danni resta aperto non solo per il passato, ma anche per l'avvenire.

Quindi, il problema può porsi solo per il passato; cioè — segua la riassunzione o si corrisponda la penale — ci si può chiedere se il lavoratore possa rivendicare i danni effettivi, ovviamente (37) subiti nel periodo che va dal licenziamento al momento in cui si scioglie l'alternativa tra riassunzione o penale. Questo è il vero problema. Ora a me pare

---

(33) Problema delicato, secondo Riva Sanseverino, *op. cit.*, 402.

(34) V. Capaccioli, *intervento*, in *Problemi di diritto del lavoro*, cit., 169. Sul problema v., *ivi*, 154 e 174, gli interventi degli onn. Zanibelli e Banfi; il primo così si espresse: « Ritengo di poter affermare che il Parlamento abbia escluso l'obbligo di pagamento del salario perduto durante la controversia, ma non di annullare l'anzianità o la conservazione dei diritti sopraddetti », cioè dei diritti derivanti dall'anzianità. In realtà nei lavori preparatori c'e ben poco in questo senso, nelle scarne discussioni.

(35) Nel senso che la penale ha più carattere afflittivo che risarcitorio, ove si consideri i criteri in ragione dei quali va determinata, tenendo conto anche del comportamento delle parti, v. Buggè, *Relazione*, cit. Il rilievo è pressoché generale.

(36) V. Pret. Milano 15 febbraio 1967, cit.; ma in concreto, a parte l'affermazione di principio, in quella sentenza non vi fu condanna per i danni futuri, in difetto di domanda.

(37) Ma, in mancanza di prova da parte del lavoratore circa la sussistenza di danni ulteriori e di prova liberatoria del datore di lavoro sul *quantum* in applicazione dei criteri comuni, i danni vanno di massima ragguagliati all'entità delle retribuzioni per il periodo in contestazione: v. Pret. Milano 15 febbraio 1967, cit. È da rilevare che, secondo la tesi sopra riferita di Grassetti, il problema del risarcimento dei danni non si pone ove il datore di lavoro opti per la penale, questa essendo in sanzione per la mancata revoca del licenziamento (v. *Obbligo di risarcimento del danno*, cit.). In tal guisa sarebbe aggravata la posizione del datore di lavoro che procede alla riassunzione rispetto alla posizione del datore di lavoro che opta per la penale; con una conclusione che, almeno *prima facie*, stride con il carattere « primario » della riassunzione messo, almeno politicamente, in primo piano nel corso dei lavori preparatori, certo scoraggiandosi l'*optimum* in materia.

che al quesito si debba rispondere negativamente. Proprio perché, secondo la ricostruzione sostanziale qui accolta, il lavoratore conserva in ogni caso il diritto alla penale, ancor quando opti direttamente per questa ed in particolare anche nella ipotesi in cui, avendo potuto ottenere poco dopo il licenziamento altra occupazione, il danno effettivo si sia grandemente ridotto, pare che debba escludersi, secondo una valutazione complessiva delle conseguenze risarcitorie del licenziamento ingiustificato, qualsiasi altra pretesa oltre quella positivamente indicata nell'art. 8 (riassunzione o penale) (38). In sostanza il legislatore, nella scelta politica circa le conseguenze del licenziamento ingiustificato, ha ripudiato la soluzione estrema della nullità del licenziamento ma, risolvendo il problema in termini meramente risarcitori, ha garantito al lavoratore, in ogni caso e quali siano le circostanze specifiche, una immancabile riparazione pecuniaria, a carattere singolare e in gran parte afflittiva per il datore di lavoro; oltre pare che non possa andarsi. Quello che preme è, viceversa, svolgere questa indicazione nel senso della massima tutela possibile per il lavoratore, respingendo quelle costruzioni — quale quella accolta nella sentenza qui commentata — che per le loro implicazioni (d'altronde logiche date le premesse) rischiano di ridurla a niente.

---

(38) In tal senso v. Zanini, *intervento*, in *Problemi di diritto del lavoro*, cit., 214. È da ricordare che il disegno di legge prevedeva il computo del periodo di estromissione del lavoratore nell'anzianità di servizio; ma la previsione venne eliminata. Secondo l'accordo interconfederale del 1965, in caso di « ripristino » del rapporto di lavoro, deve riconoscersi al lavoratore l'anzianità maturata prima del licenziamento ai fini dei vari istituti contrattuali. Sulla differenza tra il « ripristino » di cui all'accordo e la « riassunzione » di cui alla legge, notoriamente si discute in tutta la letteratura sulla legge n. 604. Sul punto se il ripristino del rapporto ai sensi dell'accordo interconfederale comporti il diritto del lavoratore agli arretrati di retribuzione, v. gli scritti di Aranguren, in *Mass. giur. lav.*, 1966, 185 e di Melchionna, in *Dir. lav.*, 1966, II, 196. Anche nel contesto dell'accordo si è posto il problema se il rifiuto del lavoratore alla riassunzione comporti la rinuncia alla penale; v. in proposito la relazione di Aglietti, in *Ist. Dir. Lav. Univ.* Firenze, *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Milano, 1968, 240 ss.

18.

# LA NUOVA REGOLAMENTAZIONE DELLE ASSUNZIONI OBBLIGATORIE

SOMMARIO: 1. Premesse. — 2. I soggetti protetti; loro trattamento. — 3. I soggetti obbligati. — 4. Modalità del collocamento obbligatorio; sanzioni. — 5. Variazioni della disciplina per regolamento delegato; problemi di costituzionalità.

## 1. *Premesse*.

È ben noto come, in questo secondo dopoguerra, il nostro legislatore, allargando il tipo di intervento già disposto all'indomani del primo conflitto mondiale a favore degli invalidi di guerra, sia più volte intervenuto per garantire *ope legis* l'occupazione di soggetti di ridotta capacità di lavoro o anche, in determinate contingenze, di soggetti validi ritenuti meritevoli di questa speciale tutela preferenziale (1). Che il legislatore sia intervenuto disorganicamente con questa molteplicità di successivi provvedimenti, adottati di volta in volta sotto la pressione delle diverse categorie interessate, senza essere ispirato da un previo disegno organico globale, non deve suscitare meraviglia giacché, sempre, i processi evolutivi e di rinnovamento del diritto procedono, nella vicenda storica, in siffatta maniera, a sbalzi e secondo la spinta occasionale che scaturisce dalla realtà sociale, sovente in via di estensione e di generalizzazione di soluzioni dapprima particolari ed eccezionali; tutto il diritto del lavoro e della sicurezza sociale è andato progressivamente edificandosi secondo questo modulo di sviluppo. Al contrario è da deplorare, secondo un riconoscimento pressoché unanime (2), che questi

---

(1) Per una panoramica di questi vari interventi, v. l'introduzione al mio libro *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965.

(2) V., da ultimo, CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, II, Torino, 1966, 805; MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano, 1967, che, a p. 272, parla del quadro « desolante » delle nostre leggi, sempre in un inevitabile confronto con la legislazione tedesca. D'EUFEMIA, *Ancora in tema di assunzioni obbligatorie*, in *Dir. lav.*, 1968, 179.

successivi interventi, di estrema delicatezza per i problemi che comportano soprattutto allorché è in giuoco l'inserimento di invalidi nelle unità produttive, siano, in genere, di pessima fattura tecnica, lacunosi su punti essenziali, contraddittori, sovente oscurissimi nell'avaro o contorto dettato, tanto da rendere allo stato impossibile una adeguata sistemazione ai fini interpretativi; con la conseguenza che talora, in ragione dell'imperfezione tecnica, o la tutela dei soggetti protetti ne è risultata in pratica sminuita oppure ne derivano soluzioni eccessive, mortificatrici delle naturali, non trascurabili esigenze delle unità produttive La verità è che, qui come altrove, per un complesso di cause che è inutile ricordare si legifera troppo e male, ancor quando potrebbe farsi utile riferimento a regolamentazioni straniere, ad es. a quella germanica, di assai migliore e completa fattura.

Nel corso della quarta legislatura da poco conclusasi si è andati avanti in questo andazzo, allargandosi gli interventi al fine di una sempre più estesa ed incisiva tutela, ma scarsamente cercando il coordinamento sistematico fra le varie leggi e l'adeguato svolgimento tecnico. Con legge n. 538 del 24 giugno 1964 venne ulteriormente prorogata per un triennio la tutela a favore dei profughi, mentre, con la legge 5 marzo 1965, n. 155 vennero apportate modificazioni ai precedenti interventi relativi alla assunzione obbligatoria dei ciechi come centralinisti telefonici. Con la legge n. 1288 del 15 novembre 1965 vennero dettati provvedimenti in favore delle vedove e degli orfani di guerra e delle vedove e degli orfani dei caduti per causa di servizio, disponendosi l'obbligo delle imprese (3) aventi alle dipendenze più di cento lavoratori, tra operai e impiegati, di assumere i soggetti indicati nella misura dell'uno per cento. Con la legge n. 625 del 6 agosto 1966, la legge n. 1539 del 1962 sull'assunzione obbligatoria degli invalidi civili venne modificata per quanto attiene agli organi preposti allo speciale collocamento obbligatorio. Infine, con la legge n. 856 del 14 ottobre 1966, venne allargata la tutela a favore dei mutilati e degli invalidi del lavoro nonché degli orfani e delle vedove dei caduti sul lavoro, prevedendosi l'a.o. di questi soggetti anche nelle pubbliche amministrazioni in senso vasto, tuttavia inserendosi in quel testo disposizioni innovative, rispetto alla precedente legge del 1947 (d.l.cs. 3 ottobre 1947, n. 1222), da valere anche ai fini dell'a.o. nel settore

---

(3) È da rilevare che in questa legge (v. artt. 1 e 3) si riferiva letteralmente l'obbligo ai « privati datori di lavoro », con ciò ponendosi il problema, già in precedenza presentatosi (v. *Assunzioni obbligatorie*, cit., 3, nota 2), della applicabilità della legge anche nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori; problema da ritenersi superato con la nuova legge (v. *infra*).

privato (4). Nel frattempo, varie proposte di modifica, vuoi d'iniziativa parlamentare vuoi governativa, vennero presentate alla Camera dei Deputati per migliorare, su singoli punti, la tutela già apprestata con le leggi anteriori o per estenderla, sempre episodicamente. A parte una proposta di legge volta a concretizzare meglio la tutela degli invalidi per servizio con l'adozione di determinate innovazioni istituzionali (5), due proposte miravano a rendere effettiva la tutela dei sordomuti con l'a.o. nel settore privato, all'uopo prevedendosi la sanzione penale omessa nella legge n. 308 del 1958 (6). Da altre parti (7) si proponeva di assicurare una effettiva immissione degli invalidi civili nelle unità produttive, lamentandosi lo « svuotamento » nei fatti della legge n. 1539 del 1962 dettata a favore di questa categoria di invalidi, sia per l'affermazione della tesi relativa al computo dei lavoratori già assunti in precedenza ed invalidi nella quota d'obbligo (8), sia per il sopravvenire di un accordo intervenuto in sede sindacale e comportante la proroga di un

---

(4) Più precisamente, nell'art. 1, per la individuazione dei soggetti protetti si richiedeva la riduzione della capacità di lavoro in misura non inferiore al terzo; per il capoverso la disposizione veniva estesa anche ai fini dell'a.o. degli invalidi del lavoro nel settore privato, a modifica del d.l.c.p.s. del 1947 che richiedeva una riduzione della capacità in discorso in misura non inferiore al quaranta per cento. Inoltre nell'art. 12/1 veniva stabilito che anche le imprese private, in mancanza di invalidi del lavoro, dovevano coprire la percentuale di obbligo con orfani e vedove di caduti del lavoro. Infine, nell'art. 15, veniva introdotto, per il settore pubblico, il principio della ripartizione percentuale dei posti riservati tra le varie categorie di soggetti protetti nonché il principio di « scorrimento » nell'ipotesi di mancanza di elementi di una determinata categoria, con precedenza per gli invalidi del lavoro. Innovazione illuminante per chiarire il contesto di idee che ha condotto alla legge qui commentata.

(5) V. la proposta di legge n. 392 presentata l'11 settembre 1963 alla Camera dei Deputati dall'on. De Cocci ed altri, per la modifica della legge 24 febbraio 1953, n. 142 per l'a.o. degli invalidi per servizio.

(6) Sull'amena storia di questa legge, v. *Assunzioni obbligatorie*, cit., 55 ss. Con la proposta di legge n. 428 presentata il 13 settembre 1963 alla Camera dall'on. Russo Spena ed altri, si fissava la quota d'obbligo nella misura dell'1% e si sanzionava penalmente il fatto della mancata assunzione; a quest'ultimo fine veniva anche presentato alla Camera, in data 5 maggio 1963, dal Ministro del Lavoro on. Delle Fave, il disegno di legge n. 2321.

(7) V. la proposta di legge n. 4038 presentata alla Camera il 28 aprile 1967 dall'on. Di Giannantonio ed altri nonché la proposta n. 4278 presentata il 21 luglio 1967 dall'on. Servello ed altri.

(8) V. Pret. Arezzo 19 giugno 1965, in *Mass. giur. lav.*, 1965, 401, con nota di Lorica, *Assunzione o occupazione obbligatoria degli invalidi civili?*; Cons. Stato 15 febbraio 1966, n. 1249, in *Riv. dir. lav.*, 1967, 2, 198; Pret. Piombino 19 aprile 1966, in *Mass. giur. lav.*, 1966, 240; Pret. La Spezia 21 giugno 1966, *ibidem*, 1966, 305; Pret. Ficarolo 2 settembre 1966, *ibidem*, 1966 , 421, con nota adesiva di Ghera, *L'assunzione obbligatoria degli invalidi civili e i principi costituzionali circa i limiti dell'autonomia*

triennio per l'attuazione della legge del 1962 (9), da una parte prevedendosi l'obbligo delle imprese di assumere questi invalidi di guerra (10), dall'altra volendosi portare la quota complessiva di obbligo per le a.o. al venti per cento, poi disponendosi per una equa ripartizione interna tra le varie categorie (11). Con altra proposta (12) si proponeva un ulteriore intervento a favore dei ciechi, prevedendone l'a.o. nelle industrie nella misura di uno per mille e, per le imprese con personale superiore a 500 unità e inferiore a 1000, nella misura di una unità. Infine da varie parti (13), si proponeva di prorogare per un ulteriore triennio la tutela a favore dei profughi, secondo una proposta accolta con la legge 9 febbraio 1968, n. 83 da valere fino al 18 luglio 1970.

Le varie proposte sopra sommariamente ricordate, andarono in discussione alla Camera nello scorcio — notoriamente convulso e frenetico (14) — della legislatura. Più precisamente, esse vennero prese in

---

*privata in materia di iniziativa economica*. Per altri riferimenti v. il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 42.

(9) Nella relazione alla proposta di legge dell'on. SERVELLO si afferma che a suo tempo sarebbe intervenuto un accordo tra la Confindustria, l'Italsind e la LANMIC (associazione rappresentativa degli invalidi in discorso), per prorogare in pratica di un triennio, dal 12 novembre 1965 al 12 novembre 1968, il triennio stabilito nella legge del 1962 per l'assunzione nel massimo della quota d'obbligo.

(10) In tal senso si prevedeva nella proposta dell'on. DI GIANNANTONIO, rilevandosi nella relazione che sovente, a tanti anni dalla fine della guerra, non sono reperibili invalidi di guerra per i quali la quota di obbligo era assai elevata, mentre il numero di invalidi civili è in costante aumento.

(11) In tal senso prevedeva la proposta dell'on. SERVELLO; nell'articolo unico, dopo aver stabilito la complessiva quota d'obbligo nella misura indicata nel testo, il capoverso recitava: « Entro tre mesi il Ministro del lavoro presenterà al Parlamento le norme d'attuazione che indicheranno il criterio di ripartizione dell'imponibile secondo un rigoroso principio di equità distributiva ». Invece nella relazione si affermava che si voleva impegnare il Governo « ed in special modo il Ministro del lavoro, ad emanare le norme di attuazione, nel termine massimo di tre mesi — e comunque entro la presente legislatura... » (?).

(12) V. la proposta n. 3162 presentata alla Camera il 16 maggio 1966, dall'on. CARIGLIA. Nella relazione si mette in rilievo come nelle grandi imprese sia ben possibile la utilizzazione dei ciechi in una gamma assai vasta di mansioni, potendosi ottenere risultati « miracolosi ».

(13) V. la proposta n. 4097 presentata alla Camera il 22 maggio 1967 dall'on. BELCI e la proposta n. 4238 presentata il 10 luglio 1967 dall'on. BOLOGNA; nelle relazioni si mette in rilievo il costante afflusso di profughi in patria, specialmente dai Paesi del terzo mondo, trovandosene ancora una notevole aliquota nei campi di raccolta.

(14) Sulle gravi distorsioni, non solo d'ordine tecnico, dell'istituto delle commissioni parlamentari in sede deliberante, v. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 54, nota 4.

considerazione, nel loro complesso, dalle competenti commissioni in sede legislativa, con l'intento di adottare una regolamentazione generale ed organica, implicante una unificazione del complesso *corpus* della legislazione in materia. Secondo quanto risulta dagli scarni atti disponibili e in particolare da un sommario sunto della relazione dell'on. Guerrini (15), l'unificazione doveva poggiare su questi principi: 1) determinazione di una quota complessiva di obbligo per le a.o., con ripartizione interna tra le varie categorie protette; 2) adozione del principio c.d. dello « scorrimento », giusta il quale, in difetto dei soggetti protetti di una determinata categoria, i soggetti obbligati debbono assumere soggetti protetti delle altre categorie; 3) devoluzione del collocamento obbligatorio così unificato ad un unico organo e con una unica procedura, superandosi l'anteriore situazione della molteplicità delle competenze e della diversità delle procedure attuative legge per legge. Come sempre è dato di poter ricavare dagli avarissimi resoconti delle commissioni, questo disegno unificatorio incontrò talune resistenze ed opposizioni; in particolare alcuni parlamentari si batterono per conservare le previdenti competenze dell'ONIG (Opera nazionale invalidi di guerra) (16). Da parte sua il Governo espresse riserve circa l'eccessiva elevatezza della complessiva quota d'obbligo (sul punto, non mi è stato possibile accertare l'entità della proposta originaria in questione) e mirò a salvaguardare le particolari esigenze della P.A. (17). Da talune parti si volle mettere in rilievo la speciale situazione delle imprese c.d. « femminili » (18). Raggiuntosi, infine, un compromesso col Governo, la commissione lavoro della Camera approvò la nuova regolamentazione che venne trasmessa alla competente commissione senatoriale e quivi « discussa » ed approvata nella seduta del 9 marzo 1968. Il relatore on. Bettoni rilevò l'imperfezione tecnica della nuova disciplina, ma, secondo una pratica ormai collaudata, ne sollecitò l'approvazione per evitare il nulla di fatto con lo scadere della legislatura, dovendosi constatare che comunque si dettava, finalmente, una disciplina organica ed unitaria; il

---

(15) V. Atti della Commissione Lavoro della Camera del 29 febbraio 1968.

(16) V. il parere espresso dalla 13ª Commissione della Camera per gli affari costituzionali, in sede referente (resoc. seduta 8 febbraio 1968) nonché l'intervento dell'on. Scalia alla Commissione Lavoro (resoc. seduta 29 febbraio 1968).

(17) In tal senso v. l'intervento del sottosegretario on. Calvi (resoc. Commissione Lavoro Camera, 29 febbraio 1968).

(18) La Commissione della Camera (v. resoc. del 5 marzo 1968) approvò un o.d.g presentato dagli onn. M. Cocco e E. Pucci nel quale si sollecitava di tener presenti le particolari esigenze delle imprese c.d. « femminili »; ma di questa preoccupazione non v'è traccia nella legge contestualmente approvata.

sottosegretario accettò, come raccomandazioni, due ordini del giorno formulati uno per tener conto particolare delle imprese c.d. « femminili » (19) e l'altro per sollecitare il Governo a mantenere fermi i precedenti procedimenti amministrativi in materia di esoneri (20); la commissione, infine, votò dopo aver chiarito, ovviamente con una presa di posizione a valore « interpretativo », che nella categoria degli invalidi civili vanno ricompresi anche i deportati politici. In tal modo si è pervenuti alla legge 2 aprile 1968, n. 482, dettante la « disciplina generale sulle assunzioni obbligatorie presso le pubbliche amministrazioni e le aziende private », pubblicata nella *G.U.* del 30 aprile 1968, n. 109.

Indubbiamente, per quello che concretamente dispone, la nuova legge detta una disciplina unitaria in materia, in particolare per quanto attiene ai principi ispiratori sopra indicati (determinazione di una aliquota complessiva con ripartizione interna per categorie, adozione del principio c.d. di « scorrimento », unicità dell'organo di collocamento — attuato però con una deroga temporanea come si dirà *infra* — nonché delle procedure); con ciò stesso e nei limiti di questa unificazione la legge rappresenta certo un progresso rispetto al complesso, vario e disorganico, delle leggi precedenti (21). Si debbono, tuttavia, fare grosse riserve per quanto attiene alla intrinseca organicità, alla razionalità e alla funzionalità della nuova regolamentazione che, tolti quei punti di indirizzo politico sopra specificati, per il resto e nel concreto svolgimento è stata posta in essere dettando, con molta approssimazione, una disciplina ancora, qui, estremamente lacunosa, utilizzando, alquanto a casaccio, lo schema generico già accolto nelle precedenti leggi. In sostanza, si è omesso di far tesoro della ormai lunga e problematica esperienza critica, emersa in una ricca casistica giurisprudenziale e nelle riflessioni della dottrina, per dettare una disciplina per quanto possibile completa ed esauriente, almeno sui punti essenziali. Ad es., e come meglio si vedrà, si è omesso di adottare una adeguata procedura di accertamento della residua capacità di lavoro degli invalidi, dimenticando che in precedenza, almeno per l'a.o. degli invalidi di guerra, qualcosa era stato disposto a questo fine in sede regolamentare, ivi prevedendosi il giudizio di incollocabilità da parte dell'ufficiale sanitario con conseguenti gravami (22).

---

(19) Questo o.d.g. venne presentato dagli onn. Rotta e Coppi.

(20) L'o.d.g. venne presentato dall'on. Zane. La commissione senatorale approvò la legge nell'unica seduta dedicatagli il 9 marzo 1968.

(21) Per questa valutazione moderatamente positiva, v. anche G. D'Eufemia, *Ancora in tema di a.o.*, cit.

(22) E precisamente nell'art. 6 delle disposizioni regolamentari per l'a.o. degli

Egualmente si è omesso di disporre nel senso del computo,« nella quota di obbligo », degli invalidi eventualmente già in servizio nonché di coloro che, assunti come invalidi, nel corso del rapporto di lavoro abbiano superato l'età massima prevista per il collocamento obbligatorio o abbiano recuperato in parte la capacità di lavoro, così come esplicitamente — ed opportunamente (23) — si prevedeva nell'art. 4 della legge 14 ottobre 1966, n. 851, sull'a.o. degli invalidi del lavoro già citata. In sostanza, la nuova legge lascia ancora scoperti molti e delicati problemi (24), non può essere, quindi, valutata come una regolamentazione finalmente organica e razionale, adottata in sostituzione e in superamento della farraginosa e monca legislazione previdente. Né poteva essere altrimenti, ove si tenga conto dei tempi, brevissimi e di necessità sommari, di elaborazione.

Del resto, pare che lo stesso legislatore si sia reso conto, a parte l'esplicito riconoscimento del relatore alla commissione senatoriale, dei limiti della sua opera. Infatti, se è vero che la legge si intitola « disciplina *generale* delle a.o. », dal che dovrebbe dedursi (art. 15, Preleggi) l'abrogazione totale delle leggi particolari precedenti, il capoverso dell'art. 31 dispone: « sono abrogate le disposizioni incompatibili con la presente legge ». Quindi, alla lettera, la generalità abrogativa della legge è testualmente esclusa e vengono meno, della precedente regolamentazione, solo le disposizioni sicuramente incompatibili con la nuova disciplina. In linea di principio, pertanto, è possibile che per taluni, particolari problemi (nei limiti di questo articolo è impossibile condurre una ricerca approfondita in proposito) possa trovarsi la soluzione nelle leggi anteriori. Ma, quando si tratti di disposizioni che risolvono un determinato problema ai fini dell'a.o. di soggetti di una determinata categoria, può essere dubbio il procedimento interpretativo che ne voglia estendere la portata a tutto il complesso unitariamente disciplinato nella nuova legge; ne possono, comunque, derivare delicate contestazioni soprattutto ove si tratti di disposizioni regolamentari delle quali si assuma, come finora si è spesso verificato, la illegittimità per contrarietà alla legge. La soluzione di gran lunga preferibile è semmai quella che la razionalità della disciplina venga ricercata, nei limiti del possibile, in sede di regolamento d'esecuzione alla nuova legge, dando corso, in questa sede, a soluzioni congrue rispetto ai

---

invalidi di guerra (d.p.r. 18 giugno 1952, n. 1176); v. in proposito il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 16-17.

(23) Sul problema v., anche per i necessari riferimenti, il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 33 ss.

(24) V. ancora D'Eufemia, *Ancora in tema di a.o.*, cit.

principi impliciti e naturali nella regolamentazione generale ora adottata. È da auspicare che il Governo, facendo tesoro della problematica esperienza di cui si è detto, cerchi di risolvere le varie difficoltà con questo strumento e per questa via.

Secondo l'alinea dell'art. 31, « la presente legge entra in vigore nel primo giorno del semestre successivo alla sua pubblicazione nella G.U. ». Come mi consta da talune circolari delle associazioni sindacali imprenditoriali, è sorta questione sulla interpretazione della norma, se il semestre debba intendersi come « sei mesi » o come semestre solare, in pratica determinandosi l'entrata in vigore, scelto il primo corno della alternativa, al 1° novembre 1968, oppure, scelto il secondo corno, al 1° luglio. In sede ministeriale si è optato, a quanto pare, per la seconda conclusione, ma la scelta è discutibile se si pone mente alla *ratio* delle disposizioni, naturalmente frequenti in materia impositiva, con le quali si vuol concedere un congruo lasso di tempo ai soggetti obbligati onde dar ad essi modo di prepararsi e di adeguarsi alla doverosa osservanza della nuova disciplina limitativa.

## 2. *I soggetti protetti; loro trattamento*.

Nella nuova legge sono considerati tutti i soggetti aventi titolo per l'a.o., gli invalidi di guerra, militari e civili; gli invalidi per servizio; gli invalidi del lavoro; gli invalidi civili, i ciechi, i sordomuti, gli *ex* tubercolotici, i profughi, gli orfani e le vedove dei caduti in guerra o per servizio o del (non « sul », come è detto!) lavoro (art. 1). In realtà, per alcune di queste categorie, la nuova legge è in sostanza confermativa della tutela già altrimenti disposta con le leggi anteriori che restano, quindi, in vigore. Per i profughi l'art. 27 conferma la legge 9 febbraio 1968, n. 83 di cui ho detto, « richiamante in vigore », per un triennio decorrente dal 18 luglio 1967 e quindi da scadere il 18 luglio 1970, la legge originaria 27 febbraio 1958, n. 130, successivamente prorogata con la legge 24 giugno 1964, n. 538 (25), così riservandosi ancora una percentuale delle nuove assunzioni, da effettuarsi tramite gli uffici del lavoro, a favore di questi soggetti.

Per i lavoratori *ex* tubercolotici, l'art. 14 conferma la tutela di cui al d.l. 15 aprile 1948, n. 538, modificato con la legge 28 febbraio 1953, n. 86: è ribadito, per le case di cura e per i sanatori, l'obbligo di assumere questi lavoratori per la percentuale del quindici per cento « in aggiunta

(25) Sulla tutela dei profughi, v. *Assunzioni obbligatorie*, cit., 61.

alle aliquote previste per i riservati di cui alla presente legge » (e quindi, qui l'aliquota complessiva sale al trenta per cento). È da porre in rilievo che, nell'art. 14, sono fatte salve anche le *modalità* dell'a.o. di cui alla legge del 1948, il che comporta l'integrale sopravvivenza di quella legge sotto tutti i profili, anche se non si comprende perché non si sia dato corso, nella particolare situazione, al principio della unicità dell'organo del collocamento e della relativa procedura. Pertanto gli *ex* tubercolotici continuano ad essere iscritti nell'elenco di cui alla speciale commissione costituita ai sensi del decreto legislativo del 1948 e i soggetti obbligati hanno facoltà di scelta nello stesso elenco (26).

Per i ciechi, il comma 1 dell'art. 6 ribadisce quanto già disposto con l'art. 2 della legge 5 marzo 1965, n. 155 nel senso che « si intendono privi della vista coloro che sono colpiti da cecità assoluta o hanno un residuo visivo non superiore ad un decimo in entrambi gli occhi con eventuale correzione »; il capoverso conferma le disposizione di cui alle leggi 14 luglio 1957, n. 594 e successive modifiche e 21 luglio 1961, n. 686 concernenti l'a.o. nelle mansioni di centralinista telefonico e di massaggiatore o massofisioterapista. Le due leggi sono quindi integralmente confermate, anche per quanto attiene alle modalità attuative, tali, com'è noto, da non escludere l'interpretazione secondo la quale quivi si potrebbero ravvisare dei casi di avviamento di ufficio al lavoro, con costituzione, pertanto, del rapporto a mezzo di atto amministrativo (27). Il capoverso continua affermando che « per il collocamento obbligatorio dei privi della vista che acquisiranno diverse qualificazioni professionali speciali si disporrà con apposite norme »; in tal modo, con questa previsione innocuamente programmatica, si è voluta fare una affermazione di principio tale da soddisfare provvisoriamente i voti di coloro che auspicano una più larga immissione dei ciechi nel mondo del lavoro (ricordo la proposta di legge dell'on. Cariglia). Infine, nel comma 3 dell'art. 6, è detto che i ciechi sono computati nel numero degli invalidi di guerra, del lavoro, per servizio e civili, che le aziende e le amministrazioni sono tenute ad assumere ai sensi della legge « generale », a seconda della causa determinante della cecità; in pratica, il centralinista o il massaggiatore cieco eventualmente assunti ai sensi delle leggi spe-

---

(26) Per l'indicazione dei vari problemi insorti in sede di interpretazione della legge del 1948, v. *Assunzioni obbligatorie*, cit., 46-50.

(27) In tal senso, dubitativamente, mi pronunciai in *Assunzioni obbligatorie*, cit., 262-279. In senso critico v. Montuschi, *I limiti legali nella conclusione*, cit., 332. Sul punto sono tornato nella recensione al libro di Montuschi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 765, spec. n. 6.

ciali, vanno computati nella complessiva quota d'obbligo a seconda della causale determinante l'invalidità.

La tutela dei sordomuti, prima praticamente inesistente nel settore privato per la ben nota vicenda della legge n. 308 del 1958 (28), è invece interamente attuata nell'ambito della legge « generale » (art. 7) che si applica anche a favore di questi soggetti nella proporzione di cui si dirà, premesso che si intendono per sordomuti « coloro che sono colpiti da sordità dalla nascita o contratta prima dell'apprendimento del linguaggio » e abrogandosi tutte le disposizioni di cui alla legge del 1958, ad eccezione di quelle di cui agli artt. 6 e 7. La salvezza di questi articoli della precedente legge vale, soprattutto, ai fini delle assunzioni nella P.A., disponendosi in particolare, con l'art. 6, per l'accertamento della idoneità specifica alle mansioni con accertamento demandato al medico fiscale dell'amministrazione interessata o, in alternativa, per il conseguimento della qualificazione sulla base di appositi esami da svolgere presso gli istituti professionali dell'ente nazionale per la protezione e l'assistenza dei sordomuti, innanzi ad una speciale commissione la cui composizione è stabilita nello stesso art. 6, posto che, indubbiamente, nel settore privato non può ritenersi che il legislatore abbia voluto demandare questo delicato accertamento al medico (fiscale?) di fiducia dell'imprenditore. Il buon senso porterebbe a ritenere l'incontentabilità, anche nel settore privato, della qualificazione ottenuta dal sordomuto presso gli istituti professionali con le garanzie di cui al citato art. 6 della legge del 1958, per se deve rilevarsi che nella commissione di esami (com'era logico, in una legge inizialmente pensata e proposta per il solo settore pubblico) non c'è alcuna rappresentanza dei datori di lavoro. In ogni caso, per i sordomuti che non hanno ottenuto l'idoneità tramite l'indicata qualificazione, il problema resta, gravemente, aperto e va considerato nel contesto generale della lacunosità della legge sul punto.

Per la identificazione di altri soggetti aventi titolo per l'a.o. disciplinata senza residui nella legge generale, provvedono altri articoli del primo titolo della legge. In particolare, nell'art. 2 e nell'art. 3 si dice rispettivamente degli invalidi di guerra e per servizio, nella sostanza ribadendosi, soprattutto sotto il profilo della causale determinante dell'invalidità, nozioni ormai acquisite, con la consueta esclusione dei c.d. « minimi » invalidi operata facendo riferimento alle categorie contemplate nella legislazione per le pensioni di guerra *et similia*. In queste definizioni c'è solo la stranezza che, alla lettera, sono presi in conside-

(28) V. *supra*, *sub* nota 6.

razione sia i soggetti di ridotta capacità lavorativa sia quelli che, per fatto di guerra o di servizio, « siano divenuti inabili a proficuo lavoro », ma è una contrapposizione che si risolve in una innocua sovrabbondanza verbale, posto che, nel capoverso dell'art. 1, è ovviamente chiarito che non hanno titolo per l'a.o. « coloro che abbiano perduto ogni capacità lavorativa » al pari di coloro che hanno superato il cinquantacinquesimo anno di età o che, per la natura ed il grado della loro invalidità, possano riuscire di danno alla salute e alla incolumità dei compagni di lavoro o alla sicurezza degli impianti.

Negli artt. 4 e 5 sono rispettivamente identificati gli invalidi del lavoro e quelli civili, questi ultimi secondo la nozione residuale già accolta nella legge n. 1539 del 1962, di guisa che sono come tali definibili gli invalidi non di guerra o di servizio o di lavoro o sordomuti, comprendendovisi, viceversa, gli *ex* tubercolotici (ovviamente, ai fitti dell'a.o. in unità diverse dalle case di cura e dai sanatori, rispetto alle quali provvede, come si è detto, l'art. 14 a conferma della già esistente normativa). È da rilevare che ambedue le categorie sono equiparate per quanto attiene alla delimitazione della invalidità rilevante ai fini dell'a.o., nel criterio quantitativo di identificazione dei « minimi » invalidi non tutelati, nel senso che nelle due situazioni si richiede una riduzione della capacità lavorativa non inferiore ad un terzo, equiparazione già compiuta col capoverso dell'art. 1 della legge 14 ottobre 1966, n. 851, eliminandosi così lo scarto preesistente in ragione delle diverse determinazioni effettuate nella legge n. 1539 del 1962 e nel d.l.c.p.s. n. 1222 del 1947 (29). Infine, ai sensi dell'art. 8, « hanno diritto al collocamento obbligatorio, gli orfani e le vedove di coloro che siano morti, ovvero siano deceduti a causa dell'aggravarsi delle mutilazioni o infermità, che diedero luogo a trattamento di pensione di guerra, di pensione privilegiata ordinaria o di rendita per infortunio, per fatto di guerra o per servizio o del lavoro; agli orfani ed alle vedove sono equiparati i figli e la moglie di coloro che siano divenuti permanentemente inabili a qualsiasi lavoro per fatti di guerra o per servizio o del lavoro ». È da segnalare la limitazione della tutela ai congiunti degli invalidi di guerra, per servizio o per lavoro, con esclusione, ad es., dei congiunti degli invalidi civili; di qui qualche dubbio sulla legittimità della discriminazione così operata.

Per quanto attiene al trattamento di coloro che sono assunti al lavoro in applicazione della legge, l'alinea dell'art. 10 ribadisce il tradizionale principio della applicazione del normale trattamento economico, giuri-

(29) V. in proposito, anche per le implicazioni in termini effettuali dello scarto allora esistente tra le due definizioni, il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 41.

dico e normativo, principio che vale soprattutto per i soggetti invalidi, nel senso che, in relazione al posto di lavoro commesso, a costoro deve essere assicurato quello stesso trattamento che altrimenti si dovrebbe nei confronti di un soggetto di piena capacità lavorativa, poiché per i soggetti validi, assunti *ope legis*, alla stessa conclusione si perviene implicitamente nella logica del presupposto di fatto (le mansioni in concreto affidate) che funziona come punto di riferimento della normativa applicabile (30). Il capoverso dell'articolo afferma che l'assunzione obbligatoria non può comportare, per il soggetto protetto, alcuna modificazione nel regime pensionistico e previdenziale. Il comma 3, infine, dispone in tema di licenziamento degli invalidi, sancendo che « oltre che nei casi di licenziamento previsto per giusta causa o giustificato motivo » vi può essere licenziamento anche quando, a giudizio del collegio medico provinciale di cui all'art. 20, sia accertata, su richiesta dell'imprenditore o dell'invalido interessato, la perdita di ogni capacità lavorativa o un aggravamento di invalidità tale da determinare pregiudizio alla salute ed incolumità dei compagni di lavoro, nonché alla sicurezza degli impianti; in ogni caso l'azienda deve dare comunicazione dell'avvenuto licenziamento all'ufficio del lavoro al fine di provocare la sostituzione del licenziato. In sostanza, il legislatore ha riprodotto qui, per quanto attiene alla speciale forma di licenziamento per aggravamento dell'invalidità o per perdita totale della capacità di lavoro, una disposizione ripetutamente inserita nelle previdenti leggi e di difficile interpretazione nel contesto globale della situazione così regolata, in particolare sul punto di questo singolare licenziamento provocato dallo stesso invalido interessato (31) e soprattutto al fine di stabilire se, nei confronti di questi soggetti protetti, laddove la legge speciale considerava unicamente, come avveniva nel d.l.c.p.s. n. 1222 del 1947, una procedura *ad hoc* nei termini ora riprodotti, vi fosse spazio, oltre — ovviamente — per il licenziamento per giusta causa anche per il recesso *ad nutum ex* art. 2118 c.c. (32). In questa legge generale, ci si è conformati all'ultimo modello di legge speciale in

---

(30) V. l'acuto rilievo di Montuschi, *I limiti legali nella conclusione*, cit., 149.

(31) Sul punto v. *Assunzioni obbligatorie*, cit., 24; la singolare previsione poteva spiegarsi, nel sistema di a.o. degli invalidi di guerra, sia per consentire all'invalido di ottenere maggiori benefici pensionistici a seguito di un giudizio di incollocabilità sia per attribuire al medesimo l'integrale trattamento di fine rapporto (aspetto, questo, non più attuale, dopo la generalizzazione dell'indennità di anzianità).

(32) Sul problema v. *Assunzioni obbligatorie*, cit., 249, nota 125. Di recente, nel senso della inconfigurabilità del recesso *ad nutum*, v. Cass. (pen.) 15 ottobre 1965, in *Foro it.*, 1966, 2, 203, nonché la nota di Avanzi, *ibidem*, 1967, I, 2057 a commento della sentenza della Cass. 17 luglio 1967, n. 1805.

materia, con una tecnica che si avvicina a quella di cui all'art. 15 della legge n. 367 del 1963 sull'a.o. degli invalidi di guerra e cioè premettendo, alla formula ipotizzante la speciale procedura, un cappello di generica puntualizzazione del regime di recesso. La differenza, radicale, sta in questo: che nell'art. 15 della legge del 1963 si faceva salvezza e dell'art. 2119 e dell'art. 2118 c.c., mentre nel nostro art. 10 si fa salvezza del licenziamento e per giusta causa e per giustificato motivo. Senonché ogni problema scompare e la situazione è del tutto chiarita, sol che si rifletta sulla assoluta coincidenza — su questo piano — tra l'area delle imprese tenute all'a.o. e l'area nella quale si applica la disciplina dei licenziamenti individuali ai sensi della legge 15 luglio 1966, n. 604, posto che, ad entrambi i fini, sono prese in considerazione le unità che hanno più di trentacinque dipendenti (v. art. 11). Pertanto, in pratica, l'art. 10 comma 3 funziona nel senso che per il licenziamento, oltre il regime ordinario di cui alla legge n. 604, è prevista questa particolare situazione con la peculiare procedura; procedura che all'imprenditore converrà esperire in ogni caso, ove sussistano gli estremi della perdita assoluta della capacità o dell'aggravamento dell'invalidità nei termini ipotizzati, per eliminare ogni possibile contestazione circa la sussistenza del giustificato motivo obiettivo giustificante il licenziamento, posto che nel caso non mi pare che possa configurarsi la giusta causa (33).

Senonché a questo punto è da dire della « norma transitoria » di cui all'art. 30 della legge, ove è disposto che « gli invalidi e gli altri aventi diritto, già obbligatoriamente assunti dai pubblici e privati datori di la voro, sono mantenuti in servizio anche se superino il numero di unità da occupare in base alle quote di obbligo stabilite dalla presente legge, nonché se già assunti presso aziende con meno di 36 dipendenti ». Della possibile ricorribilità della prima ipotesi (superamento della quota d'obbligo) è difficile giudicare sulla base del testo di legge, giacché, come si vedrà, l'aliquota complessiva ora fissata nella misura del 15% supera in assoluto la somma delle precedenti quote di obbligo. La seconda situazione è, al contrario, di piena realizzabilità in conseguenza della nuova legge che, considerando solo le imprese con personale minimo di 35

---

(33) Naturalmente tutto dipende dalla concezione accolta in tema di giusta causa, in particolare dopo il sopravvenire della legge n. 604 del 1966. A me pare che la situazione ipotizzata nella legge in commento, e almeno questa, sia pienamente riconducibile al giustificato motivo obiettivo sotto il profilo della ragione inerente al regolare funzionamento dell'organizzazione di lavoro; in proposito, anche per riferimenti, v. la mia relazione alle giornate fiorentine di studio dell'Assoc. di dir. del lav. in *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, in *Riv. dir. lav*.

dipendenti, esclude d'ora innanzi l'obbligo in precedenza posto a favore degli invalidi di guerra per le imprese con più di dieci dipendenti. Orbene è difficile intendere come possa aver seguito il mantenimento in servizio in unità escluse dalla disciplina limitativa dei licenziamenti e ove quindi impera in pieno la libertà di recesso *ex* art. 2118 c.c., in ragione della quale la garanzia formalmente predisposta viene meno.

In tema di trattamento dell'invalido è da dire, infine, del comma 5 dell'art. 20 ai sensi del quale « fermo il disposto dell'art. 2103 del c.c., il datore di lavoro ha facoltà di adibire l'invalido a mansioni diverse da quelle per le quali fu assunto purché compatibili con le condizioni fisiche dell'invalido stesso ». In sostanza, come si è di recente giustamente puntualizzato in dottrina (34), il datore di lavoro deve esercitare lo *jus variandi*, secondo un criterio applicativo nel caso della regola fondamentale della buona fede, tenuto conto della particolare condizione del dipendente.

### 3. *I soggetti obbligati.*

Secondo la formulazione generale dell'art. 1, l'a.o. è prevista « presso le aziende (35) private e le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le amministrazioni regionali, provinciali e comunali, le aziende di Stato e quelle municipalizzate, nonché le amministrazioni degli enti pubblici in genere e degli istituti soggetti a vigilanza governativa ». Più compiutamente dispone in proposito il titolo secondo della legge.

Ai sensi dell'art. 11, le aziende private che hanno complessivamente alle loro dipendenze più di 35 lavoratori tra operai ed impiegati (quindi, almeno 36 dipendenti), ad esclusione degli apprendisti, sono tenute ad assumere lavoratori protetti per una aliquota complessiva del 15 per cento del personale in servizio; le frazioni percentuali superiori allo 0,50 per cento sono considerate unità. Agli effetti della determinazione della quota d'obbligo dei soggetti protetti di una determinata categoria, non sono computabili tra i dipendenti gli appartenenti alle altre categorie protette (comma 4); infine, risolvendosi in generale un problema di precedenza controverso (36), lo stesso comma 4 dell'art. 11 stabilisce che

---

(34) V. Montuschi, *I limiti legali nella conclusione*, cit., 278.

(35) Questa dizione (« aziende »), confermata nella rubrica dell'art. 11 nonché nel comma 4 dell'art. 16, è ormai preclusiva nel senso che le a.o. sono inconfigurabili a carico dei datori di lavoro non imprenditori.

(36) V., per lo stato della questione, il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 10 e 32. Da

per le cooperative di lavoro non sono computabili, nella base di riferimento, gli operai e gli impiegati soci. In generale, sulla premessa che la base di riferimento per la determinazione della quota d'obbligo debba essere computata tenendo conto dei lavoratori stabilmente inseriti nell'impresa, potranno sorgere contestazioni in ordine alla computabilità o non dei lavoratori « non stabili », come sovente è avvenuto nel complesso della legislazione sociale; questi problemi dovranno risolversi anche tenendo conto dell'uc. dell'art. 13 che, ribadendo la precedente normativa (37), prevede l'esonero dall'obbligo per le lavorazioni di breve durata non superanti i tre mesi.

Per una sommaria valutazione della incidenza impositiva derivante dalla nuova legge, in senso aggravativo o non, è opportuno riepilogare nello specchietto che segue la situazione derivante dalla previdente legislazione (38):

| *Categoria protetta* | *Imprese obbligate* | *Quota d'obbligo* |
|---|---|---|
| 1) Invalidi militari di guerra | più di 10 lavoratori | 6% |
| 2) Invalidi civili di guerra o per servizio | più di 10 lavoratori | 2,50% |
| 3) Invalidi del lavoro | più di 50 lavoratori | 2% |
| 4) Invalidi civili | più di 50 lavoratori | 2% |
| 5) Vedove e orfani di guerra, vedove e orfani dei caduti per servizio | più di 100 lavoratori | 1% |

Pertanto, in precedenza, la imposizione complessiva era la seguente:

| | |
|---|---|
| 1) imprese da 11 a 50 dipendenti | quota d'obbligo 8,50% |
| 2) imprese da 51 a 100 dipendenti | quota d'obbligo 12,50% |
| 3) imprese con più di 100 dipendenti | quota d'obbligo 13,50% |

Ne deriva che, a seguito della nuova legge, le minori imprese da 11 a 35 dipendenti sono liberate da ogni obbligo; per tutte le altre imprese

---

ultimo, nel senso della esclusione dal computo dei lavoratori soci ai fini dell'a.o. degli invalidi del lavoro, v. Cass. 29 aprile 1965, n. 765, in *Foro it.*, 1965, I, 2023.

(37) Ma si è sempre trattato di previsione non pacifica; v., per riferimenti, *Assunzioni obbligatorie*, cit., 9, testo e nota 18.

(38) Nella compilazione di questo specchietto non ho considerato, a differenza di G. Branca (*L'avviamento al lavoro degli invalidi e dei minorati nei principi costituzionale*, in *Studi in memoria di L. Barassi*, Milano, 1966, 33, n. 1), l'aliquota relativa ai sordomuti (tre per cento), partendo dalla realistica considerazione della pratica inapplicabilità della legge del 1958 nel settore privato.

l'imposizione cresce, in relazione alla nuova aliquota complessiva del 15%, nella seguente misura:

| | |
|---|---|
| 1) imprese da 36 a 50 dipendenti, | aumento del 6,50% |
| 2) imprese da 51 a 100 dipendenti, | aumento del 2,50% |
| 3) imprese con più di 100 dipendenti, | aumento dell'1,50% |

Estendendo una indicazione già contenuta in precedenti leggi (39), il capoverso dell'art. 11 stabilisce che, nel limite percentuale della quota complessiva di obbligo, agli invalidi va riservata la metà dei posti disponibili di custodi, portieri, magazzinieri, ascensoristi, addetti alla vendita dei biglietti nei locali di pubblico spettacolo, guardiani di parcheggi e di magazzini nonché di tutti i posti di analoghe mansioni. Nella assegnazione di questi posti deve essere data la precedenza, se invalidi di guerra o per servizio, agli amputati dell'arto superiore o inferiore, ascritti alle categorie seconda, terza e quarta della tabella A annessa alla legge 10 agosto 1950, n. 648 sulle pensioni di guerra e, per le altre categorie, ai minorati in analoghe condizioni.

Ai sensi dell'art. 12, le pubbliche amministrazioni, nonché le aziende pubbliche e gli enti pubblici che hanno complessivamente più di 35 dipendenti, debbono assumere personale protetto nelle seguenti misure, senza concorso: 1) 15% del personale operaio di ruolo o a contratto di diritto privato, da ripartire tra le varie categorie di questo personale e con accertamento, con apposita prova, dell'idoneità professionale, per coloro che aspirano alla assunzione nella prima e seconda categoria; 2) 15% del personale delle carriere esecutive o equipollenti; 3) 40% del personale ausiliario equiparato. Ai sensi dell'u.c., nei concorsi a posti delle carriere direttive e di concetto o parificati, i soggetti protetti che abbiano conseguito l'idoneità debbono essere compresi nella graduatoria dei vincitori fino a che non sia raggiunta la percentuale del 15% dei posti di organico.

L'art. 13 tratta delle esclusioni e degli esoneri. Come in precedenza,

---

(39) V., ad es., l'art. 12 della legge 5 marzo 1963, n. 367 sull'a.o. degli invalidi di guerra. Nella proposta di legge a suo tempo presentata dagli onn. Villa e Baldelli, si proponeva di riservare *in toto* agli invalidi questi posti (art. 12). Secondo G. Branca *(L'avviamento al lavoro*, cit., 47, nota 29) questa soluzione sarebbe, forse, contrastante con quanto affermato dalla Corte Costituzionale nelle ben note sentenze pronunciate su alcune leggi di a.o. A me pare che questo dubbio possa fugarsi, ove sia possibile accertare che per determinati posti di lavoro, previamente specificati, è possibile utilizzare l'opera anche di soggetti di ridotta capacità di lavoro rispetto alla media.

per le imprese di navigazione e di trasporto e per le ferrovie, la base di riferimento per la determinazione della quota d'obbligo va calcolata escludendosi il personale navigante e viaggiante (40). Per il personale dei servizi attivi delle ferrovie dello Stato e delle imprese di trasporto, l'a.o. deve avvenire nella seguente misura: 1) 15% per le qualifiche di manovali, cantonieri, operai; 2) 20% per le guardie e i custodi in genere delle stazioni; 3) 42% per i portieri e gli inservienti. Restano ferme le speciali regolamentazioni già dettate per l'amministrazione postale, per l'azienda telefonica di Stato e per i monopoli di Stato.

Per il comma 5 dell'art. 13, il Ministro del lavoro, sentita la commissione provinciale di cui dirò, può parzialmente esonerare dall'obbligo di assumere invalidi le aziende che per loro particolari condizioni non siano in grado di occupare l'intera percentuale, a condizione che, in sostituzione costoro, assumano orfani e vedove delle varie categorie. Ricordo su questo punto l'o.d.g. accettato come raccomandazione dal Governo al Senato.

L'aliquota complessiva addossata alle aziende private e alle pubbliche amministrazioni, deve essere ripartita tra le varie categorie di soggetti protetti nelle seguenti misure (art. 9):

| | |
|---|---|
| invalidi militari di guerra | 25% |
| invalidi civili di guerra | 10% |
| invalidi per servizio | 15% |
| invalidi del lavoro | 15% |
| orfani e vedove | 15% |
| invalidi civili | 15% |
| sordomuti | 5% |

Ma i sordomuti (art. 9, cap.) debbono essere assunti solo nelle unità con oltre 100 dipendenti; nelle unità inferiori — da 36 a 100 dipendenti — in sostituzione di questi soggetti, debbono essere assunti invalidi civili la quota dei quali, nella ripartizione interna fra le varie categorie, quivi passa dal 15 per cento al 20 per cento. Naturalmente potrà sovente verificarsi il caso che nella ripartizione della quota complessiva d'obbligo fra le varie categorie, in applicazione delle percentuali indicate, si incontrino difficoltà, determinandosi delle frazioni percentuali nella divisione; in tale evenienza la determinazione della ripartizione per categorie è

(40) Per l'inquadramento dommatico della disposizione, v. Montuschi, *I limiti legali nella conclusione*, cit., 202 ss., spec. 204.

demandata alla commissione provinciale per il collocamento obbligatorio di cui si dirà (art. 17, lett. *d*).

Infine, nell'ultimo comma dell'art. 9, è posto il principio del c.d. scorrimento: « In mancanza dei diretti beneficiari subentrano proporzionalmente i riservatari delle altre categorie, secondo le valutazioni della commissione provinciale per il collocamento obbligatorio » (e tale competenza della commissione è ribadita nella lettera dell'art. 17). Per l'applicazione di questo principio, è da tener presente che il collocamento obbligatorio funziona su base provinciale e quindi l'esaurimento dei beneficiari di una certa categoria rileva in questo ambito.

Deve porsi il problema, se la nuova legge abbia accolto la soluzione secondo la quale le a.o. si risolverebbero semplicemente in una riserva di posti da assegnare ai soggetti protetti solo nella ipotesi di nuove assunzioni oppure l'altra secondo la quale le unità obbligate in ragione del numero complessivo dei dipendenti dovrebbero senz'altro procedere alle assunzioni, da definirsi così in sovrannumero rispetto all'organico iniziale. Della questione si è molto discusso in passato, in sede interpretativa delle leggi previdenti, optando taluni autori per la tesi della riserva di posti anche per ragioni di legittimità costituzionale, in quanto la legge non potrebbe imporre la creazione di posti di lavoro in sovrannumero senza violare l'iniziativa economica costituzionalmente garantita (41). In realtà, a mio avviso, una legge impositiva di posti di lavoro in sovrannumero non può dirsi con ciò stesso costituzionalmente illegittima, per le argomentazioni che ho svolto più ampiamente altrove (42) e mi è di conforto, in proposito, il recente ripensamento di un illustre A. (43). È solo da ricordare che in precedenza, in talune leggi (44), il legislatore prescelse una soluzione intermedia, ponendo un termine massimo entro

---

(41) V., in particolare, D'Eufemia, *Diritto del lavoro*, Napoli, s.d. 1963, spec. 163 ss. Per ulteriori riferimenti v. il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 73, nota 17. Per una impostazione problematica v. Montuschi, *I limiti legali nella conclusione*, cit., 347 ss. Egregiamente afferma G. Branca, *L'avviamento al lavoro*, cit. che la tesi della c.d. « riserva di posti » è esatta solo se adoperata in senso descrittivo « cioè con lo scopo, dottrinariamente assai limitato, per la verità, di spiegare il funzionamento del meccanismo delle a.o. ».

(42) V. recensione cit. a Montuschi, n. 7.

(43) V. D'Eufemia, *Ancora in tema di a.o.*, cit., n. 3; oggi, per l'A., la imposizione di posti di lavoro in sovrannumero non contrasta, di per sé, con la garanzia costituzionale dell'iniziativa economica, a condizione che vi sia un sostanziale rispetto del potere organizzativo aziendale; pertanto « ... è la misura della limitazione che rende quest'ultima compatibile o incompatibile con il sistema costituzionale ».

(44) Ad es. la legge n. 1539 del 1962 sull'a.o. degli invalidi civili. Sulle implicazioni teoriche della soluzione, v. Montuschi, *op. cit.*, 322 ss.

il quale doveva comunque provvedersi alla assunzione dei soggetti protetti per tutta la complessiva quota d'obbligo. *Quid*, rispetto alla nuova legge? La soluzione mi pare agevole, sol che si consideri che nella legge, mentre per il settore pubblico esplicitamente si dice che le assunzioni debbono avvenire « subordinatamente al verificarsi delle vacanze » (art. 12), per le aziende private (art. 11) manca del tutto una consimile riserva, ivi affermandosi semplicemente che le unità con più di 35 dipendenti debbono procedere alle assunzioni. Quindi, facendo utilizzazione dei consueti canoni d'ermeneutica, la conclusione è semplice: nel settore privato vige l'obbligo non appena viene ad esistere il presupposto contemplato, conformemente, del resto, alla prassi costantemente seguita dagli uffici competenti ogni volta che abbia fatto difetto una contrastante e chiara dizione ostativa della legge. Né, per sostenere par dubbiosamente la tesi opposta (45), può farsi richiamo alle espressioni di taluni articoli, mettendo in evidenza che nell'art. 9 si parla di aliquota complessiva da « riservarsi » e nell'art. 15 di « posti di riserva ». L'argomentazione pare assai fragile, sol che si rifletta ai luoghi nei quali figurano dette espressioni: nell'art. 9 dove si risolve il problema della ripartizione delle quote d'obbligo fra le varie categorie e nell'art. 15 dove, per il settore pubblico (ove effettivamente c'è solo riserva di posti), si tratta della esecutività e delle impugnative dei provvedimenti amministrativi. Il punto essenziale è che nell'art. 11 l'obbligo è formulato tassativamente nel modo espresso.

## 4. *Modalità del collocamento obbligatorio; sanzioni.*

Per quanto attiene alla strutturazione istituzionale e alle modalità attuative del collocamento obbligatorio, la nuova legge detta in linea di principio e beneficamente una soluzione organica e semplificatrice. Il collocamento è demandato agli uffici provinciali del lavoro (art. 16, alinea); solo per gli invalidi di guerra, l'ultimo comma dell'art. 16 conserva la competenza delle direzioni provinciali dell'Opera nazionale degli invalidi di guerra, che provvederanno « in base a segnalazione degli uffici provinciali del lavoro ». In pratica, poiché le richieste di assunzione debbono essere in ogni caso inoltrate all'ufficio del lavoro, presso il quale si trovano (art. 19) gli elenchi dei beneficiari con relativa graduatoria, l'inciso comporta che l'ufficio del lavoro debba trasmettere alle direzioni provinciali dell'Opera le richieste e gli elenchi, dopo di che è la direzione

(45) In tal senso v. D'Eufemia, *Ancora in tema di a.o.*, n. 3.

provinciale dell'Opera che deve procedere alla assegnazione dell'invalido all'impresa, seguendo la graduatoria e quindi, di pratica, senza alcuna valutazione discrezionale (al massimo, si dovranno individuare gli invalidi amputati dell'arto superiore o inferiore o in condizioni comparabili, aventi — ai sensi dell'art. 11 cap. — precedenza per quanto attiene alla assegnazione dei posti di custodi etc.). Non si capisce, quindi, come e perché si sia voluto conservare la competenza delle direzioni provinciali dell'ONIG per così poco (ma è un poco che inutilmente complica...), soprattutto ove si pensi alla transitorietà della soluzione: perché rimandare di un quinquennio la soluzione « totale »? Certo è, come risulta dalle laconiche affermazioni della discussione parlamentare, che vi sono state in proposito resistenze particolaristiche, « nobili » o no (di prestigio oppure per la necessità di giustificare ulteriormente qualche povero « travet »), si vedrà se queste resistenze riusciranno a prevalere in prossimità dello scadere del quinquennio.

Nella cura del collocamento obbligatorio, gli uffici del lavoro « si atterranno alle graduatorie e ai criteri stabiliti dalle commissioni provinciali per il collocamento obbligatorio » (art. 16, alinea). La commissione provinciale (art. 16, cap.) è composta dal direttore dell'ufficio del lavoro che la presiede, da un rappresentante designato da ognuna delle associazioni di categoria (Unione naz. mutilati per servizio, Ente sordomuti, Associazione famiglie caduti e dispersi di guerra, « nonché delle opere, enti e associazioni a carattere nazionale con personalità di diritto pubblico, cui è affidata istituzionalmente la tutela degli invalidi, orfani e vedove di cui alla presente legge »: art. 15 cap.) (46), nonché da tre rappresentanti dei lavoratori e da tre datori di lavoro, designati rispettivamente dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentaative (47) e, infine, da un ispettore medico del lavoro. I componenti « effettivi e supplenti » della commissione sono nominati per un biennio dal prefetto. I compiti della Commissione sono specificati nell'art. 17. Oltre i compiti ricordati nel paragrafo precedente (assegnazione di posti per categoria nella aliquota complessiva della singola impresa e attuazione del principio di scorrimento nei casi concreti), la Commissione deve approvare le graduatorie degli aspiranti al collocamento iscritti nei diversi elenchi di cui dirò, approvare l'aggiornamento triennale degli stessi elenchi, esprimere parere sulle domande di oblazione per le

(46) Attraverso queste associazioni emerge e si istituzionalizza un interesse collettivo di gruppo: Montuschi, *op. cit.*, 19.

(47) Secondo una indicazione ormai consolidata nella nostra esperienza, con non rare implicazioni giurisprudenziali.

contravvenzioni nonché sulle richieste di esonero e di compensazione territoriale presentate dalle imprese.

Non è molto chiara la situazione per quanto attiene alle graduatorie negli elenchi. Infatti la lett. *a*) dell'art. 17 dice semplicemente che la commissione provinciale deve approvare la graduatoria nei singoli elenchi e pertanto, giusta questa indicazione, se ne ricava che deve esserci una graduatoria, anche se non si indica alcun criterio per la formazione della medesima (48). Viceversa, nella lett. *e*) relativa alla attuazione del principio di scorrimento, si dice che la commissione nella assegnazione dei posti a soggetti appartenenti a categoria diversa rispetto a quella per la quale non vi sono elementi disponibili, deve tener conto, nell'ambito della stessa categoria, dei criteri di preferenza stabiliti nell'art. 15/4 della legge generale sul collocamento n. 264 del 1949 (carico familiare, anzianità di iscrizione nelle liste, situazione economica anche tenendo conto dello stato di occupazione nel nucleo familiare, nonché tutti gli elementi rilevanti per la valutazione dello stato di bisogno del lavoratore, anche con riguardo allo stato sanitario dei familiari). Quindi, specifici criteri di preferenza sono indicati, alla lettera, solo nella particolare ipotesi di attuazione dello scorrimento. Ed allora, indipendentemente da questa contingenza, quale criterio deve essere seguito per la formazione della graduatoria in sé, nell'ambito degli appartenenti alle singole categorie, se graduatoria deve esservi? D'altro canto non v'è dubbio che nella lett. *e*) si parla di assegnazione di posti in concreto, cioè la commissione deve prescegliere i soggetti da avviare al lavoro; col che, qui, il compito della commissione assorbe tutto, anche la competenza dell'ufficio del lavoro per quanto attiene all'avviamento in concreto: qui non è più l'ufficio che assegna attenendosi alle graduatorie e ai criteri stabiliti dalla commissione (art. 16, alinea), ma è la commissione che direttamente determina fino all'atto finale della individuazione del singolo lavoratore da avviare al lavoro. Evidentemente la legge è formulata assai male. Assai più razionale sarebbe stato limitare il compito della commissione, per quanto attiene alla attuazione del principio di scorrimento, alla ripartizione dei posti vacanti tra le altre categorie in astratto (ad es., invece dei due invalidi di guerra mancanti, un in valido civile e uno del lavoro), lasciando poi la individuazione

---

(48) Nell'elenco (art. 19/3) deve farsi particolare menzione dei soggetti amputati dell'arto superiore o inferiore o presentanti analoghe mutilazioni e ciò al fine della precedenza nei posti di lavoro particolari (custodi ecc.) indicati nel capoverso dell'art. 11. Deve dirsi che, per la gran parte almeno di questi posti, è possibile la richiesta nominativa (art. 16/6), trattandosi di mansioni di fiducia connesse con la vigilanza e la custodia dei beni.

in concreto del soggetto da avviare al lavoro all'ufficio del lavoro. D'altro canto, è altrettanto indubbio che la legge parla di graduatoria nell'elenco, così come l'alinea dell'art. 16 afferma che l'ufficio del lavoro deve attenersi, nell'avviamento in concreto, a queste graduatorie. Il che significa che c'è, per l'ufficio, una graduatoria vincolante tale da eliminare ogni possibilità di scelta discrezionale, a differenza di quanto avviene nel sistema del collocamento ordinario ove, ai sensi dell'art. 15/4 della legge n. 264 del 1949, l'ufficio deve di volta in volta individuare il lavoratore da avviare al lavoro con largo apprezzamento discrezionale, tenendo conto dei criteri indicati dalla legge (49); in conclusione, qui l'ufficio amministra solo materialmente il collocamento, in ragione della esistenza di graduatorie predeterminate dalla commissione. Ma come procederà la commissione alla formazione della graduatoria, con gli aggiornamenti trimestrali di cui alla lettera *b*)? La logica esige che la commissione segua quegli stessi criteri che la legge testualmente enuncia nella lettera *c*) a proposito della attuazione dello scorrimento, essendo inammissibile che, nel silenzio della legge alla lettera *a*), ci si attenga a criteri diversi (e quelli enunciati *per relationem* nella lettera *c*) sono, del resto, del tutto razionali, anche se di non facile attuazione trattandosi di misurare la miseria della gente, nella situazione specifica). Ma se già le graduatorie nei singoli elenchi sono formate con quei criteri, nella ipotesi di attuazione dello scorrimento, una volta determinata la ripartizione dei posti vacanti di una categoria tra le altre, non c'è più necessità di individuare poi, nella singola categoria, i soggetti da avviare al lavoro seguendo i criteri di cui alla legge sul collocamento; semplicemente perché, una volta deciso che il posto vacante di invalido di guerra vada invece ad un invalido per servizio, non resta che prendere il primo in graduatoria nell'elenco relativo (anche se qui compete, alla lettera, alla commissione di individuare materialmente il beneficiato...; ma occorrerà, formalmente, l'atto di avviamento dell'ufficio). Probabilmente, se si fosse in grado di conoscere i lavori preparatori utilizzando i brogliazzi di appunti informi dei componenti il comitato ristretto della commissione della Camera che trattò in via compromissoria col Governo il varo della legge (50), avremmo la chiave per intendere il *rebus* della lettera *c*) dell'art. 16. È probabile che all'origine vi fosse la proposta di attuare lo scorrimento, unificando, almeno a quel fine, tutti gli elenchi secondo un'unica graduatoria fatta secondo la valutazione del bisogno; la probabile proposta venne respinta, volendosi conservare il criterio della ripartizione percentuale dei

---

(49) V. G. Branca, *Il procedimento di collocamento dei prestatori di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, I, 243, spec. 297-298.

(50) V. in proposito resoc. Commissione Camera 29 febbraio e 5 marzo 1968.

posti vacanti di una certa categoria tra le altre categorie e nella confusione compromissoria venne fuori l'attuale formulazione dei criteri di preferenza entro la categoria, quando tutto è impostato su graduatorie precise per elenchi. È da auspicare che, in sede di regolamento d'esecuzione, si razionalizzi il tutto, secondo le linee esplicative che qui si è cercato di individuare.

L'art. 18 istituisce poi, presso la commissione centrale per l'avviamento al lavoro di cui all'art. 1 legge sul collocamento ordinario, una sottocommissione centrale per il collocamento obbligatorio composta con gli stessi criteri della commissione provinciale. La sottocommissione deve esprimere pareri in materia di compensazione territoriale, nonché pareri di ordine organizzativo, tecnico ed amministrativo sulla disciplina del servizio del collocamento obbligatorio « e sulla determinazione dei criteri che le commissioni provinciali debbono seguire ai fini delle precedenze nell'avviamento al lavoro dei soggetti tutelati ». Credo che questa ultima espressione debba intendersi, in particolare, nel senso che la sottocommissione può esprimere pareri individuanti, per le commissioni provinciali, i criteri di massima per l'attuazione del principio dello scorrimento, nella ripartizione dei posti vacanti di una categoria fra le restanti, tenendo conto, in particolare, della entità di tutti gli aspiranti al collocamento obbligatorio. Ma è una indicazione assai vaga, forse inutile traccia dell'intricato dibattito preparatorio nel quale era in giuoco la concorrenza tra le varie categorie protette. A mio avviso restano decisivi due principi, normativamente posti nella legge e quindi comunque vincolanti dell'organo — la commissione provinciale — chiamata ad amministrare in concreto il collocamento: 1) la ripartizione in percentuale tra le varie categorie di soggetti protetti, fissata nell'art. 9, deve essere rispettata in linea di principio, anche in sede di attuazione del principio di scorrimento (51); 2) nell'ambito di ogni categoria deve essere formata una graduatoria vincolante seguendo i criteri di cui all'art. 15/4 della legge sul collocamento.

Secondo l'art. 19, presso l'ufficio del lavoro debbono essere formati, per ogni categoria e con la collaborazione dei relativi rappresentanti interessati componenti la commissione provinciale, gli elenchi dei soggetti protetti che, essendo disoccupati, aspirino al collocamento obbligatorio. Il requisito dello stato di disoccupazione è importante, dovendosi ricordare che in precedenza esso non era richiesto, come si era esplicitamente af-

---

(51) Come testualmente si afferma, per il settore pubblico, nel comma 5 dell'art. 16: in caso di esaurimento degli aspiranti di una categoria, si deve provvedere alla copertura dei posti con aspiranti appartenenti alle altre categorie, « secondo un criterio proporzionale ».

fermato in sede interpretativa di alcune leggi (52). La richiesta di iscrizione può essere presentata sia direttamente dall'interessato sia dalla associazione o opera o ente rappresentativi, con la documentazione relativa alla sussistenza dei requisiti che a a norma delle leggi in vigore » (v. *supra*, *sub* par. 1) danno titolo al collocamento obbligatorio nonché circa le attitudini lavorative e professionali del richiedente; per gli invalidi deve essere allegata una dichiarazione legalizzata dell'ufficio sanitario, comprovante che il soggetto, per la natura e il grado della mutilazione o invalidità, non può riuscire di pregiudizio alla salute e alla incolumità dei compagni di lavoro od alla sicurezza degli impianti. Tutto qui, con quelle grosse lacune di cui ho detto nelle premesse e che probabilmente, con molta buona volontà, potrebbero essere colmate in sede di regolamento di esecuzione. La legge non prescrive alcun procedimento serio per la preventiva valutazione delle condizioni dell'invalido ai fini del collocamento obbligatorio, quasi che fosse impresa disperante congegnare un esame da parte di un collegio medico *ad hoc* (l'esame può esservi, come vedremo, solo successivamente, a seguito di contestazioni). E se, in ipotesi, l'ufficiale sanitario si rifiuti di rilasciare la dichiarazione oggi richiesta dall'art. 19 o attesti, viceversa, della incollocabilità dell'invalido? Non si può, inoltre, tacere della scarsa convincibilità di questa valutazione, in astratto, circa l'inesistenza del pregiudizio per la salute e la incolumità dei compagni di lavoro o per la sicurezza degli impianti; rimando in proposito alle considerazioni a suo tempo fatte nel mio studio del 1965 (53).

Per quanto attiene al collocamento vero e proprio, per il settore pubblico la legge detta (art. 16/5) che le amministrazioni e gli enti hanno facoltà di scegliere negli elenchi e di assumere direttamente. Sempre per il settore pubblico è da ricordare l'art. 15 sulla esecutività e sulla impugnabilità dei provvedimenti amministrativi in cui sia in giuoco l'attuazione della legge. Qualsiasi provvedimento, compresi i bandi di concorso, che attenga all'assunzione di personale valido presso le pubbliche amministrazioni non diventa esecutivo se è omessa la formale dichiarazione che si è tenuto conto dei benefici in materia di a.o.; ove i posti di riserva previsti per le assunzioni senza concorso non siano stati ricoperti, anche parzialmente, la esecutività dei procedimenti di assunzione nei ruoli è subordinata alla attestazione che i posti da conferire sono stati accantonati a favore degli aventi diritto. Infine, ripetendosi una disposizione già contenuta nelle precedenti leggi speciali, si afferma che i provvedimenti di assunzione non conformi alla legge n. 482, possono

(52) V., per riferimenti, *Assunzioni obbligatorie*, cit., 8, testo e nota 14.
(53) V. *Assunzioni obbligatorie*, cit., 18 ss.

essere impugnati, tanto in sede amministrativa che giurisdizionale, sia dagli iscritti negli elenchi sia dalle associazioni rappresentative (54); egualmente è disposto anche per il caso di diniego di assunzione.

Nel settore privato (art. 16/4), il collocamento avviene su richiesta dell'obbligato all'ufficio del lavoro. Cioè è escluso il sistema della assegnazione di ufficio, attuato in passato, in via interpretativa del d.l.c.p.s. n. 1222 del 1947, dalle speciali commissioni un tempo costituite per il collocamento degli invalidi del lavoro (55). Senza richiesta, non può esservi assunzione al lavoro; soluzione che trova conferma nel capoverso dell'art. 23, ove è appunto previsto il reato contravvenzionale dell'omessa richiesta, previa diffida a regolarizzare da parte dell'Ispettorato del lavoro cui è commessa la vigilanza per l'attuazione della legge (art. 28). La richiesta può essere nominativa rispetto ai lavoratori iscritti nell'elenco (art 16/6): 1) per il personale di concetto; 2) per il personale destinato a posti di fiducia connessi con la vigilanza e la custodia dei beni; 3) per i qualificati e gli specializzati di cui all'art. 14/13, lett. *b*) e penultimo comma della legge n. 264 del 1949. In pratica vi è un rinvio pressoché totale ai casi di richiesta nominativa contemplati nella legge generale sul collocamento; per il resto, la richiesta deve essere numerica.

Nell'art. 20 è previsto un accertamento sanitario, demandato ad un collegio medico nominato dal prefetto e composto da quattro medici (il medico provinciale presidente, un ispettore medico del lavoro, un medico in rappresentanza dei datori di lavoro e uno designato dall'associazione o ente o opera rappresentativi dell'invalido, che può farsi assistere da un medico di sua fiducia), per la valutazione delle condizioni del soggetto sotto il profilo del pregiudizio dianzi ricordato oppure quando sia in questione (art. 20/3) la compatibilità delle mansioni affidate dal datore di lavoro con lo stato fisico del lavoratore. Nel primo caso (situazione di pregiudizio), l'accertamento può essere provocato sia

---

(54) Per riferimenti, v. *Assunzioni obbligatorie*, cit., 264-265.

(55) V. D'Eufemia, *Ancora in tema di a.o.*, cit., nota 25. Per la critica alla prassi seguita dalle commissioni di cui nel testo, prassi avallata dalla consolidata giurisprudenza, v. il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 179 ss., nonché Montuschi, *op. cit.*, 332. È da ricordare che si tentò di inaugurare una eguale prassi di assegnazione di ufficio anche per l'avviamento al lavoro degli invalidi civili; ma la tesi venne respinta in giurisprudenza, correttamente: v. Trib Genova 18 agosto 1966, in *Riv. dir. lav.*, 1966, 2, 654, con mia nota; in *Mon. trib.*, 1967, 537, con nota di Alibrandi e in *Mass. giur. lav.*, 1967, 390, con nota di Nicolini. Per rendersi conto, inoltre, di come beneficamente abbia disposto la nuova legge unificando (quasi interamente) l'organo del collocamento, ricordo la questione fattasi di recente per individuare l'organo competente per l'avviamento degli invalidi per servizio: v. Cons Stato 20 ottobre 1966, n. 1849, in *Foro it.*, 1967, 3, 499.

dall'invalido (ricordo le notazioni di cui *supra, sub* par. 2, a proposito di questa singolare previsione) sia dal datore di lavoro che lo occupa « o lo deve occupare »; nel secondo caso (contestazione sulle mansioni), ovviamente l'accertamento è provocato dal lavoratore. Nel primo caso, la contestazione dovrebbe farsi non più in generale e in astratto (56), ma in senso concreto e specifico, in relazione a quella determinata unità di lavoro alla quale l'invalido è stato avviato, dovendosi qui intendere l'assenza di pregiudizio (per la salute e l'incolumità dei compagni di lavoro o per la sicurezza degli impianti), come idoneità in concreto a svolgere in condizioni di normalità un qualsiasi utile e possibile lavoro nell'ambiente dato, bandendo ogni eventuale ed interessato ostruzionismo del soggetto obbligato. Per questa valutazione le competenze dei medici dovrebbero integrarsi con conoscenze specifiche dell'unità di lavoro, ma di questa esigenza non c'è traccia nella composizione del collegio. Forse il punto potrebbe risolversi ancora una volta in sede di regolamento d'esecuzione, ad es. affiancando al collegio medico una sorta di consulenza obbligatoria di esperti del lavoro; così come in questa sede dovrebbe dettarsi una più esauriente disciplina sotto i vari profili. L'art. 20/4 aggiunge che se, in attesa del giudizio del collegio medico, il datore allontana dal lavoro l'invalido già assunto « ovvero si rifiuti di assumerlo », ove il giudizio si concluda favorevolmente per il lavoratore, ciò comporta sia l'obbligo di corrispondere le retribuzioni perdute sia l'obbligo di assegnare all'invalido una occupazione compatibile con le sue condizioni fisiche. La previsione è di estrema importanza sia di per sé, sia per le implicazioni, anche d'ordine teorico, che ne derivano. Se il giudizio del collegio medico, favorevole all'invalido, ha le conseguenze indicate, quello che ne deriva è la giuridica continuità del rapporto di lavoro; in particolare, nella ipotesi di opposizione del datore di lavoro *ab initio* ad ammettere il lavoratore nell'azienda, la disposizione implica, con l'affermazione del duplice obbligo del datore di lavoro, nel caso che il giudizio del collegio medico sia nel senso della concreta utilizzabilità dell'invalido nell'ambiente dato, la esistenza del rapporto di lavoro, dovendosi ritenere ormai il contratto di lavoro concluso non appena il lavoratore avviato si presenta all'imprenditore, secondo una tesi — sfortunata — sostenuta da una parte della dottrina (57), con tutte le conseguenze che questa costruzione comporta. Ed

---

(56) Sul problema v. ancora il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 18 ss.

(57) V. Napoletano, *Collocamento e contratto di lavoro*, Milano, 1954, spec. 41 ss. nonché il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 211 ss. In senso critico v., da ultimo, Ghera, *Collocamento ed autonomia privata*, ed. provv., Napoli, 1967; Montuschi, *op. cit*., 285 ss.

è significativo che, mentre nel quarto comma per la situazione qui particolarmente considerata si adoperano le parole « ovvero si rifiuti di assumerlo », essendo notoriamente controverso il valore del termine (58), nell'alinea questa equivoca e controversa parola è espunta e ivi si dice più incisivamente « o lo deve occupare », così rappresentando il problema in termini di operosa attuazione del contratto, secondo l'onere di cooperazione che grava sul datore di lavoro (59), una volta che, appunto, il contratto deve ritenersi per concluso. Ed è una soluzione che, a mio avviso, è nella logica del sistema del collocamento in generale; ancor più nella logica del sistema delle a.o. Se fosse altrimenti, se la presentazione del lavoratore avviato all'impresa non equivalesse, giuridicamente, ad accettazione della proposta di contratto insita nella richiesta del soggetto obbligato all'ufficio del lavoro, non si giustificherebbe né l'obbligo di assegnare all'invalido, dopo il giudizio favorevole del collegio medico, mansioni compatibili con le sue condizioni fisiche né l'obbligo di corrispondere, « tout court », le retribuzioni per il periodo di mancata utilizzazione nel lavoro e il problema potrebbe porsi, al massimo, in termini di responsabilità precontrattuale. Piuttosto, l'entità della posta in giuoco pone naturalmente il problema se il giudizio del collegio sia definitivo o preclusivo di gravami di sorta; quesito al quale deve rispondersi ovviamente, secondo i principi, in maniera negativa. E pertanto è da ritenere che il datore di lavoro, ad es., possa, volendo, cercare di liberarsi dalle obbligazioni derivanti dall'esito del giudizio medico, provocando un'azione ordinaria innanzi al giudice, di accertamento delle presunte condizioni dell'invalido, ostative di un utile impiego, in pratica impugnando o al fine di travol-

---

In proposito v. la mia recensione, cit., a Montuschi, n. 5. Naturalmente accolta la tesi qui ribadita, resta da spiegare come influisca, sul contratto, l'accertamento negativo del collegio medico per l'invalido, così come, nel sistema del collocamento ordinario, è da spiegare, accolto questo schema, la disposizione che consente di « non assumere » il lavoratore licenziato già per giusta causa. Ma è una spiegazione che deve trovarsi, a mio avviso, non potendosi argomentare da questa difficoltà per respingere quella costruzione della situazione, nel suo nucleo centrale, che appare più plausibile e più conforme ad una soluzione equilibrata del contrasto di interessi.

(58) V. da ultimo, nel senso che assumere significa stipulare il contratto di lavoro, Montuschi, *op. cit.*, 297.

(59) V. in proposito Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, *passim*. La disposizione di cui nel testo può e deve, del resto, collegarsi al principio di cui all'art. 6 della legge sull'impiego privato per quanto attiene alle conseguenze della mora del datore di lavoro (diritto del lavoratore alla retribuzione normale), principio che l'A. citato ha dimostrato essere di generale applicabilità nel diritto del lavoro: v. *ivi*, 139 ss.

gere quella valutazione; e ben potrà il giudice ricorrere alla consulenza tecnica, in ogni caso liberamente valutando l'accertamento del collegio medico. Corrispondentemente, potrà insorgere l'invalido contro la valutazione per lui sfavorevole (60).

Nell'art. 21 si dispone che, nei mesi di gennaio e di luglio, i datori di lavoro debbono inoltrare all'ufficio del lavoro denunce con la indicazione dell'entità del personale dipendente e quella nominativa dei soggetti, aventi titolo al collocamento obbligatorio, già assunti. È da rilevare che il personale dipendente va distinto per sesso, può se nella legge non risulti alcun particolare trattamento per le imprese c.d. « femminili ». Nel terzo comma è contemplata, come già nelle precedenti leggi, la c.d. « compensazione territoriale » ai fini delle a.o. nell'ipotesi di imprese operanti in più province; detta compensazione, che ha luogo di diritto nel settore pubblico (art. 21/u.c.), deve essere accordata dal Ministero del lavoro. Nel settore pubblico le denunce vanno inoltrate alla sottocommissione centrale, mentre gli enti pubblici locali debbono indirizzarle alla commissione provinciale (art. 22).

Il titolo quarto (artt. 23-25) della legge tratta delle sanzioni e della oblazione in sede amministrativa (demandata al prefetto, sentita la commissione provinciale per il collocamento obbligatorio) delle contravvenzioni (art. 24) disponendo, in particolare, per la devoluzione delle ammende (art. 25). In pratica, nell'art. 23, sono configurati, a carico dei datori di lavoro, tre reati contravvenzionali: omessa denuncia, per omessa richiesta di assunzione (di cui ho detto) ed infine per la violazione di tutte le restanti disposizioni della legge per le quali non siano comminate apposite sanzioni. Nell'u.c. dell'art. 23 è previsto il reato (delitto) di frode alla legge o di frode in a.o. a carico di chi, non avendo titolo, ottenga o tenti di ottenere con mezzi fraudolenti l'occupazione, « indipendentemente dalle maggiori sanzioni del codice penale »; la pena è della reclusione sino a sei mesi (da notare la sostanziale equiparazione tra il delitto perfetto e il tentativo).

---

(60) Certo si pone un problema di qualificazione del collegio medico, in funzione dell'accertamento demandato e del valore che può attribuirsi al medesimo (così come è ancora da studiare il tema dei numerosi collegi speciali contemplati nel complesso della legislazione sociale, del lavoro e previdenziale). Ma sulla conclusione ritenuta nel testo non possono, a mio avviso, esservi dubbi. Da ricordare, infine, che, ai sensi dell'uc. dell'art. 20, le spese dell'accertamento gravano o sul datore di lavoro o sull'associazione della categoria alla quale appartiene l'invalido.

5. *Variazioni della disciplina per regolamento delegato; problemi di costituzionalità.*

L'art. 26 della legge recita: « Le aliquote percentuali fissate negli artt. 11, 12 e 13, nonché quelle stabilite dall'articolo 9 per la ripartizione dei posti riservati tra gli appartenenti alle categorie tutelate, possono essere modificate con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentito il parere della sottocommissione di cui all'articolo 18 ». Quindi, nell'intento certo lodevole di delegificare in materia, si è conferito al potere esecutivo di poter variare, all'occorrenza, nella forma tipica del regolamento delegato, sia la quota complessiva d'obbligo per le a.o. sia la ripartizione percentuale tra le varie categorie di soggetti protetti. Ma si pone qui un delicato problema in termini di legittimità della previsione. A prescindere dalla opinione — minoritaria — secondo la quale il sopravvenire della Costituzione repubblicana avrebbe comportato la stessa inconfigurabilità del regolamento delegato (61), è da ricordare che qui — per quanto attiene alla determinazione della quota d'obbligo — siamo in materia di limitazioni all'iniziativa economica e quindi nella zona in cui il termine naturale di riferimento è il capoverso dell'art. 41 Cost. In sostanza, come ho cercato di dimostrare altrove (62), le a.o. dei soggetti di ridotta capacità lavorativa — è qui che il problema in particolare colposamente emerge — si giustificano in ragione della previsione di cui all'art. 38/3 Cost. o, per i soggetti validi, in ragione di altri principi costituzionali; ma la limitazione può attuarsi solo in modi e termini tali che non comportino una inammissibile lesione dell'iniziativa economica, secondo la sua natura e la sua logica. Orbene l'opinione di gran lunga prevalente, accolta anche in ripetute pronunce della Corte Costituzionale (63), è nel senso che, in rapporto alle possibili limitazioni della iniziativa economica al fine di assicurarne uno

---

(61) Sul problema v. Amato, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962, 160 ss.; Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale.* I, Padova, 1962, 277 ss.; Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, 161 ss. e 412 ss.; Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, 672; Id., *Atti con forza di legge*, cit., *passim*; Sandulli, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Studi sulla Cost.*, III, Milano, 1958, 364.

(62) V. *Assunzioni obbligatore*, cit., 114 ss.

(63) V. Corte cost. 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, 31, argomentandosi dai principi dell'ordinamento democratico giusta i quali le limitazioni ai diritti dei cittadini potrebbero essere apportate solo dall'organo rappresentativo dei medesimi nonché dalla esigenza di una valutazione globale delle varie limitazioni, possibile solo da parte del Parlamento come organo titolare dell'indirizzo politico generale. V. anche Corte costituzionale, 23 maggio 1964, n. 40, in *Foro it.*, 1964, I, 1276; 14 maggio 1966, n. 38, in *Giur. cost.*, 1966, 686.

svolgimento non contrastante con l'utilità sociale, operi il principio della riserva di legge, riserva, se non assoluta (64), quanto meno relativa (65), nel senso che la legge ben potrebbe demandare ad autorità amministrative la disciplina in concreto di certe limitazioni, determinando però i criteri di massima, in guisa da limitare sensibilmente la discrezionalità in sede di svolgimento (66).

Ora, per chi segue questo orientamento prevalente, della legittimità dell'art. 26 deve giudicarsi, in linea di principio, accertando se nel caso sia stato rispettato o no il principio della riserva, relativa, di legge. Sennonché è da tener presente che qui si è autorizzato il potere esecutivo a determinare, in variazione delle indicazioni di legge, cose estremamente delimitate: la ripartizione percentuale tra le categorie protette e la misura della quota complessiva di obbligo (ed è il secondo punto che qui, soprattutto, interessa, quando sia in giuoco l'imposizione di assumere soggetti, invalidi o non, nel settore privato). In sostanza, può stabilirsi, con regolamento, che la quota riservata agli invalidi di guerra in quella complessiva aumenti, ad es., al 30% o si riduca al 10% così come può stabilirsi che la quota complessiva di obbligo salga, dal 15% fissato nella legge, al 18% o diminuisca al 12%. Vi è nella legge una determinazione dei criteri di massima al rispetto dei quali l'Esecutivo deve attenersi, ove ritenga di doversi avvalere del potere concessogli? E nel caso concreto, essendo in questione la determinazione di una ripartizione percentuale o della misura della quota d'obbligo, poteva esserci nella legge la predeterminazione di questi criteri? È chiaro, ad. es. che, rispetto alla seconda

---

(64) Per la tesi della assolutezza della riserva si pronunciò, dubbiosamente, Fois, *Osservazione*, in *Giur. cost.*, 1958, 17, sulla base di un confronto « quantitativo » tra la situazione di cui all'art. 23 Cost. e quella di cui all'art. 41. Assai più perplesso si dimostrò l'A., in *Ancora della « riserva di legge » e la libertà economica privata*, ivi, 1958, 1254, n. 9.

(65) V. Mortati, *Istituzioni*, cit., 894. Sul problema v. anche Barile, *La libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova, 1966, 222; Pierandrei, *Le decisioni della Corte costituzionale in materia economica*, in *Dir. econ.*, 1958, 419, n. 2. Pare escludere la riserva Bachelet, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 904, n. 7, affermando l'A. che è comunque corretto che la legge intervenga a fissare eventuali limitazioni. Per più completi riferimenti v. il mio *Assunzioni obbligatorie*, cit., 142 ss. Da ultimo, sulla controversa distinzione tra riserva assoluta e relativa, v. Mortati, *Ist.*, cit., 300.

(66) La questione si è ripetutamente posta per quanto attiene all'art. 23 Cost.; v. Corte costituzionale, 26 gennaio 1957, n. 4, in *Giur. cost.*, 1957, 4, con osserv. di M.S. Giannini; 26 gennaio 1957, n. 30, *ibidem*, 1957, 407, ancora con osserv. del Giannini; 8 luglio 1957, n. 103, *ibidem*, 1957, 976; 16 febbraio 1960, n. 70, in *Foro it.*, 1961, I, 3; 23 giugno 1964, n. 58, *ibidem*, 1964, I, 1518. In dottrina v. Mortati, *Istituzioni*, cit., 905 ss.; Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 419-420.

situazione, sarebbe preclusivo accogliere la tesi, autorevolmente prospettata ai fini dell'art. 23 Cost. ma valida, in ipotesi, ovunque sia in giuoco una imposizione, secondo la quale il principio della riserva relativa di legge sarebbe rispettato ove la legge determinasse la misura massima possibile della imposizione (67), perché, nel nostro caso, l'autorizzazione al potere esecutivo è, in una situazione, conferito unicamente per quanto attiene alla determinazione della misura massima impositiva. Appare, semmai, più convincente sostenere che qui il criterio orientativo è implicito nell'intero sistema delle a.o. quale risulta anche dalla attuale legge; nel senso che la assunzione di soggetti invalidi o no può imporsi, per quantità e per modalità, non oltre il limite sostanziale, superato il quale sarebbe mortificata eccessivamente l'iniziativa economica, minandone la economicità (68). Il nostro sistema appare, almeno in linea di principio, rispettoso di questo criterio perché, sia pure con pessimi svolgimenti tecnici, esclude dal collocamento obbligatorio coloro che siano ormai insuscettivi di un utile impiego e perché contiene comunque in certi limiti la quota d'obbligo (69). A questo criterio implicito nel sistema dovrebbe attenersi l'Esecutivo nella eventuale utilizzazione del potere conferito con l'art. 26.

Sennonché la questione si complica, ove la si imposti in concreto in termini di possibile sindacato delle determinazioni del potere esecutivo. In questo ordine di idee, non servirebbe nemmeno del tutto, nel nostro caso, adeguarsi alla tesi, convincentemente dimostrata (70), secondo la quale anche i regolamenti sarebbero da ritenersi soggetti al controllo della Corte Costituzionale. Perché il problema, nel merito, si pone dubbiosamente negli stessi termini e rispetto alla legge e rispetto al regolamento. In ambedue i casi è in giuoco il rispetto, nel caso concreto,

---

(67) Così Zanobini, *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, ora in *Scritti vari di dir. pubblico*, Milano, 1955, 407, spec. n. 4.

(68) In questo senso v., ottimamente, Ghera, *L'assunzione obbligatoria degli invalidi civili*, cit.

(69) V. ancora D'Eufemia, *Ancora in tema di a.o.*, cit., n. 3.

(70) V. Mortati, *Atti con forza di legge*, cit. In senso critico, v. Cheli, *op. cit.*, 422 ss. Nel senso che l'accoglimento della tesi del Mortati non appagherebbe del tutto sul piano della tutela, in quanto c'è un limite in ogni caso al sindacato della Corte costituzionale, v. le osservazioni di Carlassare, *L'applicabilità dell'art. 113 della Cost. agli atti normativi di autorità amministrative*, in *Giur. cost.*, 1964, 525. È superfluo ricordare da quali esigenze sostanziali muova la tesi estensiva del Mortati, in relazione alla limitazione di tutela che obiettivamente deriva, sotto vari profili ove si accolga la tesi tradizionale secondo la quale sarebbero altrimenti esperibili solo i rimedi configurabili per le normali vie giurisdizionali.

di quel principio di sostanziale salvaguardia della economicità dell'intrapresa economica, che risulta in generale dall'art. 41 e, in particolare, per quanto concerne l'a.o. degli invalidi, dal necessario coordinamento di questa norma generale con l'art. 38/3 (71). Come dissi altrove (72) il sindacato della Corte Costituzionale si presenta assai problematico, giacché involge sostanzialmente, essendo in questione in definitiva l'opportunità di una determinazione quantitativa, una questione di eccesso di potere legislativo, di una situazione logicamente molto controversa in linea di principio (73) e per definizione opinabile nelle eventuali applicazioni casistiche. Certo, se la legge, in ipotesi, determinasse la quota d'obbligo per l'a.o. nella misura del 30%, forse il giudice costituzionale potrebbe dichiararne l'illegittimità argomentando assai facilmente da una massima di comune esperienza. Ma *quid* nell'ipotesi di aumenti minimi, dal 15 al 16, al 17, al 18%? Siamo qui in una zona di obiettiva incertezza. E la questione non muta, nella sostanza, ove si ponga rispetto ad una fonte regolamentare.

Questi i gravi complessi interrogativi che la previsione solleva. Mi sono limitato ad enunciarli in forma problematica in questo studio illustrativo della nuova legge. Per mio conto, ribadisco quanto, in posizione minoritaria, ma con l'autorevole conforto di Carlo Esposito (74), cercai di dimostrare a suo tempo (75), nel senso che rispetto al capoverso dell'art. 41 Cost. non è configurabile una riserva, pur relativa, di legge. Se la premessa fosse esatta, il problema dell'art. 26 dovrebbe essere altrimenti impostato. In ragione della inesistenza della riserva sarebbe indifferente la mancata enunciazione formale dei criteri orientativi di massima per l'Esecutivo, bastando, almeno secondo l'opinione dominante, il rispetto del principio di legalità (76), quivi verificatosi con l'attribuzione espressa dalla competenza regolamentare al Governo (77). Ma anche qui la conclusione è opinabile, se si segue la tesi per la quale, anche laddove non c'è riserva di legge, il conferimento di potestà normativa derogatoria

---

(71) Per questa inevitabilità del coordinamento, v. ancora Ghera, *L'assunzione obbligatoria degli invalidi civili*, cit.

(72) V. *Assunzioni obbligatorie*, cit., 122-123.

(73) V. Paladin, *La legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 304.

(74) V. *I tre commi dell'art. 41 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1962, 31.

(75) V. *Assunzioni obbligatorie*, cit., 142 ss.

(76) Ma i rapporti tra questo principio e le situazioni di riserva, relativa, di legge sono notoriamente controversi; v. gli scritti del Fois citati *supra, sub* nota 64.

(77) V., infatti, Esposito, *I tre commi dell'art. 41 Cost.*, cit. Nel senso che il rispetto del principio di legalità esige il conferimento per legge del potere alla P.A., v. Bachelet, *Legge, attività amministrativa*, cit.

all'Esecutivo richiederebbe, in ogni caso, la previa determinazione di criteri e limiti per l'esercizio di tale potestà, secondo un'esigenza insita nel sistema costituzionale (78). Il problema è, comunque, estremamente serio, poiché l'esigenza di un controllo che valga a contenere le eventuali esorbitanze non è trascurabile. Il primo passo, per appagare questa esigenza, è quello di ammettere il sindacato della Corte costituzionale anche sulle fonti regolamentari. Poi si tratta di vedere come, e in quali limiti, la Corte possa contenere nel merito le eventuali esorbitanze, quale che sia la fonte in questione. Se posso concludere con una opinione del tutto personale, che vale quello che vale..., dirò che è mia impressione che il nostro sistema delle a.o. sia ormai al limite dell'economicità, sia perché la quota complessiva è di per se assai elevata (quindici per cento) sia, soprattutto, perché in essa è assolutamente prevalente la percentuale riservata agli invalidi, ove si detragga la modesta aliquota riservata agli orfani e alle vedove. Non a caso, nel corso dei lavori preparatori di questa legge, vi furono, da parte governativa, riserve in proposito (79).

---

(78) V. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1966, 37-38.

(79) Nel senso che un dubbio sulla legittimità costituzionale delle leggi sulle a.o. è comunque seriamente prospettabile in quanto gli invalidi sono avviati al lavoro, in genere, senza che lo Stato in svolgimento del principio di cui all'art. 38/3 Cost., abbia previamente curato la rieducazione professionale dei medesimi, onde nel sistema si controlla, al massimo, la sussistenza della generica idoneità psicofisica con un mero accertamento sanitario, v. Ghera, *L'assunzione obbligatoria degli invalidi civili*, cit. Ma non pare che da questa esatta constatazione possa trarsi un dubbio di costituzionalità, su questo piano essendo sufficiente la garanzia della generica capacità lavorativa (v. infatti, in questo senso, D'Eufemia, *Ancora in tema di a.o.*, cit., nota 13). Poi l'impostazione in questi termini porrebbe a disposizione dei datori di lavoro una formidabile arma ostruzionistica, dovendosi inoltre tener presente che il sistema spesso esige nella sua logica la creazione di posti di lavoro *ad hoc* (v. in tema le pertinenti osservazioni di Montuschi, *op. cit.*, 155). Altro è il discorso in termini di politica legislativa, di concreto aiuto agli invalidi, essendo certo che ove questi fossero convenientemente riqualificati, l'attuazione del sistema procederebbe in maniera più lineare, eliminandosi alla radice lo spazio per molte contestazioni. Non può quindi negarsi che il G., a prescindere dall'opinabilità dell'impostazione in termini di probabile anticostituzionalità delle nostre leggi, abbia veramente messo il dito sulla piaga; e in questo ordine di idee, come si è sottolineato più volte nel corso della trattazione, la nuova legge non rappresenta alcun progresso.

## 19.
## UNA SENTENZA LAPIRIANA

Questa sentenza è completamente sbagliata sotto diversi profili e proprio per questo merita che se ne scriva. Nel caso, una impresa concentra in un unico ufficio fiorentino i due uffici regionali preesistenti, di Bologna e di Firenze, e, a seguito di questo concentramento, ritiene di poter ridurre il personale di segreteria d'ordine dalle precedenti cinque unità (tre a Firenze e due a Bologna) a quattro, licenziando una impiegata fiorentina, quella con minore anzianità (17 mesi) di servizio e quindi con minore esperienza, così motivando la scelta.

L'*ex* impiegata impugna il licenziamento, assumendo di essere stata estromessa, in realtà, per un motivo diverso da quello ufficialmente addotto (ristrutturazione dei due uffici). In effetti, in corso di causa e come risulta dalla sentenza, la lavoratrice non prova il diverso motivo (poniamo, ad es., di rappresaglia) per il quale sarebbe stata licenziata, mentre resta pacificamente acquisita e la ristrutturazione dei due uffici come sopra puntualizzata e il conseguente licenziamento della terza e più giovane impiegata fiorentina. Il Pretore ritiene il licenziamento non giustificato con una motivazione non molto limpida, tanto che solo con una certa difficoltà si riesce ad individuare la *ratio decidenti*.

Infatti, in un primo momento si afferma che l'onere probatorio imposto al datore di lavoro dall'art. 5 della legge 15 luglio 1966, n. 604 comprende sia la sussistenza delle ragioni addotte per il licenziamento (veridicità di queste ragioni in senso storico) sia la loro efficienza giustificativa, cioè, come è detto più oltre, la prova dovrebbe estendersi alla « congruità del licenziamento del dipendente rispetto a quelle ragioni ». E fin qui parrebbe che si richieda la prova e quindi l'accertamento circa l'inevitabilità o la necessità o quanto meno la non trascurabile opportunità del licenziamento rispetto alle ragioni tecnico-produttive di partenza accampate dal datore di lavoro. Sennonché poco dopo il discorso va ben oltre. Premesso che la formulazione letterale della legge consente egualmente due ben diverse interpretazioni, « tanto quella che limita la giustificazione alla materiale sussistenza del motivo

addotto » quanto l'altra giusta la quale sarebbe possibile, per il giudice, sindacare il merito delle ragioni tecnico-produttive addotte nonché la corrispondenza a quelle ragioni del licenziamento valutato in concreto, il pretore fiorentino opta decisamente per il secondo corno, naturalmente perché in questo senso lo confortano una serie di sacrosanti principi costituzionali e perché altrimenti, seguendo l'altra interpretazione, in pratica il datore di lavoro resterebbe del tutto arbitro dei licenziamenti e tornerebbe quel *nutus* che la legge del 1966 ha voluto eliminare. C'è, del resto, un brano della sentenza estremamente illuminante circa questa impostazione nonché circa il modo di vedere in generale, la « cultura » di questo magistrato: « Si pensi, ad esempio, proprio in tema di ristrutturazione aziendale a che cosa succederebbe se un imprenditore, unicamente inteso alla legge del profitto e dei costi, volesse trasformare l'organizzazione della propria impresa sostituendo a poco a poco il personale locale con personale meno numeroso e più specializzato proveniente da altre zone [veramente non capisco l'esemplificazione in termini di locale e di extralocale. Che c'entra? Il fenomeno potrebbe essere tutto « localissimo » e la sostanza del problema non muterebbe n.d.n.]... In tale ipotetico ma ben possibile caso, se il merito del motivo inerente alla ristrutturazione fosse sottratto all'indagine giudiziale, la legge e il giudice non potrebbero che sanzionare una forma di esercizio dell'iniziativa privata attuatasi in netto contrasto col limite costituzionale della sicurezza sociale, oltre che col diritto al lavoro costituzionalmente garantito ». In sostanza, come tanti valentuomini hanno sempre sostenuto nelle loro prediche moralistiche e rovinose, perché basate sulla più crassa ignoranza delle cose economiche, anche per il giudice fiorentino l'imprenditore non deve perseguire il migliore e maggior profitto della impresa, eventualmente rendendo esuberante, con l'introduzione di nuovi macchinari, una parte della manodopera, ma deve comunque salvaguardare l'interesse all'occupazione e alla sua continuità per i suoi dipendenti. E nel nostro ordinamento, dopo la legge n. 604, per la risoluzione del conflitto d'interessi in proposito tra datore di lavoro e lavoratore, dovrebbe intervenire non un burocrate esperto di questioni economico-sociali, ma il giudice, cioè il meno adatto tra i burocrati per una valutazione del genere.

Sennonché, a prescindere da ogni contestazione di merito per quanto attiene a codesta semplicistica concezione della c.d. « funzione sociale » dell'impresa, è da escludere nettamente che siffatta teorica socialumanitaria sia stata accolta nel nostro ordinamento vuoi in generale vuoi limitatamente alla materia dei licenziamenti; poiché, al contrario, c'è la garanzia costituzionale dell'iniziativa economica la quale implica, come

ho cercato di dimostrare altrove (v. la relazione su *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, in *Riv. dir. lav.*, 1968, I, 221) che l'imprenditore sia, in linea di principio, assolutamente libero per quanto attiene al *se*, al *quanto*, al *come* dell'iniziativa medesima. Al limite debbono aver libero corso anche le scelte puramente egoistiche del soggetto, ad es., quella di ridurre l'attività dell'impresa e quindi di licenziare una parte dei dipendenti, sol perché si desidera un minor impegno personale. Né si può opporre il generico dovere costituzionalmente previsto di svolgere un'attività socialmente utile, poiché la norma né impone limiti quantitativi precisi né esige, ad es., che taluno avendo dedicato dieci anni della sua vita a coltivar cipolle debba restare per sempre inchiodato a questa attività, senza che gli sia possibile, ad es., passare alla coltura dei cavoli. Ed è proprio in considerazione di questa garanzia dell'iniziativa economica che pressoché tutta l'opinione (v. per riferimenti, la relazione cit., n. 6, 247) è nel senso che il sindacato del giudice, in materia di licenziamenti disposti nell'interesse dell'impresa, incontra un limite inevitabile, pur variamente espresso dai singoli autori. Quasi tutti, in sostanza, concordano che v'è un nucleo irriducibile di insindacabilità, quello identificabile nelle scelte economiche e tecnico-produttive dell'imprenditore, tanto che molti affermano, a mio avviso a torto, che il sindacato del giudice è di mera legittimità, non potendo esso essere di merito.

Pertanto, nel caso concreto, il giudice non poteva indagare sul merito circa l'opportunità o no della misura assunta come determinante del licenziamento, cioè sulla decisione di concentrare in uno i due uffici regionali preesistenti, trattandosi di una scelta di politica aziendale assolutamente insindacabile. Spazio per l'indagine e per la valutazione del giudice si poneva altrimenti (ed in questo senso è perfino, come ho accennato, la prima parte della motivazione di questa sentenza, che però poco dopo scivola repentinamente e contraddittoriamente sul ben diverso e « suggestivo » piano del lapirismo): in primo luogo per accertare se quella concentrazione di uffici giustificava veramente, in termini di opportunità economica, una riduzione del personale di segreteria d'ordine; in secondo luogo per valutare la non arbitrarietà della scelta di quella determinata impiegata, eventualmente chiarendo la apparente contraddizione del licenziamento, rispetto ad un ufficio sito in Firenze, di una impiegata abitante in questa città, con il contestuale mantenimento in servizio di due impiegati di Bologna, malgrado il costo ed il disagio del quotidiano spostamento, secondo una valutazione complessiva dell'ufficio unificato e in una valutazione comparativa del personale utilizzabile. È ovvio che anche in questo spazio giuoca contestualmente la regola che addossa l'onere della prova al datore di lavoro (art. 5 legge n. 604),

incombendo precisamente a costui di provare come e perché, a seguito della concentrazione degli uffici, una delle impiegate era divenuta superflua nonché di fornire gli elementi obiettivi giustificanti quella determinata scelta personale. Né si dica che questa è una impostazione sovrabbondante, nel senso che se un licenziamento è disposto in determinate contingenze collegate a ristrutturazioni di uffici e servizi, la prova della giustificazione sarebbe *in re ipsa*. Al contrario una rigorosa applicazione della regola sull'onere probatorio, il richiedere che siano provati tutti i passaggi logici di quella serie causale che ha determinato il licenziamento, è essenziale, è nello spirito della legge, per evitare che nella ristrutturazione degli uffici siano tratte a pretesto le apparenze per giustificare un licenziamento in realtà non opportuno o comunque non giustificato. In altre parole è proprio rifuggendo da facili valutazioni presuntive che può sperarsi di ridurre l'area della frode e dell'elusione qui assai facile. Ma è chiaro che il magistrato dovrebbe cercare di rispondere a questi interrogativi con equanimità realistica, non forzando la logica dell'intrapresa economica, non mortificandola in quanto iniziativa socialmente utile, bensì curando che le scelte imprenditoriali avvengano senza ingiustizie e senza preferenze in danno dei lavoratori. Che poi, dovendosi obiettivamente licenziare un lavoratore, si prescelga colui che, avendo minore anzianità di servizio, è di minore utilità per l'impresa, non solo è comprensibile, ma è anche socialmente adeguato.

Assai più proficuamente la causa avrebbe potuto essere impostata e risolta nei termini qui indicati — forse pervenendo in pratica ad un risultato equivalente a quello ritenuto dal giudice non in chiave di deteriore « giustizialismo », ma in termini di mancato assolvimento all'onere della prova almeno per taluni logici passaggi della serie causale — coordinando nei fatti il massimo rispetto dell'iniziativa economica con il massimo di giustizia possibile per i lavoratori. Scelta questa impostazione poteva anche farsi, eventualmente, ricorso alla consulenza tecnica che viceversa, secondo il pretore fiorentino, si rivelerebbe utile al fine di fornire al giudice elementi per giudicare — inammissibilmente — delle scelte di fondo dell'imprenditore!

## 20.

## L'APPROVAZIONE PER ISCRITTO DEL PATTO DI PROVA E LA LEGGE SUI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI

È interessante, per la sua novità, la questione trattata dal Pretore, che ha ritenuto che, sopravvenuta la legge sui licenziamenti, l'operabilità del patto di prova esigerebbe la specifica approvazione per iscritto da parte del lavoratore, ai sensi dell'art. 1341 cap. c.c. Il ragionamento del giudice è, *prima facie*, suggestivo: poiché la norma del codice contempla, nel novero delle clausole vessatorie quelle che stabiliscono a favore del predisponente facoltà di recedere dal contratto e poiché il patto di prova dà facoltà alla parte di recedere liberamente nel corso dell'esperimento senza obbligo di preavviso o d'indennità (art. 2096/2 c.c.) (1), non applicandosi, nel limite dei sei mesi, le limitazioni della recente legge (art. 10 legge n. 604 del 1966) (2), il patto di prova si risolve, in pratica, nell'attribuzione al predisponente della clausola della facoltà, assolutamente libera, di recesso, donde l'applicabilità del capoverso dell'art. 1341. Sennonché il ragionamento, apparentemente serrato, non convince.

Si potrebbe osservare, in primo luogo, che il patto di prova è, di per sé, nell'immediata funzione di consentire l'esperimento e quindi di saggiare la convenienza della assunzione definitiva al lavoro, costituendo la libera recedibilità una conseguenza naturale, ma riflessa, della ragion d'essere dello specifico patto, così interpretandosi restrittivamente l'inciso dell'art. 1341 cap. che qui interessa, nel senso che solo le clausole direttamente attribuenti facoltà di recesso richiederebbero la specifica approvazione per iscritto del destinatario. Ed infatti, in giurisprudenza non mancano situazioni comparabili nelle quali il carattere vessatorio di determinati patti è stato escluso, avendosi riguardo al patto in sé e non alle implicazioni logiche del medesimo, poiché, anche se queste implica-

---

(1) V. tuttavia l'impostazione problematica e critica di Zangari, *Il recesso dal rapporto di lavoro in prova*, Milano, 1967, spec. capo I.

(2) Riva Sanseverino, in *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1969, 247.

zioni sono in favore per il predisponente, le medesime non sono state direttamente poste, costituendo, invece, conseguenza riflessa di clausole direttamente disponenti ad altro proposito (3).

Senonché, il punto decisivo mi pare altro. Il patto di prova è di per sé, come da ogni parte si riconosce (4), nell'interesse di ambedue le parti del contratto di lavoro, poiché anche il lavoratore ha, almeno in teoria, interesse ad accertare in concreto la convenienza dell'affare. Indubbiamente la legge non ha trascurato la circostanza che, di fatto, la clausola di prova può giuocare maggiormente in favore del datore di lavoro, che questi può utilizzarla in maniera non equa in danno del lavoratore (5), che, nella situazione, l'interesse della parte ritenuta più debole va convenientemente salvaguardato. Così, proprio per favorire l'assunzione a titolo definitivo del lavoratore, la legge richiede di norma, per la giuridica sussistenza del patto, l'atto scritto *ad substantiam* (6), così come di recente, proprio per evitare facili abusi, si è stabilito che l'inoperabilità della disciplina limitativa del licenziamento, in ragione dell'assunzione con patto di prova, non può valere in ogni caso oltre i sei mesi. Ma, malgrado tutte queste cautele poste nell'interesse della parte più debole, non può negarsi che il patto di prova di per sé, in teoria e spesso di fatto (sempre più anche di fatto, nella misura in cui si superano le condizioni economico-sociali dell'Italia depressa), è nell'interesse di entrambe le parti. Quindi, allorché il patto sia contemplato in condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti, non se ne può ritenere il carattere intrinsecamente vessatorio nell'interesse esclusivo del predisponente, donde la conseguenza che non è richiesta, per l'operabilità del medesimo, la specifica approvazione per iscritto da parte del destinatario. E che il carattere vessatorio delle clausole debba escludersi tutte le volte che le medesime siano in realtà nell'interesse di entrambe le parti, è pacificamente ed ovviamente riconosciuto (7).

---

(3) V., ad es., per la clausola che, pur prevedendo il pagamento del prezzo a mezzo tratta, indica il domicilio del venditore come luogo del pagamento, malgrado le implicazioni in tema di competenza territoriale, Cass. 2 aprile 1966, n. 854, in *Foro it., Rep.*, 1966, voce *Obbl. cent.*, n. 188.

(4) V., Assanti, *Il contratto di lavoro a prova*, Milano, 1957, 55; Riva Sanseverino, in *Commentario*, cit., 243; Zangari, *Il contratto di lavoro con clausola di prova*, Milano, 1965, 4, nota 11.

(5) Per un caso veramente clinico v. App. Firenze 20 marzo 1968, in *Giur. tosc.*, 1968, 634.

(6) V., per tutti, Riva Sanseverino, in *Commentario*, cit., 244.

(7) V. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 259-260.

Del resto, l'esclusione del carattere vessatorio della clausola risulta altrimenti dal diritto positivo, poiché questo non richiede sempre, per la giuridica sussistenza del patto, l'atto scritto, facendo la legge (art. 2096/1 c.c.) salve le diverse disposizioni delle norme corporative, cioè, oggi e come si è esaurientemente dimostrato (8), degli attuali contratti collettivi di diritto comune. Quindi può ben avvenire che, in virtù della regolamentazione collettiva del rapporto (9), l'assunzione del lavoratore debba ritenersi automaticamente a prova (e sarebbe necessaria la contraria pattuizione a livello individuale per escludere siffatta automaticità e per procedere immediatamente alla assunzione definitiva) (10). Se, quindi, il patto può risultare implicitamente dai contratti collettivi, secondo l'assetto dato a questo livello agli interessi contrastanti delle parti individuali; se, pertanto, può ben avvenire che il patto sia opponibile in concreto anche al lavoratore ignaro della regolamentazione sindacale, ne risulta comprovato eloquentemente il carattere non vessatorio del medesimo.

Ne deriva conclusivamente che ove, come nel caso, la clausola sia inserita in condizioni generali di contratto predisposte dal datore di lavoro, la situazione va considerata non ai sensi del capoverso dell'art. 1341 c.c., ma ai sensi dell'alinea della norma. Quindi il patto sarà opponibile validamente al lavoratore se, al momento della conclusione del contratto, costui lo ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscerlo usando l'ordinaria diligenza. È sufficiente che possa giungersi alla conclusione che il predisponente datore di lavoro ha, in concreto, adempiuto all'onere di conoscibilità addossatogli dalla norma (11), correndo poi il rischio della mancata diligenza il lavoratore destinatario. Nella sentenza, quindi, il problema avrebbe dovuto impostarsi in termini radicalmente diversi. Nel caso, la clausola di prova era contenuta in una « richiesta di contratto » predisposta dal datore di lavoro e sottoscritta dal lavoratore;

---

(8) V. Assanti, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo nella vigente legislazione italiana*, Milano, 1967. Alla diversa conclusione che, almeno per il periodo di prova, il riferimento del codice valesse solo per i contratti collettivi corporativi e non per gli attuali, l'A. era giunta in *Il contratto di lavoro a prova*, cit., 56; la tesi restrittiva venne accolta anche da Cass. 3 giugno 1959 n. 1664, in *Foro it.*, 1959, I, 1279.

(9) V. in proposito le preoccupazioni espresse da Cassì, *Il rapporto di lavoro in prova*, Milano, 1950, 30.

(10) Ma il superamento della disciplina collettiva può risultare anche implicitamente dal contratto individuale; v. in proposito la pronuncia, pur non perspicua e non esauriente sul punto, App. Firenze 15 giugno 1967, in *Giur. tosc.*, 1967, 908.

(11) V. Genovese, *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*

si trattava, pertanto, secondo la tripartizione di un autore (12), di una « condizione » generale direttamente ed esplicitamente inserita nella proposta contrattuale: il datore di lavoro aveva fatto il massimo possibile per far conoscere la pattuizione all'aspirante all'impiego e questi ben avrebbe potuto sobbarcarsi al non grave fastidio di previamente leggere quanto poi sottoscrisse (13).

(12) V. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino, 1961, 97.

(13) V. i sennati rilievi di Mirabelli, *op. cit.*, 100. Del resto si è giustamente detto, a proposito dell'art. 1341 cap., che la specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose presuppone ovviamente la necessità della previa lettura, onde se il sottoscrittore firma senza aver letto, peggio per lui: Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, Napoli, s.d., 188-189.

21.

## ENTI PUBBLICI ECONOMICI ED ASSUNZIONI OBBLIGATORIE

Sulla premessa che le amministrazioni pubbliche e gli enti pubblici in genere possono dar corso all'obbligo di assunzione degli invalidi protetti direttamente (oggi, *ex* art. 16/5 l. 2 aprile 1968, n. 482), non imponendo la legge che nel settore pubblico, genericamente inteso, l'a.o. avvenga obbligatoriamente con richiesta all'ufficio preposto al collocamento e con designazione da parte del medesimo dei soggetti da assumere, la Cassazione ha negato che l'invalido per causa di servizio « avviato » dall'ufficio del lavoro all'ente pubblico (nel caso, Banca Nazionale del Lavoro) senza immissione in servizio, possa rivendicare alcunché a titolo di risarcimento del danno.

Secondo la Corte, la conclusione trova conferma nella disposizione (oggi, art. 15 l. n. 482 del 1968) ai sensi della quale i provvedimenti amministrativi della P.A. ed enti pubblici, illegittimi per violazione delle leggi sull'a.o., possono essere impugnati, tanto in via amministrativa che giurisdizionale, vuoi dai singoli interessati vuoi dalle associazioni ed enti preposti alla tutela di categoria; vi sarebbe, quindi, un sistema sanzionatorio indiretto, nell'inconfigurabilità assoluta di altre pretese. Credo che la conclusione, posta la premessa indicata dell'assunzione diretta con la possibilità della impugnativa dei provvedimenti illegittimi (v. in proposito, il mio *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, 1965, 264-265), sia inevitabile. Né può influire la circostanza che, nel caso, si ebbe in concreto l'avviamento da parte dell'ufficio del lavoro, come risulta dalla sentenza che non fornisce però, in proposito, altri particolari. Infatti l'alternativa è semplice. Si può supporre (ma è una ipotesi francamente da scartare) che l'ufficio abbia « avviato » l'invalido di sua iniziativa, in mancanza di richiesta da parte dell'ente; trattandosi di una iniziativa del tutto illegittima rispetto ed in ragione della facoltà di assunzione diretta, non ne può certo derivare alcuna legittima pretesa. Ma non pare che le cose sostanzialmente cambino suppponendo, con è più probabile, che l'ufficio del lavoro abbia provveduto all'avviamento a seguito di richiesta

dell'ente. Non pare, cioè, che da questo probabile comportamento tenuto in concreto dall'ente derivi un diritto al risarcimento per l'invalido avviato e non assunto, poiché la facoltà di assunzione diretta riconosciuta dalla legge resta integra, e quindi esercitabile, ancor dopo che l'ente obbligato abbia, al fine di dar corso all'assunzione in ossequio alla speciale normativa, effettuato una richiesta all'ufficio del lavoro. Infatti, posta quella facoltà, la richiesta non è richiesta obbligata, imprescindibile, per dar corso alla imposizione di legge così come avviene per i privati datori di lavoro (oggi, art. 16/4 legge 1968), con la conseguente configurabilità di un diritto o comunque di una pretesa, variamente ipotizzata (v. ancora *Assunzioni obbligatorie e contratti di lavoro*, cit., 238 ss. nonché Montuschi, *I limiti legali nella conclusione dei contratti di lavoro*, 1967, cap. III, 334 ss.), da parte dell'interessato, nel caso che alla richiesta-atto dovuto e all'avviamento da parte dell'ufficio non segua l'effettiva immissione nell'unità di lavoro. Al contrario, l'eventuale richiesta dell'ente pubblico all'ufficio di collocamento degrada a mera richiesta, non dovuta per imprescindibile precetto di legge, della segnalazione del nominativo di un soggetto suscettivo di assunzione. La conseguente segnalazione, anche se impropriamente effettuata nella forma di un atto di avviamento al lavoro, né obbliga l'ente a darvi corso né fonda alcuna pretesa per la persona segnalata, proprio perché non può ritenersi venuta meno per alcun verso la facoltà di assunzione diretta.

In definitiva, l'eventuale richiesta dell'ente obbligato all'ufficio del lavoro si risolve in una mera iniziativa, non obbligante, per dar corso, eventualmente sulla base della conseguente segnalazione, all'obbligo di legge; va vista nel contesto di una scelta episodica, occasionale al fine indicato.

Del resto già le disposizioni regolamentari per l'a.o. degli invalidi di guerra (d.p.r. 15 giugno 1952, n. 1176), già applicabili anche per l'a.o. degli invalidi di servizio (artt. 9 e 10 l. 94 febbraio 1953, n. 142), preordinavano, agli artt. 35 ss., una serie di iniziative, ed in particolare di richieste, segnalazioni e comunicazioni tra le amministrazioni e gli enti pubblici da una parte e le istanze rappresentative delle categorie protette, per dar corso alle a.o. nel settore pubblico; sennonché in queste disposizioni è ripetutamente fatta salvezza della facoltà di assunzione diretta (artt. 35 e 39), questo testimoniando del carattere meramente strumentale delle varie comunicazioni, al fine di favorire l'assunzione dei soggetti protetti, ma mai in senso vincolante e preclusivo. Vi guisa che mi pare accoglibile la tesi (v. Montuschi, *Nota alla sentenza che qui si commenta*, in *Giur. it.*, 1969, I, I, 1966) secondo la quale la pretesa risarcitoria dell'invalido, a seguito del rifiuto dell'ente di dar corso alla

costituzione del contratto di lavoro, trarrebbe origine, all'uopo richiamandosi le citate disposizioni regolamentari, dal fatto che l'ente abbia fatto ricorso alla richiesta all'ufficio di collocamento o ad altro con compiti analoghi, dovendosi siffatta richiesta considerare come una sorta di richiesta numerica di assunzione come nel sistema del collocamento ordinario, potendo una siffatta conclusione profilarsi « in fatto e in diritto, solo nella misura in cui l'ente abbia utilizzato i canali obbligati predisposti per il singolo datore privato al fine di rendere effettivo e attuale il suo obbligo legale a contrarre ». A questa conclusione potrebbe giungersi, in ipotesi, solo dimostrando che la richiesta all'ufficio del lavoro valga, come cercai di dimostrare a proposito della richiesta nel sistema del collocamento ordinario (v. *Assunzioni obbligatorie*, cit., 211 ss.), come proposta di contratto con quanto ne può conseguire; ma questo esige che si dimostri insito nella richiesta una chiara manifestazione di volontà nel senso indicato, nella contestuale e determinante rinuncia dell'ente a far valere la facoltà di assunzione diretta: impresa veramente disperante, perché niente autorizza a ritenere tanto sulla base di una informe e muta richiesta.

Sennonché nel caso si trattava di un ente pubblico economico e c'è seriamente da chiedersi se anche rispetto agli enti di questo tipo valga l'assoluta facoltà di assunzione diretta; il caso impone di affrontare questo problema di non poco momento. Secondo la Cassazione la risposta positiva è indubbia, badando alla lettera dell'art. 9 della legge 3 giugno 1950, n. 375 sull'a.o. degli invalidi di guerra, richiamato nell'art. 9 della legge n. 142 del 1953 sull'a.o. degli invalidi di servizio, ivi parlandosi, con formula finale, « degli Istituti soggetti a vigilanza governativa » (tale è pacificamente la Banca Nazionale del Lavoro), mentre nell'art. 1 della legge n. 482 del 1968 (richiamato nell'art. 12, nonché nell'art. 16/5) si parla, con formula ancor più comprensiva, « degli enti pubblici in genere e degli istituti soggetti a vigilanza governativa ». La formula delle successive leggi è amplissima, tale da non consentire distinzioni tra tipo e tipo di ente pubblico.

Sennonché, come ha notato Montuschi nella *Nota citata*, è veramente singolare che siano posti sullo stesso piano, nella zona dell'amministrazione pubblica qui logicamente privilegiata per le ragioni sostanziali messe in rilievo in sentenza, gli enti pubblici tradizionali e quegli altri enti pubblici economici che, in ragione della loro speficica caratteristica, sono attratti, per quanto attiene ai rapporti d'impiego, nel settore privatistico (v. la mia Nota, in *Dir. lav.*, 1965, 2, 45, e, da ultimo, Ghetti, *Enti pubblici economici e rapporti d'impiego*, 1966). È sostanzialmente contraddittorio ritenere questo nella logica della soluzione privatistica

generalmente ritenuta, in termini sostanziali e processuali, per i rapporti di lavoro con questi enti: perché mai, posta la soluzione generale, dovrebbe farsi eccezione nel sistema delle a.o. requiparando di nuovo gli e.p.e. agli altri enti pubblici tradizionalmente intesi? La contraddizione nel sistema indurrebbe a dubitare della premessa maggiore del ragionamento della Cassazione, escludendosi che la pur lata formula adoperata nelle leggi che si sono succedute nel tempo possa consentire, per ragioni di coerenza sostanziale, la conclusione. Del resto, proprio in una recente occasione la Cassazione (v. 30 gennaio 1969, n. 266, *retro*, 1969, II, 257, e, *ivi* 1969, I, 324, le esatte osservazioni adesive di Simi), discutendosi circa l'applicabilità o no dei benefici combattentistici ai dipendenti degli e.p.e., ha risolto negativamente la questione pur rispetto ad una formula di legge quanto mai lata (enti pubblici « comunque denominati »), facendo valere la ben diversa situazione generale degli enti specifici. Ci troviamo anche qui in situazione analoga né si scorgono ragioni per mutare impostazione. Ancora, del resto, richiamando le ragioni peculiari, d'ordine strutturale, addotte dalla Corte nella sentenza n. 266, è egualmente dubbio che in tema di a.o. diparte degli e.p.e. siano tecnicamente identificabili provvedimenti amministrativi in quanto tali impugnabili, in via amministrativa e giurisdizionale, oggi *ex* art. 15 legge n. 482 del 1968. Ancora una volta, quindi, all'obiezione di principio si aggiungono considerazioni specifiche circa i naturali svolgimenti tecnici dell'obbligo di legge da parte dell'e.p.e. Né varrebbe in contrario che, nelle leggi citate, accanto e prima degli enti pubblici soggetti alla vigilanza governativa siano considerate anche le aziende municipalizzate, per i rapporti di lavoro con le quali vale pure la soluzione privatistica; resta, a giustificazione specifica, il fatto che queste sono entità sprovviste di personalità giuridica, con mera autonomia amministrativa e contabile rispetto all'ente pubblico dal quale sono costituite e che, in definitiva, risponde finanziariamente della gestione delle medesime: altra e ben diversa è la posizione degli e.p.e., quali sostanziali imprese gestite nella forma dell'ente pubblico e rispetto alle quali non v'è ragione di distinguere rispetto alle imprese private. Forse che l'attrazione nel settore pubblico vero e proprio deve valere anche per gli enti economici di recente costituzione e per i quali la soluzione privatistica per i rapporti di lavoro è esplicita nei relativi testi di legge, come per l'ENEL? Qui l'assunto sarebbe veramente esorbitante.

È da augurarci che in giurisprudenza prevalga anche al nostro proposito una conclusione coerente con l'assetto ormai affermatosi per gli e.p.e., razionalmente riducendo tutto nell'ambito privatistico. Purtroppo a questo chiarimento pieno a totale non contribuisce o pare non

disposto a contribuire il legislatore. Infatti nell'art. 37 (« Applicazione ai dipendenti da enti pubblici ») della legge relativa al c.d. « statuto dei lavoratori » di recente approvata dal Senato, si afferma che « le disposizioni della presente legge si applicano anche ai rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti da enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica e, quindi, anche per i parlamentari, gli e.p.e. stanno, in linea di principio, a sé, tanto che anche per l'estensione dello « statuto » si è sentita la necessità di una norma *ad hoc*. Non c'è così da meravigliarsi se il problema, come ha ben detto Montuschi (v. Nota, cit.), risorge ad ogni occasione. Nell'attesa di un chiarimento pieno e risolutivo, non c'è che da appellarsi, di volta in volta, alla logica di fondo della situazione.

22.

## SULL'ORARIO DI LAVORO DEI MINORI APPRENDISTI

Con questa sentenza la Cassazione, rigettando il ricorso proposto dal P.M., giunge alla stessa conclusione, in pratica, già ritenuta nel caso da Pret. Lucca 15 novembre 1968 (v. in *Dir. lav.*, 1969, 2, 26), nel senso che per gli apprendisti resta ferma, per la limitazione legale dell'orario di lavoro, la disposizione di cui all'art. 10 legge 19 gennaio 1955, n. 25 (otto ore giornaliere e quarantaquattro settimanali), non potendosi la medesima ritenere abrogata a seguito del sopravvenire della legge 17 ottobre 1967, n. 977 sulla tutela del lavoro dei minori che stabilisce (art. 18) per i fanciulli e per gli adolescenti rispettivamente il limite giornaliero di 7 e di 8 ore e quello settimanale di 35 e 40 ore. La conclusione, cioè il principio di diritto, da condividersi per quanto si dirà, resta ferma per la Corte, pur sulla base di una motivazione parzialmente diversa rispetto a quella della sentenza di primo grado. Infatti il Pretore aveva fatto leva su una molteplicità di argomentazioni: in primo luogo sul carattere generale della legge del 1967 sulla tutela del lavoro minorile, generalità non comportante, di per sé ed in base ad un ben noto principio (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*), il venir meno della precedente legge del 1955 sull'apprendistato quale legge speciale per lo specifico rapporto; in secondo luogo, il giudice aveva messo in rilievo come la legge del 1967, mentre abroga le precedenti leggi sul lavoro minorile non altrettanto dispone rispetto alla legge sull'apprendistato, per altro verso riferendosi esplicitamente talora, ad es. in tema di età minima di ammissione al lavoro (art. 3), anche al rapporto di tirocinio; in terzo luogo, il pretore aveva insistito sulla giustificazione sostanziale del permanere di una normativa ad hoc per l'orario di lavoro degli apprendisti, mettendo in rilievo come per questi lavoratori, pur quando siano fanciulli o adolescenti, ben si comprenda una diversa limitazione legale ove si consideri il carattere non egualmente usurante (rispetto alla normale prestazione di lavoro) dell'attività, posto che, nel tempo di presenza in azienda, con l'esplicazione di vera e propria fatica si combinano i tempi dell'insegnamento teorico cui è tenuto il datore di lavoro, mentre vale

come orario di lavoro anche il tempo di eventuale frequenza dei corsi d'insegnamento extraziendale.

Al contrario, secondo la Cassazione, non merita attardarsi sul punto se le due leggi in questione, quella del 1955 e quella del 1967, siano o no in rapporto reciproco di regolamentazione speciale rispetto ad una regolamentazione generale, anche perché, ponendosi il problema in concreto ai fini della configurabilità o no della responsabilità penale del datore di lavoro, non ricorrerebbe, nel caso, la situazione tipica regolata, ai fini penalistici, dal principio di specialità (art. 15 c.p.). In realtà le due normative sono intrinsecamente diverse, in quanto preordinate alla regolamentazione di diverse situazioni o rapporti giuridici, disponendo la legge del 1955 circa il rapporto di apprendistato e quella del 1967 circa l'ordinario rapporto di lavoro (art. 2094 c.c.) allorché ne sia parte un minore, in tal guisa ponendosi una specifica esigenza di tutela. Posta questa premessa di massima, secondo la Corte c'è solo da accertare, rispetto alla declaratoria generale di cui all'art. 27, comma 2, della legge del 1967 circa l'abrogazione di tutte le disposizioni in contrasto con la nuova normativa del lavoro minorile, se vi sia incompatibilità o no tra la medesima sul punto della limitazione legale dell'orario di lavoro e l'art. 10 della legge del 1955 disponente, in termini diversi, sullo stesso istituto in ordine all'apprendistato. Ora, per la Corte, l'incompatibilità va esclusa, in quanto, se è vero che l'art. 10 consente una più ampia disponibilità dell'apprendista, questo maggiore orario « non può certamente essere più pregiudizievole agli interessi del lavoratore, ove si consideri che, per espressa disposizione di legge, va considerato nell'orario anche il periodo di ore trascorso dal minore nei corsi professionali in particolare, facendo espresso riferimento al caso di specie nel quale constava che gli apprendisti frequentavano i corsi extraziendali per quatto ore alla settimana, nella sentenza si rileva che gli apprendisti medesimi prestavano la loro opera nell'azienda per sole 40 ore settimanali delle quali, una parte è dedicata all'istruzione professionale, caratterizzata da un addestramento di natura più teorica che pratica e pertanto con una fatica fisica per tali giovani assai inferiore a quella alla quale sono sottoposte altre categorie di lavoratori ».

In conclusione, tanto per il pretore che per la Cassazione, è ravvisabile (certo secondo le insindacabili scelte politiche del legislatore) una giustificazione sostanziale della specifica disposizione della legge del 1955 sull'orario di lavoro degli apprendisti, comportante che la medesima non può ritenersi travolta, per pretesa incompatibilità, dalla successiva normativa del 1967 sul lavoro minorile. E questo vuoi perché nel tempo di lavoro dell'apprendista rientra anche l'eventuale tempo di

frequenza dei corsi extraziendali vuoi perché lo stesso tempo di presenza in azienda si rivela intrinsecamente meno usurante delle energie fisiche e psichiche del soggetto, posto che in quel tempo viene dato corso sia all'attività lavorativa vera e propria in vista dell'addestramento sia all'insegnamento teorico da parte del datore di lavoro-precettore, ancora una volta con minore dispendio di energie. Altro e ben diverso è l'impegno richiesto, viceversa, al minore che sia parte di un comume rapporto di lavoro; per se anche per il minore (come per le donne) e sempre a fini specificatamente protettivi l'orario di lavoro coincide fittiziamente (e cioè per determinazione legislativa) col tempo complessivo di presenza nei luoghi di lavoro con una notevole divergenza rispetto alla nozione di vero e proprio orario di lavoro operante per la generalità dei lavoratori escluse le c.d. « mezzeforze », è nella logica del rapporto (comune) di lavoro e nella realtà della pratica che qui, ancora una volta, il tempo di presenza sia in misura di gran lunga prevalente ed assorbente tempo di lavoro in senso proprio, cioè di dispiegamento di energie come negli ordinari rapporti. Nel comune lavoro minorile il dispendio di energie non viene obbiettivamente attenuato, come si verifica nel tirocinio in ragione dell'insegnamento teorico-pratico, si dia corso a questo direttamente nell'azienda o altrove, semplicemente perché c'è al fondo sempre una differenza tra il lavorare puro e semplice in ragione della prestazione dedotta in contratto ed il lavorare che si accompagna, in misura più o meno notevole, al prestare attenzione all'insegnamento. Ove si tenga conto della specifica *ratio* in tema di limitazioni legali dell'orario di lavoro, cioè della finalità di porre, nell'interesse pubblico, un limite al dispiegamento delle energie lavorative e ove si consideri ulteriormente che questa finalità è perseguita nella legge puntualmente tenendosi conto delle diverse situazioni nei loro dati obiettivi fino al punto che, almeno per il momento e checché possa pensarsene rispetto al principio generale di riserva di legge costituzionalmente posto (art. 36 Cost.), la limitazione manca rispetto a quelle attività che si ritengono di per sé non usuranti (lavori discontinui e di semplice attesa e custodia), non è incoerente ritenere nel caso la conclusione ora ribadita dalla Cassazione: è proprio nello spirito della complessiva normativa sull'orario di lavoro che l'interprete può ritenere non travolta la regola dettata specificatamente per gli apprendisti da una legge che ha altro oggetto ed altro campo di applicazione.

Questa è la ragione di fondo rispetto alla quale si registra significativamente la concordanza tra la Cassazione ed il minore giudice. Ciò posto, precisata la sostanza della questione, è certo superfluo e non decisivo impostarla in termini di rapporto tra due leggi, assunte rispet-

tivamente come generale e speciale, pur se, a questo proposito, può obiettarsi che nella sentenza pretorile si era seguita *anche* questa impostazione, in termini generalissimi, diversi da quelli spiccatamente ed angustamente di rilievo penalistico presi in considerazione nella sentenza della Cassazione. È ben noto, infatti, come in ordine all'art. 15 c.p. e al principio di specialità ivi enunciato al fine di porre un criterio per l'individuazione della normativa applicabile in materia comunque penalisticamente rilevante, sussista la più complessa e tormentata problematica, in dottrina e in giurisprudenza. Né si intende qui discutere se nel caso specifico la Cassazione si sia attenuta alle impostazioni che, sotto questo angolo visuale, vanno per la maggiore. Ma non era visibilmente questo l'ordine di idee del pretore che, avendo riguardo ad altro contesto, affermò la specialità della legge sull'apprendistato argomentando in proposito dal fatto medesimo che questa legge, come ivi si afferma, regola un rapporto di lavoro speciale, cioè diverso dal comune rapporto di lavoro può corrente rispetto a minori. In conclusione, il minor giudice ragionò in termini di « speciale » e di « generale » traducendo sul piano formale quella contrapposizione sostanziale di cui si è detto e che emerge puntualmente anche a proposito dell'orario di lavoro.

Un ultimo punto merita di essere chiarito rispetto all'ultimo capoverso della pronuncia che, nella sua eccessiva stringatezza, potrebbe indurre in equivoco per la frase « In definitiva l'apprendista presta la sua attività presso il datore di lavoro soltanto per 40 ore settimanali ». È evidente che con questo i giudici della Suprema Corte hanno semplicemente voluto porre in rilievo, *ad abundantiam*, come nel caso specifico risultasse in fatto la presenza in azienda degli apprendisti per 40 ore settimanali, in ragione delle frequenza dei corsi extraziendali per altre quattro ore alla settimana. Una semplice osservazione in fatto rispetto al caso, senza alcuna possibile implicazione sul piano del principio di diritto; ché questo principio ovviamente resta fermo ancor quando nelle concrete situazioni gli apprendisti siano presenti in azienda per tutto il tempo massimo settimanalmente consentito di 44 ore, questo potendo verificarsi ogni volta che, come spesso avviene, la frequenza dei corsi extraziendali non possa aver luogo per mancata istituzione dei medesimi da parte di chi, ai sensi della legge del 1955, può provvedervi. In sostanza, la possibilità di frequenza dei corsi è solo eventuale nelle concrete situazioni, ma ciò non comporta variazioni circa la regola di diritto applicabile, perché resta fermo comunque che il tempo complessivo di presenza dell'apprendista in azienda è intrinsecamente, di per sé, meno usurante, per la naturale, continua commistione di tempi di lavoro vero e proprio e di tempi di insegnamento. Situazione che la Cassazione

non ha mancato di ribadire anche nel passaggio finale della pronuncia, osservando come comunque quelle 40 ore (o eventualmente 44, caso per caso) di presenza in fabbrica incidano sempre meno, in termini di usura, rispetto al normale e comune rapporto di lavoro.

Naturalmente quanto si è detto vale sul presupposto che nei casi concreti si abbia un genuino rapporto di tirocinio, non un comune rapporto di lavoro mascherato dietro una vuota formula. Ma questo è, evidentemente, un discorso del tutto diverso.

23.

# RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO PER ILLEGITTIMO LICENZIAMENTO DELLA LAVORATRICE GESTANTE

Come risulta dalla narrativa in fatto della sentenza (1), nel caso, intimato il licenziamento, la lavoratrice, in pendenza del preavviso lavorato di quindici giorni, aveva prodotto regolare certificato di gravidanza, e, malgrado questo, era stata tuttavia estromessa dal lavoro in violazione della normativa che garantisce la conservazione del posto alla gestante, ancorché il fatto determinate di siffatta conservazione sia dedotto in pendenza di preavviso (2). I giudici di merito accolsero, in particolare, la domanda di condanna del datore di lavoro al pagamento dell'equivalente dell'indennità che sarebbe stata corrisposta dall'I.N.A.M. per il periodo di assenza obbligatoria dal lavoro (artt. 5 e 17 legge 26 agosto 1950, n. 860) ove non si fosse proceduto all'illegittima estromissione della lavoratrice. La Corte ha respinto il ricorso proposto avverso questo capo della domanda, confusamente appellandosi la difesa del datore di lavoro al principio di automaticità delle prestazioni operante in tema di tutela in forme assistenziali-previdenziali delle donne lavoratrici gestanti e puerpere. La conclusione, che non ha precedenti in giurisprudenza fatta eccezione di una isolata pronuncia, non adeguatamente motivata sul punto, del Tribunale romano (3), pare condivisibile.

Certo la responsabilità del datore di lavoro non può collegarsi, malgrado il finale inciso, invero assai sfumato, della pronuncia, al capoverso dell'art. 2116 c.c., in quanto in questa disposizione la responsabilità risarcitoria è letteralmente collegata al venir meno della tutela previdenziale a ragione dell'omessa contribuzione, a parte il fatto che nel caso, ai

---

(1) V. in *Il Foro it.*, 1969, I, 3055.

(2) V., essendo la questione pacifica in ragione della tesi generalmente ritenuta in ordine all'insorgere di eventi sospensivi in pendenza del preavviso, Guidotti, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli e la tutela delle lavoratrici madri*, in *Trattato di diritto del lavoro* di Borsi e Pergolesi, III, Padova, 1959, spec. 339-340.

(3) V. Trib. Roma 8 luglio 1967, in *Riv. giur. lav.*, 1968, 2, 75.

sensi dell'art. 37 del D.P.R. 21 maggio 1953, n. 568, dettante norme regolamentari alla legge n. 860, opera il principio di automaticità nel senso proprio d'invocabilità della tutela dall'ente ancor quando il datore di lavoro abbia omesso di versare i corrispondenti contributi dovuti, salva la facoltà dell'ente di rivalersi nei confronti del responsabile per il costo delle prestazioni erogate. Ma, d'altro canto, il datore di lavoro non può invocare, per respingere la responsabilità risarcitoria per questo aspetto, codesto principio di automaticità, semplicemente perché, a parte l'operabilità di detto principio nel senso suo proprio sopra specificato, l'erogazione della prestazione economica è condizionata alla ricorrenza di una ulteriore, specifica situazione, cioè al fatto che, all'inizio del periodo di assenza obbligatoria dal lavoro, risulti in atto il rapporto con la corresponsione del salario (art. 26 reg.). Nel sistema della legge di tutela delle lavoratrici, per l'insorgere degli eventi considerati, l'indennità è erogabile se ed in quanto la donna abbia dovuto abbandonare il lavoro in ragione del precetto di legge dettato nell'interesse pubblico che ispira la normativa, tanto che alla domanda all'ente va allegata la dichiarazione del datore di allontanamento dall'attività ai sensi di legge (art. 27 reg.). È proprio in ragione di questo specifico condizionamento dell'erogazione dell'indennità che la Corte ha ritenuto la responsabilità del datore di lavoro: se, nel momento in cui la donna avrebbe dovuto altrimenti essere allontanata dal lavoro in ragione del suo stato di gravidanza avanzata, il rapporto non è in atto per il fatto anteriore ed illegittimo del datore di lavoro e quindi l'allontanamento in ossequio alla legge non può materialmente aver corso... essendosi già proceduto, illegittimamente, in tal senso, il responsabile deve ritenersi tenuto a corrispondere alla lavoratrice anche quanto corrisponde all'indennità non erogabile dall'ente previdenziale, comunque terzo rispetto alla vicenda del rapporto tra le parti. Giustamente la Cassazione ha affermato che la responsabilità risarcitoria va ritenuta ogni volta che, per il fatto imputabile al datore di lavoro, il soggetto protetto non possa contare sulla tutela in forma previdenziale.

A questa conclusione può agevolmente pervenirsi ove si ritenga gravante sul datore di lavoro, come ho cercato di dimostrare altrove (4), un generale obbligo di assistenza nei confronti del lavoratore, obbligo che di norma ha corso, ove si rispetti rigorosamente la legge, attraverso la predisposizione dei presupposti della regolare tutela in forme previ-

---

(4) V. *La responsabilità del datore di lavoro per omesso versamento di contributi previdenziali e l'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338*, in *Studi in memoria di Barassi* a cura di Carullo, Milano, 1966, 585.

denziali, soprattutto col versamento dei contributi ed in genere con tutti gli adempimenti imposti dalle specifiche leggi. Se quella tutela non è invocabile proprio perché il datore di lavoro ha omesso di porne in essere i presupposti o anche se, sempre per il fatto del datore di lavoro, essa sopravviene solo tardivamente, contro la legittima attesa che le prestazioni siano tempestivamente erogate rispetto alla situazione considerata come ragione d'intervento dettato da ragioni sociali d'ordine pubblico, comunque, cioè, il soggetto protetto subisca un danno quale ne sia l'entità e l'incidenza, il datore di lavoro deve subirne le conseguenze. Facciasi il caso che, in concreto, malgrado l'invocabilità delle prestazioni a seguito di infortunio pur quando si sia omessa la denuncia del rapporto e sia mancato il pagamento dei premi, le medesime siano in concreto erogate tardivamente avendo dovuto l'ente previamente procedere ai necessari accertamenti: anche qui c'è un danno in concreto da risarcire per una precisa responsabilità, ben oltre l'ipotesi specificatamente considerata nel capoverso dell'art. 2116 c.c. che non è esclusiva, e proprio in ragione del ritenuto obbligo di assistenza (5). Nel nostro caso, la tutela della lavoratrice si svolge attraverso una serie di complesse e tassative disposizioni, con la previsione, anche, di prestazioni di vario tipo, a carico di enti pubblici, sul presupposto di fatto, talora, che abbia corso la prima, pregiudiziale e logica garanzia della conservazione del posto di lavoro con quanto ne deriva; è chiaro che se illegittimamente questo presupposto viene meno, il responsabile è tenuto per l'equivalente di quanto si sarebbe altrimenti percepito a carico dell'ente pubblico.

Piuttosto il caso illumina circa l'inadeguatezza, per più versi, della normativa di tutela, proprio a ragione dello stretto collegamento parzialmente stabilito tra tutela su piano previdenziale e normalità della vicenda del rapporto di lavoro in ossequio alla legge. Si tratta di un collegamento che in parte frustra la possibilità di una puntuale erogazione delle prestazioni in rapporto all'evento considerato. Ed è un collegamento che diversamente opera con scarsa razionalità. Intanto, per l'assistenza di parto, è sufficiente che la gravidanza abbia avuto inizio in un momento in cui il rapporto di lavoro, successivamente venuto meno, sussisteva (artt. 8 legge e 32 reg.). Secondo l'art. 17 della legge l'illegittimità giornaliera è erogabile per il periodo di assenza obbligatoria dal lavoro ai sensi degli artt. 5 e 6, richiedendosi, di norma, che l'assenza si verifichi rispetto ad un rapporto ancora sussistente, ma sospeso nella

(5) V. *La responsabilità del datore di lavoro*, cit., n. 7.

circostanza, come si ricava dall'art. 19 della legge ove è stabilito che l'indennità deve essere erogata per l'intero periodo considerato anche se, iniziato il medesimo come assenza obbligatoria dal lavoro, il rapporto di lavoro ad un certo punto si estingue per cessazione della attività dell'azienda o per ultimazione della lavorazione per la quale la lavoratrice venne o per il sopravvenire della scadenza del contratto a termine (lett. *b*) e *c*) dell'art. 3). Di qui, appunto, la disposizione regolamentare (art. 26) che, in piena corrispondenza del disposto di legge, esige, per l'erogazione dell'indennità, che il rapporto di lavoro sia regolarmente in atto all'inizio del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro. Il diritto all'indennità viene a contrario meno nell'ipotesi di cui alla lett. *a*) dell'art. 3, cioè nel caso che si proceda alla risoluzione del rapporto, nella decorrenza del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro, per colpa della lavoratrice costituente giusta causa. Si è detto che questa diversità di trattamento rispetto ai casi sopra ricordati ed ininfluenti, ben si giustifica essendo la risoluzione del rapporto imputabile alla lavoratrice (6). In realtà la giustificazione, indubbiamente corrispondente al pensiero del Legislatore del 1950, regge poco. A parte il fatto che il licenziamento ben può essere impugnato e quindi appare scarsamente comprensibile la perdita della prestazione per una decisione unilaterale *sub iudice* (*quid*, nell'ipotesi che l'impugnativa abbia esito positivo?), tutto questo male corrisponde alle ragioni sociali d'ordine pubblico ispiratrici della normativa; quale che sia la colpa della lavoratrice in ordine alla risoluzione del rapporto di lavoro, ricorrono tuttavia ragioni obiettive per una continuazione indipendente delle prestazioni ove si consideri che costei continua a portare in grembo una creatura innocente. La lavoratrice non è certo tutelata per i suoi meriti o no, ma per lo stato obiettivo in cui si trova e per ragioni d ordine pubblico che di gran lunga trascendono l'interesse ed il merito delle persone. D'altro canto, se è indubbio che, versandosi nel periodo considerato per l'assenza obbligatoria dal lavoro in ragione dell'approssimarsi della data presunta del parto, la lavoratrice non potrebbe instaurare altro rapporto di lavoro, a parte la problematica *ex* art. 2126 c.c., non si vede perché debba venir meno una prestazione volta a garantire il minimo indispensabile di vita in una contingenza del tutto peculiare. Forse non c'è spazio per prospettare una questione di legittimità costituzionale di questa inadeguata normativa, visto che, rispetto all'art. 38 Cost., la tutela per le lavoratrici gestanti e puerpere non è stata letteralmente costituzionaliz-

(6) V. Guidotti, *Il lavoro delle donne*, cit., 339.

zata (7) salvo che l'evento non si faccia rientrare nel concetto ampio di malattia, mentre, rispetto al secondo inciso di cui all'art. 37/1, appare dubbio che la tutela della madre e del bambino possa spingersi, per quanto rileva in proposito in termini di regolamentazione delle condizioni di lavoro, fino al punto di inibire *sic et simpliciter* il licenziamento anche per giusta causa. Ma, a parte il quesito costituzionalistico che lascio in sospeso, l'inadeguatezza della normativa, ove si considerino le finalità della medesima certo costituzionalmente rilevanti nel complesso, è indubbia. È in giuoco l'elettività di una tutela, tempestiva e puntuale, dettata da considerazioni d'ordine obiettivo rispetto alle quali la donna non conta solo in sé, ma soprattutto per quanto porta in seno, indipendentemente dal suo comportamento. Di qui l'opportunità di sganciare la tutela, nei limiti del possibile, dalla vicenda del singolo rapporto di lavoro, con le varie evenienze che quivi possono verificarsi, sia *jure*, sia in violazione di legge o testualmente o secondo la successiva e tardiva valutazione del giudice a risoluzione del contrasto tra le parti. In quali modi questo sganciamento possa avvenire, non sta certo a me dirlo. Ove non si voglia risolvere il tutto in un sistema di sicurezza sociale, potrebbe intanto compiersi un primo passo, ancorando la tutela economica delle lavoratrici gestanti e puerpere alla sussistenza di un minimo accumulato di rapporto di lavoro e ritenendo sufficiente la sussistenza del rapporto di lavoro all'insorgere dello stato di gravidanza così come è ora disposto per l'assistenza di parto. Tutto quanto attiene ai possibili modi di una più adeguata sistemazione e protezione è opinabile; certa è la valutazione critica dell'attuale sistema nel suo buon fondamento.

(7) V. Persiani, *Il sistema giuridico della presidenza sociale*, Padova, 1960, spec. 145 ss.

24.

# ASPETTI GIURIDICI DEL LAVORO CARCERARIO (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Modalità del lavoro carcerario. — 3. La remunerazione. — 4. Configurazione storica del rapporto; questioni di politica legislativa e di costituzionalità. — 5. Tutela previdenziale. — 6. Il nuovo ordinamento penitenziario: *a*) innovazioni relative al lavoro e al suo trattamento. — 7. *b*) innovazioni relative alla previdenza sociale. — 8. Conclusioni.

1. Secondo il nostro codice penale (v. artt. 22, 23, 25), il lavoro è posto come una modalità d'esecuzione della pena detentiva e, pertanto, costituisce oggetto di un obbligo per il condannato (1). Siffatta soluzione, com'è ben noto (2), venne ed è giustificata, in termini di politica legislativa, secondo una concezione sensibilmente diversa rispetto ai più antichi e tradizionali modi d'intendere il carattere e la funzione della pena e, quindi, il posto assegnato al lavoro nell'esecuzione della medesima. Il lavoro dei carcerati, infatti, secondo le idee-forza affermatesi nelle più moderne scuole penalistiche e criminologiche, non è più considerato, almeno esclusivamente, come un *quid* ulteriormente afflittivo che si accompagna di necessità alla privazione della libertà, ma come uno

---

(*) È, con l'aggiunta delle note, il testo della conversazione tenuta il 27 marzo 1971 presso la Scuola di perfezionamento in Diritto penale dell'Università di Roma.

(1) Nonché, com'è noto, per l'imputato in stato di custodia preventiva, salvo che si tratti di soggetto in grado di mantenersi a sue spese. Della giustificazione di questo obbligo si è sempre dubitato. Per NOVELLI, *Il lavoro dei detenuti*, in *Rass. dir. penit.*, 1930, 470, n. 12, la norma si giustifica al fine di evitare la perdita d'efficenza lavorativa e a tutela delle ragioni patrimoniali dello Stato, essendo d'altro canto caduta, nel precedente ordinamento, la presunzione d'innocenza. Per QUAGLIONE, *Funzione e ordinamento del lavoro carcerario in Italia*, in *Justitia*, 1958, 82, l'esclusione dall'obbligo degli abbienti è criticabile, ciò permettendo un ozio deleterio.

(2) GRANDI, *Bonifica umana*, Decennale delle leggi penali e della riforma penitenziaria, Min. giustizia 1941, 8 ss.; ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, IV, Milano, 1943, 6; GUARNIERI, *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, II, Convegno di diritto penale, Bressanone 1963, Padova, 1964, 265; SANTORO, *L'esecuzione penale*, Torino, 1953, 281 ss.; REALE, *Rieducazione del condannato*, in *Rass. studi penit.*, 1957, 447.

strumento volto a favorire il recupero sociale del condannato, togliendolo da una situazione di ozio avvilente, educandolo secondo la disciplina formativa di attività lavorative socialmente utili, procurandogli, se possibile, una adeguata formazione professionale utile per il pieno ed onesto inserimento nella vita sociale una volta scontata la pena (3). Questa è stata la concezione ispiratrice, universalmente posta in rilievo, della nostra più recente e di altre legislazioni, essendo indubbio che, per diversi aspetti, e come meglio preciserò di volta in volta, in queste più recenti regolamentazioni è riscontrabile un salto qualitativo rispetto al passato; gli aspetti più duramente afflittivi del lavoro penitenziario sono scomparsi, il lavoro dei detenuti riceve una pur limitata tutela in termini di vero e proprio diritto soggettivo e non meramente in via di grazia. Si tratta, ora, di puntualizzare le linee salienti di questa disciplina, per accertare, in particolare, se il concreto assetto normativo che viene in questione sia veramente e del tutto coerente o corrispondente rispetto alla concezione ispiratrice del lavoro come strumento di recupero sociale della personalità del condannato. In sostanza, vorrei cercare di rispondere al quesito se questa specifica regolamentazione, vista seriamente nei suoi particolari, in sé e cioè per la sua intrinseca fattura oppure per quanto consente o può di fatto consentire con le sue previsioni a chi è, in concreto, chiamato a farne applicazione e governo, sia funzionalmente idonea rispetto all'ambizioso obiettivo che vorrebbe conseguirsi al livello medio della massa presa in considerazione. Il problema dell'effettività o no di questa stessa regolamentazione, sempre al livello medio di riferimento inevitabile per valutazioni di questo tipo, è, ovviamente, un problema del tutto diverso che esorbita dallo scopo di questa conversazione; mi limito a registrare che non sono infrequenti, specie nella stampa quotidiana, le denunce, fondate o no ch'esse siano, circa la pretesa inosservanza o i pretesi abusi nell'applicazione della disciplina posta.

2. Il lavoro dei detenuti è fondamentalmente regolato nel capo VII, artt. 114 ss., del regolamento penitenziario 18 giugno 1931 n. 787.

---

(3) Manzini, *Pena e lavoro*, in *Scuola positiva*, 1897, 257 e 321, proponeva di distinguere nettamente tra i delinquenti abituali, aristocrazia del delitto da deportare, e quelli occasionali da recuperare con il lavoro, « con l'obbligo assoluto e imprescindibile di una larga riparazione del danno *ex delicto*, con la reale gravezza della pena, con l'equo compenso del lavoro, che dovrà sempre essere proporzionalmente eguale a quello dell'operaio libero ».

L'obbligo posto nel codice penale può aver corso in diversi modi e in diversi contesti.

In primo luogo può aversi il lavoro del detenuto *in proprio* per conto di privati, una sorta di artigianato nella forma più pura, possibile, ovviamente, quando si tratti di soggetto in possesso di un definito e qualificato mestiere. Ma questo lavoro in proprio deve essere previamente autorizzato dall'autorità preposta allo stabilimento di pena; malgrado l'autorizzazione, il detenuto non può tuttavia, per comprensibili ragioni, ricevere « direttamente o indirettamente » commissioni di lavoro dai privati, tutto dovendo passare attraverso l'amministrazione (art. 122). Niente è detto circa le condizioni di questo rapporto di lavoro autonomo, specie per quanto attiene alla determinazione del corrispettivo; è da ritenere che, fermo l'obbligo di far passare tutto tramite l'amministrazione che, per qualche verso, è chiamata ad operare nelle due direzioni rispetto alle due parti come semplice *nuncius*, sia dato alle parti medesime di convenire liberamente in ordine alle modalità dell'affare: in caso di mancata esplicita pattuizione del corrispettivo, troverà applicazione l'art. 2225 c.c. Ciò comprova come in concreto, e nell'ambito della specifica situazione, sia riconosciuta al detenuto, quale sia la sua generale e riassuntiva posizione giuridica, quanto meno una limitata capacità giuridica e d'agire *ad hoc*. Naturalmente, i proventi di questo lavoro non sono nella disponibilità dell'interessato; essi dovranno affluire nel fondo di lavoro costituito per il detenuto (art. 135 u.c.r.p.) e questi potrà disporne nei limiti e alle condizioni previste, in generale, per la facoltà di disposizione del peculio (art. 135 r.p.).

In secondo luogo, i detenuti possono essere utilizzati, se di condotta esemplare (art. 119 u.c.r.p.), nei *servizi domestici* dello stabilimento di pena, nelle cucine, nelle infermerie, nei servizi di pulizia, ecc. (4). È possibile, inoltre, l'utilizzazione in lavorazioni sovente direttamente installate e gestite dall'amministrazione, *in economia* come si dice. Su proposta motivata del direttore del carcere, il giudice di sorveglianza può deliberare (art. 120 r.p.) in ordine all'ammissione al lavoro *all'aperto* che può svolgersi (art. 117) o in caso di lavoro all'aperto o in colonne mobili destinate a rientrare nello stabilimento al termine del turno di lavoro o con pernottamento all'esterno « purché sul posto di lavoro o nelle immediate vicinanze possano sistemarsi, anche con carattere di provvisorietà, alloggi che presentino assoluta garanzia di sicurezza e di disci-

(4) Per una valutazione in termini di utilità ai fini rieducativi dei diversi lavori ai quali possono essere destinati e detenuti, v. Cicinelli, *L'obbligatorietà del lavoro domestico dei reclusi*, in *Riv. dir. penit.*, 1941, 235.

plina ». È ben noto che il lavoro carcerario è stato utilizzato, specie in passato, in non trascurabile misura in colonie agricole anche famose con opere importanti di bonifica e di messa a coltura di terreni poi ceduti ad altri in proprietà o in gestione (art. 118 r.p.), anche sulla base di un preciso indirizzo di governo basato sulla considerazione che in questo settore non indifferenti traguardi economico-sociali potevano raggiungersi con l'opera dei detenuti (5), prospettandosi come eccessivamente oneroso, se non talora proibitivo, il ricorso al lavoro libero.

Largamente diffuso è il sistema d'utilizzazione del lavoro dei detenuti *in appalto*, a favore di imprese private che, all'uopo, installano negli stabilimenti carcerari officine o laboratori (6). Secondo quanto risulta dal capitolato d'oneri tipo, approvato con decreto ministeriale 10 marzo 1926, oggetto del rapporto è, precisamente, la concessione in uso della manodopera dei detenuti, avendo corso la lavorazione nell'esclusivo interesse dell'imprenditore privato, obbligato a corrispondere all'amministrazione l'importo delle mercedi dovute per il lavoro nonché una somma ulteriore, fissata come maggiorazione dell'importo delle mercedi, al fine di rimborsare o indirizzare l'amministrazione medesima delle maggiori spese incontrate, ad es. per l'usura del vestiario, ecc. La precisazione del vero oggetto del rapporto non è inutile, posto che una superficiale lettura del citato capitolato-tipo, specie per quanto attiene al rigoroso controllo che l'amministrazione si riserva per quanto attiene alla buona qualità delle materie prime impiegate (art. 64 ss.) nonché dal collaudo dei manufatti prodotti in contraddittorio tra le parti e con eventuale ricorso ad una determinazione peritale in caso di contestazioni (art. 72), potrebbe indurre in equivoco e far ritenere che tutto questo sia stato previsto proprio in ragione ed in funzione della deduzione in contratto del compimento di opere a favore, e, quindi, destinate ad essere acquisite dall'amministrazione medesima. Si verserebbe, così, in una situazione atipica dell'amministrazione imprenditrice, concedente la lavorazione in appalto all'impresa privata, in locali messi gratuitamente a disposizione (art. 17), con la concessione in uso, in contropartita di un canone, di eventuali attrezzature (art. 30) e con la messa a disposizione della manodopera necessaria ... Viceversa, è chiaro che la lavorazione ha corso nell'esclusivo interesse dell'impresa privata che ne acquisisce i

---

(5) Grandi, *op. cit.*, 11 ss. Ricavo dalla tesi di Occhipinti, *Il lavoro carcerario*, Pisa, febbraio 1969, 82, che l'opera di circa 3500 detenuti è ora utilizzata per la gestione di circa 14.000 ettari.

(6) Nel 1969 conducevano i lavori in appalto 53 imprese impieganti circa 2300 detenuti: v. ancora Occhipinti, *op. cit.*, 88.

risultati e provvede, sempre nel suo interesse, ad esitarli nel mercato; quelle disposizioni che ho ricordato, così precisato l'oggetto del rapporto, hanno, evidentemente, altro senso ed altra, opinabile, giustificazione: quella che siano immessi nel mercato buoni prodotti a tutela del buon nome e, quindi, della possibilità d'espansione dell'industria carceraria. Semmai è l'amministrazione che, rispetto all'impresa, opera in sostanza come mera intermediatrice del lavoro, *rectius* come mera procuratrice del lavoro di cui ha la disponibilità. Su questa premessa, potrebbe non infondatamente prospettarsi l'applicabilità della legge 23 ottobre 1960 n. 1369 detta, riassuntivamente, sugli appalti di manodopera, non certo in riferimento all'art. 3 (appalti di opere o servizi ad autentiche imprese), poiché l'amministrazione non opera, nel caso, come impresa, ma in riferimento alla situazione e al divieto di cui all'art. 1 (mera intermediazione di manodopera); conclusione che comporterebbe di dover ritenere i detenuti alle dirette dipendenze dell'impresa appaltatrice e l'invocabilità da parte di costoro, del trattamento spettante ai dipendenti liberi esterni, secondo il settore, la categoria e la qualifica di appartenenza, essendo esplicita la legge in questione nel senso dell'applicabilità al settore pubblico (artt. 1-4 e art. 8) (7). In sostanza, si tratterebbe di un rapporto di lavoro da ritenersi direttamente corrente nei confronti dell'impresa privata; più precisamente insorto, tra impresa e detenuto, sulla base di una convenzione *sui generis* intercorsa tra l'impresa e l'amministrazione, avendone questa titolo in ragione dell'obbligo di lavoro gravante *ope legis* sul detenuto medesimo, certo non in ragione di un contratto corrente tra imprenditore e lavoratore, ma in esplicazione della potestà specifica d'imperio della pubblica amministrazione (8). Un rapporto avente, quindi, come fonte genetica non il consueto, corrispondente contratto; né questo dovrebbe stupire ove si tenga conto di quella teorica che pretende di costruire il diritto interindividuale del lavoro in chiave di rapporto e non di contratto (9).

Certo, per l'irripetibile peculiarità della situazione, la tesi prospettata ha, per più versi, un largo margine di opinabilità. In primo luogo, in ordine alla configurabilità diretta del rapporto nei confronti dell'impresa,

---

(7) V., in generale, Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965.

(8) Una problematica del tutto diversa, per niente comparabile, si presenta nel caso del lavoro dei ricoverati in ospedale psichiatrico: v. in proposito l'interessante sentenza Pret. Salò 31 gennaio 1970, in *Foro it.*, 1971, II, 123, nonché le osservazioni che ho ritenuto di fare nell'articolo *Il lavoro dei malati di mente*, in *Giur. tosc.*, 1971, 150. Per una testimonianza diretta in ordine alle concrete possibilità di utilizzazione dei minorati, v. Tobino, *Un po' di fratellanza*, in *Corriere della Sera*, 12 marzo 1971, 3.

(9) V., soprattutto, Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Bari, 1969.

potrebbe addursi che questo non trova conferma, intanto, sulla base del capitolato-tipo del 1926; il lavoro ha corso sotto la diretta e costante vigilanza degli agenti carcerari (se ne ha la conferma nel capoverso dell'art. 61 che prevede un compenso a questi agenti in caso di lavoro straordinario); l'imprenditore non ha potere disciplinare diretto sui detenuti; vi è una continua interferenza tra personale direttivo e di sorveglianza dell'impresa e quello di custodia in ordine alla disciplina, fermo il potere direttivo in senso stretto o di conformazione o di specificazione dell'impresa (10); l'impresa non può pretendere che i lavoranti siano esonerati dall'officina per incapacità o scarsa produttività, potendo provocare il provvedimento da parte della direzione carceraria solo quando le prove dell'incapacità o della scarsa produttività siano ripetute e costanti (art. 56). Senonché potrebbe ribattersi che tutto questo non attiene all'imputazione del rapporto, risolvendosi ciò in ineliminabili peculiarità di svolgimento del rapporto medesimo in ragione della particolare posizione dei lavoratori: il rapporto, posto in essere sulla base della convenzione e di un corrispondente ordine in concreto dell'amministrazione al detenuto obbligato legalmente, non può non correre nei confronti del soggetto che in effetti utilizza l'opera; di qui l'applicabilità dell'art. 1 del citato provvedimento legislativo del 1960. E questo art. 1 potrebbe essere comunque decisivo. Senonché potrebbe ancora obiettarsi che la norma suppone una situazione, un tempo *in fraudem legis* (11), oggi di aperta violazione del divieto d'intermediazione della manodopera, cioè l'apparenza o la messinscena di un rapporto corrente nei confronti di un intermediario, mentre nel caso tutto è, viceversa e per altro verso, chiaro e conclamato: ma, appunto, nel senso della esclusiva concessione in uso a favore dell'impresa, che ne ricava tutti i vantaggi, della manodopera carceraria. La conclusione, qui prospettata, avrebbe dalla sua, se non la formulazione testuale della legge n. 1369, certo la *ratio* ispiratrice nonché il principio ricavabile, nel senso che nell'ordinamento e nel più vasto settore delle attività produttive, tolte le situazioni nelle quali è *in rerum natura* che possa esservi datore di lavoro non imprenditore (ad. es. lavoro domestico), il rapporto di lavoro non può non correre che nei confronti dell'impresa che autenticamente lo utilizza, trovando ciò conferma nello stesso contesto della legge n. 1369 nella contrapposizione delle ben diverse ipotesi di cui agli artt. 1, 3 e 5. Né varrebbe, almeno qui, addurre in contrario la spiegazione o la giustificazione, in sé troppo onnicomprensiva e quindi da

(10) V. le mie *Lezioni di diritto del lavoro*, Roma, 1970, 307.
(11) Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959.

prendersi con cautela, della specialità del rapporto non riducibile comunque nel contesto di quelli di diritto del lavoro in ragione della situazione dei detenuti: infatti la specialità influisce nel momento genetico nonché nelle ovvie e comprensibili peculiarità di svolgimento, non dovrebbe giuocare in termini di riferibilità del rapportò in sé.

Se la conclusione qui prospettata con molti dubbi potesse aver corso, si garantirebbe, in diritto, il massimo di tutela possibile per i detenuti lavoranti in appalto e verrebbe meno la base della critica ricorrente a questo sistema, siccome risolventesi in un non commendevole sfruttamento di manodopera pagata a prezzo di assoluto favore (12). Per altro verso, ragguagliato al massimo possibile il costo del lavoro carcerario a quello del lavoro libero, non si potrebbe più temere la concorrenza, talora definita sleale, delle imprese utilizzanti i detenuti nel mercato (13).

È d'altro canto noto che questo sistema si giustifica come l'unica possibilità effettiva di recupero del detenuto in attività produttive e in vista di un'adeguata preparazione professionale, non potendo provvedere direttamente l'amministrazione con proprie officine (14). D'altro canto la pur sempre ricorrente doglianza in ordine alla misera entità delle remunerazioni corrisposte ai detenuti si riferisce tanto al lavoro in appalto che a quello in economia e sarà ripresa, per quanto ci interessa, oltre, dando conto delle opposte accuse e giustificazioni.

Infine, secondo l'art. 121 r.p. un particolare trattamento è fatto ai detenuti « intellettuali »; più precisamente quelli forniti di particolare cultura sono segnalati al ministero per una conveniente utilizzazione dell'opera loro; quelli eccezionalmente periti in un'arte, possono essere autorizzati dal ministero medesimo « con le cautele del caso e senza derogare alle norme disciplinari, a eseguire lavori della loro arte » (eventualmente su commissione di privati *ex* art. 122).

---

(12) V., ad es., Battaglini, *Esperienze di un giudice di sorveglianza*, in *Il Ponte*, 1949, 266. È interessante rilevare che nel caso di cui alla sentenza di Pret. Salò, cit. *supra*, nota 8, l'imprenditore utilizzante il lavoro dei minorati di mente venne mosso anche dalla concorrenza di imprese utilizzanti il lavoro carcerario.

(13) Vecchia questione: Doria, *Lavoro carcerario e lavoro libero. Nota sulla concorrenza del lavoro carcerario al lavoro libero*, nonché *Di alcune critiche mosse alle mie teorie*, rispettivamente in *Giornale economico*, 1886 e 1887, poi in *Verso la giustizia sociale*, Milano, 1904, I, 276, e II, 280; Grandi, *op. cit.*, 134 ss. Riferisce J. Vernet, *Le travail en detention*, in *Rass. studi penit.*, 1961, 22, che negli Stati Uniti d'America si ebbero perfino scioperi di protesta per l'utilizzazione del lavoro carcerario.

(14) De Litala, *Sicurezza sociale e sistema penitenziario in Italia con particolare riferimento al lavoro dei detenuti*, in *Lav. sic. soc.*, 1962, 16, n. 7.

Un autore (15) sostenne che il lavoro, oltre che oggetto di un obbligo nei confronti dello Stato nello schema del rapporto punitivo, sarebbe anche oggetto di un preciso diritto soggettivo, argomentandosi dall'indubbio interesse allo svolgimento di un attività remunerata al fine di procurarsi i mezzi per la refusione delle spese di giustizia, ecc. che sono addossate al detenuto. Ma la tesi è stata generalmente respinta (16), mettendosi in rilievo che il lavoro, secondo il codice penale, è una modalità di esecuzione della pena, ciò sostanziandosi in un obbligo al cui svolgimento lo Stato ben può rinunciare. Probabilmente il discorso non è così semplice ove si abbia come punto normativo di riferimento non il codice, ma la Costituzione, o meglio quanto la Carta detta in ordine alla finalizzazione della pena, secondo uno svolgimento coerente di cui dirò a suo tempo; qui non merita approfondire semplicemente perché il problema pare risolto ai sensi del nuovo ordinamento penitenziario già approvato dal Senato e alla vigilia della definitiva approvazione da parte della Camera. Certo, questione d'impostazione di principio e di legittimità costituzionale a parte, la mancanza di lavoro frustra *in radice* la possibilità di recupero sociale, come da più parti giustamente si è sempre messo in rilievo (17).

In ordine all'assegnazione in concreto al lavoro dispone, *ex* art. 119 r.p., il direttore dello stabilimento, avendo riguardo, nei limiti localmente consentiti dai tipi di attività organizzata, alle precedenti occupazioni nonché a quelle verso le quali probabilmente il soggetto si indirizzerà scontata la pena, nonché della specie e della durata della medesima. Gli imputati, i condannati all'arresto, quelli indicati nei nn. 1, 2 e 3 dell'art. 39 nonché i condannati alla reclusione per meno di un anno, possono assegnarsi a lavori diversi da quelli organizzati nello stabilimento, purché il ministero ne riconosca la possibilità e l'opportunità. È da mettere in rilievo che, qui come a proposito di altre questioni di rilevante interesse, tutto si risolve in disposizioni d'indirizzo per le autorità preposte all'amministrazione carceraria, senza adeguata tutela per il detenuto al quale è esplicitamente inibito di reclamare al giudice di sorveglianza (art. 126/1

---

(15) Spellanzani, *Osservazioni sulle carceri mandamentali*, in *Riv. dir. penit.*, 1930, 259.

(16) De Litala, *Sicurezza sociale*, n. 5; Novelli, *Il lavoro dei detenuti*, cit., n. 8; Siracusa, *Istituzioni di diritto penitenziario*, Milano, 1935, 221. Il rifiuto della tesi è implicito nella sentenza di Corte cost. 20 marzo 1970, n. 40, in *Foro it.*, 1970, I, 1019, in relazione all'art. 57 disp. trans. c.p.

(17) Velotti, *Il consiglio di patronato per i liberati dal carcere*, in *Rass. stud. penit.*, 1968, 411.

r.p.), mentre dovrebbero essere assai più consistenti le garanzie (non del tutto realizzate nemmeno nel r. p. *in itinere*).

*Ex* art. 124 r.p. al detenuto è imposto, prima dell'ammissione al lavoro retribuito (deliberata, anche qui senza adeguate garanzie, dal direttore, sentiti i vari preposti alle lavorazioni, l'agronomo, il dirigente tecnico o il capo d'arte), un periodo di tirocinio gratuito; anche della legittimità di questa disposizione si è dubitato, ma riprenderò a suo tempo il problema in riferimento alla disposizione radicalmente innovativa del nuovo ordinamento in gestazione.

Ai sensi dell'art. 123 r.p. l'orario di lavoro dei detenuti è di otto ore giornaliere e ai medesimi è garantito il riposo festivo, ma la direzione può eccezionalmente superare questi limiti, informandone il ministro con le opportune giustificazioni (18). Anche di questo potere derogatorio si è fatta questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 36 Cost. (19); il problema, a parte quanto dirò in ordine alla deducibilità innanzi alla Corte costituzionale, è, nel merito, condizionato da quanto può ritenersi in ordine alla natura del rapporto *de quo* ed è egualmente superato per le innovazioni contenute nella imminente riforma.

Non si rinvengono disposizioni specifiche in ordine allo svolgimento del lavoro in economia, salvo per quanto attiene alla distribuzione dei lavoranti in categorie e qualifiche, ciò rilevando ai fini della remunerazione (v. *infra*, n. 3). Al contrario una più minuta regolamentazione si rinviene, nel capitolato-tipo del 1926, per il lavoro in appalto ed è una regolamentazione assai più favorevole ai detenuti, relativamente più progredita; circostanza assai significativa di come lo Stato, come frequentemente avviene, sia socialmente sollecito allorché l'imposizione delle norme limitative debba gravare sui soggetti privati. Basta, per rendersi conto di questo, una semplice scorsa al capitolato. Secondo l'art. 40/3, premesso che deve sussistere una determinata proporzione tra le diverse categorie di lavoratori in relazione al numero complessivo dei dipendenti, è stabilito che quelli assegnati a categoria superiore debbono restarvi ancor quando diminuisca il numero complessivo. Assai particolareggiata è la disciplina del tirocinio (art. 45 ss.): debbono essere predeterminati i periodi diversamente per le varie categorie; sono esen-

---

(18) Ma, con circolare del Capo del Governo 6 dicembre 1931, venne inibito ai direttori di far uso del potere derogatorio: v. D'Aniello, *Il lavoro carcerario nella tutela corporativa*, in *Riv. dir. penit.*, 1935, 854. Ho appreso in ambienti qualificati dell'amministrazione del lavoro che l'orario giornaliero mediamente praticato è di 6/7 ore, da un minimo di 4 ad un massimo di 9 ore.

(19) V. Trib. Torino 22 maggio 1969, in *Sentenze ed ord. Corte cost.*, 1969, II, 852.

tati gli scrivanelli nonché i lavoranti di fatica per i quali non si richiede una particolare capacità tecnica (fattorini, facchini, ecc.) nonché coloro che siano già provetti, salva la sottoposizione ad un esperimento o capolavoro; il periodo di tirocinio gratuito va computato in giorni di lavoro effettivo, valendo però i giorni festivi e quelli d'inoperosità per fatto dell'impresa (art. 48); il periodo eventualmente interrotto di tirocinio o quello eventualmente compiuto in altro stabilimento è utile in caso di nuova destinazione alla lavorazione in un certo tempo (art. 49); il passaggio da apprendista a lavorante effettivo avviene di diritto, allo spirare del periodo previsto (art. 51), ecc. In singolare riferimento al principio ora posto nell'art. 2112 c.c., l'imprenditore che assuma la gestione di un'officina già installata deve rispettare le qualifiche e le classifiche nonché le anzianità conseguite dal personale (art. 47). Il passaggio da una classe ad un'altra nella medesima categoria opera di diritto a titolo di anzianità in caso di vacanza di posti (art. 54), dovendosi predeterminare i periodi massimi di permanenza nelle varie classi e prevedendosi sia il trasferimento di categoria a domanda dell'interessato condizionatamente all'esito positivo dell'esperimento sia il passaggio a titolo di premio a categoria più remunerativa o la promozione anticipata di classe, salva la possibilità della direzione carceraria di opporvisi a ragione della cattiva condotta del soggetto (quivi emergendo l'inevitabile interferenza tra valutazioni nell'ambiente lavorativo e valutazioni relative alla condotta complessiva del detenuto nello stabilimento). Inoltre, *ex* art. 61, l'eventuale protrazione dell'orario comporta una maggiorazione della mercede per straordinario.

Naturalmente, nella peculiare situazione non c'è spazio per un autonomo potere disciplinare a garanzia dello svolgimento del lavoro. Più precisamente l'inosservanza di quanto attiene allo svolgimento dell'obbligo di lavoro legalmente imposto è largamente prevista (ad es. abbandono del posto, omessa presentazione al lavoro, rifiuto di obbedienza al personale direttivo, negligenza, danneggiamenti colposi, ecc.) e le sanzioni applicabili sono quelle generalmente contemplate nell'ordinamento penitenziario, come il divieto di colloquio, di corrispondenza di acquisto del sopravitto. Si tratta com'è intuibile, di sanzioni assai efficaci.

3. L'art. 145/1 c.p. radicalmente innovando, almeno in linea di principio, rispetto al precedente ordinamento che prevedeva (r.p. del 1891) un'eventuale gratificazione secondo la valutazione discrezionale del direttore del carcere e quindi in via di grazia stabilisce che il lavoro del detenuto deve essere remunerato. Sempre per l'art. 145, sulla remunerazione debbono effettuarsi prelevamenti per le somme dovute per

risarcimento del danno, per il mantenimento e per spese processuali, rimanendo in ogni caso al condannato una quota pari ad un terzo, non soggetta né a pignoramento né a sequestro, a titolo di peculio. Viceversa, alquanto divergente è la disciplina contenuta nel r.p. (art. 125), quivi essendosi introdotto il più ampio concetto di mercede rispetto alla quale la remunerazione di cui al codice costituisce solo una parte; specificatamente la mercede, intesa come il complesso di quanto è genericamente dato in ragione del lavoro, è divisa in decimi e la remunerazione consta: di sei decimi per i condannati all'ergastolo, di sette decimi per i condannati alla reclusione, di otto decimi per gli altri condannati, di nove decimi per gli imputati; la differenza in decimi tra mercede e remunerazione, questa complessivamente variando in ragione della posizione giuridica del detenuto, è devoluta allo Stato a titolo d'indennizzo, si dice (20), per le spese generali di gestione. La remunerazione attribuita in via definitiva, al pari degli eventuali premi di lavoro, affluisce al fondo di lavoro che costituisce, col fondo particolare, il peculio (art. 133) di cui il titolare può disporre nei limiti e alle condizioni di cui all'art. 135.

Secondo il capitolato del 1926, art. 44, l'impresa appaltatrice può corrispondere, se autorizzata dalla direzione, regalie, non in natura, ai lavoranti in misura non eccedente il quinto della mercede guadagnata durante il mese, a titolo di premio per eccezionale operosità o diligenza; l'eventuale eccedenza oltre il limite del quinto è considerata mercede a tutti gli effetti in particolare ai fini dei prelevamenti. Pur concorrendo i titoli di operosità e di diligenza, la direzione può negare la regalia a chi si dimostri indegno per ragioni di disciplina. Da ambienti qualificati dell'amministrazione del lavoro ho appreso che le regalie sono largamente corrisposte (in un caso, in una officina del Nord, nella misura media di lire 80.000 mensili), ma, in genere, direttamente alle famiglie per evitare la falcidia dei prelevamenti in caso di eccedenza: circostanza che dimostra come, almeno in diverse situazioni, la conduzione delle imprese carcerarie consenta larghi margini di profitto.

La ripartizione dei lavoranti in categorie e la determinazione correlativa delle mercedi è affidata ad una commissione interministeriale costituita ai sensi della legge 9 maggio 1932 n. 547 (art. 2), valendo le determinazioni sia per i lavori in economia sia per quelli in appalto, essendosi di recente superata, in ragione dei comprensibili malumori, la discriminazione quantitativa del passato (21). Ecco la tariffa dal 1°

---

(20) V. Barone, *Brevi considerazioni in tema di remunerazione per il lavoro carcerario*, in *Rass. studi penit.*, 1969, 587.

(21) C. Erra, *L'organizzazione del lavoro penitenziario*, in *Rass. studi penit.*, 1951,

gennaio 1969 per i lavoratori operanti negli stabilimenti carcerari (diverse tariffe sussistono per gli addetti alle colonie agricole e per i muratori): capo d'arte, lire 800 giornaliere; sotto capo d'arte (capo infermiere, capo barbiere, capo cuciniere ecc.), lire 620; lavoratore di prima categoria (infermiere, barbiere, cuciniere, lavandaio, motorista ecc.), lire 580; lavoratore di seconda categoria (pompista, spaccalegna, manovale, facchino), lire 530; addetti vari, lire 450; apprendisti e allievi corsi professionali, lire 400. Il lavoro può aver corso a cottimo, sulla base di apposite tariffe secondo le determinazioni in concreto della direzione, ma con il massimale giornaliero di lire 780.

Ai sensi dell'art. 126/1 r.p. non è ammesso reclamo contro la determinazione delle mercedi, l'assegnazione dei detenuti alle varie categorie demandata al direttore *ex* art. 125/2, la valutazione del lavoro in rapporto al compenso al cottimo; il detenuto può reclamare innanzi al giudice di sorveglianza solo per quanto attiene al rispetto della regola del prelevamento dei decimi sulla mercede secondo la sua posizione giuridica (art. 126/2). Sui reclami relativi all'attuazione della ripartizione per prelevamenti *ex* art. 145 c.p. ed in ordine alla liquidazione delle spese di mantenimento, delibera il giudice dell'esecuzione.

4. La valutazione critica del concreto assetto del lavoro carcerario, quale risulta dalla regolamentazione e dai dati sopra sommariamente imposti, implica di necessità che si prenda posizione in ordine alla qualificazione del rapporto medesimo, come indispensabile premessa per affrontare poi i concreti problemi e quesiti che ne derivano. Questo approccio è imposto, del resto, ove si consideri l'opinione di gran lunga prevalente, risolventesi in una prospettazione che, se esatta, chiuderebbe, come di fatto ha chiuso finora nell'esperienza giuridica effettuale, in partenza la problematica che, viceversa, va approfondita. Secondo l'opinione dominante, il lavoro carcerario non può assolutamente ricondursi allo schema del comune rapporto di lavoro, traendo esso origine non da un contratto, sibbene dall'obbligo legale che grava sul detenuto, avendosi più propriamente una prestazione di diritto pubblico, in posizione atipica e con peculiare regolamentazione (22). In particolare, la

---

330: poiché i trattamenti corrisposti ai detenuti lavoranti in economia debbono di necessità essere assai bassi per ragioni di bilancio e poiché, d'altro canto, l'impresa esterna non deve eccessivamente lucrare, il trattamento è identico nelle due situazioni, ma l'impresa corrisponde all'amministrazione l'ulteriore c.d. « percentuale di utile ».

(22) De Litala, *Sicurezza sociale*, cit., n. 4; Manzini, *Diritto penale italiano*, III, Torino, 1961, 85; Simi, *Disposizioni di legislazione sociale particolari ad alcune categorie*

remunerazione corrisposta al detenuto non avrebbe, per inevitabile conseguenza, natura di retribuzione in senso proprio, ma si tratterebbe di un corrispettivo *sui generis* (23). Di qui si ricava, ad es., l'improponibilità *in radice* di questioni di legittimità costituzionale in ordine alla concreta regolamentazione, specie per quanto attiene al rispetto della varia legislazione protettiva del lavoro.

A mio avviso, può seriamente dubitarsi della convincibilità di questa ricorrente impostazione, per l'equivoco da cui risulta inficiata. Se si vuol dire che questa prestazione di attività lavorativa non trae origine da un contratto, sibbene ha fondamento in un obbligo posto dalla legge, si dice cosa esattissima. Ma da questa ovvia constatazione alla conclusione che siamo di fronte ad un rapporto del tutto diverso da quello comune di lavoro, c'è già un certo salto; ancor più discutibile è poi l'ulteriore assunto trattone secondo il quale questo rapporto di lavoro, del tutto atipico, verserebbe in una situazione tale da escludere per definizione e salve esplicite disposizioni dettate *ad hoc*, l'applicabilità di massima della legislazione protettiva del lavoro. Ed è questa concretissima conclusione finale che induce, soprattutto, al dissenso. Intanto è pacifico che il rapporto di lavoro non di necessità deriva dal contratto che pur ne è, di norma, il più comune fatto generatore; il rapporto può derivare, ad es., da un atto amministrativo costitutivo (24) e in caso almeno, nel nostro ordinamento, direttamente dalla legge, come si verifica, a mio avviso, nella situazione di cui all'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 (25). Pertanto, la mancanza di contratto non comporta automaticamente l'inconfigurabilità del rapporto e, nel nostro caso, potremmo ritenere che il rapporto ha base, appunto, sull'obbligo legalmente posto e nelle conseguenti determinazioni autoritative. Per altro verso, le indubbie peculiarità di svolgimento del rapporto in questione, già viste abbondantemente, sarebbero, appunto, peculiarità agevolmente comprensibili.

D'altro canto, che l'obbligo legale di base non escluda la configurabilità del rapporto di lavoro ha positivo riconoscimento nel nuovo r.p. in gestazione, laddove qui si prevede (art. 46/7) il possibile avviamento dei detenuti, in stato di semilibertà, al lavoro presso aziende esterne: qui

---

*di lavoratori*, in *Trattato di diritto del lavoro*, di Borsi e Pergolesi, III, Padova, 1959, 521 ss.; S. Hernandez, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Padova, 1968, 56-57.

(23) L'affermazione è ricorrente; v., da ultimo, Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 17, nota 10.

(24) V., anche per riferimenti, il mio *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965, 167 ss.

(25) Montuschi, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano, 1967, 33.

l'esistenza del rapporto nei confronti dell'imprenditore esterno è indubbia, e par chiaro che al detenuto dovrà corrispondersi il normale trattamento praticato nell'impresa in relazione allo specifico posto di lavoro. Inoltre, ad analoga conclusione pare che debba giungersi, per quanto ho osservato sopra (n. 2), nel caso di lavoro prestato all'interno dello stabilimento carcerario in appalto.

Soprattutto, comunque abbia corso il lavoro dei detenuti, presso imprese o no, è da escludere che la derivazione dall'obbligo legalmente posto sia ragione sufficiente per escludere, in linea di massima, l'applicabilità della legislazione protettiva del lavoro. Al contrario, pare che vi siano ragioni sostanziali di una particolare, specifica protezione di questo lavoro, naturalmente non oltre quel limite, superato il quale vi sarebbe un ingiustificato privilegio a favore di soggetti certo colpevoli rispetto alla società. Infatti, se la Repubblica è impegnata a tutelare il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni (art. 35 Cost.), va pure tutelato il lavoro che è imposto al fine del recupero sociale del detenuto, in relazione al precetto che impone un regime penitenziario volto ad ottenere la rieducazione del condannato (art. 27/3 Cost.) (26). È universalmente riconosciuto che il lavoro è strumento essenziale per la rieducazione, naturalmente ove si tratti di attività lavorativa che consenta un'adeguata qualificazione professionale, induca all'affermazione in concreto dei lati positivi insiti nell'uomo, in primo luogo facendo scattare la molla dell'attaccamento ad onesti mestieri e dell'amor proprio; tutto questo esige non solo che si tratti di lavoro non usurante e non inutilmente afflittivo, ma che il detenuto ne tragga immediati, ben palpabili

---

(26) La conclusione specifica sul punto, circa l'opportunità del lavoro come strumento eminente di rieducazione e circa il carattere e la protezione del lavoro medesimo, non è sostanzialmente condizionata, a mio avviso, dalla tesi ritenuta sull'eterna questione della funzione della pena e non contrasta, in particolare, con l'accoglimento della concezione retributiva a mio avviso più probante; in proposito v., da ultimo, Grosso, *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. it.*; Bettiol, *Il mito della rieducazione*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit.; Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 117 ss.; Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297. In particolare, rispetto a questa conclusione, non vale l'appassionato discorso di Bettiol con la denuncia, condivisibile, dei disegni d'educazione coatta. Infatti, il lavoro in sé non comporta né intrusioni né manomissioni nella sfera autentica della libertà morale dell'uomo, sibbene solo induzione a vivere socialmente, pagando il necessario tributo di fatica che la vita comporta, quel minimo cioè, che da ognuno è dovuto nella società, in qualunque società organizzata; naturalmente nel rifiuto, comunque costituzionalmente imposto, delle concezioni contestatarie relative alla liberazione dal lavoro e all'esaltazione esclusiva della gioia di vivere (procurandosene i mezzi parassitariamente).

benefici allarganti le sue possibilità di vita. In sostanza il lavoro è utile, ai fini rieducativi, proprio in quanto è tale da sollecitare l'interesse anche immediato; è inutile, perfino controproducente e diseducativo, se il soggetto ne ricava misere remunerazioni, con la sensazione di un autentico sfruttamento. Un'amministrazione fiscale e gretta non può sperare di recuperare.

Rispetto al punto che qui interessa, si può prescindere da impostazioni più radicali, quale quella secondo la quale, dovendo consistere la pena detentiva unicamente nella privazione della libertà personale, per tutto il resto dovrebbe essere garantita ai detenuti pienezza di vita, con implicazioni invero avveniristiche ed eccessive (27). È sufficiente tener conto della funzione che si intende assegnare al lavoro secondo l'indicazione costituzionale; basta concludere che, in linea di massima, anche la protezione di questo lavoro è vieppiù costituzionalmente imposta e perché si tratta di lavoro e perché è lavoro cui si dà corso per un'altissima finalità sociale e civile.

Che la regolamentazione attuale del lavoro carcerario per diversi aspetti sia di dubbia legittimità; che, soprattutto, le tariffe di fatto praticate gridino vendetta, è cosa, vorrei dire, di comune esperienza. I dati riferiti nel precedente paragrafo si commentano da sé; basti dire che, secondo quanto risulta da un'indagine precisa dell'amministrazione del lavoro, un detenuto qualificato metalmeccanico ha una mercede giornaliera di lire 1.264, mentre il salario orario del metalmeccanico libero è di circa lire 966. Come possa dirsi così rispettato il principio costituzionale dell'equa retribuzione, come possa ritenersi questo lavoro rieducativo, è difficile immaginare. Certo non si ignorano le ragioni di questi gretti trattamenti, a parte la scarsa disponibilità di somme in bilancio talora accampata (28). Come si è detto (29), il lavoro nelle carceri può contare

---

(27) Ad es. con il riconoscimento di istanze assembleari o rappresentative nella comunità carceraria considerata come formazione sociale *ex* art. 2 Cost.: G. Neppi Modona, *Il carcere tra rivolta e riforme*, in *Qualegiustizia*, 1970, n. 1, 105. Alle possibilità di positiva affermazione della persona in detta comunità fa riferimento anche Spasari, *op. cit.*, 157, prendendo posizione sulla questione della legittimità o no della pena dell'ergastolo. In posizione vivacemente critica rispetto alle prospettive di rinnovamento, v. G. Leone, *Trattato di diritto e procedura penale*, III, Napoli, 1961, 506 ss. È interessante ricordare quanto rilevò, vigente l'ordinamento corporativo, Chiappelli, *La posizione dei detenuti nei confronti delle assicurazioni sociali*, in *L'assistenza sociale*, 1942, 487 e 543, n. 1, circa l'impossibilità dei detenuti di far parte di associazioni sindacali, difettando il requisito della buona condotta morale richiesto dal r.d. 1° luglio 1926 n. 1130.

(28) Garofalo, *Il lavoro come mezzo di recupero sociale del condannato*, in *Rass. studi penit.*, 1957, 473.

su una manodopera disorganica e variabile a causa dei trasferimenti e delle punizioni, onde l'impresa può reggere alla concorrenza solo praticando bassi salari. Senonché si tratta di risolvere queste indubbie ed enormi difficoltà, non di adagiarvisi frustrando del tutto le finalità istituzionali.

Si è variamente tentato finora, con risultati negativi, di pervenire alla declaratoria d'illegittimità di talune disposizioni. In particolare la censura si è mossa rispetto all'art. 125 r.p. per quanto attiene alla ripartizione in decimi della complessiva mercede e al prelevamento di una quota, variamente determinata in ragione della posizione giuridica del detenuto (v. n. 2), da parte dello Stato e ciò sotto un duplice profilo: in primo luogo per contrarietà della disposizione del r.p. rispetto all'art. 145 c.p. che parla *tout court* di remunerazione; in secondo luogo perché il variare della remunerazione in ragione della posizione giuridica del detenuto introduce visibilmente un criterio che si discosta dall'unico proponibile per quanto attiene al compenso del lavoro (la proporzionalità di cui all'art. 36 Cost.), per reintrodurre, in sostanza, un trattamento diversamente afflittivo (30). La tesi dell'illegittimità dell'art. 125 per contrarietà alla norma del codice, venne respinta dalla Cassazione (31), affermandosi che l'art. 145 riconosce il diritto alla remunerazione, ma non la determina e quindi non attribuisce il diritto a percepire l'intero compenso, aggiungendo che anche in sede di politica legislativa non si può propugnare questo diritto a causa della natura stessa delle prestazioni che sono modalità dell'esecuzione della pena e quindi direttamente partecipano della natura afflittiva e rieducativa della pena stessa. Al fondo del ragionamento della corte c'è ancora una volta la tesi della peculiarità di un rapporto intrinsecamente afflittivo. In secondo luogo, la

---

(29) Bauer, *Il regime carcerario italiano*, in *Il Ponte*, 1949, 238. La rilevazione dei fattori seri e molteplici (ivi compresa la scarsa attitudine dell'amministrazione statale ad organizzare attività produttive) che rendono, almeno per il momento, scarsamente proficua l'utilizzazione del lavoro dei detenuti, è ricorrente nella letteratura specifica; v., in particolare, Erra, *L'organizzazione del lavoro penitenziario*, cit.

(30) Come è apertamente riconosciuto rispetto alla vigente regolamentazione e, soprattutto, in considerazione della situazione di fatto: v. Granata, *La remunerazione del lavoro dei detenuti e degli internati e il progetto Gonella*, in *Rass. studi penit.*, 1961, 361; per l'A., malgrado l'innovazione di principio di cui al codice Rocco, la sistemazione del lavoro carcerario « ... nella sua concretizzazione era pur sempre un derivato di idee, di consuetudini e di mentalità, che risentivano ... di tutto il peso di concezioni e di pratiche secolari ».

(31) Cass. 22 gennaio 1960, in *Rass. studi penit.*, 1960, 701; a critica della conclusione v. lo scritto serrato di Barone, *Brevi considerazioni in tema di remunerazione*, cit.

corte fece leva sulla natura non regolamentare del r.p. del 1931, accogliendo la tesi giusta la quale questo testo ha natura e valore sostanzialmente di legge (32).

Il Tribunale di Varese (33) sollevò poi questione di legittimità costituzionale di diverse disposizioni: di quella sulla gratuità del tirocinio per violazione dell'art. 36 Cost.; del combinato disposto degli artt. 125/2 e 126/1 r.p. in ordine all'assegnazione al lavoro per decisione non reclamabile del direttore, per contrarietà all'art. 4 Cost.; dell'art. 125 sul punto del prelevamento dei decimi, per violazione degli artt. 3 e 36 Cost.; dell'art. 145 c.p. nella misura in cui non risulterebbe garantito, nella complessiva normativa, il diritto al lavoro, così pregiudicandosi la possibilità di provvedere al pagamento delle spese e al mantenimento, con violazione degli artt. 1, 3/2 e 27 Cost. La Corte costituzionale con sentenza del 1968 (34) ritenne l'inammissibilità delle questioni dedotte rispetto al r. p. trattandosi nel caso di disposizioni regolamentari, nonché, e non a torto, l'infondatezza della questione dedotta rispetto all'art. 145 c.p. in quanto la norma attiene al trattamento corrispettivo del lavorante, non interferendo di per sé sul ben diverso problema della garanzia di lavoro effettivo.

La questione venne risollevata sia dalla Corte d'assise che dal Tribunale di Torino (35), nella prima ordinanza rispetto all'art. 57 disp. trans. c.p. (prevedente, a mezzo di decreti ministeriali, la graduale determinazione degli stabilimenti carcerari nei quali dar corso al lavoro) in riferimento agli artt. 36/1 e 27 Cost.; nella seconda rispetto alle disposizioni già viste del r.p., in particolare per quanto attiene al prelevamento statuale dei decimi, anche in riferimento gli artt. 3 e 53 Cost. (sotto quest'ultimo riguardo, prospettandosi che quel prelevamento si traduce in un'illegittima fiscalizzazione): e ciò sulla premessa, ampiamente e generosamente motivata, della natura non regolamentare del r.p. (36) nonché insistendosi con notevole forza sulla sostanziale contra-

---

(32) V. sul problema Di Gennaro, *Penitenziario (diritto)*, in *Noviss. dig. it.*

(33) V. Trib. Varese 26 luglio 1966, in *Le leggi*, 1966, appendice: Corte cost., 429.

(34) V. Corte cost. 10 luglio 1968, n. 91, in *Foro it.*, 1968, I, 2025.

(35) V. Assise Torino 18 giugno 1968, in *Le leggi*, 1968, appendice: Corte cost., 409, con nota di Griffey, *Dubbi di legittimità costituzionale in tema di retribuzione del lavoro carcerario*, in *Giur. it.*, 1969, II, 289; Trib. Torino 22 maggio 1969, in *Sentenze e ordinanze Corte costituzionale*, 1969, II, 852.

(36) Sulla questione v. ampiamente, specie per quanto attiene alle possibilità in concreto di dedurre la sostanziale illegittimità della regolamentazione dando per scontata la tesi ritenuta dalla Corte costituzionale, Onida, *Sulla « disapplicazione » dei regolamenti incostituzionali (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, in *Giur. cost.*, 1968, 1031.

rietà alla Costituzione di tutta la regolamentazione del lavoro carcerario considerato nel suo complesso. La Corte, con sentenza 20 marzo 1970, n. 40 (37), ha dichiarato infondata, anche qui mi pare non a torto, la questione di costituzionalità dell'art. 57 disp. regol. sintetizzante un auspicabile indirizzo di politica governativa ed in sé inconferente coi dedotti e pretesi profili di costituzionalità, mentre ha ribadito, rispetto alle disposizioni del r.p., l'indeducibilità della questione a causa della natura del testo. Nell'impossibilità di trattare adeguatamente qui in ordine alla pregiudiziale formale ritenuta ostativa del giudizio di legittimità, prendendosi atto della mancanza di una pronuncia di merito, è da auspicare che la questione di fondo sia di nuovo dedotta innanzi al giudice ordinario, invocandosi la disapplicazione di disposizioni la cui illegittimità è seriamente deducibile e rispetto alla Costituzione e rispetto, in qualche parte, alla normativa del codice penale (38).

5. Per l'art. 123 r.p., a favore dei detenuti lavoratori valgono le norme sull'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, per l'invalidità e la vecchiaia e per la tubercolosi. Non opera, quindi, la normativa relativa agli assegni familiari, alla cassa integrazione guadagni per gli operai dell'industria, per la disoccupazione, trattandosi nei primi due casi, di provvidenze non ancora contemplate all'epoca d'emanazione del regolamento (1931). D'altro canto, l'integrazione guadagni è, in sé, difficilmente traducibile rispetto ai lavoro carcerario, richiedendosi comunque e in ipotesi una normativa *ad hoc*. In ordine all'assicurazione contro la disoccupazione, si osservò (39) che è evidente, e certo *prima facie* suasiva, la ragione dell'esclusione, trovandoci in un contesto d'utilizzazione per atto autoritativo; in realtà, per quanto attiene all'assoggettabilità del rapporto all'assicurazione, la questione potrebbe impostarsi

---

(37) V. in *Foro it.*, 1970, I, 1019.

(38) Naturalmente sempre condizionatamente al rifiuto della premessa solitamente accolta in ordine alla qualificazione del rapporto. È da ricordare, ad es., che Corte cost. 30 giugno 1964, n. 67, in *Foro it.*, 1964, I, 1516, ritenne infondata la questione di costituzionalità, in riferimento all'art. 36/1 Cost., della normativa sul trattamento economico dei lavoratori dei cantieri scuola, argomentando dal fatto che, nel caso, si tratterebbe di una prestazione meramente assistenziale. Ma si è detto che il recondito motivo ispiratore della sentenza fu quello di non indurre il legislatore a sopprimere, per ragioni di bilancio, il beneficio: Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 153, n. 10.

(39) Erra, *L'organizzazione del lavoro penitenziario*, cit., n. 11. È interessante ricordare la decisione di Comm. arb. centrale 18 febbraio 1940, in *Riv. giur. lav.*, 1940, 286, con nota critica di Cabibbo in ordine all'incidenza dello stato sopravvenuto di detenzione sul diritto all'indennità di disoccupazione in corso di erogazione.

diversamente, dando soluzione positiva al quesito e in tal modo consentendo al condannato a pena detentiva temporanea di predisporre la tutela per il tempo successivo all'espiazione della pena, giacché il problema andrebbe visto per tutte le possibili evenienze nella vicenda della persona. Di gran lunga più rilevante è l'esclusione dall'assicurazione obbligatoria contro le malattie (tutela egualmente non prevista in generale all'epoca del regolamento), in quanto, se per il detenuto provvede direttamente l'amministrazione, ne risulta la mancanza di assistenza per i familiari.

È importante rilevare che queste esclusioni si traducono in un minore aggravio della contribuzione previdenziale e quindi in un costo inferiore del lavoro, con innegabile vantaggio delle imprese che utilizzano la manodopera in appalto.

Per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (40), i privati appaltatori debbono provvedere direttamente secondo la normativa generale (41); l'amministrazione provvede direttamente, con una gestione speciale che venne definita « molto gretta » (42), ma la medesima, sulla base di una convenzione del 1964, è stata demandata per l'amministrazione tecnica all'I.n.a.i.l., provvedendo così l'ente, come in altre situazioni interessanti lo Stato, con una « gestione per conto » (43). In passato si è talora discusso in ordine alla base retributiva di riferimento per la liquidazione della rendita infortunistica; giustamente si affermò la necessità di prendere in considerazione la mercede, intesa come corrispettivo globale del lavoro, e non la minore remunerazione (44). In giurisprudenza venne accolta la tesi della liquidazione sulla base del corrispettivo di fatto percepito, rigettandosi la pretesa di far riferimento al salario minimo normalmente corrisposto al lavoratore apprendista « libero » (45). Ma giustamente si mise in rilievo l'iniquità della conclu-

---

(40) Riferisce Quaglione, *Funzione ed ordinamento*, cit., che nel 1956 si ebbero 368 infortuni, 104 nelle lavorazioni condotte in appalto e 264 nei lavori in economia, con soli 9 casi di invalidità permanente.

(41) Il premio grava nella misura dell'1,90 sulla retribuzione convenzionale di lire 2.267 giornaliera fissata con decreto ministeriale 30 giugno 1969.

(42) Così Miraldi, *Gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Padova, 1957 66.

(43) Alibrandi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 1969, 336; Cataldi, *Il sistema giuridico dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, II, Roma, 1962, 75.

(44) Chiappelli, *La posizione dei detenuti*, cit., n. 1.

(45) V. App. Venezia 8 ottobre 1945, in *Infortuni*, 1947, II, 1, con nota adesiva di Battaglini, sempre sulla premessa che la remunerazione non può considerarsi vero salario.

sione (46), ove si pensi che l'infortunio può essere subìto in occasione di una pena detentiva temporanea, segnando irrimediabilmente e gravemente la capacità di lavoro del soggetto che si vede liquidare, con il riferimento agli infami salari carcerari, una rendita trascurabile e ricordando come, per la legge tedesca del 1900, debba liquidarsi la prestazione sulla base del salario del manovale, corrente nella località in cui il detenuto, nell'anno anteriore alla detenzione, venne occupato per almeno tre mesi. In sostanza, l'eccessiva ristrettezza delle remunerazioni carcerarie ha gravissimi effetti riflessi, per il rapporto variamente stabilito nella normativa tra trattamenti corrisposti in costanza di rapporto ed entità delle prestazioni.

Per quanto attiene all'assicurazione invalidità e vecchiaia, è emerso talora in giurisprudenza, clamorosamente, il caso dell'omessa assicurazione, come capitò ad un cittadino ristretto per ben dieci anni e utilizzato nei servizi domestici, venendo respinta la domanda di danni per la discutibile tesi affermatasi in ordine alla prescrizione del diritto al risarcimento contemplato nell'art. 2116 c.c. (47). Discutibilmente poi, i minori che non hanno compiuto ancora il diciottesimo anno sono considerati, automaticamente, scolari (48).

In piena violazione di legge e con scelta certo abusiva, fino al 1962 l'amministrazione non provvide per l'assicurazione invalidità e vecchiaia per gli ergastolani nonché per l'assicurazione contro la tubercolosi. Per gli ergastolani si disse che l'esclusione era ovvia, trattandosi di condannati a pena perpetua (49). Senonché, a parte la circostanza che l'art. 123 non distingue tra condannati a pena (tendenzialmente, di fatto) perpetua o no (50), a parte il rilievo che la considerazione può valere al massimo per la vecchiaia (a proposito, il lavoro carcerario non ha limite legale in ordine all'età? fino alla capacità naturale di adoperarsi?), ma non per l'invalidità, anche l'ergastolano ben può beneficiare della pensione (51).

La disapplicazione della legge per l'assicurazione contro la t.b.c.,

---

(46) Chiappelli, *La rendita infortunistica del detenuto vista come pena accessoria perpetua non preveduta dal codice penale*, in *Infortuni*, 1947, I, 24.

(47) V. Cass. 8 luglio 1969, n. 2517, in *Foro it.*, 1969, I, 2436, con mia osservazione critica. In tema d'invalidità, v. l'interessante intervento di Bargagna, *La capacità di guadagno nei detenuti*, in Ist. it. medicina sociale, *L'invalidità pensionabile*, conv. Milano, marzo 1963, I, 480.

(48) V. la circolare dell'I.n.p.s. n. 132279 del 4 settembre 1962.

(49) Bruno, *Istruzione e lavoro negli stabilimenti penitenziari*, in *Rass. studi penit.*, 1959, 515.

(50) D'Aniello, *Il lavoro carcerario*, cit.

(51) Chiappelli, *La posizione dei detenuti*, cit., lett. *D*); De Litala, *Sicurezza*

venne motivata per il fatto che l'amministrazione provvedeva direttamente (ma solo per le prestazioni sanitarie). Senonché giustamente si rilevò (52) che, con la mancata assicurazione, veniva meno la tutela per i familiari nonché la possibilità, per il condannato a pena temporanea, di precostituirsi la tutela per il periodo successivo all'espiazione della pena.

Lo stato di disapplicazione della legge, costituente in sé sicura premessa per eventuali azioni di risarcimento giusta il principio generale ricavabile dal sistema e dall'art. 2116 c.c. (53), è venuto meno a partire dal 1962, avendo l'amministrazione mutato orientamento, nel caso particolare degli ergastolani, a ragione dei casi sempre più frequenti di liberazione per concessione di grazia (54). Sulla base di una convenzione stipulata in quell'anno con l'I.n.p.s. la tutela previdenziale è regolarmente assicurata dall'amministrazione (55), mentre i privati appaltatori provvedono secondo la normativa generale, contribuendo in parte anche i detenuti (56).

6. Radicali innovazioni, come ho già accennato, sono contenute nel nuovo r.p., secondo il testo predisposto, con notevoli modificazioni rispetto al disegno di legge, dalla commissione senatoriale ed approvato, senza modifiche e nemmeno senza discussioni di merito di rilievo, tutto riducendosi alle dichiarazioni di voto dall'assemblea del Senato il 10 marzo u.s. Il lavoro è dichiarato obbligatorio per i condannati e per i sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di

---

*sociale*, cit., n. 13. Sulla trattenuta sulla remunerazione in danno dei detenuti pensionati, v. la circolare dell'I.n.p.s. del 17 luglio 1963.

(52) CHIAPPELLI, *La posizione dei detenuti*, cit., lett. *A*).

(53) V. il mio studio *La responsabilità del datore di lavoro per omesso versamento di contributi previdenziali*, in *Studi in memoria di L. Barassi*, Milano, 1966, 585.

(54) E quindi l'amministrazione si è adoperata per regolarizzare le situazioni di omessa contribuzione; v. la circolare dell'I.n.p.s. del 18 luglio 1963.

(55) Sul punto della spettanza o no delle prestazioni previste nell'ambito dell'assicurazione per la t.b.c. a favore dei familiari, v., alquanto contraddittoriamente, la circolare dell'I.n.p.s. n. 132279 del 4 settembre 1962, dapprima affermandosi che le istanze vanno respinte, fatta eccezione che per la moglie, non sussistendo il requisito della vivenza a carico, e quindi ammettendosi che il medesimo non può escludersi automaticamente perché può trattarsi di detenuto lavorante o abbiente, quindi richiedendosi la prova rigorosa in proposito, in particolare sulla circostanza di rimesse periodiche alla famiglia. Ma in ogni caso, in relazione al disposto di cui all'art. 49 della nuova legge in gestazione, è chiaro che la vivenza a carico si concretizza sol che sussista l'obbligo legale di provvedere nei confronti di soggetto sprovvisto di redditi propri.

(56) Attualmente i contributi sono versati all'I.n.p.s. nella misura del 22.95% della mercede, essendo il 6,90% a carico del detenuto.

lavoro (art. 46/1), mentre gli imputati hanno piena facoltà che deve aver corso ove non sussistano giustificati motivi in contrario o non disponga diversamente l'autorità giudiziaria (art. 43) (57). Ha quindi prevalso la tesi di conservare l'obbligatorietà del lavoro, risultando dalla relazione dell'on. Follieri (58) che deve esservi stato notevole contrasto in proposito. Secondo l'art. 8/2, « il lavoro penitenziario non ha carattere afflittivo, è rivolto alla produzione di beni o servizi, è remunerato (l'obbligo della remunerazione è ribadito nell'art. 46/4) e deve contribuire a fare acquisire o sviluppare l'abitudine al lavoro e una qualificazione professionale che valga ad agevolare il reinserimento nella vita sociale ».

Senonché il comma 1 dell'art. 8 risulta notevolmente modificato rispetto al disegno di legge; mentre qui era detto che « il lavoro è assicurato a tutti, salvo che particolari circostanze non lo impediscano », la formula approvata è tassativa, nel senso che « è assicurato il lavoro ». La dizione è inequivocabile e perentoria, senza possibilità di (legittime) elusioni. Ne deriva la configurabilità di un vero e proprio diritto all'assegnazione del lavoro che, pertanto, viene a costituire nel contempo oggetto di un obbligo del detenuto verso lo Stato e di un diritto del predetto, proprio in corrispondenza dell'interesse delle due parti del

---

(57) Nei precedenti disegni di legge (Gonnella del 1960 e Reale del 1966) era conservato, invece, l'obbligo; nella relazione al disegno Reale (n. 32) la soluzione era giustificata vuoi al fine di non danneggiare il soggetto nelle sue condizioni fisiche e morali vuoi in ragione del principio costituzionale del dovere di lavoro: « ... in un sistema come il nostro in cui l'attività lavorativa è riguardata come parametro di normalità che caratterizza la dignità dell'uomo nel suo moderno inserimento sociale »: impostazione del tutto condividibile e tale da ritenere infondate le perplessità sempre sollevate in dottrina, avendo sempre come punto di riferimento l'afflittività del lavoro angustamente intesa.

(58) Senonché questa relazione è complessivamente equivoca, affermandosi inizialmente che l'obbligo di lavoro sarebbe in contrasto con i nuovi principi costituzionali; altrettanto equivoca la dichiarazione in aula (v. verbale seduta Senato 10 marzo 1971) del sottosegretario on. Pellicani, secondo il quale il punto più qualificante della riforma è il lavoro che viene a perdere il carattere afflittivo (si tratta di intenderci ...) e di obbligo penale (affermazione smentita dall'art. 46 della legge). Naturalmente è chiaro che, specie ai sensi della nuova legge, il rapporto in questione è vero rapporto di lavoro in ragione delle finalità dell'imposizione e ai fini protettivi coerenti alla medesima; ma sempre rapporto in una situazione peculiare e di soggezione speciale, donde l'impossibilità, ad es., di ricorso allo sciopero in ragione del complessivo *status* dei detenuti. È da ricordare in proposito che, in altro ordine d'idee, vigente l'ordinamento corporativo, si escludeva che l'astensione collettiva dal lavoro dei detenuti potesse qualificarsi tecnicamente sciopero, integrando la medesima solo il presupposto della responsabilità disciplinare: v. Manzini, *Diritto penale italiano*, III, Torino, 1961, 86; Saltelli-Romano Di Falco, *Commento al codice penale*, Roma, 1930, I, parte I, 159.

rapporto punitivo allo svolgimento dell'attività lavorativa secondo le finalità precisate nell'art. 8. In un certo senso, nell'ambito della c.d. « comunità carceraria », trova piena realizzazione il duplice principio posto nell'art. 4 Cost., quello del privato al diritto al lavoro e il dovere del medesimo di esplicare un'attività nel contempo individualmente e socialmente utile! Tuttavia, con formula assai lata, « i detenuti e gli internati che mostrino interessi culturali o attitudini artistiche possono essere esonerati dal lavoro manuale ed essere ammessi ad esercitare, per proprio conto, attività intellettuali ed artistiche » (art. 46 u.c.). La formula riservata agli « intellettuali » è invero assai diversa da quella di cui all'art. 121 r.p. 1931 nonché da quella contenuta nel disegno di legge vuoi perché è scomparsa la facoltà dell'amministrazione di disciplinare la destinazione dei prodotti, vuoi soprattutto perché nel disegno si parla di soggetti « forniti di particolare cultura o perizia in un'arte », cioè di attitudini obiettivamente riscontrabili perché già sboccate in opere concrete (caso tipico, il detenuto già affermatosi come scrittore, musica, pittore, ecc.). Oggi si parla genericamente della dimostrazione di interessi culturali o di attitudini artistiche, con espressione assai vaga ed opinabile. Senonché, parlandosi di esercizio di attività intellettuali o artistiche per proprio conto, visibilmente si allude la realizzazione in concreto di opere dell'ingegno, collocabili o no ch'esse siano nel mercato, di libri, partiture, opere d'arte; quindi cose palpabili in assenza delle quali alla lunga il beneficio dovrebbe ritenersi revocabile. Altrimenti, se dovesse valere il mero interesse culturale, magari quello alla semplice lettura, il detenuto nababbo potrebbe allegramente aggirare l'obbligo del lavoro che, pur essendo posto nel ben inteso interesse del singolo e della società, pur tuttavia pertiene per qualche verso all'aspetto afflittivo della pena. La nuova legge viceversa tace della ben più modesta situazione dell'autorizzazione al lavoro in proprio per conto di privati (art. 122 r.p. vigente), ma non dovrebbe esservi ragione per escludere questa possibilità proprio argomentando dalla formula esonerativa per gli « intellettuali ».

Naturalmente, se c'è oggi diritto all'assegnazione del lavoro, la mancata assegnazione è fatto generatore di responsabilità risarcitoria a carico dell'amministrazione, avendo come punto di riferimento per la liquidazione del *quantum* le remunerazioni di conseguenza perdute. Questa possibilità non è trascurabile, come incentivo a togliere del tutto i detenuti dall'ozio avvilente. Ed è da mettere in rilievo che, ai sensi dell'art. 51, i detenuti possono esercitare direttamente i diritti derivanti dalla legge anche se legalmente interdetti (ancora una volta, il concetto unitario, onnicomprensivo di capacità o no entra in crisi, dovendosi

sempre più parlare di capacità o d'incapacità in concreto); stranamente alla regola dell'esercizio diretto del diritto è posta l'eccezione della situazione di esonero degli « intellettuali » dal lavoro manuale *ex* art. 46 u.c., forse perché, specie coi tempi che corrono, è sempre più frequente che si trovi il *minus habens* sotto le spoglie del preteso uomo di cultura e di arte varia.

Secondo il disegno di legge, i soggetti non aventi sufficienti cognizioni tecniche potevano essere ammessi ad un tirocinio come apprendisti, correndo il diritto alla remunerazione dopo due mesi dall'inizio del periodo in questione, viceversa, per l'art. 46/5 del testo approvato, ai tirocinanti deve essere assicurato fin dall'inizio il trattamento economico previsto per l'apprendistato. Evidentemente si parla di apprendistato in un'accezione del tutto peculiare, giacché al rapporto di apprendistato di cui alla legge n. 25 del 1955 può darsi corso per i giovani non ultraventenni, ai fini della formazione professionale; quivi, al contrario, si tratta di adulti molte volte privi del minimo per svolgere utilmente il lavoro. Resta il principio della spettanza del trattamento economico che dovrà essere determinato dalla commissione di cui dirò, in riferimento alle tariffe sindacali. Niente si dice in ordine ad altri importanti aspetti, ad es. in ordine al tempo massimo del tirocinio e al passaggio alla qualifica definitiva: per questo potrà provvedersi nel regolamento d'esecuzione di cui all'art. 90, eventualmente tenendo conto delle non trascurabili indicazioni già contenute nel capitolato-tipo del 1926.

Nell'assegnazione al lavoro si deve tener conto dei desideri e delle attitudini dei detenuti, nonché delle loro precedenti attività e di quelle a cui essi potranno dedicarsi dopo la dimissione (art. 8/3); scompare, così, la parola « possibilmente » contenuta nel disegno, certo nell'intento di sottolineare la tassatività e l'inderogabilità dei criteri orientativi. Senonché è ancora lecito nutrire comprensibili dubbi sulla portata concreta, e naturalmente rispetto ai casi controvertibili, della previsione, tanto più che in materia, salvo il generico diritto di reclamo alle più varie autorità di cui all'art. 14, è anche da escludere, certo prestandosi la conclusione alla critica, li reclamo al magistrato di sorveglianza previsto unicamente, ai sensi dell'art. 75, lett. *a*), per quanto attiene alla corrispondenza della remunerazione alla qualifica lavorativa attribuita, alla durata del tirocinio (singolare la previsione, qui, di una esclusiva garanzia procedurale, che però presuppone la regola sostanziale dell'obiettiva giustificazione della durata del periodo), al riposo festivo e alle assicurazioni sociali.

Il lavoro è possibile, nell'ambito dell'amministrazione carceraria, tanto all'interno che all'esterno dello stabilimento. Vi si aggiunge la non trascurabile possibilità di avviare i detenuti, singolarmente o in gruppi, al

lavoro presso aziende agricole o industriali (non commerciali, certo per esigenze di sicurezza), pubbliche o private, in regime di semilibertà; naturalmente dovendo effettuarsi i movimenti con scorta. Se si tratta di aziende private, l'esecuzione del lavoro deve svolgersi sotto il diretto controllo della direzione dell'istituto carcerario; poiché si tratta del controllo della direzione che non può essere ovviamente onnipresente, è da escludere che la legge alluda al controllo di vigilanza sui detenuti in senso diretto, trattandosi di controllo a livello direzionale in ordine alla predisposizione generica ed in astratto di generiche misure di sicurezza. Posto che tra le aziende private rientrano quelle in mano pubblica, non si capisce perché il controllo non sia stato ritenuto necessario per le aziende a regia diretta statale, poniamo in una manifattura tabacchi. Naturalmente questa generica e notevole previsione di principio dovrà avere adeguato svolgimento, per punti essenziali, nel regolamento di esecuzione; sulla base di una più completa normativa potrà accertarsi se, nell'ipotesi, il rapporto con l'impresa esterna deriva da un contratto stipulato direttamente dal detenuto in semilibertà e debitamente autorizzato dall'amministrazione o se, viceversa, l'avvio al lavoro avviene per determinazione autoritativa come oggi si verifica nei c.d. appalti (dei quali la nuova legge tace). È ovvio che al detenuto spetterà il trattamento economico e normativo praticato nell'impresa per la generalità dei lavoratori, in relazione al posto di lavoro.

I minori di anni 21, detenuti per reati commessi prima del compimento del diciottesimo anno, debbono essere avviati al lavoro all'aperto senza scorta, salvo che questa non sia « ritenuta » necessaria per motivi di sicurezza.

Secondo l'art. 8 u.c. la durata, non del lavoro *tout court*, ma alla lettera, « del lavoro ordinario » non può superare le otto ore giornaliere; formula che, visibilmente, consente il lavoro straordinario, naturalmente nei limiti di legge. I detenuti debbono fruire del riposo festivo secondo le leggi vigenti. La legge tace del diritto alle ferie, essendosi invocato da diverse parti (59) l'applicazione dell'istituto per non trascurabili ragioni d'opportunità, essendo equo riconoscere ai detenuti un periodo di sostanziale e consistente allontanamente dall'attività lavorativa, liberamente fruibile nei limiti consentiti dalla presenza forzosa in stabilimento; giuridicamente si tratta di vedere se l'omissione comporti o no violazione dell'art. 36/3 Cost., tutto essendo ancora una volta condizionato alla premessa ritenuta in ordine alla natura del rapporto.

---

(59) D'Aniello, *Il lavoro carcerario*, cit.; Vernet, *Le travail en detention*, cit.; *contra*, in ragione dell'attività del lavoro, De Litala, *Sicurezza sociale*, cit., n. 13.

Secondo l'art. 47, una commissione interministeriale deve provvedere, per ciascuna categoria di lavoranti in relazione al tipo di lavoro, alla capacità e al rendimento del detenuto, a determinare equitativamente le mercedi « in misura non inferiore ai due terzi delle tariffe sindacali ». È evidente che il legislatore ha voluto dar corso al principio costituzionale della retribuzione equa e sufficiente, con un relativo aggancio alle retribuzioni dei lavoratori liberi, eliminando la pratica attuale del sottosalario; torna, quindi, e in termini più incisivi, una direttiva già accolta nello scorcio della legislazione prefascista (r.d. 16 maggio 1920, n. 1908 sull'amministrazione economica e contabilità carceraria, art. 607: la valutazione della manodopera è approssimativamente ragguagliata ai corrispondenti salari dell'industria libera, tenuto conto della maggiore o minore potenzialità produttiva dei lavoranti, secondo le condizioni particolari d'intelligenza, capacità, ambiente) quando base di tutto era la gratifica discrezionale di cui al r.p. del 1891 e non la remunerazione poi introdotta col codice Rocco. Spetta, pertanto, alla commissione provvedere innanzitutto alla classificazione dei lavoratori, rispettando al massimo, direi, il principio già posto nel già citato art. 607 del r.d. n. 1908 del 1920, giusta il quale debbono sussistere tariffe eguali per lavori della stessa specie o valore (e non saranno poche le difficoltà). In secondo luogo, dovrà determinarsi, in ragione della lavorazione specificatamente considerata, la tariffa sindacale di riferimento, parandosi anche qui indubbie difficoltà, ammesso che sia sempre possibile trovare un parametro adeguato (60). In particolare, è da stabilire che cosa deve intendersi per « mercede », una volta imposto il necessario raffronto con la regolamentazione sindacale: salario in senso stretto, a tempo o a cottimo, in rapporto all'opera prestata o più ampi trattamenti, ivi compreso, ad es., l'equivalente dell'indennità di anzianità? Francamente propendo per il secondo corno dell'alternativa, suggerendo così di intendere il termine « mercede » come equivalente di « trattamento economico »: l'impone la logica della relativa equiparazione, non dovendo tacere che la conclusione è socialmente opportuna, per quanto attiene all'indennità di fine rapporto, proprio per ottenere così una sorta di risparmio forzato (61). D'altro canto non si vorrà accettare una tesi restrittiva che favorirebbe gravi sperequazioni tra i lavoranti alle dirette dipendenze dell'amministrazione e quelli avviati alle imprese esterne.

---

(60) Garofalo, *Il lavoro come mezzo di recupero sociale*, cit.

(61) Sull'importanza del lavoro al fine di indurre il detenuto al risparmio v. Nuvolone, *Il problema della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione*, cit., 347.

Ma, soprattutto, si tratta di vedere in quale posizione giuridica possa considerarsi il detenuto lavorante rispetto alla giusta retribuzione che così si è inteso assicurare. Credo che non sia errato dire che dalla nuova legge deriva non più il generico diritto alla remunerazione di cui al codice penale, ma un più concreto diritto alla retribuzione equa con necessario riferimento alle tariffe del lavoro libero. Trattandosi di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito, ne dovrebbe derivare la possibilità di pretese azionabili, eventualmente impugnando per illegittimità rispetto all'art. 36 Cost. le determinazioni amministrative della commissione, in quanto tali disapplicabili dal giudice; ciò potendosi prospettare sia, ad es., per classificazioni di posti di lavoro risultanti visibilmente inique in ragione di una valutazione comparativa per altri posti, sia per sproporzione delle tariffe poniamo in ipotesi di non tempestivo adeguamento delle medesime in ragione della dinamica salariale nel settore privato di raffronto.

Per l'art. 48, la remunerazione spettante ai condannati è fissata in sette decimi della complessiva mercede, essendo destinata la differenza di tre decimi alla Cassa di soccorso per le vittime del delitto costituita *ex* art. 78, così imponendosi una sorta di solidarietà della categoria dei detenuti verso quella delle vittime, ma resta da chiedersi come si giustifichi questa falcidia dell'equo trattamento economico, stabilito, *in primis*, in ragione della qualità e della quantità del lavoro prestato.

Sulla remunerazione deve procedersi (art. 50) ai prelievi previsti nell'art. 145 c.p., in concreto a quelli per quanto dovuto per risarcimento del danno e per spese giudiziali, posto che per l'art. 13 della legge le spese per l'esecuzione delle pene, ivi comprese quelle di mantenimento come è chiarito nella relazione dell'on. Follieri, sono addossate allo Stato che « gestendo gli istituti penitenziari esercita una pubblica funzione di difesa sociale » (così, ivi), volendosi evitare la persecuzione dell'*ex* detenuto. In ogni caso, deve essere riservata al condannato una quota pari a tre quinti della remunerazione, non pignorabile né sequestrabile salvo che per obbligazioni alimentari. Il detenuto ha la piena disponibilità di questa quota comunque riservata, essendo venute meno le limitazioni già previste nell'art. 135 r.p. del 1931; dopo di che non si capisce con quale logica resti, previsto nell'art. 52, il peculio.

7. Notevoli sono anche le innovazioni della legge in gestione in materia previdenziale. Secondo l'art. 8/4 i lavoranti detenuti fruiscono della tutela assicurativa e previdenziale secondo le leggi vigenti; ancor più latamente l'art. 48 u.c. stabilisce che « ai detenuti lavoratori si applicano tutte le norme in materia assistenziale, assicurativa e previ-

denziale ». In sostanza, il principio è quello della totale, onnicomprensiva riconduzione di questo rapporto (evidentemente considerato come un pur peculiare rapporto di lavoro) nell'alveo comune e generale della varia e composita legislazione assistenziale e previdenziale. Ne deriva che tutte le esclusioni viste in precedenza (v. n. 5) vengono meno; in particolare è da mettere in rilievo l'estensione dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie, con la conseguente tutela anche dei familiari. Naturalmente l'estensione incide corrispettivamente anche sotto il profilo passivo, della contribuzione obbligatoria in parte incidente anche sui trattamenti economici dei detenuti. Malgrado l'estrema latitudine della formulazione di principio, nell'art. 49 si è voluto specificatamente dettare che al detenuto spettano, per le persone a carico, gli assegni familiari nella misura e secondo le modalità di legge (62).

8. Il nuovo ordinamento penitenziario presenta, come si è visto nella sommaria rassegna, innovazioni radicali. Per taluni aspetti la riforma si risolve in affermazioni di principio rispetto alle quali diversi e non indifferenti problemi debbono essere adeguatamente chiariti; tutto questo potrà essere risolto nel regolamento d'esecuzione. Nel complesso credo che si debba dare una valutazione positiva della legge: essa risolve alla radice il problema di un'adeguata e civile tutela del lavoro carcerario, non risolvendosi in generiche ed altisonanti petizioni di principio, come spesso avviene, ma con indicazioni concrete, azionabili in giudizio e quindi destinate ad operare in senso rivoluzionario. Soprattutto va apprezzato il riconoscimento del diritto al lavoro nonché quanto è stato disposto in materia di determinazione dei trattamenti economici: per le previsioni in sé ed ancor più per quanto dinamicamente esse consentono secondo le interpretazioni che di volta in volta ho ritenuto di poterne derivare. In sostanza l'amministrazione carceraria è ora sotto il possibile pungolo di pretese azionabili e non indifferenti (ad opera di soggetti che per esperienza sappiamo essere spesso puntigliosi nella rivendicazione di quanto loro spetta e nei quali oggi talora bolle, come recentissimi episodi ammoniscono, una notevole forza e rabbia contestative). Con questo, e

---

(62) A favore di questa estensione v. già Quaglione, *Funzione e ordinamento*, cit., adducendo l'amministrazione l'esempio di talune legislazioni estere. Nello stesso ordine d'idee, Genovese, *L'istituzione totale carcere annulla la dignità dell'uomo*, in *La nuova Europa*, n. 4, ottobre 1970; per l'amministrazione la mancata erogazione degli assegni funzionerebbe come incentivo alla prostituzione! Ai sensi dell'art. 30 legge 21 luglio 1965 n. 903, la pensione previdenziale del detenuto è destinata, in primo ordine, alla moglie: v. Cannella, *Corso di diritto della previdenza sociale*, Milano, 1967, 562.

innanzi alla prospettiva di un aggravio finanziario non indifferente, lo Stato è posto irrimediabilmente innanzi all'alternativa o di sopportare questo costo a vuoto o di trarne finalmente incentivo perché alla spesa corrisponda un guadagno per l'amministrazione e nel contempo per i detenuti. La soluzione sta, quindi, nell'organizzare seriamente e funzionalmente il lavoro carcerario in adeguate strutture e con corrispondenti effettivi impegni di operosità e di diligenza degli ospiti forzati. Tutto questo potrebbe risolvere in una sorta di rinnovato patto tra la società organizzata e coloro che sono incorsi nella violazione della legge, nel comune impegno di non disperdere i mezzi a disposizione in vista di un effettivo recupero sociale e morale. La legge è buona per il processo che può mettere in moto; c'è da augurarsi che l'occasione non vada dispersa.

25.

# LA TUTELA DELL'INVALIDO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO (*)

SOMMARIO: 1. Premesse. — 2. L'invalidità nella società moderna. — 3. I principi e le loro implicazioni. — 4. I trattamenti pensionistici. — 5. Vecchie e nuove iniziative assistenziali. — 6. Le assunzioni obbligatorie al lavoro. — 7. La recente legge per gli invalidi civili. — 8. Conclusioni.

1. Non è inutile precisare preliminarmente il « taglio » di questa relazione introduttiva, in ragione ed in funzione della sua specifica, modesta e ben delimitata finalità nel contesto di questo convegno. Non è nelle mie intenzioni offrire una panoramica dettagliata di tutta la varia legislazione esistente nel nostro paese per la tutela dell'invalido, tediando i cortesi ascoltatori con l'esame minuto e casistica di una normativa complessa e farraginosa e cercando di orientare nel dedalo determinato dal molteplice intrico di irrazionali competenze. Infatti con un'improba disamina a pretese onnicomprensive, otterrei solo di annoiare e, forse, di smarrire l'uditorio, con un risultato alquanto incongruo rispetto alle finalità dell'incontro, a buon punto e meritatamente promosso dall'Istituto italiano di medicina sociale, col concorso di tutte le benemerite entità rappresentative delle varie categorie di invalidi. Oltre tutto, relazioni complete ed esaurienti furono predisposte, pochi anni addietro, nei vari convegni già organizzati dall'Istituto (1), onde qui basterebbe un semplice lavoro di aggiornamento dando conto dei più recenti sviluppi, rimandando per i precedenti e per i particolari ai preziosi volumi nei quali si raccolsero quegli atti, certo non ignoti, presumo, a gran parte dei convenuti. Qui, a qualche anno di distanza dai

---

(*) Relazione letta, il 14 maggio 1971, ad un convegno promosso in Roma dall'Istituto italiano di Medicina sociale su « Temi e problemi del cittadino invalido nella società italiana ».

(1) V., ad es., CHIAPPELLI, *Aspetti giuridici dell'utilizzazione del minorato*, nel volume edito dall'Istituto italiano di Medicina Sociale, *Problemi medici e sociali dell'utilizzazione del minorato*, Atti conv. Napoli, marzo 1961, I, 34 ss.

precedenti convegni ed in un momento, come dirò, assai significativo nel faticoso e sofferto processo di costruzione di un sistema serio e funzionale di tutela dell'invalido secondo impegnative disposizioni costituzionali, si intende fare il punto sulla situazione quale oggi si presenta alla nostra valutazione critica, facendo il bilancio delle realizzazioni compiute e puntualizzando il lungo cammino che va ancora, con audacia e decisione, percorso. Ecco perché meglio conviene cercare di avvicinare i partecipanti al succo dei problemi di fondo sottoposti alla loro attenzione, sintetizzando per grandi linee la situazione esistente, precisando per l'essenziale quanto si è finora acquisito da noi. Solo così, solo dimensionando il discorso a questo livello, è più agevole, del resto, favorire l'apertura del dibattito sui nodi centrali che si prestano alla valutazione critica, già prospettata in questa relazione, di necessità non avalutativa, o *apertis verbis* o comunque implicitamente tra le righe, sollecitando con ciò stesso e linee e contenuti degli auspicati ulteriori interventi di riforma razionalizzatrice. Giacché questo non è, né vuole essere, un innocente raduno di studiosi in funzione di esegeti, ma è un incontro tra studiosi di varie discipline e rappresentanti di una varia e dolorante esperienza umana al fine di tracciare le linee di una adeguata politica legislativa per l'effettivo conseguimento degli obiettivi giustamente imposti ai pubblici poteri dalla carta fondamentale della Repubblica.

2. Prima di affrontare il discorso giuridico e di politica legislativa, è opportuno riepilogare in rapida sintesi, secondo le acquisizioni della medicina e di tutte le scienze sociali interferenti nel tema, gli aspetti più salienti coi quali il fenomeno dell'invalidità si presenta nella società moderna, cioè nella società di tipo prevalentemente industriale ed urbano. Sempre l'umanità ha avuto nel suo seno una certa aliquota di minorati, dalla nascita o per fatto sopravvenuto, lasciati ai margini della società e della vita, talora sotto il marchio superstizioso della maledizione divina; invalidi talora accolti nell'ambito di istituzioni benefiche a prevalente ispirazione religiosa, più spesso trattenuti, o in un'atmosfera di autentico affetto o, all'opposto, con sentimenti di ripugnanza, di vergogna, di disprezzo, nella cerchia della famiglia, operando più frequentemente la prima spinta nei ceti rurali dove, per ragioni di specifico ambiente, è più facile provvedere per il minorato, non raramente capace di un apporto positivo alle fatiche comuni della famiglia (2).

---

(2) Sulla condizione antica del sordomuto nelle campagne, v., ad es., l'interessantissima lettera dell'8 gennaio 1863 di F. Carrara a B. Veratti, nel volumetto di G.

Nella situazione moderna il fenomeno dell'invalidità si impone in termini ben più gravi ed incisivi. In primo luogo si è avuta una crescita quantitativa in senso assoluto, per l'incidenza di molteplici situazioni. Le guerre spaventose per l'uso di armi terribili hanno lasciato migliaia e migliaia di mutilati tra i combattenti, spesso sottratti per le possibilità odierne della medicina a sicura morte, mentre nel secondo conflitto specie la carneficina aerea ha mietuto ancor di più tra la popolazione civile. Si aggiungano le vittime del lavoro, in conseguenza del sempre più intenso uso delle macchine o di sostanze alla lunga nocive per l'organismo (infortuni sul lavoro e malattie professionali). Infine c'è l'aliquota del triste pedaggio pagato, in generale, in ragione del progresso meccanico, specie in conseguenza dell'infortunistica stradale.

Più in generale l'aliquota ed il tipo dei minorati sono andati accrescendosi in conseguenza dei progressi della medicina che consentono, oggi, la sopravvivenza, ma in condizioni di minorazione, di molti soggetti; diverse malattie, spettro delle generazioni del passato, sono state debellate, ma ne risulta un'inevitabile contropartita. Ancor di più, per le condizioni generali di lavoro e di vita negli agglomerati urbani, per i vari fattori ambientali d'ogni genere che rendono improba, spesso fisicamente e psichicamente usurante l'esistenza, l'uomo contemporaneo tocca spesso il traguardo dell'età matura minato irrimediabilmente nell'organismo, ancora una volta concorrendo le possibilità, un tempo inimmaginabili, della scienza medica. Infine, delle situazioni di minorazione o di ridotta capacità di lavoro e di guadagno in senso relativo emergono, per un'aliquota non trascurabile, proprio in ragione del livello tecnologicamente elevato di molte attività, specie in quelle che richiedono un non trascurabile bagaglio di istruzione e di attitudini specifiche; molti soggetti che sarebbero stati ritenuti di normale capacità in passato, in ragione del prevalente modello di lavori implicanti fatica in senso grettamente fisico, risultano inadattabili nelle condizioni nuove di lavoro (3). Cosicché, in conseguenza di tutto questo, taluni stimano che all'incirca il dieci per cento almeno della popolazione debba considerarsi invalido. Deve aggiungersi che, nelle condizioni mediamente normali di oggi, assai più difficilmente si può provvedere per gli invalidi, almeno per quelli di grado più elevato incapaci di sbrigarsela direttamente nei bisogni essenziali, nella società civile, negli agglomerati urbani che non

---

Cavazzuti, *Problemi giuridici di cent'anni fa nella corrispondenza di F. Carrara e B. Veratti*, Modena, 1964, 17.

(3) V. De Sanctis, nel quaderno n. 23 dell'Istituto italiano di Medicina Sociale, *Il subnormale*, Roma, 1964, 30 ss.

hanno più, per caratteristiche obiettive, alcunché di comunitario e nell'ambito di quella strana convivenza che, a seguito dell'ingresso sempre più massiccio delle donne nelle attività extradomestiche, della famiglia di un tempo conserva solo il nome.

C'è, tuttavia, anche il rovescio della medaglia, vi sono delle obiettive possibilità che costituiscono il più eloquente supporto dell'indicazione costituzionale in materia di cui dirò, ponendola non come impossibile miraggio, ma come prospettiva reale. Per un verso la medicina applicata e per l'altro tutte le altre discipline attinenti ai problemi della condizione umana, ivi comprese la pedagogia specializzata e la psicologia, consentono in notevole misura o di ridurre l'entità del fenomeno o di ottenere il recupero sociale nel senso più vasto dell'invalido, non esclusa la possibilità di utilizzazione in lavori proficui. Così diverse infermità e malformazioni, se tempestivamente accertate e curate, possono essere troncate o ridotte sul nascere (4). Così si è constatato che, volendo (fortemente e decisamente volendo), una larga aliquota di minorati, ivi compresi ciechi, sordomuti, amputati degli arti etc., può essere recuperata in primo luogo alla vita nel senso più elementare e quindi al lavoro; anche perché, come pure è egualmente riconosciuto, nelle più varie attività si va sempre più riducendo la zona dei lavori rispetto ai quali è imprescindibile pienezza di capacità di lavoro in senso materiale e moltissime attività, specie quelle di mero ausilio, in senso puramente ripetitivo, della macchina, possono essere espletate da soggetti minorati senza che ne risulti un minore rendimento rispetto ai non minorati (5). Queste sono acquisizioni pacifiche che mi limito a richiamare solo per completezza di discorso.

Mi limito a ricordare che perfino i malati di mente, almeno quelli di un certo tipo o di un certo grado, possono essere destinati a proficui lavori, come è emerso da una recente, sconvolgente e coraggiosa, pronuncia giudiziale (6) che apre, come ho detto altrove (7), una prospettiva non priva di implicazioni paurose e di interrogativi essenziali. Ed invero, tutto concedendo al generoso e civile programma di recupero sociale del

---

(4) V. quaderno n. 42 dell'Istituto italiano Medicina Sociale, *La lussazione congenita all'anca: importanza medico-sociale della diagnosi ultra-precoce*, Roma, 1966.

(5) V. la vasta documentazione raccolta nel volume dell'Istituto italiano di Medicina Sociale, *Il recupero sociale dell'invalido*, conv. Macerata, 1964.

(6) V. Pret. Salò 31 gennaio 1970, in *Foro it.*, 1971, 2, 123.

(7) V. *Il lavoro dei malati di mente*, in *Giur. tosc.*, 1971, 150. Sulla situazione giuridica dell'infermo di mente, in relazione alla legge 18 marzo 1968, n. 431, v. lo stimolante contributo di Bruscuglia, *Infermità mentale e capacità di agire*, Milano, 1971.

minorato, già talune possibilità riscontrate nel senso della rieducazione al lavoro in senso fisico, quale quella dell'amputato di ambedue gli arti reso capace di lavorare con la bocca (8), lasciano veramente perplesso l'osservatore ignorante come me, nel dubbio che siffatte possibilità si collochino oltre il ragionevole limite dell'usura e dell'eccessivo dispendio. Rispetto alla situazione dei malati di mente, o almeno a quella di talune specie di malattia mentale, c'è da chiedersi ulteriormente se il recupero autentico dell'invalido non esiga, per definizione, un grado di partecipazione spirituale che quella malattia parrebbe escludere per definizione; c'è il dubbio che il lavoro del malato di mente sia comparabile, ad un certo livello, al lavoro antico che gli animali domestici hanno reso all'uomo: dubbio che potrebbe fugarsi solo dimostrando, come è possibile, che tuttavia il lavoro restituisce una relativa pienezza di vita, una soddisfazione ed una gioia pur in quelle condizioni di minorazione della personalità, sempre preferibile rispetto a quanto altrimenti si avrebbe in stato di permanente inattività.

3. Anche al nostro proposito, quanto la Costituzione repubblicana detta in ordine a quanto deve farsi per la tutela dell'invalido rappresenta un salto qualitativo di prima grandezza rispetto al passato, *rectius* rispetto e nella misura in cui sopravvivono, in ragione, anche qui, della inattuazione costituzionale, le forme antiche, anguste e miserevoli, di assistenza. Fino a poco tempo fa, infatti, ben poco, in termini qualitativi e quantitativi, si è fatto per gli invalidi vuoi per l'inesistenza di quell'imperativo categorico che ora sta, quanto meno, scritto a chiare lettere nella Carta vuoi per obiettiva inadeguatezza di interventi pur sulla base della trascorsa e superata impostazione di principio. L'intervento pubblico, in ispecie quello statuale, era nelle grandi linee (ed è in notevole misura ancor oggi) ben scarso, talora dettato da motivazioni che oggi risultano inaccettabili sul piano dei valori e del diritto costituzionale. Gli invalidi, se poveri, potevano contare, per i bisogni essenziali, sull'assistenza generica degli Enti comunali di assistenza, *olim*, significatamente, Congregazioni di carità, cioè su sussidi a titolo grazioso distribuiti in ragione delle disponibilità in concreto; potevano contare, se del caso, sull'assistenza sanitaria addossata economicamente al comune del domicilio di soccorso. Altrettanto significatamente di mero mantenimento degli inabili al lavoro (intendendosi spesso ed in concreto, per l'avarizia

(8) V. Formica e Sagripante, *Contributo allo studio e alla pratica attuazione del recupero sociale di motulesi da cerebropatia infantile*, in *Il recupero sociale dell'invalido*, cit., spec. 342.

dei mezzi a disposizione, per mantenimento lo stretto indispensabile per sopravvivere al livello dei ceti più disagiati della popolazione), si parlava e si parla ancora nel t.u. delle leggi di pubblica sicurezza, in quel medesimo ordine d'idee che spiega storicamente come e perché diverse competenze assistenziali facciano capo al Ministero dell'interno, configurandosi l'intervento assistenziale come mezzo per tacitare i più diseredati, in quanto tali potenzialmente pericolosi per l'ordine pubblico. Come solitamente si dice, non poteva per più versi parlarsi di un vero diritto, in senso tecnico, all'assistenza, emergendo al massimo un mero interesse, legittimo o no (9). In primo luogo perché (e la difficoltà resta in un certo senso anche nella nuova situazione costituzionalmente ipotizzata) tutto ruotava attorno alla nozione, evanescente o relativa, di povero, dovendosi intendere per tale chi si trovi al di sotto delle condizioni medie di una popolazione in un determinato contesto e in un determinato tempo, donde il margine di valutazioni latamente discrezionali degli enti e degli organi preposti al servizio. In secondo luogo perché, come ho detto, il *quantum* dell'assistenza derivava dall'applicazione dell'inesorabile legge imponente la distribuzione di ben poco tra migliaia di aspiranti. Al massimo poteva parlarsi di una tutela a livello collettivo della categoria o delle categorie dai confini incerti, tutela istituzionalmente commessa a certi enti, specie a quelli, come l'ECA, investiti della rappresentanza legale dei poveri nonché al problematico rimedio, talora e solo al fine di garantire il regolare funzionamento dell'istituzioni di assistenza e di beneficenza, dell'azione popolare. Mancava poi, quasi del tutto e a prescindere da non rare istituzioni di fondazione privata, un'organica strutturazione ai fini dell'assistenza specifica dell'invalido, al fine di ottenerne, in ragione del tipo di minorazione, l'effettivo recupero sociale. Questo, naturalmente, a grandi linee, facendo salvi specifici, occasionali interventi che, nell'economia di questa relazione, tralascio anche di menzionare.

Viceversa la Costituzione ha accolto, nelle sue coordinate disposizioni, l'*optimum* che è auspicabile, in un ordinamento civile e socialmente impegnato, in materia. Merita precisare con chiarezza la portata della soluzione costituzionalmente prevista, proprio perché è nelle finalità di questo convegno delineare gli immediati, indilazionabili traguardi di politica legislativa; in questa sede è del tutto inutile soffermarsi sulla precisazione del titolo legale all'assistenza ai sensi della legislazione

(9) V. Mazziotti, *Assistenza (profili costituzionali)*, in *Enc. dir*. In generale v. Colombo, *Principi ed ordinamento dell'assistenza sociale*, Milano, 1964.

vigente, come è stato fatto egregiamente in diverse occasioni (10), perché quello che interessa e che preme, al di là del diritto posto, è quanto deve doverosamente essere, superando le resistenze e le difficoltà, talune certo non trascurabili, che finora si sono opposte, giustamente o no, ad una integrale attuazione della Costituzione.

Sovente, ed anche nella motivazione di talune pronunce della Corte Costituzionale, quelle relative alla legittimità delle leggi sull'assunzione obbligatoria, a supporto dei nobili programmi riformistici sono stati invocati i più diversi principi costituzionali fondamentali, ad es. il diritto al lavoro *ex* art. 4/1, il principio d'eguaglianza sostanziale di cui al capoverso dell'art. 3, quello di solidarietà *ex* art. 2 ed anche, talora, la solenne enunciazione secondo la quale la repubblica italiana è fondata sul lavoro (art. 1). Personalmente, come cercai di dimostrare altrove (11), non credo necessario scomodare questi generalissimi principi. Del resto, taluni di codesti principi visibilmente non si attagliano alla nostra situazione; ciò dicasi, ad es., dell'eguaglianza in senso sostanziale prendendo in considerazione l'art. 3/2, cioè gli ostacoli alla piena affermazione della persona che discendono dalla divisione della società in classi, nell'assetto capitalistico-proprietario, mentre nel nostro caso è in giuoco ben altro, lo stato d'invalidità derivante da minorazioni fisiche o psichiche. Altre proposizioni di principio possono fornire, al massimo, argomenti di contorno, *ad abundantiam*, per altro verso certo valendo l'indicazione base secondo la quale tutto deve essere preordinato alla tutela e alla piena affermazione della persona umana. Il richiamo ai principi fondamentali non è necessario perché vi sono, chiare, inequivocabili ed esaurienti, le disposizioni di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 38.

Secondo l'art. 38/1, « ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale ». Come si è detto (12), per « mantenimento » deve intendersi quanto è necessario per soddisfare i bisogni imprescindibili della vita (vitto, alloggio, vestiario ecc.), mentre per « assistenza sociale » vale quanto deve ulteriormente garantirsi per consentire lo svolgimento di una vita di relazione decente, degna della persona umana. La formula complessiva (mantenimento e assistenza sociale) è già di per sé così lata da includere anche l'assistenza sanitaria, la medesima potendosi riassumere nel concetto che l'inabile non abbiente deve poter contare su

---

(10) V. Barettoni, *Il minorato: situazioni giuridiche soggettive*, in *Problemi medici e sociali dell'utilizzazione del minorato*, cit., 89.

(11) V. *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965, 65 ss.

(12) V. Lega, *Il diritto alla salute*, Roma, 1970, 210.

quanto è necessario, in ragione delle sue specifiche condizioni, per alleviare la sua posizione secondo le possibilità obiettivamente offerte dalla medicina per quanto egli di sua iniziativa e a sue spese farebbe ove fosse abbiente. In ogni caso formalmente soccorre l'art. 32 Cost. secondo il quale la Repubblica deve garantire cure gratuite agli indigenti (13).

Mentre la protezione sanitaria è rapportabile a quanto di volta in volta, in relazione alle caratteristiche del caso, la medicina impone o consiglia, la misura dell'intervento economico non è precisabile *a priori*, una volta per tutte, venendo in questione valutazioni di per sé variabili, e quindi per qualche verso discrezionali, in un contesto temporalmente delimitato, dovendosi aver riguardo a quanto è indispensabile per condurre una vita che sia nella media della popolazione e per garantire all'invalido, nella misura del possibile, quanto può aiutarlo nei comportamenti immediati e di partecipazione più varia come se, al limite, non fosse invalido, ad es., con la fornitura di protesi e con l'assicurazione di assistenza personale continuativa. Sarà necessario preordinare competenze, procedure e mezzi per i necessari adeguamenti e per gli ulteriori svolgimenti nel tempo, con adeguate garanzie contro il pericolo di volatizzazione, in particolare, delle pensioni o degli assegni, ricordando che di recente si è fatto qualcosa, ad es., per l'adeguamento automatico delle pensioni previdenziali al costo della vita.

Ha titolo al mantenimento e all'assistenza il cittadino inabile « sprovvisto dei mezzi necessari per vivere », dovendosi rapportare, a mio avviso, la situazione di non abbienza non al nucleo familiare, ma al minorato in quanto tale che, come giustamente si è detto (14), proprio in quanto inabile al lavoro è, automaticamente e pressoché di norma, privo direttamente di mezzi di vita in sua disponibilità, fatta salva l'ipotesi, eccezionale, che si tratti di soggetto intestatario di beni. Per il fatto stesso che, nell'intero contesto costituzionale, si ha riguardo all'integrale protezione della persona, all'affermazione individuale e sociale del soggetto in condizioni di rispettabilità e di dignità, il mantenimento e l'assistenza dell'invalido non vanno addossati alla famiglia ove questa sia abbiente ed il soggetto va liberato, come più volte si è detto (15), dal condiziona-

---

(13) Nel senso che, rispetto alla previsione, l'estremo dell'indigenza va inteso come non disponibilità di risorse per affrontare le spese necessarie nel caso, v. Cannella, in *Il subnormale*, cit., 34 ss.

(14) V. l'intervento dell'on. De Zan alla Camera dei Deputati, l'8 luglio 1966 nella discussione sulla legge a favore degli invalidi civili.

(15) V., ad es., Chiappelli, *L'invalidità pensionabile nell'ordinamento giuridico*, nel volume dell'Istituto italiano di Medicina Sociale, *La invalidità pensionabile*, conv. Milano, marzo 1963, I, 75.

mento domestico. L'intervento pubblico, per queste ragioni di principio, non può essere sussidiario rispetto alle possibilità del nucleo familiare, specie se si pretendesse di aver riguardo alla nozione vasta di famiglia che l'ordinamento ancora accoglie ai fini dell'obbligazione alimentare, in pieno arretrato sui tempi che ormai conoscono non più il vecchio raggruppamento patriarcale, ma la cellula elementare e ristretta composta dai coniugi e dai figli e, per questi, fino al giorno, assai ravvicinato nelle condizioni odierne (non del tutto da noi, per il perdurante, diffuso mammismo), in cui i giovani sono in grado di lasciare la casa e di battere autonomamente le vie del mondo (16). Soccorre in proposito la sentenza della Corte Costituzionale (17) che ha dichiarato l'illegittimità della disposizione escludente dall'assicurazione per la disoccupazione nel caso di soggetto lavorante alle dipendenze di persona tenuta agli alimenti.

In secondo luogo per l'art. 38/3, gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale e cioè, senza bisogno di dilungarsi sul punto, ad un pieno reinserimento, se possibile, in attività proficue e nella vita sociale complessivamente intesa, secondo i voti e secondo le complesse motivazioni ideali che da tempo sono nella più illuminata opinione. In sintesi, non si tratta solo di assistere l'invalido dando per scontata e per irrimediabilmente acquisita la sua particolare situazione, ma di favorire nel medesimo, con adeguato recupero sociale e professionale, la massima misura possibile di pienezza di vita. È da notare che qui la Costituzione parla semplicemente di inabili e di minorati, senza richiedere il requisito della non abbienza contemplato nel comma 1 dell'art. 38 ai fini del mantenimento e dell'assistenza; certo perché, in ragione degli obiettivi da perseguire con l'educazione e l'avviamento professionale, la situazione economico-sociale del soggetto, come sopra intesa, non conta né deve contare. Il pieno recupero sociale dell'invalido costituisce un tale valore che il suo perseguimento, secondo l'obbligo che corrispondentemente grava sulla Repubblica, non può, comunque, incontrare ostacoli o condizionamenti negativi nella cerchia familiare, ad opera di parenti indotti, per pietà e per spinta di affetto, a conservare il minorato nella cerchia e nel calore delle pareti domestiche, nella dolorante acquiescienza alla sorte di natura e nell'aprioristica rinuncia a qualsiasi possibilità riabilitativa. Al contrario, è in giuoco un diritto fondamentale del soggetto che deve aver corso, ove l'interessato

---

(16) V. Ardigò, *Sociologia della famiglia*, in *Questioni di sociologia*, Brescia, 1966, I, 581.

(17) V. Corte cost. 16 luglio 1968, n. 103, in *Foro it.*, 1968, I, 2379.

lo voglia; un diritto che deve trovare pieno appagamento in adeguate istituzioni preordinate dai pubblici poteri. Sennonché del consenso dell'interessato e del peso di eventuali pressioni familiari in senso contrario, c'è da preoccuparsi laddove si tratti di soggetto psichicamente minorato; di qui deriva che le istituzioni pubbliche preposte al servizio dovrebbero avere un ruolo attivo, d'iniziativa, per scuotere dall'eventuale torpore individuale e familiare e per dar corso all'opera di rieducazione, con misure giuridiche appropriate per superare ingiustificate opposizioni, come conviene perché è in questione la situazione di soggetti minorati proprio per quanto attiene alla valutazione delle scelte convenienti per il loro avvenire.

La Costituzione parla sempre genericamente di invalidi, senza mai specificare e distinguere in ordine alla causa dell'invalidità e senza porre situazioni preferenziali. Questo va messo in rilievo rispetto alla tesi, ripetutamente prospettata, secondo la quale gli invalidi militari di guerra avrebbero, o comunque dovrebbero avere, una posizione peculiare di protezione privilegiata rispetto a coloro che hanno riportato l'invalidità in altre contingenze, in termini, talora si dice, di vero e proprio diritto soggettivo rispetto a situazioni di mero interesse. È una questione vecchia, già posta nel corso dell'elaborazione della legge del 1950 sull'assunzione obbligatoria degli invalidi di guerra, in quella occasione essendosi parlato (18) di un diritto c.d. « nativo » configurabile a favore degli invalidi militari di guerra nei confronti di quelli civili per fatto di guerra. Ma di una vera e propria posizione preferenziale rispetto a posizioni meno garantite può eventualmente parlarsi ai sensi del diritto positivo posto, in ipotesi, nella legislazione ordinaria e nella misura in cui questa garantisce una posizione di favore; non in ragione delle previsioni costituzionali che non distinguono. Storicamente può solo riconoscersi che gli invalidi di guerra sono stati i primi ad essere stati presi in considerazione nell'ordinamento, di norma in posizione preferenziale, sotto diversi aspetti, anche in prosieguo di ulteriori svolgimenti; certo per la radicata e ben giustificata convinzione della comunità che altra è la posizione, il titolo morale della tutela, per il cittadino che ha subito menomazioni nell'espletamento del servizio impostogli a difesa della Patria, rispetto alla situazione di altri invalidi, eventualmente di quelli che hanno subito la menomazione per una rischiosa attività sportiva elettivamente prescelta. Sul piano morale, sul piano, taluno potrebbe dire, del diritto naturale, l'impostazione è comprensibile; ma essa, ripeto,

---

(18) V. la relazione dell'on. G. Carignani alla seduta del 10 marzo 1950 all'XI[a] Commissione della Camera dei Deputati.

non può aver corso al livello delle previsioni costituzionali. Del resto, la questione può avere, in concreto, scarso costrutto. Infatti, ove il programma costituzionale abbia piena ed autentica realizzazione, tutto viene assorbito in questa generale tutela. Una posizione particolare si giustifica solo nella misura e per il tempo di non generalizzata tutela o, in ipotesi, allorché le occasioni di una specifica provvidenza siano quantitativamente ristrette in modo da imporre il sacrificio di una parte degli aspiranti, come può avvenire ai fini del collocamento obbligatorio al lavoro, in tale contesto apparendo equa la riserva di aliquote preferenziali. In conclusione, è una impostazione che ha senso concreto nella fase di perdurante inattuazione costituzionale; la ragione della medesima dovrebbe venir meno mano a mano che la Carta troverà sul punto piena attuazione. Per altro verso la Costituzione non inibisce che nell'ordinamento siano considerati a taluni fini gli invalidi militari di guerra, a prescindere comunque dalla loro condizione economica, ad es., per quanto attiene alla pensione, proprio per quelle ragioni morali che ho messo in rilievo.

Ma se la rieducazione e l'avviamento professionale costituiscono, per la Costituzione, oggetto di un vero diritto dell'invalido, è, per converso, intuitivo che l'ingiustificato rifiuto del soggetto all'opera di recupero obiettivamente possibile ha ripercussione sul diritto, o sulla misura del diritto al mantenimento e all'assistenza ai sensi del primo comma dell'art. 38. L'invalido che voglia adagiarsi nella sua situazione, opponendosi o non collaborando ai fini della riabilitazione e dell'effettivo reinserimento professionale, viene ad essere inabile al lavoro per sua deliberata scelta non per una situazione obiettivamente ostativa, di qui la premessa per la sua esclusione, o per la riduzione (anche in funzione d'incentivo per la riabilitazione) delle provvidenze di cui all'art. 38/1, così come nella vigente legislazione previdenziale l'ingiustificato rifiuto alle cure e agli interventi possibili per eliminare o ridurre l'invalidità comporta il venir meno delle prestazioni, secondo una situazione che non è tecnicamente di obbligo, bensì di onere per il conseguimento delle medesime (19). In quest'ordine d'idee dovrebbe aversi un'adeguata normativa di svolgimento, con la previsione di competenze e di procedure nell'ambito delle quali siano da risolvere eventuali controversie, con possibilità di ricorso in ultima istanza al giudice, assistito dai necessari

---

(19) Sulla questione v. da ultimo, anche per i necessari riferimenti, Lega, *Il diritto alla salute*, cit., 116 ss.

consulenti; in proposito possono richiamarsi utilmente talune proposte di Simi (20).

4. Passando alla puntualizzazione di quanto la Costituzione ambiziosamente impone in tema d'integrale tutela dell'invalido, alla considerazione, in rapida sintesi critica, di quanto finora si è fatto in concreto nel nostro ordinamento, può constatarsi, in primo luogo, che sono riconosciuti allo stato, a diverse categorie, progressivamente identificate nel tempo in ragione della causa dell'invalidità, trattamenti economici continuativi, una volta accertata la permanenza in determinati gradi prestabiliti, variamente denominati o pensioni o rendite. Grosso modo dall'inizio del secolo, superandosi di volta in volta il più antico schema della mera assistenza al bisognoso genericamente inteso, si è provveduto successivamente attribuendo, su vari presupposti, un vero e proprio diritto a trattamenti economici continuativi ai cittadini che abbiano subito l'invalidità permanente in determinate contingenze; nella più recente evoluzione dell'ultimo ventennio la tutela di questo tipo è andata progressivamente estendendosi anche a soggetti minorati dalla nascita. L'evoluzione è andata così compiendosi, passo dopo passo, o in ragione della causale dell'invalidità o per specifiche situazioni d'invalidità congenita o acquisita ritenute tali da rendere opportuno, equo e civile l'intervento pubblico, fin quando, nell'ultimo decennio, oltre le categorie in precedenza nominativamente previste, si è considerato, in termini residuali proprio in conseguenza della linea storica di sviluppo l'invalido *tout court*, definito in tal guisa, per distinguerlo da quelli in precedenza tutelati, « civile ». Naturalmente, occasione per occasione, l'intervento statale è stato determinato dai voti dell'opinione pubblica commossa o per l'evidente necessità di provvedere per coloro che hanno fatto sacrificio della propria integrità personale in favore della collettività o per ragioni di giustizia sociale nei confronti di coloro per i quali il lavoro è dura necessità di vita o, più semplicemente, per solidarietà nei confronti dei più derelitti per l'ingiustizia della sorte; spesso sotto la pressione filantropica dei più vari ambienti, non raramente per la spinta delle categorie direttamente interessate e delle associazioni costituitesi per la tutela delle medesime. Si possono così registrare gli interventi per gli invalidi di guerra, per servizio, del lavoro, per i ciechi, i sordomuti, gli invalidi civili in genere.

Abbiamo, pertanto, una complessa normazione specifica per le ca-

---

(20) V. *I principi costituzionali per il recupero dell'invalido e la loro attuazione*, in *Il recupero sociale dell'invalido*, cit., 22, spec. n. 13.

tegorie e per gli eventi di volta in volta considerati, col risultato, spesso messo criticamente in rilievo, che non è infrequente il caso del soggetto beneficiario di più trattamenti, ad es. della pensione di guerra e di quella di vecchiaia, di quest'ultima pensione e della rendita infortunistica, per limitarsi alle situazioni meno complicate. Ma il caso del soggetto così formalmente superprotetto costituisce, allo stato della normazione, la conseguenza logica del coesistere dei vari regimi, istituiti a diverso titolo, taluni dei quali basati, non va dimenticato, sulla contribuzione addossata anche, ed almeno in parte, al soggetto, nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria. Altrettanto frequente è il rilievo che il sistema, in particolare quello pen sionistico per invalidità generica, comporta il risultato, certo non positivamente apprezzabile, che trattamenti pensionistici, invero in sé quantitativamente miserevoli, sono irrogati a centinaia di migliaia di soggetti forse di dubbia invalidità, mentre sono sforniti di adeguata tutela proprio i minorati più gravi e degni della massima considerazione (21). Il rilievo può considerarsi fondato sulla base della comune esperienza ed il fenomeno, deprecabile, può attribuirsi ad una molteplicità di fattori concorrenti, taluni di diritto, altri di fatto o di costume; cospirano in tal senso inadeguatezza di previsioni normative in tema di definizione dello stato invalidante e di determinazione del grado d'invalidità richiesto nonché la esiguità, tuttora condannabile malgrado gli insufficienti adeguamenti apportati negli ultimi tempi e quelli già previsti, dei trattamenti; esiguità che induce probabilmente a largheggiare quanti sono investiti del compito di riconoscere in concreto il diritto (l'elemosina non si nega a nessuno), influendo negativamente la piaga nazionale delle deposizioni compiacenti e degli atti probatori notoriamente falsi, assai facilmente resi per il fatto che paga la collettività indifferenziata, un'entità astratta la cui autenticità non è ancora sufficientemente ritenuta nella (scarsa) coscienza civica degli italiani, tuttora convinti che l'universo sociale consti solo della somma di individui. Per questo, forse, la ragione più seria per accogliere l'antica rivendicazione della gestione sindacale del sistema previdenziale è quella che una siffatta innovazione probabilmente servirebbe a moralizzare la situazione e a mutare la sensibilità della gente, ponendola di fronte ad un assetto istituzionale palpabilmente attestante che è in giuoco l'erogazione di denaro sottratto, in definitiva, al complesso delle somme altrimenti di destinazione retributiva, di guisa che la pensione malamente attribuita è in danno della comunità dei lavoratori.

---

(21) V. Emanuelli, *Il fenomeno dell'invalidità nell'economia nazionale*, in *La invalidità pensionabile*, cit., II, 654.

È da ricordare, e da denunziare con forza, che il sistema è di scarsa tempestività in ordine al riconoscimento in concreto dei trattamenti, occorrendo, nel groviglio delle procedure e nella varia inadeguatezza degli uffici preposti, anni ed anni per la liquidazione delle pratiche; è semplicemente scandaloso che, ad oltre cinque lustri dalla fine del secondo conflitto mondiale, si debba ancora provvedere su una consistentissima massa di domande di pensioni di guerra. La cosa è certo di non molta importanza per quegli aspiranti che, non possedendo i requisiti prescritti, tentano di conseguire la prestazione in funzione integrativa e non disprezzabile dei normali redditi, ma ne risultano colpiti e pregiudicati, talora irrimediabilmente gli autentici invalidi per i quali il riconoscimento tardivo suona come scherno e dileggio. Non si insisterà mai abbastanza nel pretendere che lo Stato sia sollecito nel dar corso a ripetute solenni promesse, dandosi un'amministrazione in grado di provvedere con la massima tempestività possibile; eventualmente con la rinuncia al sistema, portatore di inefficienza, di controlli minuti ed esasperanti di tipo formale, puntando, viceversa, sulla garanzia di reazioni punitive esemplari per i truffatori, ad eloquente monito dei troppi che ingiustamente postulano.

Naturalmente rispetto ad ognuno dei regimi previsti, che qui è impossibile esporre anche per l'essenziale, vi sarebbe largo campo per l'indagine critica, sottolineando deficienze ed incongruenze, come è stato fatto egregiamente da altri anche per il sistema pensionistico di guerra, in particolare lamentando che nella liquidazione delle prestazioni non possa aver rilievo la reale incidenza dell'invalidità in senso specifico (22). Preferisco soffermarmi con maggiore respiro sui trattamenti assicurati su base specificatamente previdenziale, cogliendone taluni aspetti che credo più degni di attenzione.

Rispetto all'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, resta ancora aperta la questione dell'infortunio *in itinere*, dopo la singolare e comica vicenda della latissima previsione, in accoglimento di un'insistente rivendicazione, nella legge del gennaio 1963, con contestuale ed inutile concessione di delega, mai attuata malgrado successive proroghe, al Governo (23). Inutile la delega rispetto alla chiara, sufficiente, se pur con largo margine di opinabilità nel merito, formulazione accolta nel testo delegante, ma probabilmente voluta in ragione delle pressioni contrarie facenti leva e sulla non logicità della innovazione radicale in una normativa giusta la quale non tutto quello

(22) V. Cataldi, in *La invalidità pensionabile*, cit., I, 320.
(23) V. la mia osservazione in *Giur. tosc.*, 1968, 321.

che avviene nei luoghi di lavoro costituisce infortunio in ragione dell'estremo richiesto dell'occasione di lavoro e sull'enorme costo della riforma. Di guisa che il legislatore del 1963 disse e nel contempo paventò di aver detto, in tal senso da una parte enunciando in modo esauriente normativamente e dall'altra rinviando con la non commendevole tecnica della delega superflua. Di fatto, il Governo non si è sentito in grado di mantenere quanto promesso nelle aule parlamentari, così clamorosamente dimostrandosi la situazione di stallo e di crisi al livello della suprema direzione politica. E se il problema vorrà riprendersi, non potrà prescindersi dall'adozione di soluzioni che tengano conto dell'obbligatorietà dell'assicurazione per gli infortuni della strada di recente disposta.

In materia di malattie professionali si è finora adottata la soluzione, per esigenze di certezza giuridica e di relative garanzie in termine di previsioni di bilancio, della tassativa previsione di legge, con la tecnica della tipicità variamente utilizzata per l'individuazione delle malattie invalidanti nonché delle lavorazioni e dei tempi nei quali le medesime possono insorgere. In qualche caso, come è avvenuto per la silicosi (24), si sono succedute nel tempo diverse definizioni del quadro clinico invalidante, cioè importando un allargamento del margine d'indennizzabilità della tecnopatia. Si tratta di vedere se non convenga passare alla diversa tecnica della definizione in astratto, con una formula che apra la possibilità di prendere in considerazione, secondo le progressive acquisizioni della medicina sociale, ogni malattia il cui carattere professionale possa ritenersi in concreto.

Per altri aspetti il sistema infortunistico appare degno di riconsiderazione e di riforma. In primo luogo, ad es., eliminando integralmente, in ossequio oltre tutto al principio costituzionale di eguaglianza, la diversità dei trattamenti operante in danno dei lavoratori dell'agricoltura. In secondo luogo, la rigida e preclusiva disciplina esistente sotto il profilo della prescrizione e della decadenza, in particolare per quanto attiene alla possibilità di revisione, solleva non trascurabili dubbi di costituzionalità rispetto alla connotazione di imprescindibilità della tutela che si ricava dall'art. 38 Cost., secondo i principi, d'ordine pubblico o sociale (il sociale dovrebbe ritenersi *tout court* pubblico nel nostro ordinamento), che informano il sistema. Non si giustifica, infatti, che l'inerzia del soggetto, sovente frutto di quella ignoranza di cui in gran parte il complesso sociale porta la colpa, possa pregiudicare la tutela costituzionalmente imposta, con danno, alla lunga, della medesima collettività;

---

(24) V. Cass. 30 agosto 1962, n. 2718, in *Foro it.*, 1962, I, 1792.

d'altro canto opererebbe sufficientemente come remora e sanzione stabilire l'ininvocabilità delle prestazioni per il tempo anteriore alla domanda in via amministrativa.

Più in generale, è viceversa prospettabile, in radicale alternativa, per il prossimo futuro, il superamento della stessa assicurazione in discorso. Questa si è giustificata finora, storicamente, in una situazione di mancato intervento generale per l'invalido in sé, a prescindere dalla causa della minorazione; la giustificazione è opinabile non dico ora, nel momento in cui la tutela è stata, in linea di principio, generalizzata (ma sempre con notevoli differenze per quanto attiene al *quantum* delle prestazioni), ma nel momento stesso in cui, disponibilità finanziarie permettendolo, i diversi trattamenti saranno eguagliati, com'è presumibile, anche nella misura. Piuttosto, pur quando e se si perverrà alla identificazione egualitaria nei trattamenti, è dubitabile che si possa innovare per quanto concerne la fonte di reperimento dei capitali per quanto, in un sistema generale, incida in concreto a ragione degli infortuni e delle malattie professionali, essendo giustificabile che per questa parte del costo provveda non la comunità, bensì chi si avvale dell'opera altrui nello svolgimento di una attività volta al profitto, secondo la teoria, qui puntualmente richiamabile, del rischio professionale.

È ben noto che, da tempo, è assai più soggetto a critica il sistema secondo il quale rileva, nell'ambito previdenziale, l'invalidità, latamente intesa, del lavoratore, in specie per quanto attiene al concetto medesimo di invalidità pensionabile. In materia, come si è ribadito con forza in una recente occasione (25), il grande accusato è l'art. 10 del r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636, per più versi imputandosi d'inadeguatezza la definizione legislativa, come risulta dall'ormai sterminata letteratura medico-legale e giuridica (26). Soprattutto si sostiene che codesto concetto di inabilità pensionabile in senso generico, probabilmente giustificato nell'Italia ancora non industrialmente sviluppata all'attuale livello, non è più adeguato ai tempi della crescente qualificazione della manodopera; di qui l'auspicio che si passi al ben diverso concetto dell'invalidità in senso specifico, così tenendo realisticamente ed equitativamente conto della concreta situazione sociale del soggetto tutelato. In particolare si sottolinea che nei diversi regimi speciali operanti per molte categorie, il legislatore di norma ha fatto contraddittoriamente riferimento all'invalidità specifica, mentre la contraddizione è stata esaltata in ragione della

---

(25) Da Chiappelli nella prolusione detta in Bologna, il 18 aprile 1971, in occasione dell'inaugurazione del Centro di studio sull'invalidità pensionabile.

(26) V., in particolare, *La invalidità pensionabile*, cit.

pretesa di estendere o di applicare, risultandone visibili incongruenze, la definizione generale nelle forme previdenziali più di recente previste per i lavoratori autonomi. Inoltre si mette in rilievo come, nella concretezza delle strutturazioni procedurali al fine di accertare la sussistenza dello stato invalidante, non abbia in pratica corso quella complessa valutazione non solo medica, ma anche in termini di mercato di lavoro che fu nelle intenzioni del legislatore. Le complesse motivazioni riformistiche, qui succintamente accennate, sono state considerate, fin dal 1965, dal legislatore che ha ripetutamente delegato il Governo ad innovare in materia, da ultimo con l'art. 35 della legge 30 aprile 1969, n. 153 che fissa, per l'adempimento che è da auspicare sicuro, il termine del prossimo 31 dicembre. Merita, pertanto, dar conto dei criteri di massima e dei principi direttivi a cui, a sensi dell'art. 76 Cost., deve attenersi il Governo secondo la citata disposizione delegante, essendo prevedibile che insorgeranno notevoli difficoltà nello svolgimento, nella contrapposizione delle impostazioni e degli interessi istituzionalmente confliggenti, con l'eventualità che ne derivino questioni in termini di eccesso di delega o no. In pratica e per quanto ci interessa, l'art. 35 è articolato in quattro punti. Il primo, secondo il quale il Governo deve rivedere la vigente disciplina dell'invalidità pensionabile, determinandone « gli elementi costitutivi con maggiore aderenza alle esigenze emerse nella pratica attuazione della disciplina medesima » è intrinsecamente dubbio e di ben scarso costrutto; assai meglio si sarebbe fatto, ad es., specificando con minore avarizia per quali aspetti, emersi certo nell'esperienza, la vigente disciplina è difettosa, in tal guisa implicitamente indicando, *a contrario*, le linee essenziali di quella emananda. Soprattutto perché se è, come ho detto, diffusa la doglianza rispetto alla definizione oggi posta, non mancano le voci in contrario, a difesa dell'art. 10 ed inoltre per quanto attiene alla possibile riforma sono notoriamente prospettate impostazioni assai divergenti. Chiara è, invece, l'indicazione di cui al terzo criterio, secondo la quale deve abolirsi, non a torto, la differente valutazione ora esistente (cinquanta o sessantasei per cento) tra impiegati ed operai per il grado d'invalidità richiesto ai fini della pensione; la questione è stata del resto di recente sollevata in termini di legittimità costituzionale e la sentenza della Corte, segua o no la riforma, avrà spazio nel senso della applicazione « retroattiva » di una pronuncia eventualmente di accoglimento (27). Per il punto n. 4, il Governo è impegnato ad « attuare una più equa valutazione nei casi in cui l'evento invalidante preesista alla instau-

(27) V. Trib. Pesaro, ord. 4 aprile 1970, in *Le Leggi*, 1970, App. Corte Cost., 436.

razione del rapporto assicurativo », così risolvendo la discussa questione del c.d. « rischio precostituito ». In verità poteva andarsi oltre, negandosi la rilevanza preclusiva di eventuali stati invalidanti anteriori all'insorgere del preteso rapporto assicurativo, nella considerazione che l'erogazione della pensione è comunque condizionata alla sussistenza di minimi contributivi e che la contribuzione si accumula in ragione di un rapporto di lavoro che ha avuto in concreto corso, con questo dimostrandosi di fatto l'inesistenza *ab origine* dello stato invalidante, almeno nelle proposizioni quantitative richieste dalla legge. Viceversa la formula adoperata comporta la non irrilevanza dell'eventuale invalidità anteriore, tutto dovendosi, alla lettera, risolversi in una più equa valutazione in termini compromissori che il lettore non riesce né ad indovinare né a prospettare plausibilmente (28). Per il punto n. 2, gli elementi costitutivi dell'invalidità debbono essere differenziati in relazione alla natura dell'attività dei soggetti; alla lettera, il legislatore delegato dovrebbe variamente definire il concetto dell'invalidità pensionabile con minuto riferimento all'infinita casistica delle attività professionali, anche se, ovviamente, in astratto e per classi. Ci si può chiedere come si coordini questa indicazione con l'altra di cui al superamento della differenza tra impiegati ed operai; forse nel senso dell'esclusione di una differenza astratta, secondo l'antica divisione di categoria ancora accolta nella legge, largamente in crisi nei fatti (29), ma sempre con la possibilità di più minute specificazioni di tante diverse situazioni, in concreto, secondo lo schema attuale, di lavori impiegatizi e operai? Ma non era e non è il movimento riformistico nel senso dell'invocazione di una nuova definizione generale, superante l'attuale coacervo di particolarismi ingiustificati, nel senso dell'invalidità specifica, restando poi al legislatore delegato il pur arduo compito di una formula adeguata secondo i dati emergenti dalle varie discipline sociali? In conclusione, non è affatto chiaro, ed è controvertibile, cosa debba fare il Governo e tutto consiglia di seguire con prudente attesa la vicenda, possibilmente cercando di individuare una soluzione suscettiva di larghi consensi.

Da sempre è stato discusso il problema della cumulabilità dei trattamenti pensionistici *et similia* con la retribuzione, di frequente essendosi lamentato che la piena cumulabilità si risolverebbe in un ingiustificato privilegio dei lavoratori di ridotta capacità lavorativa rispetto a quelli del

---

(28) Sullo stato della questione, v. Cass. 29 aprile 1968, n. 1341, in *Foro it.*, 1968, I, 1844, con ampia nota di riferimenti.

(29) V. Giugni, *Le categorie dei prestatori di lavoro: panorama comparativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 844.

tutto validi (30). Il problema è stato risolto, per gli invalidi di guerra, per servizio, del lavoro, dall'art. 10/2 della legge del 1968 sulle assunzioni obbligatorie, nel senso che l'occupazione ottenuta *ope legis* non comporta alcuna modificazione del trattamento pensionistico, qualunque sia il grado della rieducazione conseguita e quale sia l'occupazione ottenuta. Assai più tormentata è stata la vicenda, rispetto ai pensionati per invalidità a carico dell'INPS, con varie soluzioni adottate nelle più importanti leggi degli ultimi anni e con esiti, in un caso, innanzi alla Corte Costituzionale (31). Allo stato provvede l'art. 20 della legge n. 153 del 1969, quivi essendosi disposto che la quota eccedente il trattamento minimo di pensione non è cumulabile, nella misura del 50%, con la retribuzione, non essendo comunque cumulabile la quota di pensione eventualmente eccedente le lire 100.000 mensili. Anche qui, quindi, la normativa è diversa di volta in volta, per qualche verso prospettandosi come non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale rispetto al principio d'eguaglianza. In linea di opportunità, pare giustificato ritenere che il fatto dell'occupazione debba incidere, almeno in una certa misura, nel trattamento di pensione sia per eliminare, come si dice, situazioni di privilegio sia per ragioni di coerenza logica (32); per ragioni d'intuitiva equità, un trattamento di particolare favore può essere fatto per gli invalidi di guerra, con una soluzione che la Costituzione né impone né inibisce. Oltre tutto si tratta di trovare il giusto punto di equilibrio.

Diverso è il problema, pur ampiamente discusso (33), della revocabilità del trattamento di pensione a seguito del comprovato riacquisto della capacità di guadagno, eventualmente attestato dal fatto dell'avvenuta rioccupazione, essendosi frequentemente posto il problema in giurisprudenza a seguito dell'assegnazione di un posto in svolgimento delle leggi sulle assunzioni obbligatorie. La possibilità in sé non può essere, per definizione, esclusa: è logico e coerente che l'invalido riabilitato e reinserito in attività produttive venga privato della pensione, una volta accertato il concreto e pieno riacquisto della capacità di guadagno. La soluzione, di principio e senza fiscalismi applicativi, è imposta per intuitive ragioni. Piuttosto si tratta di coordinare in concreto quanto discende

---

(30) V. Ostoja e Ranci, *Realtà e prospettive per la valorizzazione degli invalidi*, in *Il recupero sociale dell'invalido*, cit., 430 ss.

(31) V. Corte cost. 22 dicembre 1969, n. 155, in *Foro it.*, 1970, I, 394.

(32) V. Chiappelli, *L'invalidità pensionabile nell'ordinamento giuridico*, cit., 71.

(33) V., con ampi riferimenti, Gatta, *Sul concetto di invalidità pensionabile e possibilità di revoca della pensione*, in *La invalidità pensionabile*, cit., I, 137.

dalla duplice indicazione di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 38: la piena tutela dell'invalido ai sensi della prima disposizione, l'esigenza che la riabilitazione abbia in concreto corso. Tutto questo postula, a mio avviso, che i trattamenti assistenziali, pieni e completi per i soggetti di scontata irrecuperabilità, siano invece, rispetto a coloro che risultino obiettivamente recuperabili, fissati in tali misure che ne derivi un corposo incentivo tale da indurre gli interessati non ad adagiarsi nella loro condizione e nella sicurezza delle provvidenze che ne derivano, ma ad adoperarsi attivamente per il recupero sociale. Purtroppo la spinta umana di fondo impone siffatti aggiustamenti operativi, in guisa da preordinare l'assetto normativo in modi che cospirino nel favorire la disponibilità rispetto all'obiettivo preferenziale perseguito. Qui, direi, non c'è spazio né ragione per apposita disciplina, dovendosi fare appello unicamente al senso di equilibrio nelle applicazioni concrete, specie da parte dei giudici.

Piuttosto è degna di attenzione la censura in ordine ad un sistema che è fermo nell'alternativa rigida, invalidità pensionabile o no, o tutto o nulla senza previsione di rilevanza dell'invalidità parziale con conseguente riconoscimento della pensione in misura differenziata secondo il grado di riduzione della capacità (34). Altrettanto sennati sono i rilievi circa il mancato collegamento tra l'assistenza di malattia e l'intervento pensionistico una volta acclarata la permanenza dell'invalidità, con i vuoti pericolosi che si hanno in diritto e che così gravemente possono incidere in fatto tra i due regimi protettivi (35), tutto derivando allo stato dalla limitazione temporale nell'anno dell'assistenza in caso di malattie. Ma la limitazione dovrebbe venir meno col superamento dell'angusto schema assicurativo ancora condizionante e col passaggio ad un autentico sistema di sicurezza sociale; in ogni caso sono inammissibili fratture e vuoti, essendo in giuoco, oltre tutto, la salute dei soggetti tutelati.

Infine un semplice cenno alle altre situazioni prese in considerazione. Nell'immenso calderone degli invalidi « civili », cioè di quelli residualmente non per fatto di guerra, o di servizio, o di lavoro, da diverso tempo un particolare trattamento è stato fatto ai ciechi, garantendosi a costoro un vero e proprio diritto alla pensione (36); da ultimo i trattamenti sono stati migliorati (ma con misure sempre insufficienti) con la legge 27 marzo 1970, n. 382. Più recente è l'attribuzione di un assegno mensile di

---

(34) V. Vicinelli, *Sulla pensionabilità di una invalidità parziale*, cit., I, 158.

(35) V. Mari e De Fazio, *Problemi medico-sociali dell'invalidità pensionabile in fase di instaurazione*, cit., II, 169.

(36) V. Colombo, *Ciechi*, in *Enc. dir.*

assistenza ai sordomuti, ora nella misura di lire 12.000 mensili ai sensi della legge 26 maggio 1970, n. 381. Da ultimo c'è la tutela per gli invalidi civili in genere; ma di questo dirò in prosieguo in relazione alla recentissima legge in materia.

5. La tutela dell'invalido non può esaurirsi in trattamenti pensionistici, ma esige, come ho ricordato all'inizio, che si faccia tutto il possibile per il recupero sociale, in senso vasto, con una completa assistenza volta al reinserimento, anche in termini psicologici. I complessi profili del tema, nella prospettiva di un sistema organico e funzionale, sono stati approfonditi, in diverse occasioni e con l'accumulazione di una letteratura ormai copiosa, dai medici, dagli psicologi, da tutti gli scienziati sociali interessati, in definitiva, a questa problematica. E, in questi ultimi decenni, come registrò un vegliardo benemerito dell'assistenza sociale (37), certamente molto si è fatto in questa direzione con molteplici iniziative. Ma, secondo la tendenza di sviluppo e le occasioni, si è costruito in definitiva alla spicciolata, occasionalmente, non, come era storicamente inevitabile, secondo un disegno aprioristico, organico, completo. Ed è anche scontato che, in questo disorganico processo, vi siano state, e pesino ancora, dispersioni, anche di mezzi finanziari, ed incongruenze, nell'indubbio accavallamento irrazionale delle varie iniziative. Abbiamo, così, un quadro assai composito che qui si fissa solo nelle grandi linee.

Molte iniziative si debbono alla spinta tradizionale dell'assistenza e beneficienza private, spesso a motivazione religiosa. Né sono mancate notevoli realizzazioni di amministrazioni comunali (tipica la situazione milanese). V'è l'intervento tradizionale imposto dalla legge o agli enti autarchici territoriali o direttamente allo Stato, spesso per mere ragioni d'ordine pubblico, come ho detto in precedenza. Più recente è l'intervento, assai più modernamente ispirato, o di enti previdenziali o di enti costituiti *ad hoc* per la tutela degli invalidi di certe categorie o, ancora una volta, direttamente dello Stato. Nel merito, questi interventi si sostanziano nelle forme più varie: assistenza sanitaria, fornitura di protesi, centri di rieducazione e di recupero o di formazione professionale, laboratori speciali etc.

Sul piano di categoria agiscono, ad es., l'Opera Sordomuti, l'Unione Ciechi e, soprattutto, l'Opera nazionale per gli invalidi di guerra. Presso l'INAIL è costituita la gestione speciale per i grandi invalidi e per gli

---

(37) V. Medea, *Intervento* nel quaderno n. 33 dell'Istituto italiano di Medicina Sociale, *I centri sanitari delle scuole speciali del comune di Milano*, 1965, 37.

invalidi del lavoro (38), con un intervento che anche di recente è stato sottoposto a non trascurabile critica in termini di completezza e di efficienza (39). La gestione opera per i grandi invalidi, intendendosi per tali gli invalidi nella misura dell'80%, nonché, secondo l'innovazione di cui al t.u. del 1965, per gli invalidi il cui grado d'invalidità sia inferiore ai quattro quinti, se suscettivi di riabilitazione, organizzando corsi di qualificazione ed erogando assegni continuativi mensili o straordinari, assistenza sanitaria nonché con altre provvidenze (ad es. ricoveri in speciali istituti) anche a favore dei figli degli invalidi, come il collocamento di questi in collegi; da segnalare qui l'intervento del servizio sociale. Sennonché, di norma, è da escludere la configurabilità di un vero e proprio diritto, tutto risolvendosi, in definitiva, in una predisposizione istituzionale di un intervento per iniziative alle quali gli interessati sono ammessi in ragione delle disponibilità di bilancio. Analogamente opera l'INPS (40) nonché l'INAM. Ai sensi della legge 10 giugno 1940, n. 932 il Ministero dell'interno gestisce appositi centri per l'assistenza e la cura degli infermi poveri recuperabili affetti da postumi di poliomielite; l'intervento venne esteso, con legge 10 aprile 1954, n. 218, a favore dei bambini discinetici poveri, cioè ai soggetti recuperabili affetti da paralisi spastiche infantili e ai lussati congeniti all'anca. Anche qui si tratta di interventi che hanno avuto corso in ragione della concreta disponibilità finanziaria, comunque dovendosi escludere, di massima, la sussistenza di veri e propri diritti soggettivi.

6. Da tempo ci si è premurati, nel nostro ordinamento, di assicurare, almeno in parte, il reinserimento degli invalidi nelle attività produttive col sistema, conosciuto anche in altri paesi, dell'assunzione obbligatoria, prevedendo la legge, con varia intensità di effettiva cogenza, il collocamento obbligatorio, nelle pubbliche amministrazioni e nelle imprese private, di soggetti che altrimenti, in ragione della loro ridotta capacità di lavoro, assai difficilmente avrebbero potuto trovare occupazione secondo l'andamento spontaneo del mercato, specie in una situazione generale di non trascurabile disoccupazione o semioccupazione parziale. Nel periodo tra le due guerre mondiali si provvide, con legge del 1921, per gli invalidi di guerra. Nel secondo dopoguerra si sono

---

(38) V. Alibrandi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 1969, 657 ss.

(39) V. Pozzato, *L'assistenza ai grandi invalidi del lavoro*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1971, 35.

(40) V. Cannella, *Corso di diritto della previdenza sociale*, Milano, 1970, 470 ss.

avuti ripetuti interventi: legge del 1950, sensibilmente modificata nel 1963, per gli invalidi, militari e civili, di guerra; legge del 1953 per gli invalidi per servizio; decreto legislativo del 1947 per i mutilati e gli invalidi del lavoro; legge del 1962 per gli invalidi « civili »; decreto legislativo del 1948 per gli *ex* tubercolotici clinicamente guariti; collocamento obbligatorio dei ciechi come centralinisti con leggi del 1957 e del 1960 e come massaggiatori e massofisioterapisti con legge del 1961; legge del 1958 per i sordomuti. Si ebbe, così, una somma o coacervo di provvedimenti legislativi disorganici, di norma lacunosi su punti essenziali e di pessima fattura tecnica, in tal guisa determinandosi l'insorgere, come ampiamente dimostrai in altra occasione (41), di interrogativi di non agevole soluzione, con veri rompicapo e con la necessità di ripiegare su espedienti, specie da parte della giurisprudenza forzatamente approssimativa. Il caso più clamoroso fu quello della legge del 1958 a favore dei sordomuti che risultò in pratica inapplicabile nel settore privato (42). In particolare, il collocamento obbligatorio aveva corso, in questa congerie di provvedimenti, in modi incomprensibilmente assai diversi, con facoltà di assunzione diretta da parte degli obbligati di soggetti aventi i requisiti prescritti; con obbligo di rivolgersi ad un ufficio pubblico preposto al collocamento, variamente con richiesta nominativa o numerica; talora, almeno apparentemente, per atto d'ufficio. Per una situazione, quella relativa all'a.o. degli invalidi del lavoro, l'avarissima formula di legge venne discutibilmente intesa in giurisprudenza nel senso del possibile avviamento d'ufficio da parte dell'organo pubblico (43). Naturalmente, in ordine alla legittimità di questo sistema ritenuto o prospettato come impositivo dell'assunzione, a titolo meramente assistenziale, d'invalidi nelle unità di lavoro così chiamate, si diceva, a provvedere per un compito che avrebbe dovuto far carico allo Stato, si sollevarono eccezioni, ai sensi dell'art. 41/1 Cost. relativo alla libertà dell'iniziativa economica, specie dopo la famosa sentenza della Corte Costituzionale contenente la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'imponibile di manodopera in agricoltura; ma l'eccezione venne ritenuta manifestamente infondata in due ben note pronunce della Corte Costituzionale (44).

---

(41) V. *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, cit., *Introduzione*.

(42) V. *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, cit., 55 ss.

(43) V. Montuschi, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano, 1967, 332.

(44) V. Corte cost. 15 giugno 1960, n. 38, in *Mass. giur. lav.*, 1960, 136; 11 luglio 1961, n. 55, in *Riv. dir. lav.*, 1962, 2, 236.

Il testo base che oggi regola la materia è costituito dalla legge 2 aprile 1968, n. 482 (45). Questa legge, intitolata « disciplina generale delle a.o. », venne adottata, anche in ragione del prolificare delle proposte di leggi particolari, nel tentativo di apportare ordine nel sistema, con una disciplina unificante. Soprattutto il legislatore, cercando di comporre anche gli interessi antagonistici della varie categorie di invalidi, volle dar corso a tre principi: quello della determinazione di un'unica quota impositiva, con ripartizione interna della medesima tra le varie categorie; quello c.d. di scorrimento, giusta il quale posti di lavoro eventualmente non copribili con invalidi di una determinata categoria a causa della mancanza di aspiranti, debbono ripartirsi a favore dei soggetti delle altre categorie; quello dell'unicità e dell'organo preposto al collocamento (attuato, di fatto, con una notevole eccezione temporalmente limitata come dirò) e delle relative procedure. Questo disegno politico, in sé apprezzabile, ebbe di massima corso. Ma, nella fretta imposta dall'imminente decadere della legislatura, mancò il tempo per elaborare una disciplina veramente completa ed esauriente, risolvendo tutti i problemi già emersi nell'esperienza, molti del quali restano tuttora irrisolti; di questo si rese conto il legislatore, tanto che, con il capoverso dell'art. 31, ritenne di dover dichiarare abrogate, malgrado l'apparente generalità della disciplina di cui al titolo, solo le disposizioni incompatibili con la nuova normativa. Con tutto questo, ritengo che la legge del 1968 abbia rappresentato un progresso rispetto alla situazione anteriore e costituisca almeno una tappa, per molti aspetti positiva, verso il traguardo di una legislazione veramente e finalmente adeguata. Quanto meno non può dubitarsi dell'opportunità che, in materia, vi sia una disciplina basata su soluzioni unitarie, organiche, funzionali; che poi questa o quella soluzione in concreto adottata sia, per ragioni intrinseche di normativa o, come sovente avviene nel nostro paese, per mancata predisposizione di un adeguato apparato organizzativo col quale sia possibile passare dalle promesse ai fatti, buona, è questione opinabile sulla quale tutti gli interessati hanno voce in capitolo e rispetto alla quale è decisiva la prudente scelta politica di governo. Intanto, nella discussione che qui si sollecita in ordine alle possibili ed opportune riforme, è imprescindibile che ci si pronunci, in via di logico avvio, sulla bontà o no delle soluzioni accolte nella legge del 1968, sulla base dei dati concreti forniti dall'esperienza. Dico questo, dichiarandomi nell'impossibilità di proporre una valutazione personale per mancanza di dati, sol perché ho constatato,

---

(45) V. il mio studio su *La nuova regolamentazione delle assunzioni obbligatorie*, in *Infortuni*, 1968, I, 1270.

invero con un certo stupore, l'esistenza di valutazioni del tutto contrastanti nelle relazioni introduttive delle diverse proposte di legge particolari presentate, in non trascurabile numero, in questa legislatura. Nelle relazioni premesse alle proposte presentate dall'on. Protti (46), in quella, stranamente eguale alla precedente, presentata dall'on. Bertoldi e da altri (47), in quella premessa alla proposta dell'on. Marocco e di altri (48) ed, infine, in quella illustrativa della proposta degli onn. Speranza e Ciccardini (49), si afferma concordemente che la soluzione accolta nella legge di demandare pressoché *in toto* il collocamento obbligatorio degli uffici di collocamento, si è rivelata fallimentare, difettando detti uffici del personale specializzato necessario, tanto che il sistema sarebbe in totale crisi paralizzante. Viceversa, secondo la relazione premessa alla proposta presentata dall'on. Boffardi e da altri (50), la valutazione ha da essere sostanzialmente positiva, ivi leggendosi testualmente che « ... le diverse diecine di migliaia di avviamenti effettuati in poco più di un anno, illustrano da sé i risultati conseguiti dall'applicazione della legge » (51). Ribadisco il mio stupore, in quanto sono stato meravigliato di trovarmi innanzi a conclusioni così radicalmente opposte; spero che i lavori di questo convegno consentano, sulla base dell'acquisizione di fatti precisi, una conclusione attendibile sul punto pregiudiziale.

Passo ad illustrare rapidamente i punti essenziali della disciplina, soprattutto cercando di individuarne gli aspetti più controversi o degni di attenzione, comunque, in questo convegno. La legge del 1968 prende in considerazione tutte le categorie di invalidi già considerate nelle precedenti leggi particolari; in realtà, per qualche situazione, l'unificazione nel nuovo testo è solo formale, limitandosi la legge a confermare la precedente normativa che, quindi, resta in piedi con tutta la particolare problematica: questo dicasi per l'a.o. degli ex tubercolotici (d.l. 15 aprile 1948, n. 538 e legge 28 febbraio 1953, n. 86) e per l'a.o. dei ciechi centralinisti (legge 14 luglio 1957, n. 594 e successive modifiche) e massaggiatori (legge 21 luglio 1961, n. 686). Per i ciechi c'è, nel capoverso dell'art. 6, una sorta di impegno programmatico, con la riserva di emanare ulteriori disposizioni per il col-

---

(46) V. proposta n. 1126 presentata il 4 marzo 1969 alla Camera.

(47) V. proposta n. 1143 presentata il 6 marzo 1969 alla Camera.

(48) V. proposta n. 3069 presentata il 12 gennaio 1971 alla Camera.

(49) V. proposta n. 3167 presentata il 3 marzo 1971 alla Camera.

(50) V. proposta n. 2296 presentata il 4 febbraio 1970 alla Camera.

(51) Per quanto ho potuto apprendere, solo dopo la legge del 1968 l'Amministrazione del lavoro raccoglie dati sul collocamento obbligatorio, ma difettano tranquillanti elaborazioni. Mi è stato detto che, alla data del 30 giugno 1970, risulterebbero occupati, in attuazione delle leggi impositive, circa 230.000 soggetti.

locamento di coloro che risulteranno professionalmente qualificati; è da ricordare che, a favore di questa categoria, è stata poi presentata la proposta di legge dell'on. Mosca (52).

Sono esclusi dal collocamento obbligatorio tanto i « minimi » quanto i « massimi » invalidi, intendendosi per i primi i soggetti la cui riduzione della capacità lavorativa è ritenuta non ostativa della possibilità di trovare occupazione nel mercato generale di lavoro e per i secondi quelli che non abbiano alcuna possibilità di utile occupazione in ragione del grado elevato della minorazione. La prima esclusione è operata, per gli invalidi di guerra e per servizio, con riferimento a determinate situazioni contemplate nella legislazione pensionistica, mentre per gli invalidi del lavoro e civili si richiede una riduzione della capacità lavorativa non inferiore ad un terzo. All'estremo opposto sono esclusi coloro che hanno perduto ogni capacità lavorativa, questo non potendo automaticamente dedursi, come giustamente si è ritenuto (53), dalla circostanza del riconoscimento del trattamento pensionistico o di rendita infortunistica corrispondenti al grado massimo di invalidità in astratto, dovendosi procedere, ai fini del collocamento, ad una valutazione in concreto della residua capacità; sono altresì esclusi coloro che hanno superato il cinquantacinquesimo anno nonché coloro che, per la natura ed il grado dell'invalidità, possano riuscire di danno alla salute e all'incolumità dei compagni di lavoro o alla sicurezza degli impianti: dirò fra poco del problematico svolgimento di questa indicazione. Secondo la legge 482, a differenza delle leggi precedenti, può aspirare al collocamento obbligatorio solo chi sia disoccupato; la soluzione è stata criticata in quanto impeditiva della possibilità, per gli invalidi già assunti nelle pubbliche amministrazioni, di aspirare ad altri e migliori posti d'impiego e si propone una conseguente modifica della legge nel settore in questione (54).

Il collocamento obbligatorio deve aver corso nelle pubbliche amministrazioni secondo determinate percentuali rapportate alle diverse categorie del personale. Le aziende private che hanno alle loro dipendenze più di 35 lavoratori, non computandosi all'uopo gli apprendisti, devono assumere soggetti protetti nella misura complessiva del 15% del personale in servizio; l'aliquota complessiva è così ripartita tra le varie cate-

---

(52) V. proposta n. 1045 presentata il 17 febbraio 1969 alla Camera.

(53) V. circolare del Min. Lavoro, 9 dicembre 1968, in *Nuova rass. amm. com.*, 1969, 984.

(54) V. la proposta di legge n. 2576 presentata alla Camera, il 16 giugno 1970, dall'on. Tantalo nonché la proposta n. 2636 presentata il 2 luglio 1970 dall'on. Pazzaglia ed altri.

gorie: invalidi militari di guerra, 25%; invalidi civili di guerra, 10%; invalidi per servizio, 15%; invalidi del lavoro, 15%; invalidi civili, 15%; sordomuti, 5% (ma questi ultimi possono essere assunti solo nelle unità occupanti almeno 100 dipendenti; nelle unità inferiori debbono essere assunti in sostituzione invalidi civili) (55); in caso di mancanza di aspiranti di una categoria deve aver corso il principio c.d. di scorrimento. Le minori unità, aventi alle dipendenze da 11 a 35 dipendenti, in precedenza obbligate all'assunzione degli invalidi di guerra sono ora libere da ogni obbligo; l'innovazione è stata criticata e, in diverse proposte di legge, si propone il ripristino della situazione anteriore (56). Nei limiti dell'aliquota complessiva la metà di determinati posti di lavoro (custodi, portieri, ecc.) va ri servata agli invalidi e nell'assegnazione dei medesimi va data precedenza agli invalidi di guerra o per servizio amputati all'arto superiore o inferiore: si è detto (57) che questa previsione giuoca, ingiustamente, in danno degli invalidi per malattia professionale. Per le imprese di navigazione, di trasporto e per le ferrovie la base di riferimento per la determinazione della quota d'obbligo va determinata escludendosi il personale navigante e viaggiante. Infine il Ministro può esonerare parzialmente dall'obbligo di assumere invalidi, in caso di constatata impossibilità per le condizioni particolari dell'impresa, a condizione che si assumano in sostituzione orfani e vedove. Tutte queste previsioni sono state variamente sottoposte a critica. Intanto le varie aliquote, ivi compresa quella impositiva, possono essere variate, ai sensi dell'art. 26, per regolamento delegato, suscitando la disposizione non trascurabili dubbi di legittimità in relazione al principio di riserva di legge invocabile in materia (58). Soprattutto, e specie da parte dei medici sociali (59), si critica il sistema della percentuale impositiva in astratto, in ragione dell'entità complessiva del personale occupato nelle unità di

---

(55) Il totale di 100 si raggiunge considerando l'aliquota del 15% riservata agli orfani e alle vedove; situazione qui non considerata.

(56) V. le proposte Protti, Bertoldi, Boffardi, Speranza e Ciccardini sopra citate; secondo la proposta Marocco dovrebbero essere obbligate le imprese occupanti almeno 15 lavoratori. Però in questa proposta spesso l'entità dell'aliquota complessiva varia in ragione di scaglioni di consistenza delle imprese. Né manca la proposta di rivedere la ripartizione interna di categoria a favore degli invalidi di guerra. Secondo la proposta Speranza e Ciccardini, l'invalido con riduzione della capacità superiore al 70% dovrebbe essere considerato per due unità.

(57) V. Pozzato, *L'assistenza ai grandi invalidi*, cit.

(58) V. il mio *La nuova regolamentazione*, cit., n. 5.

(59) V., ad es., Urbini, *Aspetti di interesse medico-sociale e medico-legale dell'assistenza agli invalidi civili*, in *Sicurezza sociale*, 1969, 385.

lavoro, giustamente osservandosi che una soluzione siffatta è formalistica ed incongrua, appunto per il suo formalismo semplificatore: essendo in giuoco l'occupazione, in senso economicamente proficuo, di soggetti di ridotta capacità di lavoro rispetto alla media, dovrebbe rinunciarsi alla determinazione di una percentuale in astratto, valutando viceversa in concreto in ordine alle possibilità di utile inserimento in posti di lavoro secondo le effettive caratteristiche aziendali. Giustamente si osserva che il reinserimento al lavoro, ove non voglia risolversi in una collocazione meramente assistenziale in organico senza possibilità di effettivo utilizzo, come spesso si lamenta e dai soggetti obbligati e dagli stessi invalidi così mortificati, pone delicati problemi che si possono risolvere non in astratto, ma solo in concreto, rispetto ad una certa determinata impresa e a specifici posti di lavoro, anche perché l'invalido incollocabile in una certa unità, può essere proficuamente assunto altrove; di qui l'auspicio di un diverso sistema, amministrato da organi competenti composti da sanitari e da esperti del lavoro, nel cui ambito sia possibile procurare lavoro agli invalidi ogni volta che ne risulti l'obiettiva possibilità, con l'indispensabile collaborazione del servizio sanitario d'azienda.

La critica così formulata già su questo primo aspetto della tecnica impositiva seguita dal legislatore, involge in realtà l'aspetto più problematico del nostro sistema di a.o., spesso accusato di risolversi nella mera imposizione di dipendenti con una funzione esclusivamente assistenziale addossata alle imprese (60), soprattutto perché, in pratica, sono avviati al lavoro soggetti non adeguatamente riqualificati in precedenza. In definitiva, in vario contesto e momento, è sempre il medesimo assunto critico che torna. E per rendersi conto della posta in giuoco, è necessario sottolineare come avviene, in concreto, l'avviamento al lavoro. Mentre presso il Ministero del lavoro è costituita una sottocommissione centrale per le a.o. col compito di esprimere pareri in ordine a talune vicende del sistema, il collocamento è in concreto amministrato, a livello provinciale, da una commissione costituita presso l'ufficio del lavoro investito poi dei compiti operativi; solo per cinque anni, e cioè fino al 1973, è conservata, per gli invalidi di guerra, la competenza dell'ONIG, da questa temporanea sopravvivenza derivando problemi interpretativi di non agevole soluzione (61). Gli invalidi da avviare al lavoro sono inclusi in elenchi, con graduatorie formate dalla commissione provinciale (che provvede anche per dar corso al principio c.d. di scorrimento), sulla base di una

(60) V. Palmieri, *L'utilizzazione del minorato*, in *Problemi medici e sociali dell'utilizzazione del minorato*, cit., 26 ss.

(61) V. il mio *La nuova regolamentazione*, cit., n. 4.

dichiarazione dell'ufficiale sanitario attestante che il soggetto, per la natura ed il grado dell'invalidità, non può essere di pregiudizio alla salute e all'incolumità dei compagni di lavoro o alla sicurezza degli impianti. La commissione provinciale, della quale fa parte solo un ispettore medico del lavoro, non ha, per legge, in realtà alcuna possibilità di accertamento in ordine alla residua attitudine al lavoro dell'invalido. Solo per gli invalidi civili vi è spazio, almeno formalmente, per più adeguati accertamenti, essendo per questa categoria costituita (legge n. 1539 del 1962; legge n. 625 del 1966 nonché la recentissima legge di cui dirò) una commissione sanitaria provinciale alla quale è commesso, invero con formule sempre più sfumate nel succedersi delle varie leggi, il compito di più approfondite valutazioni. La ragione di questa particolare soluzione per gli invalidi civili agevolmente si comprende, in conseguenza del carattere residuale della categoria e al fine di accertare i soggetti che vi rientrano; mentre per gli invalidi di guerra, per servizio o del lavoro in quanto tali risultano *aliunde* sulla base delle risultanze acquisibili dagli uffici preposti ai trattamenti economici d'invalidità, non v'era alcuna strutturazione istituzionale utilizzabile per gli invalidi civili: di qui l'indispensabilità di creare un organo *ad hoc* per la identificazione degli aventi titolo e per l'esame della loro specifica situazione.

Viceversa, ai sensi della legge n. 482 e nel contesto dalla medesima esclusivamente regolamentato, il collocamento al lavoro presso le aziende private (le pubbliche amministrazioni hanno facoltà di assumere direttamente soggetti inclusi negli elenchi), avviene su richiesta, numerica ed eventualmente nominativa delle ipotesi contemplate, da parte del soggetto obbligato; e l'ufficio « avvia » al lavoro, secondo le graduatorie degli elenchi, in pratica, nel caso di richiesta numerica, soggetti la cui concreta utilizzabilità dovrebbe essere garantita unicamente dalla generica dichiarazione di non pregiudizio rilasciata dall'ufficiale sanitario. Dichiarazione ben poco probante, appunto perché generica ed astratta: come è possibile, infatti, affermare in generale che l'invalido non è di pregiudizio, quando si sa che un soggetto in pratica non collocabile in una certa impresa o in un certo posto è collocabile altrove senza alcuna difficoltà? In definitiva, la stessa legge si è resa conto dell'incongruenza della soluzione, perché, ai sensi dell'art. 20, il datore che dovrebbe occupare l'invalido può provocare, quindi dopo l'atto di assegnazione al lavoro, il giudizio di uno speciale collegio medico per far constatare che il soggetto avviato è incollocabile perché di pregiudizio nei termini su espressi; evidentemente dandosi così corso ad una valutazione non più astratta, ma concreta, in riferimento alle specifiche condizioni dell'unità di lavoro.

Ci si può chiedere quale sia il grado di funzionalità e di serietà di un

sistema siffatto, sotto vari profili mal congegnato in danno dei soggetti protetti e di quelli obbligati. Sulla premessa che una buona legge in materia potrà aversi sol quando il legislatore si deciderà a tener adeguatamente conto degli ammonimenti, di buon senso, dei medici sociali e degli esperti del lavoro in ordine all'effettiva possibilità di utile reinserimento degli invalidi, dovrebbe congegnarsi un sistema e delle procedure volte all'accertamento in concreto delle condizioni dell'invalido e della possibilità di collocarlo in un determinato posto di lavoro. In sostanza, l'avviamento al lavoro dovrebbe avvenire a ragion veduta, non sulla base di elenchi nei quali oggi si viene inseriti sulla base di una generica valutazione della capacità lavorativa, imponendo la soluzione di eventuali contestazioni in via preventiva sulla base di accertamenti in concreto e non dopo l'avviamento. In un sistema siffatto, una volta accertatasi l'idoneità al lavoro rispetto ad un determinato posto di lavoro, sarebbe anche coerente l'esclusione della possibilità di condizionare l'assunzione definitiva all'esito positivo di un periodo di prova; questione che, allo stato, resta aperta (62).

Tanto più che, rispetto al sistema come è ora congegnato, pur dandosi per scontata la questione di legittimità costituzionale della legge impositiva in sé formalmente considerata secondo le condividibili pronunce della Corte Costituzionale e pur superandosi il dubbio ulteriormente prospettato, sempre rispetto alla legge in sé, condizionata all'intepretazione accoltane nel senso di una riserva di posti solo per l'ipotesi di nuove assunzioni o no, dubbio che non ha, a mio avviso, fondamento né in via interpretativa né in via di legittimità una diversa questione di legittimità si è, da ultimo, più sottilmente sollevata, deducendosi, per diversi aspetti non a torto, che il sistema è complessivamente carente perché non garantisce la previa riqualificazione degli individui e non ne assicura, in concreto, l'avviamento al lavoro in termini economicamente validi (63). E con questo si constata la nota più dolente.

In un diverso, più funzionale sistema, potrebbe, forse, superarsi anche la critica indicata alla tecnica della percentuale in astratto. Certo sarebbe auspicabile non fissare percentuali astratte e rigide, ma commettere flessibilmente tutto ad organi, adeguatamente composti in modo da

---

(62) V., da ultimo, Pret. Latina, 21 marzo 1969, in *Dir. lav.*, 1970, 2, 314, con nota di Montuschi.

(63) V. Ghera, *L'assunzione obbligatoria degli invalidi civili e i principi costituzionali circa i limiti dell'autonomia privata in materia di iniziativa economica*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, 421; Conti, *La nuova legge sulle assunzioni obbligatorie e la Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1969, I, 186.

mobilitare tutte le conoscenze indispensabili, demandando ad essi di fissare volta per volta quanti invalidi debbono essere assunti in una determinata unità di lavoro. Sennonché qui l'*optimum* suggerito dai vari scienziati sociali non può aver semplicemente corso nei termini prospettati. Vi osta, in linea di principio, la necessità della disciplina di legge costituzionalmente richiesta in materia impositiva. Perciò dovrebbe seriamente studiarsi la possibilità di una soluzione, giuridicamente ineccepibile, che accolga per quanto possibile quella impostazione; forse con una legge determinante i limiti minimo e massimo dell'imposizione entro i quali dovrebbero operare organi o uffici specializzati.

Nell'ambito di un'adeguata procedura dovrebbero essere risolti anche i problemi relativi al processo costitutivo del rapporto di lavoro nel sistema *de quo*, problemi che oggi la normativa lascia largamente e deplorevolmente scoperti, con l'insorgere di veri *rebus* interpretativi, quale quello se dall'avviamento al lavoro derivi o no la costituzione del rapporto in questione, con tutte le conseguenze che possono derivarne ove si opti per la prima alternativa, a mio avviso seriamente prospettabile per quanto l'art. 20 della legge n. 482 detta per l'ipotesi che l'invalido non sia in concreto ammesso al lavoro nelle more del giudizio del collegio medico provocato dal datore di lavoro e risultato, poi, sfavorevole per costui (64). Secondo la legge n. 482 l'avviamento ha corso solo su richiesta del datore di lavoro rivolta al competente ufficio, incorrendo altrimenti l'obbligato nella responsabilità contravvenzionale; la legge esclude, quindi, la possibilità di avviamento d'ufficio, ritenuta prima, in via interpretativa, per il collocamento degli invalidi del lavoro. Anche questa soluzione è stata criticata perché favoritiva del persistere di situazioni d'inosservanza, pertanto proponendosi che la denuncia semestrale alla quale il datore di lavoro è tenuto, sia da considerare come implicita richiesta di avviamento per i posti dalla denuncia medesima risultanti disponibili (65). In materia non c'è niente di sacro, né vale appellarsi alla pur diffusa opinione della necessaria contrattualità del rapporto di lavoro. È tutta questione di chiare ed adeguate scelte politiche del legislatore: si può ben prevedere al limite, dando in parte e preventivamente possibilità di richiesta nominativa (così incentivando la spontanea copertura della percentuale) e con ampia possibilità di sfogo per eventuali successive variazioni ad una sorta di autorizzazione dell'organo o come è previsto in altre legislazioni. Nessuna soluzione è esclusa: l'essenziale è che si preordinino strutture e procedure razionali

(64) V. ancora *La nuova regolamentazione*, cit., n. 4.
(65) V. le proposte di legge Boffardi e Speranza sopra citate.

entro le quali abbiano possibilità di appagamento, nella misura in cui sono obiettivamente giustificate, le opposte esigenze.

All'invalido così assunto al lavoro debbono essere comprensibilmente assegnate mansioni compatibili con le sue particolari condizioni; l'interessato può provocare in materia il giudizio dello speciale collegio medico. Anche qui molto potrebbe risolversi ove l'assegnazione avvenisse per uno specifico posto di lavoro, condizionandosi, come si è proposto (66), eventuali successive variazioni ad una sorta di autorizzazione dell'organo o ufficio preposto all'amministrazione del sistema. Ricordo che in una proposta di legge (67) si progetta di sopprimere la possibilità, per il datore di lavoro, di provocare l'accertamento del collegio medico in ordine all'esistenza di pregiudizio per la sicurezza degli impianti a seguito dell'utilizzazione del minorato, posto che l'obbligato potrebbe e dovrebbe reperire mansioni rispetto alle quali non sia prospettabile siffatto pregiudizio.

In ordine al trattamento « economico, giuridico e normativo » da garantire all'invalido assunto *ope legis*, il principio, ovvio e comprensibile, è quello che spetta il medesimo trattamento che dovrebbe altrimenti praticarsi, rispetto alle mansioni, ad un lavoratore valido. Ciò sulla premessa implicita che il minorato, in ragione delle residue capacità ed in relazione a quel posto, renda come un valido. Questo comprova come il sistema debba essere inteso e regolato come procurante occupazione, rispetto a quei determinati posti di lavoro, a soggetti funzionalmente del tutto validi in senso, appunto, relativo e specifico.

In ordine alla possibilità di licenziamento si applica, innanzitutto, il regime ormai di diritto comune del lavoro, nel senso della rilevanza o della giusta causa o del giustificato motivo. Inoltre l'invalido può essere licenziato quando, a giudizio del collegio medico, risulti in prosieguo o la sopravvenuta perdita d'ogni capacità lavorativa o un aggravamento tale da rendere il soggetto pericoloso nei termini suespressi; singolarmente il giudizio può essere provocato, oltre che, ovviamente, dal datore di lavoro, anche dal lavoratore e su questo apparentemente strano licenziamento ad istanza del licenziando molto si è detto: la previsione, letteralmente infelice, va spiegata nel senso della provocazione di un giudizio d'incollocabilità utilizzabile dall'interessato ai fini del conseguimento di altri benefici sul piano pensionistico *et similia*. Il regime di possibile risoluzione del rapporto è stato variamente riconsiderato in diverse proposte di legge.

---

(66) V. Simi, *La protezione dei minorati nello svolgimento del rapporto di lavoro*, in *Problemi medici e sociali*, cit., I, 283.

(67) V. proposta Marocco citata.

Ma talune ipotizzate innovazioni suscitano perplessità; ad es. quella secondo la quale mai potrebbe aversi licenziamento per scarso rendimento (proposta Marocco) o l'altra giusta la quale il licenziamento sarebbe possibile solo condizionatamente al preventivo consenso dell'ONIG (proposta Speranza-Ciccardini nella quale è pure inspiegabilmente previsto che « nei licenziamenti conseguenti a vertenze sindacali, gli invalidi debbono essere riassunti al momento della cessazione di tali vertenze »).

7. L'ultimo intervento a favore degli invalidi, è rappresentato dalla legge 30 marzo 1971, n. 118 dettata a favore degli invalidi civili. Si tratta di un provvedimento molto importante, vera tappa qualificante nel processo di sviluppo dell'ordinamento in materia e ciò per un molteplice ordine di ragioni. Non certo per la misura delle provvidenze economiche, ancora di per sé risibili ed umilianti. Non per la perfezione della legge, che anche qui non mancano gravi imperfezioni e sconcordanze rispetto al contesto generale della normativa. Non perché la legge di per sé plachi nell'immediatezza le aspettative di un'umanità dolorante, posto che molte cose qui sono semplicemente promesse. E tuttavia c'è stato in questa occasione un autentico salto qualitativo, con l'apertura di una prospettiva per diversi aspetti nuova.

In primo luogo, il fatto stesso che il Parlamento non si sia limitato a convertire il d.l. 30 gennaio 1971, n. 5 di semplice proroga nel tempo delle provvidenze già disposte, ma abbia voluto aggiungere alla conversione un'ampia disciplina innovativa, è segno eloquente della maggiore consapevolezza della classe politica e dell'opinione pubblica in generale, testimonia che il problema dell'invalido è finalmente sentito nella sua interezza. Ciò fa sperare per l'avvenire.

Vediamo in sintesi questa normativa. Innanzitutto c'è (art. 2), una definizione estremamente larga, ma pur sempre di necessità residuale, degli invalidi civili, intendendosi per tali « i cittadini affetti da minorazioni congenite o acquisite, anche a carattere progressivo, compresi gli irregolari psichici per oligofrenie di carattere organico o dismetabolico, insufficienze mentali derivanti da difetti sensoriali e funzionali che abbiano subito una riduzione permanente della capacità lavorativa non inferiore ad un terzo o se minori di anni 18, che abbiano difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni della loro età ». Fino all'entrata in vigore della riforma sanitaria, il Ministero per la sanità deve provvedere per l'assistenza sanitaria nel senso più vasto (generica, farmaceutica, specialistica e ospedaliera, protesica e specifica) (art. 3). Nel limite di spesa di due miliardi, il medesimo Ministero deve promuovere centri di riabilitazione, ricerca e prevenzione (art. 4). È previsto il

riconoscimento di scuole per la formazione di personale e di educatori specializzati (art. 5). L'accertamento delle condizioni di minorazione, anche ai fini dell'iscrizione negli elenchi per le a.o., è demandato ad una commissione sanitaria provinciale, con possibilità di gravame ad una commissione regionale; in particolare è compito delle commissioni pronunciarsi sulle possibilità di riabilitazione (art. 6 ss.). A favore degli invalidi ultradiciottenni di totale inabilità lavorativa è istituita una pensione di inabilità di lire 234.000 annue (art. 12), con la trasformazione della medesima in pensione sociale a carico dell'INPS al compimento del 65° anno. A favore degli invalidi di età compresa fra il 18 ed il 64° anno, aventi una riduzione della capacità lavorativa superiore ai due terzi, non collocati al lavoro e per il tempo di non collocamento, è previsto un assegno mensile di 12.000 lire per tredici mensilità (art. 13). Con questo si è entrati nell'ordine di idee proposto già, nel corso dei lavori preparatori della legge del 1966, dall'on. Tognoni (68), nel senso che l'assegno d'incollocabilità è veramente la chiave di volta di un sistema protettivo, come pungolo allo Stato di fare il possibile per evitare la spesa curando la riabilitazione e il collocamento al lavoro. Sennonché c'è una duplice sconcordanza rispetto alla legge sulle assunzioni obbligatorie nel senso che questa opera non oltre il limite del 55° anno di età, mentre, sempre per l'a.o., è richiesta una riduzione della capacità lavorativa in misura non inferiore ad un terzo: in sostanza l'assegno mensile non è invocabile da tutti coloro che hanno titolo per l'a.o., in ragione della differenza posta tra le due misure di capacità, ma solo da coloro che hanno un grado elevato d'invalidità, mentre, per converso, il medesimo assegno è previsto per gli ultracinquantacinquenni. In tema di concessione della pensione di inabilità e dell'assegno mensile, provvede il comitato provinciale di assistenza e beneficienza pubblica, debitamente integrato, con possibile ricorso al Ministero dell'interno e con salvezza della tutela giurisdizionale (art. 22); al comitato spetta altresì disporre la revoca delle provvidenze in caso di sopravvenuta deficienza dei requisiti (art. 21). Per i minori non deambulanti frequentanti la scuola d'obbligo ecc. è previsto un assegno di accompagnamento (art. 17). Vengono potenziate o previste *ex novo* iniziative, demandate al Ministero del lavoro, per l'addestramento e la qualificazione o riqualificazione professionale, eventualmente in corsi appositamente costituiti e col riconoscimento di una indennità di frequenza: lo stesso Ministero può promuovere iniziative di lavoro protetto, in accoglimento, sia pur generico ed in forma meramente

(68) Nella seduta della Camera dei Deputati (v. *Atti*, 24672) dell'8 luglio 1966.

programmatica, di un voto avanzato da tempo (art. 25). Ai lavoratori invalidi può essere concesso ogni anno un congedo straordinario per cure, su autorizzazione del medico provinciale (art. 27). Nell'art. 27 sono previste diverse iniziative per la remozione delle c.d. « barriere architettoniche »; in particolare si segnala la preferenza nell'assegnazione degli alloggi dell'edilizia economica e popolare costruiti a piano terra. Nell'art. 28 si dispone per diverse provvidenze volte a favorire la frequenza scolastica, ivi compreso il trasporto gratuito.

La nuova legge si segnala perché essa prende organicamente in considerazione tutti i bisogni essenziali di vita dell'invalido e perché assume, almeno in linea di principio, tutte le varie e articolate iniziative che, secondo la condizione specifica del soggetto, possono essere promosse di volta in volta per un integrale recupero sociale. Per la prima volta l'accento cade, soprattutto, sull'esigenza e sul valore della riabilitazione; la rete dei coordinati interventi è, a parte la programmaticità di molte previsioni, l'esiguità degli stanziamenti, l'insufficienza dei trattamenti, concettualmente del tutto completa.

8. In un faticoso processo di decenni, acceleratosi in questo ultimo venticinquennio all'insegna dei valori accolti nella Costituzione repubblicana e sotto la spinta variamente espressasi di una società in profondo movimento e mutamento, abbiamo avuto, come si è visto in questa rapida e del tutto insufficiente rassegna, un complesso imponente di interventi, di diverso tipo e contesto, a favore degli invalidi; certo, come sempre avviene nei processi evolutivi del diritto e specie nel grande arco storico di costruzione dello Stato sociale, in maniera disorganica, lacunosa, improvvisata. Siamo comunque giunti al punto in cui il sistema è a suo modo, caoticamente, quantitativamente e qualitativamente (per le situazioni considerate) completo. Si tratta ora di affrontare organicamente il problema del riordinamento, nel senso di una completezza funzionale, con un assetto unitario e semplificato sulla base del quale sia possibile compiere ulteriori, decisivi passi di qualità e, nel contempo, di intensità, corrispondente ai bisogni di vita, nella tutela. Al punto in cui siamo giunti, posto che pressoché tutti gli invalidi sono stati presi in considerazione, la distinzione per categorie in ragione della causa determinante dell'invalidità ha fatto, in larga misura, il suo tempo. La strada è aperta ad un sistema che consideri l'invalido in sé.

Si tratta, poi, di organizzare strutture e procedure nel cui ambito sia possibile non solo intervenire *ex post* per i cittadini validi disgraziatamente colpiti dal destino, ma anche cogliere immediatamente, nei neonati, nei bambini e negli adolescenti, i primi sintomi del male deformante

e minorante, intervenendo tempestivamente. Con la collaborazione di tutti, anche e soprattutto delle famiglie e della scuola, tutto deve essere fatto per impedire che chi si affaccia alla vita abbia irrimediabilmente innanzi a sé un avvenire doloroso. L'accento deve nettamente cadere sulla riabilitazione, comunque questa si riveli utile e non appena ve ne sia necessità; al limite, in un sistema di proficua collaborazione tra centri rieducativi e ambienti vari di lavoro, potrebbe venir meno perfino, in una situazione di pieno impiego, la necessità di imporre per legge l'assunzione al lavoro, operando al contrario un servizio che prepari e collochi in posti di lavoro con lo spontaneo incontro della domanda e dell'offerta. La traccia è data, per tutti i necessari interventi di un adeguato sistema di tutela, dalla recente legge emanata a favore degli invalidi civili.

È necessario raccogliere in un unito testo di legge, organico e completo sulla base delle esigenze emerse nell'esperienza, tutta la normativa. Eventualmente facendo ricorso ad una legge di delegazione. Ma è, soprattutto, necessario preordinare un servizio pubblico unitario al quale possa far capo l'amministrazione di tutti i vari interventi. Non è nelle competenze di chi parla, avendo ricevuto il compito di fotografare la situazione e di registrare i problemi in una relazione introduttiva, pronunciarsi nei possibili particolari di svolgimento di questa idea centrale. Anche perché il problema di come organizzare in concreto questo servizio e della forma istituzionalmente più adatta, va visto dalla più varia opinione e va risolto dalla classe politica nel più vasto contesto di quanto ha da farsi nel nostro paese in ambiti direttamente e reciprocamente interferenti; il tutto va visto nella prospettiva delle grandi riforme che sono in cantiere, quella sanitaria e quella previdenziale, nel momento in cui, oltretutto, comincia ad operare l'ente regione al quale la Costituzione riserva (art. 117) competenze anche in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera, questa indicazione dovendo coordinarsi con l'altra secondo la quale ai compiti assistenziali e previdenziali « provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato » (art. 38/4). Dall'art. 38 si ricava che la nostra tutela impegna lo Stato in quanto tale, se pur essa può svolgersi in una varietà di forme istituzionali (« organi ed istituti », « predisposti o integrati ») a proposito delle quali, nel rispetto delle competenze regionali, resta ancora allo Stato larghissimo margine di scelta e di inventiva. Ma indubbiamente, dal punto di vista dei soggetti tutelati, più avrà campo un servizio unitario, meglio sarà; se non altro per evitare l'insorgere di conflitti di competenza dei quali proprio gli invalidi verrebbero a fare le spese. Per questo, senza volermi né potermi pronunciare nel merito e nei particolari, credo che l'idea base di una proposta di recente elaborata col concorso di tutte le entità rappresen-

tative degli invalidi debba essere attentamente considerata e porsi al centro di questo dibattito. In particolare è degna di attenzione la configurazione di un servizio pubblico di assistenza sociale nella accezione più vasta, con un ruolo attivo e propulsivo secondo il quale ci si propone di inserire nel medesimo servizio ogni soggetto assunto a tutela, individualizzando al massimo la pratica e prendendo, con corrispondente formalizzazione, tutte le iniziative del caso.

26.

# LA RILEVANZA DELL'INTERESSE DELL'IMPRESA NELLA MOTIVAZIONE DEI LICENZIAMENTI COLLETTIVI (*)

Il tema sul quale debbo soffermarmi è fondamentale nella situazione e nella regolamentazione dei rapporti di lavoro, soprattutto considerando che i dati esistenti ed utilizzabili nel nostro ordinamento sono, a mio avviso e ove, naturalmente, voglia darsi una risposta adeguata al bisogno sociale sottostante, del tutto insufficienti; per questo il problema merita di essere considerato sia allo stato della nostra normativa per cercare di trarne delle conseguenze congrue, sia nell'ordine d'idee di eventuali prospettive d'evoluzione.

Rispetto a questa vicenda che è certo fondamentale per la sorte dei rapporti di lavoro, attenendo essa alla garanzia, se possibile, del livello d'occupazione, credo che, dal punto di vista di un'adeguata politica sociale, il nostro ordinamento possa ritenersi piuttosto arretrato rispetto ad altri europei. Di recente un giovane si è laureato brillantemente a Pisa con una dissertazione, condotta di prima mano e con materiale aggiornatissimo, ricognitiva della regolamentazione esistente, in tema di licenziamenti « collettivi », in Germania, Francia e Spagna e che merita, a mio avviso, di essere data alle stampe per averne dati di estremo interesse ai fini del necessario confronto tra la nostra e queste vicine esperienze estere, in ordinamenti di ben diversa ispirazione ideologica e di diversa impostazione di principio. Proprio in questi giorni, nel lavoro di preparazione per questo incontro, io ho riletto la tesi di Giuliano Zanini, traendone ancora una volta l'impressione dell'indispensabilità di un confronto critico rispetto alla nostra situazione.

Le indicazioni del nostro diritto sono deplorevolmente scarse. Inoltre, in questi ultimi cinque-sei anni, non abbiamo avuto la possibilità di una meditazione adeguata sul problema, perché si sono accavallate, con

---

(*) È, con alcune integrazioni, il testo della relazione svolta il 23 marzo 1972 al XVI Seminario fiorentino di preparazione per dirigenti sindacali ed aziendali, dedicato ai « Problemi sui licenziamenti collettivi per riduzione di personale ».

notevole rapidità, diverse esperienze: quella, più remota, compiuta sulla base degli accordi interconfederali succedutisi dal 1947, poi la legge del 1966 sui licenziamenti « individuali » e, infine, lo « statuto dei lavoratori ». Probabilmente, in questa vicenda assai dinamica, ci è stato impossibile cogliere adeguatamente, di volta in volta, i salti qualitativi almeno teoricamente registrabili nell'evoluzione della situazione e dell'ordinamento. Di qui la necessità di rivedere il tema allo stato, secondo quanto il diritto oggi vigente permette, senza farsi negativamente condizionare dal peso dell'esperienza più antica e forse, io credo, in gran parte oggi superata e non più proponibile.

È naturale che, come ha accennato il Prof. Mazzoni, io riprenda una certa idea di fondo, prospettata nella relazione alle giornate di studio della nostra Associazione di diritto del lavoro nel 1968 (v. il volume *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Milano, 1969). Ma ho l'illusione di poter dare uno sviluppo ulteriore, seppur modesto, a questa idea centrale, sulla base dei dati ulteriormente emersi e nel tentativo di proporre una risposta razionale dal punto di vista dell'interpretazione giuridica, con un'equa valutazione degli interessi contrapposti nella vicenda, il tutto nel quadro della previsione costituzionale.

Debbo muovere, come risulta dall'enunciazione del tema, dall'interesse dell'impresa, cercando di vedere quale rilevanza abbia, ed in quali limiti, codesto interesse per quanto attiene alle decisioni in tema di livello dell'organico del personale. Certamente ci si può chiedere pregiudizialmente se non sia preferibile parlare, anziché di « interesse dell'impresa », di « interesse dell'imprenditore » *tout court*. C'è una differenza di fondo tra le due formulazioni perché, dietro la prima, c'è o può esservi, secondo i vari punti di vista, un importante filone della cultura del diritto del lavoro, italiano e no, giusta il quale l'interesse dell'impresa dovrebbe essere concepito in termini obiettivi, come un interesse superiore che dovrebbe sovrapporsi alle parti sociali antagonistiche, imponendosi come un termine inevitabile di valutazione. Al contrario, parte della dottrina respinge, più o meno risolutamente, questa impostazione, nega la configurabilità di un interesse obiettivo e superiore, riduce tutto nello schema antagonistico dello scambio tra le parti sociali.

A prescindere da questo rilievo, qui di necessità marginale, sull'impostazione di principio, la norma base alla quale deve farsi riferimento trovasi nel capoverso dell'art. 11 della legge 15 luglio 1966, n. 604 sui licenziamenti « individuali », dove sta scritto che « la materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale è esclusa dalle disposizioni della presente legge ». È chiaro che, almeno alla lettera, il legislatore del

1966 si mosse secondo una certa sistematica risultante dalla regolamentazione sindacale, distinguendosi nettamente, ed esistendo in proposito due diversi accordi interconfederali, tra due tipi, assunti come del tutto diversi, di licenziamento: quello « individuale » e quello « collettivo ». Di qui la tesi, formalmente ineccepibile, che la legge ha voluto disporre solo per la prima situazione, esorbitando la seconda dalla previsione legale, salva la disciplina in ipotesi rinvenibile in sede convenzionale collettiva.

Nella relazione del 1968 io proposi un'interpretazione che non riscosse, in verità e com'era logico, molti consensi. Proposi di leggere il capoverso dell'art. 11 in un senso assai diverso da quello che, apparentemente, la lettera impone, esprimendosi in termini di campo d'applicazione della legge, di distinzione tra materia regolata o no dalla medesima legge. Partendo dalla constatazione da una parte della rilevanza costituzionale della libertà d'iniziativa economica e, dall'altra, dell'interesse tutelato del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, proposi (lo ripeto con una formula di necessità sbrigativa) quest'interpretazione: in un certo senso nessun licenziamento è escluso dalla normativa di legge ed il significato profondo dell'art. 11 cap., dietro il quale v'è anche un profilo di garanzia costituzionale, sta nel fatto che la legge garantisce all'imprenditore una valutazione assolutamente libera in ordine al livello dell'organico del personale, secondo un calcolo economico che è esplicazione della libertà garantita nell'art. 41 Cost. e che, in quanto tale, è insindacabile, cioè fuori della normativa impositiva della legge. Viceversa, a mio avviso, i singoli licenziamenti che conseguono alla decisione fondamentale dell'imprenditore, e certo socialmente ed umanamente preoccupante, di diminuire il personale nel complesso, sono disciplinati dalla legge in quanto, posta quella decisione insindacabile in sé, il datore di lavoro deve fornire una giustificazione obiettiva della scelta di quei determinati lavoratori, secondo un preciso nesso causale, di coerenza logica nel passaggio attuativo dalla medesima decisione all'individuazione dei lavoratori licenziandi.

Questa mia tesi, apparentemente *contra legem*, ha avuto qualche consenso in dottrina; soprattutto, ed è questo che conta in termini di esperienza giuridica effettuale, comincia ad avere qualche riscontro positivo nella giurisprudenza. In dottrina, ad es., la tesi è stata ripresa di recente e almeno in parte, da Garofalo (v. *Licenziamento per riduzione di personale e applicazione della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, 2, 105), sostenendo quest'A. che l'art. 11 non va inteso in termini di materia esclusa, bensì come una terza situazione, oltre la giusta causa ed il giustificato motivo a livello individuale, di giustificato motivo di licenziamento.

Il discorso va ripreso, *in primis*, a livello costituzionale, in una problematica che, com'è noto, è estremamente controversa, ma sulla quale sarebbe desiderabile riuscire a chiarire le idee, tenendo conto che è in giuoco un'impostazione decisiva in termini di implicazioni concrete. Nella relazione del 1968 dissi (e con questo venni automaticamente collocato, non disipiacendomi affatto la cosa, all'estrema destra dello schieramento delle opinioni) che c'è la garanzia costituzionale della libertà d'iniziativa economica (dico economica e non aggiungo, come solitamente si dice, « privata », perché nel nostro sistema, come si rinviene nell'art. 41 Cost., l'iniziativa è privata e pubblica, anche questa seconda muovendosi secondo la naturale logica imprenditoriale) e che, in ragione di questa garanzia, il soggetto è libero di decidere se fare o no l'imprenditore, come farlo, in quale misura e dimensione. Questo è il succo della mia tesi alla quale fermamente credo secondo una corretta interpretazione della Carta costituzionale.

Non sto a ripetermi sulle ragioni di principio. Mi limito, per far constatare con mano come l'impostazione di massima sia gravida di implicazioni concrete ben diverse, a citare un caso giurisprudenziale che eloquentemente dimostra la possibile concretezza d'implicazioni dell'impostazione medesima. È in corso di pubblicazione nel *Foro it.* un provvedimento d'urgenza emesso, il 9 agosto 1971, dal Pretore di Pisa Salvatore Senese, ben noto tanto per la sua bravura tecnica, dimostrata anche nel caso, quanto per il suo conclamato credo ideologico in senso « democratico », su ricorso proposto da Romualdo Guidi e altri lavoratori contro Pier Luigi Pampana, un imprenditore edile che aveva licenziato tutti i suoi dipendenti, assumendo di voler procedere alla cessazione totale della sua attività. Il pretore ha condotto, encomiabilmente, un'approfondita istruttoria, ne ha tratto la convinzione che il Pampana aveva disposto la chiusura dell'impresa in realtà per premere sulle autorità onde ottenere una licenza edilizia per lui d'enorme interesse e che, in ogni caso, in relazione alle obiettive possibilità di continuare l'attività in altri settori, non si giustificava obiettivamente la decisione, onde il licenziamento collettivo così attuato dovrebbe ritenersi nullo perché disposto per un motivo pravo, contrastante col buon costume, onde il magistrato ha ordinato al Pampana di reintegrare immediatamente in servizio i licenziati, con conseguenziali pronunce. Io ho avuto l'impressione, leggendo la decisione ed essendo all'oscuro di altri elementi, che il giudice abbia, almeno in parte, azzeccato nel fatto. Ma non è questo che qui interessa, perché rileva l'impostazione di diritto implicitamente accolta in questa pronuncia, la tesi, cioè, che ben potrebbe il giudice sindacare, e disattendere, le decisioni imprenditoriali, se ed in

quanto le ritenga, secondo la sua incontrollabile valutazione, intrinsecamente ingiustificate; di guisa che la decisione di cessare l'attività imprenditoriale potrebbe essere giuridicamente disattesa, per converso imponendosi al soggetto di continuarla, trasformandolo di fatto, come spesso è stato denunciato nella polemica in ordine al momento di rilevanza dell'utilità sociale nell'ordinamento, in una sorta di funzionario, cioè di soggetto obbligato ad esplicare una certa attività, con lesione intrinseca della libertà personale. Viceversa io ritengo che la libertà garantita nell'art. 41 sia una libertà autentica, non tollerante controlli di merito, come dissi nella relazione del 1968, sul « se », il « quanto » ed il « come », dell'iniziativa, anche come correlativa libertà di riduzione o di cessazione integrale. Il soggetto è libero di fare l'imprenditore o di cessare di esserlo, per i motivi più vari ed insindacabili, seri o meno seri, eticamente apprezzabili o no, ad es. perché, per l'aumento del carico tributario o per altra sopravvenuta regolamentazione più incisiva, ritenga che l'affare più non gli convenga nel suo egoistico interesse, salva l'ipotesi, eccezionale e marginale (probabilmente sfiorata nel caso pisano) di una messinscena architettata a fini esclusivamente frodatori e nel senso di colpire ingiustificatamente le aspettative giuridicamente tutelate di altri soggetti.

C'è un altro caso interessante, pur se non così esemplare come quello pisano: Pret. Roma 30 gennaio 1971 (in *Riv. giur. lav.*, 1971, 2, 480), quivi discutendosi di un licenziamento di più lavoratori, giustificato da un albergatore con l'inizio della bassa stagione; il magistrato ha affermato che questa allegazione non sarebbe di per sé sufficiente, posto che l'imprenditore avrebbe dovuto comprovare circostanze più concrete, come, ad es., un'eventuale diminuzione della clientela, anche qui, pertanto, implicitamente ammettendosi un pericoloso controllo di merito.

Ripeto che, a mio avviso, tutto questo non è consentito al magistrato ostandovi l'art. 41 Cost. In ragione della specifica garanzia, nonché in tutto il contesto di un ordinamento che complessivamente riconosce l'autonomia dei privati, l'imprenditore in definitiva deve poter fruire di quella medesima libertà che è riconosciuta, in generale, ad ogni cittadino nelle mille occasioni della vita; così come, in sostanza *quisque de populo* può comprare o no, comprare oggi e non domani, comprare questo e non quello, senza che una qualsiasi autorità possa interferire nelle ragioni esclusivamente personali di queste scelte. Tutto questo ha un preciso riconoscimento negli ordinamenti stranieri a noi vicini. Ad es., nell'ordinamento tedesco, come è ampiamente documentato nella tesi di Zanini, vige il principio della necessaria giustificazione del licenziamento, in particolare richiedendosi una « stringente » necessità aziendale. Ma la giurisprudenza e la dottrina sono d'accordo nell'affermare che la neces-

sità aziendale può anche essere del tutto personale; il licenziamento « collettivo » può ritenersi giustificato, ad es., allorché l'imprenditore, per l'età avanzata o per la situazione familiare o per qualsivoglia altro motivo comprensibile, decida di ridurre l'organico aziendale. Tutto questo ha avuto di recente riconoscimento esplicito in una sentenza dell'App. Milano 24 settembre 1971 (in *Mass. giur. lav.*, 1971, 562). Nel caso si discuteva della giustificazione o no del licenziamento di tutti gli addetti ad una filiale, a seguito della soppressione della medesima; il pretore risolse nel primo senso, posto che il datore di lavoro non aveva provato una giustificazione obiettiva in ordine alla chiusura della filiale; la corte giunse alla conclusione opposta, rilevando che il giudice non può valutare nel merito circa la necessità o l'opportunità della misura organizzativa dell'imprenditore, dovendo limitarsi a controllare delle conseguenze logiche di siffatta decisione sul mantenimento o no dei rapporti di lavoro. Nella sentenza d'appello c'è un brano che sintetizza felicemente, a mio avviso, il punto di principio: « Non è dubbio che nel caso l'imprenditore decida di smettere o di limitare la propria attività, egli sia del tutto libero di farlo. Non si rinviene, certo, nel sistema di diritto positivo vigente una norma che lo costringa a proseguire l'attività imprenditoriale o a non contenere in più ristretti limiti la propria impresa e ciò o perché egli ritenga che la situazione del mercato non sia più in grado di assorbire i prodotti, o perché le sue condizioni di salute, o, addirittura, la sua età non gli consentono più di dedicarsi efficacemente all'impresa. Egli liberamente si determina a tanto, e tale sua facoltà assolutamente discrezionale non tollera giustificazioni ed a più forte ragione, l'onere probatorio imposto dal pretore ».

In ogni caso, quale che sia l'opinione ritenuta in sede di spazio dell'iniziativa economica nel sistema, c'è da fare una considerazione che, per la sua portata preclusiva, può essere tranquillante: l'art. 11 cap. della legge del 1966, comunque inteso, comporta che la decisione in sé relativa al livello d'occupazione è sottratta, sul piano dell'ordinamento generale, ad ogni disciplina limitativa. Io aggiungo che questa disposizione è stata certo adottata a ragion veduta, giustificandosi la scelta legislativa alla stregua del principio costituzionale; quanto meno mi parrebbe azzardata la tesi secondo la quale volesse sostenersi che la norma non è conforme alla previsione della Carta. Non a caso la Ballestrero Gentili, ponendosi, in verità, il problema rispetto agli accordi interconfederali e non rispetto alla legge, nella relazione fatta nel 1969 a questo Seminario (v. *Responsabilità dell'imprenditore per i licenziamenti collettivi*, in *L'organizzazione di lavoro nell'impresa e la responsabilità dell'imprenditore*, Milano, 1970, 149, n. 3), rilevò che in quegli accordi c'è in pratica il

riconoscimento, da parte dei sindacati, dell'insindacabilità delle scelte dell'imprenditore in vista della realizzazione del suo interesse, questo inquadrandosi perfettamente nella situazione globale delle imprese in Italia, essendo il momento delle scelte primarie e di gestione svincolato da qualsiasi forma di controllo da parte dei lavoratori. Ancora in un più recente ed interessante studio (v. *Il giustificato motivo di licenziamento*, in *Annuario Centro Studi CISL*, IX, Firenze, 1971, 53) l'A. riprende l'argomentazione, osservando che l'insufficiente tutela dell'interesse dei lavoratori alla conservazione del posto deriva dal fatto che, allo stato, non è possibile condizionare il potere di gestione dell'imprenditore. Anche Comito (v. *La disciplina sostanziale dei licenziamenti per riduzione di personale*, in *Dir. lav.*, 1969, I, II, n. 4) riconosce che la legge non ha voluto comprimere i poteri del datore di lavoro in tema d'organizzazione aziendale.

Viceversa nella recente trattazione di Persiani (v. *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971, 633 ss.), è ravvisabile, a mio avviso, una contraddizione. Infatti l'A. dapprima (688) critica la mia tesi, definendola arretrata e da superare posto che la Costituzione garantisce l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, ma dopo, constatata l'esclusione dalla disciplina limitativa dei licenziamenti collettivi, testualmente scrive (689) che « solo quando la decisione del datore di lavoro attiene alla stessa strutturazione della sua azienda e alla determinazione delle dimensioni di questa, il suo interesse concreto e contingente, indipendentemente da ogni valutazione di merito, assume prevalente rilevanza rispetto all'interesse del lavoratore alla conservazione del posto ... », con un brano che posso del tutto sottoscrivere, corrispondendo alla sostanza di quanto intesi affermare nella relazione del 1968, in ordine all'assoluta libertà per il « se » il « come » ed il « quanto » dell'impresa. Certo, quando queste decisioni pregiudiziali ed insindacabili non sono in discussione, quando si tratta di valutare solo la giustificazione o no della singola misura di licenziamento, questa valutazione va condotta in termini obiettivi, non potendo aver corso il capriccioso o il pretestuoso, ma solo quanto è plausibile secondo le scelte del « buon imprenditore ».

L'art. 41 Cost. non funzionalizza l'impresa in sé, ma solo lo svolgimento della medesima. L'impresa in marcia, nei suoi svolgimenti concreti, è funzionalizzata secondo i valori cui si fa riferimento nel capoverso della norma costituzionale, in particolare secondo l'utilità sociale. L'opposta tesi non può accettarsi ove si tenga conto, in particolare, dell'art. 4 della Carta che, secondo la dottrina, a parte diritto al lavoro, garantirebbe *in primis* la libertà di lavoro (in senso vasto), di qui derivando,

appunto, che il cittadino non può divenire una sorta di funzionario di fatto a servizio della collettività.

Non a caso taluni pretori, pronunciando ai sensi dell'art. 28 dello « statuto », hanno negato che la chiusura totale dell'impresa possa qualificarsi come comportamento antisindacale: Pret. Belluno 28 settembre 1971, in *Not. giur.* 1971, 764; Pret. Napoli 20 ottobre 1971, in *Foro it.*; Pret. Padova 8 dicembre 1971, in *Not. giur. lav.*, 1971, 223, quest'ultimo segnalandosi perché riprende il discorso di Baldassare (v. *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*). Il decreto di Belluno è interessante perché ivi si esclude l'insindacabilità della chiusura motivata « per la critica situazione di mercato aggravata dalle agitazioni sindacali ». E certo l'imprenditore ben può decidere per la fine dell'impresa anche, in ipotesi, per la pesantezza della situazione sindacale nonché ove ritenga ostacolante ed usurante una determinata regolamentazione legislativa.

Da diverse parti, ad es., da Ghezzi nelle giornate di studio del 1968 e di recente da Garofalo, mi è stato fatto il rilievo che il mio discorso è astratto, perché basato su una visione ancora paleocapitalistica della situazione, avendo come punto di riferimento il piccolo imprenditore e, quindi, dimenticando la più incisiva realtà della media e della grossa impresa. È vero che il discorso può apparire astratto per l'eccezione dedotta, ma solo in una certa misura. In realtà il mio discorso è, in parte, astratto come lo è, sempre in una certa misura, quello contrario, ambedue non corrispondendo del tutto ad una situazione del sistema economico che è composita, con tutta una gradazione di diverse situazioni. Ci sono le grandi imprese; ma c'è anche, specie nel nostro paese e specie come dato assolutamente prevalente in determinate regioni, la vasta e non certo indifferente realtà delle piccole e piccolissime imprese che occupano nel complesso milioni di lavoratori. Non possiamo trascurare questa situazione di iniziative economiche accentuatamente legate alla persona o alla famiglia, in un ceto che ha reagito, ad es., in un certo modo allo « statuto » e che, come da molti si osserva e si teme, pare orientato a reagire politicamente in una determinata situazione alle vicende di questi ultimi anni.

D'altro canto il discorso giuridico non può non condursi sul piano formale, e come tale formalmente onnicomprensivo, pur se non deve dimenticarsi lo scarto, talora radicale, tra schema e realtà, tra quello che sta scritto nella legge e formalmente può avere sempre corso e quello che nella realtà delle cose s'impone in ragione delle dimensioni assunte da certe iniziative. Certo noi tutti sappiamo che la Fiat non subirà mai la procedura di fallimento; ma non esiste nell'ordinamento una norma

giusta la quale le grosse imprese sono formalmente dichiarate esenti dalla medesima procedura!

Ci sono poi le imprese in mano pubblica che, certamente, non si muovono secondo la spinta egoistica degli imprenditori privati, ma pur sempre, come è, almeno formalmente, enunciato nella legge, secondo criteri di economicità, in definitiva secondo la logica che è dell'impresa in quanto tale, pubblica o privata che sia. Ora ben può darsi che motivi « esterni » influiscano sull'impresa pubblica, sul livello d'occupazione nella medesima, perfino sulle prospettive in sé di quella determinata iniziativa. Faccio un esempio semplice. Può avvenire, ad es., che, in ossequio ad una direttiva politica volta a contenere o ad eliminare certi fattori d'inquinamento e nel senso della tutela della pubblica salute, si debba incidere su determinate attività, eliminandole, riducendole, modificandole, il tutto comportando una flessione nel livello d'occupazione o, quanto meno, spostamenti nel mercato della manodopera. Cosa ne può derivare in concreto? Che si deve licenziare nell'azienda A, anche se la misura potrà trovare compensazione un aumento dell'occupazione in altri settori. Del resto, già nelle giornate di studio del 1968, Romagnoli ritenne di potermi criticare ponendosi nella logica della politica di piano e Giugni rispose benissimo, nel senso che la politica di piano è inconferente rispetto al nostro problema, in quanto, se è vero che la programmazione economica deve proporsi l'obiettivo della piena occupazione, questo non esclude che vi siano, e siano giustificate, flessioni nell'occupazione in determinati settori. Il problema nostro è quello della possibile tutela di coloro il cui posto di lavoro è, in concreto, minacciato, quale che sia il livello dell'occupazione in generale.

Tutto quanto ho detto non significa che il problema sia del tutto chiuso, che non possa esservi un'evoluzione nell'ordinamento, un'evoluzione che però dovrebbe, in ipotesi, aver corso in un sostanziale rispetto della libertà garantita nell'art. 41 Cost. e che è la norma cardine del nostro sistema economico-sociale. Certo può pensarsi liberamente che questo sistema sia ingiusto e che vada radicalmente eliminato; ma, a questo punto, il discorso diventa puramente politico ed ideologico, non è più giuridico, cioè interno al sistema dato, quale ne sia la bontà, a parte il rilievo che anche in un sistema d'economia colletivizzata, se potrà aver corso il diritto al lavoro in senso generico, non pare immancabile la garanzia del posto di lavoro acquisito in concreto. Ma qui, ovviamente, interessa vedere in quale direzione potrebbe aversi un'evoluzione all'interno del sistema e nel quadro dell'ordinamento posto.

In primo luogo, ben potrebbe aversi un più incisivo intervento del sindacato nelle decisioni di massima dell'impresa, configurandosi idonee

procedure nella contrattazione collettiva; nell'epoca in cui il sindacalismo si muove nel senso della contestazione radicale dei poteri della controparte, ben possono aversi conquiste in questo ambito fondamentale. In secondo luogo potrebbe influire una strutturazione del potere imprenditoriale imposta dalla legge in attuazione del diritto dei lavoratori di collaborare alla gestione delle imprese ai sensi dell'art. 46. In terzo luogo, la libertà dell'imprenditore di ridurre o di cessare l'impresa potrebbe essere eliminata, ponendosi per legge, rispetto a queste decisioni, l'alternativa dell'acquisizione pubblica dell'impresa, in un certo senso riprendendo ed adeguando la soluzione a suo tempo formalmente prevista, nell'ordinamento corporativo, con l'art. 2091 c.c.; ma anche questa sarebbe una vicenda « all'esterno » dell'impresa, esperibile in concreto per garantire il livello d'occupazione in un momento dato, essendo ancora una volta estremamente difficile che possa ottenersi la garanzia « piena » che da qualche parte si auspica.

Chiudo questa parte della relazione con un'osservazione che feci già del 1968, ma che mi pare importante ribadire per sgombrare il terreno da un'impostazione diffusa e radicalmente erronea. Spesso il problema della giustificazione o no del licenziamento è impostato in termini di colpa dell'imprenditore; se « a monte » del licenziamento è rinvenibile, come causa determinante, una condotta colposa, imprudente, dell'imprenditore rispetto a quella che, nella situazione data, avrebbe dovuto tenere il buon imprenditore, il licenziamento non sarebbe giustificato. Ma questa impostazione non regge. Quale che sia stata la condotta anteriore e determinante dell'imprenditore in passato, della necessità del licenziamento deve giudicarsi nel momento dato, guardando alle prospettive del futuro, non alle responsabilità del passato, accertando se ora quella misura si giustifica per salvaguardare l'impresa e il suo avvenire. Il problema va visto in termini economici, così come fa l'amministrazione fallimentare quando decide in ordine all'opportunità o no della continuazione dell'attività dell'impresa. Vi possono essere grosse responstabilità dell'imprenditore, anche in campo penale, ma la decisione in ordine alla sorte dell'impresa si risolve in termini di stretta valutazione economica.

* * *

Passo al secondo problema che si pone nell'ordine logico e rispetto al quale io mi trovo, se non erro, piuttosto « a sinistra » rispetto all'opinione largamente diffusa. Posta l'insindacabilità della decisione generale di ridurre il personale, io credo altrettanto fermamente che il datore di lavoro non possa scegliere i licenziandi liberamente, secondo la sua

discrezione o arbitrio, ma debba individuarli secondo criteri obiettivi e giustificabili. Il punto di fondo è che si deve fare giustizia nella vicenda. L'imprenditore, determinato in assoluto il numero dei lavoratori da licenziare, dovrà procedere alla formulazione di un piano concreto di ridimensionamento secondo i reparti, i settori, le lavorazioni dell'impresa, specificando a questi livelli più elementari ancora quanti debbono essere allontanati (e qui siamo ancora ai numeri in astratto); dopo di che dovrà individuare i singoli secondo criteri obiettivi controllabili all'occorrenza dal giudice. Sotto questo punto di vista, il licenziamento c.d. « collettivo » non esiste, tutto risolvendosi in un'espressione abbreviata per indicare una certa vicenda. Come disse Giugni nel dibattito fiorentino del 1968, il licenziamento è sempre, ovviamente, individuale, di singoli lavoratori. Ora qui c'è un salto di qualità tra la nostra esperienza, come è comunemente intesa, e le altre. In Germania, rispetto alla decisione di massima di riduzione del personale, c'è una procedura amministrativa imposta per legge, una situazione analoga riscontrandosi nell'ordinamento francese; si tratta di procedure la cui finalità, pubblica, è del tutto specifica, nel senso di un certo controllo sull'andamento del mercato di lavoro in generale: in particolare può essere imposto un rinvio nell'attuazione della misura, al fine di non immettere improvvisamente nel mercato di lavoro, turbandolo, una massa ingente di disoccupati. Ma in Germania è pacifico, ed è questo il punto importante, che ogni licenziamento attuato in base alla decisione di massima deve essere socialmente giustificato; il che significa, nella specifica vicenda, che l'imprenditore deve aver prescelto quel lavoratore secondo un criterio obiettivo.

Dal punto di vista del singolo lavoratore licenziato, la misura che lo ha colpito va considerata unicamente alla stregua dell'unica norma applicabile al caso, cioè valutare se il licenziamento è assistito o no da un giustificato motivo « obiettivo » ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966; il che comporta, appunto, che nella particolare vicenda in cui il singolo o meglio i singoli licenziamenti si pongono come attuazione e svolgimento della decisione di massima di ridurre il personale, ferma l'insindacabilità di quella decisione, si tratta di accertare se la misura che colpisce il singolo sia, *nei suoi confronti*, obiettivamente giustificata; il che significa, per converso, richiedere che i licenziandi siano stati prescelti con criteri di sostanziale giustizia.

Inoltre c'è il principio di non discriminazione, formalmente posto nell'art. 15 dello « statuto », una norma di fondamentale rilievo, forse la più importante della legge n. 300, per le implicazioni che ne possono derivare per l'intero assetto del nostro diritto del lavoro e nella pratica. Ora il sospetto di discriminazione si fuga nella misura in cui nel caso ci

si attiene scrupolosamente a criteri obiettivi di scelta. Ed io sono convinto, come dicevo di recente a TREU che ha assunto l'impegno di studiare e di scrivere un libro sul problema che, certo, l'art. 15 dello « statuto » in sé non comporta la possibilità di affermare la sussistenza, nel nostro ordinamento, del principio della parità di trattamento di cui si è tanto discusso; però un'autentica applicazione del principio dovrebbe comportare, in termini effettuali, risultati in larga misura praticamente coincidenti con quelli che si avrebbero applicando direttamente il principio di parità, proprio perché la parità è il rovescio che di fatto garantisce la non discriminazione.

Se la premessa nella quale io fermamente credo è valida, ne deriverebbero una serie di conseguenze benefiche, nel senso che potremmo dare una soluzione adeguata e razionale ad una serie di problemi che ci hanno finora inutilmente affaticato, sempre perché siamo partiti, a torto, contrapponendo licenziamenti « collettivi» e « individuali » come due tipi radicalmente diversi di licenziamento, effettivamente esistenti *in rerum natura*.

Ad es., non avrebbe più senso porsi il famoso *rebus* della distinzione tra il licenziamento « collettivo » e quello « individuale » disposto per g.m. obiettivo, cioè per ragioni tecnico-produttive ai sensi dell'art. 3 della legge del 1966. Apparentemente è un *rebus* perché in ambedue le situazioni sono dedotte ragioni tecnico-produttive. Ed allora dove sta la distinzione? Forse nel numero dei licenziamenti? Ma questo è un criterio del tutto empirico! E quando si dice, come ha detto Pret. Bari 24 febbraio 1969, in *Riv. dir. lav.*, 1971, 2, 105, che la distinzione starebbe in questo, che rispetto all'art. 3 della legge n. 604 le ragioni tecnico-produttive sarebbero quelle spiccatamente attinenti alla posizione di quel certo lavoratore in quel posto di lavoro, non si dice in sostanza niente di persuasivo. Il problema si supera se, come ho detto, la situazione s'intende nei termini da me ribaditi.

Egualmente non si porrebbero più problemi (logici, viceversa, assumendo una pretesa distinzione sostanziale tra tipo e tipo di licenziamento) di autenticità, di genuinità del licenziamento c.d. « collettivo », come si è verificato anche di recente; v. Pret. Taranto 1° febbraio 1971, in *Riv. giur. lav.*, 971, 2, 477, in un caso di licenziamento di otto lavoratori; Pret. Roma 22 gennaio 1970, in *Foro it.*, 1970, I, 995, quivi negandosi, a ragione, la genuinità del preteso licenziamento collettivo nel caso che l'impresa sostanzialmente continui a seguito di affitto ad altri. L'interrogativo ha senso solo intendendosi il licenziamento « collettivo » come un licenziamento « diverso » da quello individuale e fuori della normativa protettiva; si supera allorché, viceversa, si esiga la

puntuale giustificazione d'ogni singolo licenziamento. Egualmente viene meno il problema se sia possibile il licenziamento « collettivo » di un solo lavoratore, come è stato di recente riconosciuto da Pret. Torino 30 aprile 1968, in *Riv. dir. lav.*, 1971, 2, 103, da Cass. 11 giugno 1971, n. 1784, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 516, da Persiani nella monografia citata nonché dal collega Branca nella relazione introduttiva a questo Seminario.

Anche il problema dell'onere della prova si prospetta in termini diversi. Di questo ha parlato anche Branca nella suddetta relazione, affermando, se ho ben capito, che proprio a questo fine vi sarebbe ancora una volta una distinzione netta tra i due tipi di licenziamento, collettivo ed individuale. Ma anche qui non posso essere d'accordo. A mio avviso grava sempre sul datore di lavoro di dover provare la giustificazione del licenziamento, nel caso essendo stato il singolo licenziato a seguito della decisione di massima di ridurre il personale, venendo costui prescelto secondo criteri obiettivi. Questo è stato riconosciuto nella sentenza or ora citata del Pretore di Taranto nonché, in dottrina, da Comito e da Garofalo il quale ultimo, però, imposta il problema, almeno parzialmente, in termini discutibili, proponendo un'interpretazione estensiva dell'art. 5 della legge n. 604 di cui non v'è per niente bisogno, mentre è esatto che il licenziamento « collettivo » va pur sempre comunicato per iscritto al lavoratore e questi potrà ottenere, se vuole, la comunicazione dei motivi determinanti. In concreto, il lavoratore potrà sempre impugnare il licenziamento ed il datore di lavoro dovrà provare che costui, licenziato in un contesto di riduzione del personale, è stato prescelto in applicazione di criteri obiettivi.

Si supera anche un'ulteriore problema, quello derivante dalla tesi secondo la quale, in caso d'inosservanza della procedura sindacalmente convenuta per i licenziamenti collettivi, il licenziamento si « convertirebbe » in licenziamento individuale. Su questo problema, presentatosi anche di recente (v. Pret. Milano 29 novembre 1969, in *Orient. giur. lav.*, 1970, 146), scrisse a suo tempo cose interessanti Cessari. E ricordo come si risolvesse un tempo il problema, con una conclusione oggi, dopo la legge del 1966 e lo « statuto », certamente improponibile, riconoscendosi al lavoratore un diritto al risarcimento dei danni ragguagliati a ben poca cosa, cioè all'entità delle retribuzioni perdute per il tempo di durata massima della procedura intersindacale di conciliazione.

Sennonché nella sentenza della Cassazione n. 1784 del 1971 già citata c'è un'affermazione che rappresenta un salto qualitativo rispetto alla giurisprudenza di prima, affermando la Corte che l'inosservanza della procedura sindacale non comporta automaticamente la non giustificazione del licenziamento. Tesi del tutto accettabile: la procedura intersin-

dacale è una procedura conciliativa nella quale si effettua un tentativo di trovare una soluzione socialmente più apprezzabile del problema, scongiurando i licenziamenti o riducendone l'entità. Sul piano del rapporto individuale di lavoro, l'osservanza o no di questa procedura è circostanza del tutto ininfluente, trattandosi sempre di valutare la giustificazione o no del licenziamento « individuale ». Nella più recente giurisprudenza vi sono talune, pur scarse, affermazioni nel senso di una, più adeguata impostazione. Per App. Bologna 23 marzo 1970, in *Riv. dir. lav.*, 1971, 2, 104, in caso di omessa procedura intersindacale, il lavoratore può impugnare il licenziamento ai sensi della legge del 1966, come licenziamento ingiustificato e con le conseguenze ivi previste, così riconoscendosi che non ha più senso l'azione meramente risarcitoria nei termini indicati. Il passo più importante è stato compiuto da Trib. Milano 19 gennaio 1970, in *Foro it.*, 1970, I, 2254, ammettendosi, in riferimento alla sistemazione di cui agli accordi interconfederali, che, dopo l'espletamento della procedura intersindacale, il lavoratore può ben instare per dar corso a quella conciliativa ed arbitrale prevista nell'accordo per i licenziamenti individuali, potendo poi, in caso di non cooperazione del datore di lavoro in tal senso, agire per i danni. In tal modo si riconosce che la procedura intersindacale si colloca su un piano diverso da quello in cui possono e debbono aver corso le aspettative individuali. Secondo Persiani (v. monografia, cit.) sarebbe necessario distinguere: se la procedura intersindacale ha avuto esito positivo (ad es., con un accordo sul numero dei licenziandi), l'impugnativa del lavoratore sarebbe del tutto preclusa; viceversa, in caso di omessa procedura o conclusasi con il mancato accordo, l'impugnazione del singolo sarebbe possibile. Non sono d'accordo con questa distinzione. A mio avviso anche nel caso limite che la lista dei licenziandi fosse concordata coi sindacati, la circostanza, pur potendo valere come indice della giustificazione del licenziamento, non precluderebbe l'impugnativa individuale, semplicemente perché il sindacato non può disporre del diritto del singolo.

* * *

Per altro verso la logica dell'iniziativa economica acquista rilevanza, in ragione del limite in cui, in generale e salvo quanto dirò in seguito, può ammettersi il sindacato del giudice nelle decisioni attraverso le quali hanno corso le esigenze tecnico-organizzative dell'impresa. Si discute in proposito (e rimando per più puntuali riferimenti alla mia relazione del 1968) se trattasi di sindacato di legittimità o di merito o se, comunque, questo sindacato incontri un limite inevitabile. Anche di questo problema c'è traccia corposa nella recente giurisprudenza: v. Pret. Torino

14 febbraio 1970, in *Riv. giur. lav.*, 1971, I, 201; App. Milano 16 marzo 1971, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 171; App. Milano 24 settembre 1971 già citata e, da ultimo, un'importante sentenza di Pret. Valdagno 4 dicembre 1971, in *Foro it*. In tutte queste pronunce si afferma, con varia formulazione, che un limite al sindacato del giudice ovviamente c'è e s'impone, proprio per il rispetto dovuto alla libertà dell'iniziativa e alla relativa insindacabilità delle valutazioni che ne discendono. Naturalmente questo limite non è proponibile allorché il licenziamento risulti del tutto pretestuoso o disposto per evidente intento frodatorio. Ma qui siamo oltre il confine del doveroso rispetto della libertà d'iniziativa, siamo sul terreno di quelle situazioni patologiche che, secondo la prudente valutazione del magistrato, non possono aver corso, secondo la normativa generale di diritto comune. Anche in Germania questo è pacifico; ad es. rilevano, in senso negativo per l'imprenditore, evidenti incongruenze logiche nella motivazione del licenziamento.

* * *

Infine ho da dire dei criteri di scelta dei licenziandi in caso di riduzione del personale e di come possa rilevare a questo punto l'interesse dell'impresa. Da noi la problematica in proposito è appena agli inizi, mentre in Germania (come, ancora una volta, ricavo dalla documentatissima tesi di Zanini) il terreno è stato ampiamente arato.

L'interrogativo di principio può enunciarsi in questi termini: nella scelta dei licenziandi si deve porre l'accento sul bisogno del lavoratore o sulla tutela dell'efficienza produttiva? Un imprenditore, dovendo licenziare cento lavoratori, può eliminare quelli che, a suo giudizio, sono di minore rendimento, oppure deve tener conto, e in quale misura, di criteri sociali? Riferisco, per illuminare più adeguatamente il problema, alcuni casi presentatisi e dibattuti nell'esperienza tedesca. Può l'imprenditore prescegliere di mantenere in servizio un lavoratore, relativamente giovane o con carico familiare inferiore a quello di altri, sol perché costui è in buoni rapporti con la clientela ed è quindi di alta redditività nella conclusione degli affari? Può ritenersi giustificata la scelta di una donna sposata per il fatto che la famiglia può contare comunque sul guadagno del marito?

Da noi possiamo impostare il problema distinguendo quello che può ritenersi sul piano dell'ordinamento generale o della legge e, viceversa, sul piano degli accordi interconfederali, perché da queste diverse fonti abbiamo indicazioni diverse.

Prima di procedere oltre, desidero però darvi conto di una assoluta novità, di una importantissima sentenza, ottimamente motivata, di Pret.

Monopoli 23 dicembre 1971, in *Foro it*. La sentenza può sintetizzarsi in tre massime. Secondo la prima « in caso di licenziamento collettivo per riduzione del personale, la violazione dei criteri dettati per la scelta dei licenziandi comporta non l'inefficacia del singolo licenziamento, bensì la responsabilità risarcitoria del datore di lavoro »; in sostanza il pretore respinge, vedremo perché, la tesi dell'efficacia reale della limitazione conseguente alla doverosità di quei criteri, efficacia reale implicita nella mia impostazione e ritenuta anche dalla Ballestero Gentili e da Garofalo. In secondo luogo, « ove si faccia questione della corretta applicazione di criteri di scelta dei licenziandi, il giudice deve accertare se sussiste un rapporto di causalità adeguata tra la decisione di massima di ridurre il personale ed il licenziamento del singolo lavoratore, individuando eventuali abusi del datore di lavoro », con un'affermazione che del tutto condivido. In terzo luogo, secondo il pretore, nella scelta dei licenziandi il datore di lavoro deve identificare, nell'ambito della medesima categoria, i lavoratori che svolgono mansioni facilmente intercambiabili, avendo riguardo anche alle capacità necessarie ed anche al tipo di mansioni effettivamente svolte dai singoli nella valutazione comparativa, e quindi scegliere fra essi in base ai criteri concorrenti dell'anzianità e del carico di famiglia. Nel caso la questione si poneva rispetto alla classificazione degli operai nel contratto collettivo per l'industria della ceramica, settore della terraglia forte, semiforte e dolce per uso domestico; specificatamente il contratto distingue cinque qualifiche e, secondo i sindacati, avrebbe dovuto tenersi conto solo di questa classificazione: l'assunto è stato respinto dal giudice, rilevando il magistrato che in ognuna di quelle classificazioni formali sono in realtà inseriti i lavori più diversi, dovendo quindi farsi riferimento, al di là del dato formale della qualifica, alle mansioni in concreto intercambiabili (questo è l'inevitabile riflesso del rimescolamento delle qualifiche in corso e delle promozioni automatiche verso nuove classificazioni che hanno ormai solo un valore formale, senza corrispondenza sostanziale in mansioni effettivamente diverse).

Questa sentenza, la cui importanza risulta *prima facie* dall'esposizione delle affermazioni di principio sommariamente enunciate, è di particolare interesse per la tesi di cui alla prima « massima », laddove si è negata l'efficacia reale dei criteri di scelta. Merita considerare partitamente la motivazione su questo punto pregiudiziale, anche perché ho avuto l'impressione che il magistrato avesse come punto ideale di riferimento la tesi da me enunciata nel 1968, accettata in linea di principio, ma corretta nelle concrete implicazioni giuridiche. In primo luogo, secondo il pretore, la tesi dell'efficacia reale dovrebbe essere disattesa, in

quanto con essa si perverrebbe a risultati contraddittori rispetto alla premessa. La premessa è quella del necessario rispetto della libertà d'iniziativa economica e quindi, delle scelte imprenditoriali di massima. Infatti se, putacaso, il giudice dovesse ritenere illegittimi (ora ai sensi dell'art. 18 dello « statuto ») i licenziamenti disposti per riduzione di personale per violazione dei criteri di scelta dei licenziandi, in pratica il magistrato inciderebbe sull'organico del personale, sull'assetto interno dell'impresa, in violazione, così, della libertà riconosciuta nell'art. 41 Cost. La decisione del giudice comporterebbe, dovendosi prestare ossequio alla medesima, la ristrutturazione dell'azienda, senza che il magistrato abbia gli strumenti per controllare le conseguenze del suo intervento anche in termini di efficienza e di sopravvivenza dell'impresa. L'argomentazione è apparentemente suadente, ma non convince. In definitiva la sentenza che accerta l'illegittimità di un licenziamento, anche « individuale » comporta un'interferenza nell'assetto dell'impresa, la necessità di riordinare l'organico ed i servizi ove si intenda dar corso alla pronuncia del giudice; è un'interferenza che il legislatore dello « statuto » ha deliberatamente voluto, passando dal sistema già accolto nella legge del 1966 con l'alternativa tra riassunzione e penale a quello ora ben più incisivo. La questione, rispetto al licenziamento per riduzione del personale, è solo di proporzioni, ammesso che proprio tutti i licenziamenti debbano ritenersi illegittimi per violazione generale dei criteri di scelta (ipotesi « totalitaria » francamente di scuola). In secondo luogo, secondo il pretore, attribuendosi al giudice il potere di rimettere in discussione l'organizzazione aziendale, anche quando i sindacati in sede di procedura conciliativa hanno concordato la soluzione del caso, il magistrato si arrogherebbe la tutela degli interessi collettivi coinvolti nel licenziamento di massa eventualmente con determinazioni opposte a quelle dei sindacati preposti istituzionalmente alla tutela di quegli interessi. Ma anche questa argomentazione non convince: la procedura conciliativa intersindacale attiene alla decisione di licenziamento collettivo in sé, e nelle proporzioni, mentre qui emerge il ben diverso problema dell'individuazione corretta dei licenziandi. Infine, secondo il pretore, vi sarebbero complicazioni processuali: posto che nel caso è in giuoco una valutazione comparativa per la scelta dei licenziandi, avendo l'imprenditore interesse a sapere chi possa licenziare in sostituzione dei primi, dovrebbe ritenersi una situazione di litisconsorzio necessario nei confronti di tutti i lavoratori comunque interessati a quella valutazione. Anche questo non convince. Non mi pare che possa parlarsi di litisconsorzio necessario, vertendo la materia del contendere sulla giustifica-

zione o no di determinati licenziamenti; al massimo gli altri lavoratori interessati potranno intervenire in causa.

La tesi che la violazione dei criteri di scelta comporta una responsabilità risarcitoria non è nuova; essa venne già accolta da Trib. Milano 2 febbraio 1970, in *Riv. giur. lav.*, 1971, 2, 41, nonché, in dottrina, da Comito. Ma è questa, di Monopoli, la prima sentenza in cui la tesi è accolta con meditata argomentazione, con la quale non posso tuttavia concordare; infatti, posto che il licenziamento è sempre « individuale », l'illegittimità per erronea scelta comporta le conseguenze ora scolpite nell'art. 18 dello « statuto ».

Vediamo ora quali possono essere i criteri di scelta, in sproposito accavallandosi, come ho accennato, diverse fonti. Abbiamo, infatti, la legge sui licenziamenti (art. 3) e, nel settore dell'industria, sia gli accordi interconfederali sia l'accordo interconfederale del 1950 tradotto in legge nel 1960 in svolgimento della legge Vigorelli, rimanendo in piedi la parte che qui interessa della legge-accordo anche dopo la ben nota pronuncia della Corte Costituzionale.

Sul piano dell'ordinamento generale (valendo la cosa per i settori diversi da quello dell'industria), abbiamo solo l'art. 3 della legge n. 604 che contempla le esigenze tecnico-produttive; su questo piano non si rinviene, se non erro, alcun disposto che attribuisca rilevanza anche a criteri di protezione sociale. Pertanto qui il datore di lavoro può prescie-gliere liberamente di mantenere in servizio i lavoratori che gli sono più utili, licenziando quelli meno utili, anche se più anziani o con maggiore carico familiare. Resta fermo, però, il principio di non discriminazione di cui all'art. 15 dello « statuto »; principio che non impone, ovviamente, l'assoluta non licenziabilità dei lavoratori sindacalmente impegnati. In proposito posso narrarvi un caso assai interessante al quale ho preso parte avendo come avversario l'illustre collega Scognamiglio. In quel procedimento *ex* art. 28 statuto, conclusosi positivamente per l'imprenditore, a comprova del carattere antisindacale del licenziamento di ben 1.400 lavoratori si deduceva, in particolare, che nella lista erano stati inclusi circa 30 lavoratori sindacalmente impegnati, componenti della commissione interna, del consiglio di fabbrica, di molte altre entità rappresentative; a questo si è potuto opporre che sarebbero rimasti in servizio ben 84 sindacalisti, onde la circostanza dedotta doveva ritenersi ininfluente, salvo che non volesse enunciarsi una sorta di assoluto privilegio o immunità di coloro che fanno capo all'apparato sindacale: questo è semplicemente il costo dell'eccessiva proliferazione dei « deputati » nelle unità di lavoro.

Nel settore dell'industria, l'accordo interconfederale del 1947, riman-

dando per la specificazione in concreto ad intese con la commissione interna, affermava che la scelta dei licenziandi doveva aver luogo secondo criteri obiettivi, in concorso tra loro, « tra cui » (l'espressione valeva, almeno in teoria, per dar rilevanza, eventualmente, anche ad altri criteri) specificatamente si menzionavano direttamente nel testo l'anzianità, i carichi di famiglia, la situazione economica familiare, particolari capacità tecniche e di rendimento. L'ultimo criterio doveva giuocare, evidentemente, nell'interesse dell'impresa, in una valutazione complessiva coi criteri d'ordine sociale; è quindi strano che Smuraglia, in un saggio del 1968 (v. in *Riv. giur. lav.*, 1968, I, 153), affermi che il criterio d'interesse imprenditoriale compaia per la prima volta nell'accordo successivo del 1950, in una fase di ritirata operaia, seguendolo nell'assunto la Ballestrero Gentili.

Invece per l'accordo del 20 dicembre 1950, tradotto poi nel d.p.r. 14 luglio 1960, n. 1019, debbono valere i « seguenti » (quindi, a differenza del precedente accordo del 1947, solo i criteri esplicitamente menzionati e non, eventualmente, altri) criteri, sempre in concorso: esigenze tecniche e di rendimento, anzianità, carico di famiglia, situazione economica. Infine l'accordo ultimo del 5 maggio 1965 menziona, con formula abbreviata, l'esigenze tecniche e produttive, l'anzianità ed il carico di famiglia.

Pertanto, con l'accordo del 1965, operante nei soli confronti delle imprese sindacalmente vincolate, è venuto meno il criterio del rendimento, come è stato rilevato da Trib. Milano 2 febbraio 1970, in *Riv. giur. lav.*, 1971, 2, 41.

Sempre nel settore dell'industria, per le imprese sindacalmente vincolate o no, vale la formula prevista, in riferimento all'accordo del 1950, nella citata legge delegata del 1960, fatta salva questa normativa con la sentenza 8 febbraio 1966, n. 8 della Corte Costituzionale. Secondo questa formula s'impone, nell'individuazione dei licenziandi, una valutazione globale e comprensiva, equamente, sia delle esigenze dell'impresa sia dei criteri d'ordine sociale enunciati (v. App. Milano 2 febbraio 1970, cit.). La nostra giurisprudenza sul punto è scarsissima, in una problematica che è appena agli inizi e che, improbabilmente, avrà un notevole incremento in futuro. Al contrario, la casistica tedesca è sterminata e in quella dottrina variamente si discute, contrapponendosi opposte tesi, circa il modo più equo di procedere a questa valutazione complessa, secondo criteri di contemperamento tra gli interessi delle parti sociali antagonistiche. Il problema è stato considerato, a grandi linee, nello studio di Comito, chiedendosi in particolare l'A. se possa tenersi conto di speciali qualità del lavoratore in situazioni eminentemente fiduciarie e suggerendo di far ricorso, come forse è inevitabile, alla

valutazione per punteggio predeterminato dei vari criteri al fine della formazione di una precisa graduatoria. Naturalmente, sull'equità della scelta, cioè sul buon governo in concreto di questi criteri, deciderà in ultima istanza il magistrato.

Ma c'è una differenza di fondo tra il settore dell'industria e gli altri: nel primo s'impone un contemperamento tra criteri sociali e imprenditoriali, negli altri ci si può appellare solo a questi ultimi, tutto dovendosi giustificare secondo il ben inteso interesse, obiettivamente valutabile, dell'imprenditore, non rilevando la situazione personale del lavoratore. C'è una indubbia, direi intollerabile, discriminazione. C'è spazio per poter prospettare, ed in quale contesto tecnico, una questione di legittimità costituzionale invocando per l'ennesima volta il principio d'eguaglianza?

27.

# STATUTO DEI LAVORATORI E TUTELA DELLA SALUTE (*)

L'art. 9 dello « statuto dei lavoratori » venne aggiunto al disegno di legge dalla commissione senatoriale con una formulazione giusta la quale i lavoratori avrebbero dovuto esercitare il diritto « mediante *le* loro rappresentanze » (1), cioè, presumibilmente, tramite le r.s.a. di cui all'art. 19. Nella discussione in assemblea (2), venne approvato un emendamento, soppressivo dell'articolo « le », presentato dal sen. Naldini, per passare così ad una dizione generica in punto d'identificazione dell'entità rappresentativa dei lavoratori ai fini dell'esercizio del diritto, possibile anche a mezzo di rappresentanze diverse da quelle previste nell'art. 19. L'emendamento venne illustrato dal presentatore nell'intento di utilizzare, almeno qui, una formula non rigida in tema di rappresentanza dei lavoratori, nel contesto della generale polemica sullo spontaneismo di base nel clima dell'autunno « caldo » e sulla piattaforma politica in tema di rapporti tra libere manifestazioni dal basso e strutture organiche: « ... tenuto conto della realtà odierna delle fabbriche, riteniamo opportuno non inserire un articolo che suona obiettivamente limitazione ». Ed infatti, alla modifica si opposero i senatori Torelli e Tedeschi, rilevando il primo che si mirava a far rientrare dalla finestra quanto si era riusciti a cacciare dalla porta con la formula limitativa in ordine alle r.s.a. riconosciute per legge. Solo l'on. Albani motivò la necessità del passaggio alla formula generica, rilevando che nella specifica materia è indispensabile l'apporto di tecnici ed esperti. In realtà, la modifica si rivela *ex post*, a mio avviso, estremamente opportuna; ché se fosse rimasta la formula originaria e se questa avesse dovuto intendersi come riferibile unicamente alle r.s.a. *ex* art. 19, avremmo avuto un terzo caso, dopo

---

(*) È questa l'illustrazione dell'art. 9 dello « statuto dei diritti dei lavoratori », destinata ad un commento alla legge che sto preparando, per la CEDAM, con la collega Cecilia Assanti.

(1) L'art. 13 della proposta Terracini era così formulato: « Il lavoratore ha diritto, personalmente o tramite organismi rappresentativi elettivi ... ».

(2) V. *Atti Senato*, 11 dicembre 1969, 12092.

quelli di cui agli artt. 4 e 6, di conferimento di generale potere rappresentativo rispetto alla generalità dei lavoratori a codeste rappresentanze, così insorgendo il problema di legittimità costituzionale sul quale mi sono a suo tempo diffuso (v. *supra, sub* art. 4, n. 2). Per altro verso, nella letteratura finora formatasi nonché nei diversi casi giurisprudenziali riscontrabili di norma rispetto alla pretesa di accesso e di ispezione nei luoghi di lavoro da parte di rappresentanze assumentisi costituite ai sensi della norma, l'attenzione si è concentrata su questo problema dell'identificazione della possibile entità rappresentativa. Il problema, tenendo conto sia della generica dizione della legge sia della situazione spesso fluida che sussiste nelle unità di lavoro nell'incrocio disorganico di iniziative più varie, è di non trascurabile rilievo. Sennonché, prima di affrontarlo *funditus*, pare opportuno prendere avvio dalla ricognizione del contenuto del diritto attribuito genericamente ai lavoratori.

Formalmente il diritto opera in due direzioni. In primo luogo, c'è il diritto di controllare in ordine all'effettivo rispetto, nei luoghi di lavoro, di tutta la complessa normativa predisposta per la prevenzione antinfortunistica e delle malattie professionali, quale ne sia la fonte, si tratti dei testi di legge che copiosamente provvedono in materia od anche dei provvedimenti eventualmente adottati in concreto dall'Ispettorato del lavoro. In secondo luogo si ha diritto di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee, in generale, a tutelare la salute e l'integrità fisica dei lavoratori. Per questo verso, la previsione ha come punto di riferimento il c.d. « obbligo di sicurezza » del datore di lavoro (art. 2087 c.c.) in ragione del quale, com'è noto (3), anche oltre le formali disposizioni di legge, costui è tenuto ad adottare tutti gli accorgimenti che, nella concretezza dei processi produttivi, risultino necessari ed opportuni per far sì che l'ambiente non sia pregiudizievole per chi è chiamato a prestarvi la sua opera. Il tema è, giustamente, all'ordine del giorno e figura tra quelli sui quali più si insiste nella piattaforma rivendicativa del sindacalismo dei lavoratori, in particolare con la pretesa, sacrosanta, che la salute di questi, e quindi la salute pubblica, va in concreto assicurata, non accettandosi più in miope contropartita trattamenti indennitari economici per niente compensativi del danno che si vuole evitare (4). In questo contesto, il diritto di promozione dei lavo-

---

(3) V., da ultimo, Spagnuolo Vigorita, *Responsabilità dell'imprenditore*, in *Nuovo Tratt. Dir. Lav.*, II, Padova, 1971, 417.

(4) La letteratura sul tema è vasta; v., da ultimo, *La nocività nel lavoro*, Atti del convegno CGIL sui centri contro la nocività, Modena, luglio 1971, Roma, Ed. Sindacale it., 1971; *Strumenti per la difesa della salute dei lavoratori in fabbrica*, tavola rotonda di

ratori per condizioni sempre migliori negli ambienti di lavoro, oltre il controllo, statisticamente apprezzabile, sull'effettività della normativa esistente, è (naturalmente ove i titolari vi diano concretamente corso) di enorme importanza (5) e qui lo « statuto » segna un decisivo passo innanzi. Tale diritto ha supporto costituzionale non già nell'art. 37 Cost. (6) che attiene, semmai, all'ambito ristretto e pur importante della tutela delle mezze-forze e nemmeno nell'art. 46 sul diritto dei lavoratori di collaborare alla gestione delle imprese (7), ma nel principio di cui all'art. 41 cap. secondo il quale l'iniziativa economica non può svolgersi in modi che possano arrecare danno alla sicurezza umana.

Del tutto inaccoglibile è la tesi secondo la quale dovrebbe distinguersi tra il diritto di controllo e il diritto di promozione, riconoscendosi solo per il primo portata immediatamente precettiva alla norma, mentre per il secondo la disposizione avrebbe carattere programmatico, dovendosene ritenere condizionata l'operabilità all'emanazione di norme ulteriori (8). Infatti anche il diritto di promozione è precisato in tutta la sua portata né si vede quale ulteriore normazione sia indispensabile.

Piuttosto merita specificare cosa può in concreto farsi in svolgimento di questo diritto, anche perché, stranamente, sono in giro interpretazioni riduttive che non possono condividersi. Per qualcuno (9), le prospettazioni della rappresentanza dei lavoratori *ex* art. 9 avrebbero solo valore di proposte o raccomandazioni o istanze di parte. Altri sottolineano che, per le innovazioni ritenute opportune, la rappresentanza *ex* art. 9 può sollecitare l'intervento o delle r.s.a. o della commissione interna o degli enti pubblici operanti in materia come l'ENPI o, infine, dell'Ispettorato

---

Odescalchi, Berlinguer, Marri e Rosati, in *Sicurezza sociale*, 1971, 261; *Indagini operaie sull'ambiente di lavoro*, in *Rass. sind.*, 1971, n. 221, 12; Giansiracusa e Meneghelli, *Un salto di qualità per l'ambiente di lavoro*, in *Rass. sind.*, 1971, nn. 217-218; *La salute non si paga. La nocività si elimina*, Un'esperienza di lavoro della Breda Fucine di Sesto S. Giovanni, quad. n. 1 de *Il lavoratore metallurgico*. Sulle possibilità aperte dall'art. 9 v. l'intervento di Lenzarini, in CGIL Emilia Romagna, *Lo statuto dei lavoratori*, cit., 135; *ivi*, 152 l'intervento di Serafini sull'esigenza che rappresentanze dei lavoratori siano presenti anche nelle commissioni edilizie per controllare che i progetti di nuove fabbriche siano adeguati sotto il profilo qui considerato. In dottrina v. Branca, *Sicurezza del lavoro e progresso tecnico nel diritto italiano*, in *Infortuni*, 1970, I.

(5) V. Mancini, *Le rappresentanze sindacali aziendali nello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 766, n. 2.

(6) Così Ghezzi, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit., n. 2.

(7) Così Napoletano, *op. cit.*, 46.

(8) V. Freni e Giugni, *op. cit.*, *sub* art. 9.

(9) V. Antonucci, *Prime riflessioni*, cit., n. 4.

del lavoro (10). E tutto questo è indubbio. Si aggiunge che, ove il datore di lavoro rifiuti l'introduzione delle misure proposte, può farsi ricorso alla lotta sindacale (11). E anche questo è esatto. Sennonché ben può andarsi oltre e deve ammettersi, quando sia in giuoco l'attuazione degli accorgimenti ritenuti opportuni, la possibilità di ricorrere al giudice che dovrà accogliere la pretesa ove riconosca che il *quantum* richiesto si giustifica in ragione dell'obbligo di cui il datore di lavoro è gravato *ex* art. 2087 cod. civ. Può aversi, come giustamente si è detto, un'azione di condanna (12). Ancor di più: per non rimandare l'attuazione delle misure opportune alle calende greche, cioè al sopravvenire della pronuncia esecutiva, ben può farsi ricorso al procedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. perché qui è in giuoco un diritto, quello alla salute, che può essere nelle more del processo gravemente pregiudicato. Questa è, a mio avviso, la portata del diritto, in ragione del quale è di scarso costrutto porsi il problema del sovrapporsi del medesimo alle competenze commesse per altro verso dalla legge ad enti pubblici e, in particolare, all'Ispettorato del lavoro (13). Queste competenze ovviamente restano e, di fatto, vi è un largo terreno di convergenze e di fruttuosa collaborazione tra enti e organi e rappresentanze dei lavoratori, così come possono esservi divergenze di valutazione in fatto; ma la parola definitiva resta al giudice innanzi al quale sia dedotta una pretesa che ha tutte le caratteristiche del diritto soggettivo, già prima dello « statuto » configurabile però nelle strettoie di schemi atomistici, mentre oggi la legge configura un soggetto che può utilmente ed effettivamente agire nell'interesse della collettività di lavoratori che è implicata nella vicenda.

Naturalmente, occorre distinguere quanto è nelle implicazioni sostanziali del diritto e quanto è strumentalmente necessario perché il medesimo abbia corso. Di massima, vuoi il diritto di controllo vuoi quello di promozione (nella misura in cui l'uno e l'altro esigono una diretta e precisa conoscenza delle caratteristiche dell'ambiente di la-

---

(10) V. Napoletano, *op. loc. cit.*; Suppiej, *Replica* al quarto congresso nazionale di diritto del lavoro.

(11) V. Ghezzi, *Statuto dei lavoratori e tutela della salute nei luoghi di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 753, n. 3.

(12) V. Costa, *Osservazioni sul procedimento di cui all'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *Securitas*, 1971, 66 con la precisazione che la lite è di competenza del tribunale siccome di valore indeterminabile. In precedenza v. Montesano, *Sulle azioni civili a tutela dell'integrità fisica del lavoratore, ivi*, 1965, 121.

(13) V. sul punto Ardau, *Parere legale sull'art. 9 della legge 20 maggio 1970 n. 300*, in *Orient. giur. lav.*, 1971, 565; Bellomia, *Note sull'art. 9 dello statuto dei lavoratori*, in *Securitas*, 1970, 637.

voro), implicano la possibilità di accedere in quei luoghi e di disporre di tutti i dati necessari per controllare il rispetto della normativa esistente e per registrare le situazioni di pericolo per la salute e i conseguenti rimedi. Su queste facoltà non può esservi dubbio (14), così come ha buon fondamento la pretesa di istituire libretti o registri destinati a raccogliere i dati rilevanti per l'accertamento dei rischi insiti nell'ambiente (15). Certo, com'è intuitivo, non si tratta di facoltà esercitabili *ad libitum* come forse qualcuno pretende, anche perché in ordine alle modalità e alle forme, è presumibile che la controparte datoriale abbia un qualche interesse non spregevole. Queste modalità potranno essere concordate col datore di lavoro (16) o stabilite, forse, nei contratti collettivi (17). Si è discusso in un caso (18) se abbia fondamento o no la pretesa del datore di lavoro di partecipare con suoi rappresentanti alle indagini e al rilevamento dei dati e si è concluso per l'infondatezza della medesima. Ma la questione è stata impostata, a mio avviso, in termini poco persuasivi; così come poco convince il richiamo al diritto di difesa fatto *ex adverso* (19). Il diritto di difesa non c'entra, semplicemente perché qui non c'è niente che possa attentarvi, non c'è una raccolta di prove che possa pregiudicare il datore di lavoro; in caso di esiti giudiziali l'onere della prova graverà sulla rappresentanza dei lavoratori, mentre il giudice potrà fornirsi le conoscenze indispensabili con l'ispezione e la consulenza tecnica. Piuttosto direi che il diritto del datore di lavoro, non di partecipare alle indagini in senso attivo, ma di assistervi a tutela del suo interesse nell'immediatezza e per ogni evenienza (si pensi alla possibilità che la

---

(14) Per Ghezzi, *Statuto dei lavoratori e tutela*, cit., n. 2, le rappresentanze possono visitare i luoghi di lavoro in ogni parte, in qualunque ora del giorno o della notte, durante l'orario di lavoro e no, con una affermazione nella sua perentorietà un poco eccessiva.

(15) V. in ordine alla rilevazione dei dati e all'istituzione del libretto di rischio e di registri per la raccolta dei dati biostatistici, il contratto collettivo, 11 febbraio 1971 per l'industria della gomma illustrato da Trespidi, in *Economia e lavoro*, 1971, n. 2, 177.

(16) V. Bellomia, *Note*, cit.

(17) V. in tal senso Ghezzi, *Statuto dei lavoratori e tutela*, cit. Le ragioni del dubbio sono chiarite *infra* nel testo.

(18) V. Pret. Conegliano, 6 marzo 1971, in *Quale Giustizia*, 1971, 23.

(19) V. Ardau, *Parere legale*, cit., n. 7. Ghezzi, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit., n. 2, parla di ispezione « in concorso » con gli operai, giustificando in termini sostanziali la pratica, facendo appello alla parola d'ordine sindacale della « validazione consensuale » dell'ambiente di lavoro, salva (ovviamente) la possibilità di utilizzare i dati raccolti in sede rivendicativa. Indubbiamente l'esercizio del diritto riconosciuto dallo statuto è destinato ad incidere, inevitabilmente di fatto, sul segreto industriale difficilmente conservabile quando certi dati sono destinati, per legge, a costituire oggetto di collettività.

rappresentanza, ai fini del mandato, voglia prelevare qualcosa da far poi analizzare, etc.), si giustifica altrimenti, cos come, ad es., quando viene in casa mia il lettore del contatore ho l'obbligo di farlo procedere, ma ho diritto di stare a vedere cosa fa. Direi anche che le indagini della rappresentanza potrebbero essere più utilmente condotte proprio se fatte « in contraddittorio » con la controparte e specie con i tecnici aziendali, proprio al fine della registrazione dello stato di cose esistenti; ci potrebbe essere altrimenti il rischio di prendere dei solenni *qui pro quo*. Insomma credo che, di massima, il contraddittorio sia proprio nell'interesse degli inquirenti. Quanto poi alla questione che è necessario che i singoli lavoratori possano parlare liberamente con la rappresentanza, per il consueto argomento del timore reverenziale nei confronti dei rappresentanti aziendali (20), è ora di dire una buona volta, proprio dopo lo « statuto », che questo trito discorso è ormai da lasciare da parte. A parte il fatto che la rappresentanza può limitarsi, *in loco*, alla registrazione dei dati dell'ambiente, riservandosi di interrogare gli interessati in separata sede, non è forse giunta l'ora di sollecitare un modello di lavoratore più robusto, meno incapace? Comunque, ove insorgano controversie in ordine alle facoltà in discorso, c'è ancora spazio per richiedere l'intervento del giudice, per ottenerne una pronuncia determinativa delle modalità di svolgimento. Ed è un intervento che può aversi sempre nella necessaria immediatezza o per la via dell'art. 28 dello « statuto » o ai sensi dell'art. 700 c.p.c. come provvedimento d'urgenza, in questo secondo caso, rispetto ad una controversia di merito il cui oggetto può ben essere dato, a mio avviso, dalla pretesa che siano determinate le modalità di accesso e di ispezione ritenute più opportune.

Il diritto è dei lavoratori, come diritto in senso generico di controllo e di promozione, in senso eminentemente strumentale (controllare per accertare se la normativa è rispettata e per verificare in concreto se c'è spazio per pretendere ulteriori misure protettive). Viceversa la pretesa sostanziale che, di volta in volta, può essere avanzata per l'attuazione di misure innovative, pretesa che è aspetto conclusivo e praticamente pertinente del diritto di promozione, è dei lavoratori di volta in volta interessati, cioè, a seconda dei casi, ed in ragione della pretesa specifica, dei lavoratori di tutto lo stabilimento o di un reparto o di un'ulteriore più ristretta suddivisione interna. Realisticamente la legge commette l'esercizio del diritto a « rappresentanze », cioè a entità che siano rappresentative dei lavoratori di volta in volta interessati o in senso strumentale o

(20) V. Pret. Conegliano, 6 marzo 1971, nonché le sennate considerazioni critiche di Ardau, *Parere legale*, cit., n. 8.

in senso sostanziale; derivando la rappresentatività dal conferimento del mandato e nella specificazione dei poteri secondo la regola della maggioranza. Indubbiamente è vero, come è universalmente riconosciuto (21), che la rappresentanza può essere del più vario tipo: i lavoratori possono conferire il mandato a qualunque entità paia di volta in volta più opportuno, ad un sindacato, alle r.s.a., alla commissione interna, ad una delegazione *ad hoc*, ad esperti nelle discipline che rilevano in materia (medici sociali, ingegneri ecc.), perfino ad una sola persona. Non v'è dubbio, inoltre, che la rappresentanza, comunque costituita, può avvalersi, anche per propria decisione, di esperti o consulenti. Tutto questo è pacifico, ma non dice ancora niente. Perché il punto sta nell'intendere come possa aver corso tutto questo, secondo uno schema ineludibile: il conferimento del mandato rappresentativo da parte della collettività dei lavoratori interessati, essendo chiaro che la legge ha conferito il diritto « ai lavoratori » in quanto collettività. E qui mi permetto di esternare alcune considerazioni problematiche; problematiche perché vari passaggi del discorso sono del tutto opinabili secondo la tesi ritenuta altrimenti su taluni problemi del contesto in cui il quesito si pone.

Una prima ipotesi può essere quella di verificare se, nelle situazioni

---

(21) V. Freni e Giugni, *op. loc. cit.*; Mancini, in *Associazione italiana di diritto del lavoro e sicurezza sociale, La rappresentanza professionale*, cit., 135; Lega, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 238-239, che fa cenno anche ai patronati; Antonucci, *Prime riflessioni*, cit.; Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., 131: per l'A. i compiti possono essere attribuiti dai contratti collettivi alle c.i.; Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, cit., 304, nel senso che la rappresentanza può essere composta di esperti; Montagnani, in *Rassegna parlamentare*, 1970, 351, sempre circa la possibilità di avvalersi di esperti esterni; Bellomia, *Note*; Branca, *Le « rappresentanze » per la tutela della salute e della integrità fisica del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 259, che insiste, giustamente, sul carattere collettivo del diritto; Ghezzi, *Statuto dei lavoratori e tutela*, cit., n. 1; Smuraglia, *Lo statuto dei lavoratori e il problema della tutela della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*; l'A. lamenta, però, non a torto, che a seguito dello « statuto » possono operare nelle unità di lavoro troppe rappresentanze, ponendosi un problema di razionale coordinamento. Per Ardau, *Parere legale*, cit., per rappresentanze possono intendersi solo, in denegata ipotesi (giusta la tesi, non condividibile, del carattere programmatico dell'intera disposizione), le r.s.a. Sull'utilizzazione degli attivisti dei patronati come esperti di classe, v. Rosati, in *Sicurezza sociale*, 1971, 149. In giurisprudenza sulle varie forme possibili di rappresentanza, v. Pret. Milano, 28 luglio 1971, in *Orient. giur. lav.*, 1971, 630. Secondo il contratto collettivo della gomma 11 febbraio 1971, il diritto *ex* art. 9 ha corso con l'intervento delle r.s.a. assistite da delegati di reparto. Il contratto collettivo per la ceramica affida la rappresentanza alle r.s.a. Per l'accordo aziendale Falck 18 febbraio 1971, l'azienda deve conferire l'incarico di inquisire o all'ENPI o alla Clinica del lavoro, impegnandosi poi alla discussione dei dati risultanti con le r.s.a. e con la c.i. Su un episodio particolarmente significativo, v. la cronaca *I pubblici manigoldi*, in *Quale Giustizia*, 1971, 12.

almeno relativamente sindacalizzate, può ritenersi che i lavoratori esercitino il diritto *ex* art. 9 tramite i sindacati che generalmente li rappresentano e se, poi, le clausole dei patti collettivi prevedenti la costituzione di organi paritetici per il controllo degli ambienti di lavoro possono considerarsi esercizio in concreto di questo diritto, in quanto diritto di controllo in sé e per la promozione di ulteriori misure, questione che si è già posta (22). La titolarità del diritto in capo ai lavoratori dell'azienda non significa niente, né osta; proprio perché resterebbe da verificare se il sindacato possa considerarsi « rappresentanza » ai sensi dell'articolo e se, quindi, le clausole contrattuali possano intendersi modalità d'esercizio del diritto in questione. Naturalmente la conclusione varrebbe poi anche in ordine alla proponibilità della pretesa sostanziale all'attuazione di misure innovative. Ma questo pone in giuoco tutta la problematica ricostruttiva del sindacato, dei rapporti tra soci e organizzazione, del contratto collettivo nell'attuale incerta situazione di fatto; tutti passaggi notoriamente controversi e controvertibili. Mi limito a dire che escluderei questa prima ipotesi, soprattutto perché non ha alcun aggancio reale per i lavoratori sindacalmente non affiliati, checché si pensi sul diverso problema dell'efficacia del contratto collettivo di diritto comune anche nei confronti di costoro (23). Una conclusione diversa si reggerebbe sul debole filo di una serie di finzioni che possono essere costruite per quel diverso problema, ma che sarebbe del tutto fuor di luogo richiamare qui.

Piuttosto, l'ipotesi prefigurata dal legislatore nell'art. 9 può ritenersi del tutto compiuta nel caso della commissione interna. La commissione è rappresentativa del personale, secondo una struttura « aperta » (v. *supra, sub* art. 4, n. 2); inoltre essa ha già, per l'accordo interconfederale (art. 3, n. 1 dell'accordo 18 aprile 1966) regolatore, competenza in materia (« intervenire presso la Direzione per l'esatta osservanza delle norme di legislazione sociale e di igiene e sicurezza del lavoro »). In sostanza, la commissione è investita dal personale del mandato di provvedere anche in materia antinfortunistica e prevenzionistica; e questo mandato si arricchisce del ben più vasto contenuto di cui al diritto di controllo e di promozione *ex* art. 9.

---

(22) Nel senso che le clausole dei contratti collettivi sull'istituzione dei comitati paritetici non ostano all'iniziativa diretta dei lavoratori, v. Pret. Milano, 28 luglio 1971, cit., alla nota che precede; Pret. Legnano, 2 marzo 1971, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 258, in relazione ad una particolare ipotesi di accordo provinciale. Nel senso che queste soluzioni resterebbero indenni, paiono Freni e Giugni, *op. loc. cit.*

(23) V. il mio saggio *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in *Studi in memoria di Calamandrei*, Padova, 1958, V, 133.

Oltre la c.i., può ritenersi anche la competenza di qualsiasi altra entità rappresentativa del personale a struttura aperta (quando, cioè, tutti possono partecipare all'atto d'investitura, con sistema elettorale), ad es. del consiglio dei delegati del personale. Naturalmente qui occorre premurarsi che l'esercizio del diritto specifico in questione venga esplicitamente conferito con adeguata previsione delle carte disponenti in ordine alla costituzione dell'organo; carte cui accede il consenso del personale per il fatto della partecipazione all'elezione.

Ma i lavoratori possono anche prescegliere di esercitare il diritto in forma specifica e determinata, eventualmente con un'implicita revoca del mandato già conferito alla c.i. o al consiglio dei delegati o ad altra entità stabilizzata. Possono decidere di conferire la rappresentanza ad una qualsiasi entità sopra genericamente indicata: al sindacato, ad un patronato, alle r.s.a. o ad una di queste, ad una delegazione *ad hoc*. Ma questo può avvenire solo nella sede in cui può manifestarsi il consenso della collettività, cioè nell'assemblea che può essere tanto assemblea generale quanto assemblea particolare per reparto, gruppo ecc., ai sensi dell'art. 20 (24).

Sennonché occorre ulteriormente distinguere. L'assemblea può essere generale per il diritto di controllo (ai fini del rispetto della normativa esistente o/e per la promozione di altre misure), perché qui il mandato generico vale per l'insieme dei lavoratori, tutti genericamente interessati a questi accertamenti. Viceversa quando dal diritto in senso strumentale si passa alla pretesa concreta di attuazione di questa o quella misura, come risultato proponibile a seguito degli accertamenti espletati, titolari di questo specifico diritto non sono i lavoratori in genere, ma quelli specificatamente interessati a quella pretesa nei confronti della controparte. Interessati all'adozione del congegno x suscettivo di diminuire il pericolo y nel reparto z, sono solo i lavoratori di questo reparto, non quelli degli altri; titolari del diritto di attuazione sono costoro e non altri. Questo implica che, prospettabile la rivendicazione sulla base dell'indagine compiuta dall'entità rappresentativa di tutto il personale, la decisione di sollevare la relativa pretesa ricorrendo al giudice, in quanto il datore di lavoro non accetta con le buone di introdurre le modifiche richieste, può essere adottata in una assemblea *ad hoc* della frazione di personale interessato. In conclusione la cerchia dei titolari del diritto,

---

(24) V. Ghezzi, *Diritto di assemblea e statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1971, 1, II, n. 3; Napoletano, *op. loc. cit.*; Pret. Reggio Emilia, 14 maggio 1971, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 256.

nelle sottodistinzioni in cui questo è scomponibile, va identificata di volta in volta in ragione delle questioni in giuoco ed è, quindi, variabile.

La rappresentanza occasionale dei lavoratori dovrà giustificare il titolo dei suoi poteri nei confronti del datore di lavoro (25), specie in caso di ricorso al giudice quando quivi si propongano pretese all'attuazione, cioè alla condanna del datore di lavoro all'adozione di misure di sicurezza. In materia si dovrà essere rigorosi proprio per l'entità della posta in giuoco. Non v'è dubbio che gli organi pubblici operanti in materia debbono agire senza esitazioni e preoccupazioni: l'impresa che non si adegui all'imperativo della sicurezza o deve ottemperare o deve sparire. Anche i lavoratori cominciano a dare, giustamente, la prevalenza all'effettivo rispetto del loro diritto alla salute, come obiettivo ottimale. Ma l'esperienza insegna che alla stretta finale l'interesse all'occupazione, all'occupazione essenziale per procurarsi l'indispensabile per vivere, ha la prevalenza anche se il lavoro deve aver corso in condizioni non ideali. Su questo piano, dove non possono non dominare le scelte private e rispettabilissime, quando si prospetti una situazione che può costituire l'occasione determinante della crisi dell'occupazione, per le conseguenti scelte, altrettanto private e rispettabili, della controparte (chiudo, perché non mi è possibile ...), non può consentirsi che l'astratto diritto dei lavoratori sia esercitato in difetto di decisioni meditate; il che si traduce nell'esigenza di estremo rigore formale.

Infine, è da vedere se, negli svolgimenti litigiosi dell'art. 9, possa aversi o no il ricorso al procedimento speciale di repressione dell'attività antisindacale dei datori di lavoro (art. 28). La questione, ovviamente, non si pone per la pretesa all'attuazione in concreto dove, oltre tutto, non può parlarsi di condotta antisindacale o no, ma di lite in ordine alle implicazioni dell'obbligo di sicurezza in concreto, qui la rappresentanza dei lavoratori può proporre un giudizio ordinario di merito, salvo il ricorso preliminare, come ho accennato, al procedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. (26). La questione può farsi solo per gli eventuali, ingiustificati ostacoli al diritto di controllo (27). Ritengo che il procedimento sia esperibile, poiché, esercitando il diritto di cui all'art. 9, un diritto di

---

(25) V. Napoletano, *op. loc. cit.*, nel senso della preventiva comunicazione al datore di lavoro della costituzione, della composizione e dei compiti della rappresentanza; Bellomia, *Note*, cit.

(26) In ragione di questa possibilità non comprendo perché Smuraglia, *Lo statuto dei lavoratori e il problema*, cit., ritenga indispensabile la previsione, da parte della legge, di un procedimento sommario *ad hoc*, modellato sulla falsariga di quello di cui all'art. 28. Sull'esperibilità dell'art. 700, v. Pret. Milano, 28 luglio 1971, cit. *supra*, nota 21.

(27) Così, esattamente, Smuraglia, *op. cit.*

cui sono titolari i lavoratori come collettività, si ha esercizio di attività sindacale, donde l'antisindacabilità del comportamento ostativo (28). C'è attività sindacale ogni qual volta c'è attività di tutela dell'interesse collettivo, così come deve ritenersi organo sindacale (ma non del sindacato-associazione) la commissione interna (29). Qui abbiamo semplicemente la tutela di un interesse collettivo determinato e delimitato, quello alla sicurezza del lavoro; ma la coralità dell'interesse non cambia. Piuttosto, a parte l'astratta ammissibilità e fermo, per disposto di legge, che lo speciale procedimento può essere promosso solo dal sindacato (30), è dubbio che il ricorso possa essere accolto quando esso sia proposto da organismi sindacali di sindacati che abbiano stipulato contratti collettivi nei quali sia prevista, per la tutela della salute dei lavoratori, la costituzione di organi paritetici; perché a me pare che non possa parlarsi di condotta antisindacale allorché il datore di lavoro tenga un certo comportamento pretendendo il rispetto di patti sindacalmente concordati; è questo un punto che riprenderò *funditus, sub* art. 28. Denegata giustizia o diritto senza azione? No: perché non è impedito ai lavoratori interessati di rivolgersi ancora una volta al giudice per la via dell'art. 700 c.p.c.

---

(28) V. Pret. Reggio Emilia, 14 maggio 1971, cit. Per un caso v. Pret. Conegliano, 29 gennaio 1971, in *Quale Giustiza*, 1971, 12. In dottrina, nello stesso ordine d'idee, v. Ghezzi, *Statuto dei lavoratori e tutela*, cit.; Smuraglia, *op. cit. Contra* v. Costa, *Osservazioni*, cit. e, sulla base di una concezione restrittiva dell'esperibilità nel procedimento solo laddove sia in giuoco l'interesse del sindacato-apparato in senso stretto, v. Ardau, *Parere legale*, cit.

(29) V. la mia nota *La posizione giuridica delle c.i. di fabbrica*, in *Foro it.*, 1954, I, 334.

(30) Ha riconosciuto, invece, la legittimazione di un gruppo di lavoratori, in piena violazione di legge, Pret. Milano, 2 gennaio 1971, in *Foro it.*, 1971, I, 1098, giustamente criticata da Branca, *Le « rappresentanze »*, cit.

28.

# SULLE UNITÀ DI LAVORO SOGGETTE ALLA LEGISLAZIONE LIMITATIVA DEI LICENZIAMENTI

1. Nella legge del luglio 1966 dettante disposizioni sui licenziamenti individuali, alla stregua del criterio politico relativo all'opportunità di sottrarre alla disciplina limitativa le piccole unità di lavoro, il legislatore aveva adottato una soluzione univoca, se pur ampiamente discussa vuoi in termini di opportunità vuoi in termini di legittimità costituzionale. Secondo l'art. 11 della legge, l'applicabilità della medesima era esclusa per i datori di lavoro (quindi, anche per i datori di lavoro non imprenditori) occupanti fino a 35 dipendenti, argomentandosi nei lavori preparatori sia dalla natura eminentemente fiduciaria che il rapporto di lavoro avrebbe nelle minori unità così delimitate sia dal fatto che il limite risultava negli stessi termini negli accordi interconfederali stipulati per il settore industriale nel 1950 e nel 1965. *Ex adverso* si obiettò l'eccessiva elevatezza dell'indice numerico di consistenza del personale così prescelto per l'individuazione della zona libera. Volendosi escludere le unità di lavoro di minore consistenza e potenzialità economica, il legislatore ignorava, si osservò non a torto, che oggi, in ragione delle possibilità offerte dalla più progredita tecnologia, non raramente imprese di non trascurabile peso possono essere condotte con un numero di dipendenti inferiore a 35 (si pensi alle cartiere). In secondo luogo, si osservò, con un limite così congegnato in pratica ne risultava frustrato l'intento formalmente perseguito dal legislatore, nel senso della necessità dell'intervento della legge per estendere la disciplina limitativa dei licenziamenti dal settore industriale, ove era già sindacalmente prevista, ai settori diversi, in ispecie a quello agricolo proprio perché in quest'ultimo settore la stragrande maggioranza delle imprese occupa meno di 35 lavoratori. Molti giudici ritennero non manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 11 rispetto al principio costituzionale d'eguaglianza, imponendo la norma un diverso, e non giustificato, trattamento ai lavoratori in ragione della dipendenza dei medesimi da unità più o meno consistenti. Ma la questione venne respinta da Corte cost. 14 aprile 1969,

n. 81 (1). La Corte ritenne obiettivamente giustificata, secondo la vera scelta politica del legislatore, la differenziazione a favore delle minori unità secondo un criterio delimitativo variamente risultante dalla più varia legislazione nonché dagli accordi sindacali. Come si è giustamente messo in rilievo di recente (2), i giudici costituzionali posero l'accento, a spiegazione dell'obiettiva giustificazione della limitazione, sulla diversa potenzialità economica delle minori imprese così individuate, abbandonando del tutto l'argomento della più accentuata fiduciarità del rapporto di lavoro nelle medesime.

La questione del campo di applicazione della legislazione limitativa dei licenziamenti, nei termini obiettivi qui esclusivamente considerati, rispetto alle unità di lavoro in sé, prescindendo, cioè, dalle altre numerose esclusioni contemplate in ragione di altri elementi nella legge del 1966, si ripropone dopo il c.d. « statuto dei diritti dei lavoratori » emanato con la legge 20 maggio 1970, n. 300, e tormenta la pur scarsa dottrina di commento a questo recente intervento legislativo (3), non constando per il momento pronunce giudiziali in materia. Premesso che lo « statuto » radicalmente innova, all'art. 18, in ordine al regime giuridico del licenziamento comunque illegittimo, nel senso che il datore di lavoro è obbligato a reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore, essendogli ora sottratta la possibilità di evitare la reintegrazione con la corresponsione della c.d. « penale », in ordine al campo di applicazione l'art. 35 stabilisce che, per le imprese industriali e commerciali, le disposizioni del titolo terzo della legge relativa all'attività sindacale nei luoghi di lavoro (costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali, assemblee del personale, *referendum* ecc.) nonché quella che qui interessa dell'art. 18, « si applicano a ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo che occupa più di 15 dipendenti. Le stesse disposizioni valgono per le imprese agricole che occupano più di 5 dipendenti. Le norme suddette si applicano, altresì, alle imprese industriali e commerciali che nell'ambito dello stesso Comune occupano più di 15 dipendenti ed alle imprese agricole che nel medesimo ambito

---

(1) V. in *Foro it.*, 1969, I, 1384.

(2) V. Freni e Giugni, *Lo statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, *sub* art. 35.

(3) V. Alleva, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966 n. 604 allo statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, nota 38; Ianniruberto, *I licenziamenti individuali dopo la legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *Riv. giur. lav.*, 1970, I, 407, n. 4; Napoletano, *Lo statuto dei lavoratori*, Napoli, 1971, 74 ss. e 111, prospettando l'A. il profilo di costituzionalità della questione; Prosperetti, *Nota*, in *Mass. giur. lav.*, 1970, 332, nonché la relazione introduttiva, n. 13, di Mazzoni, in Seminario fiorentino di diritto del lavoro nella primavera 1971.

territoriale occupano più di 5 dipendenti anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti ». Il quadro delle previsioni normative che interferiscono nel problema, va completato considerando anche l'art. 37 della legge, ai sensi del quale le disposizioni della medesima si applicano anche agli enti pubblici economici, nonché agli enti pubblici non economici « salvo che la materia sia diversamente regolata da norme speciali ».

Visibilmente il legislatore del 1970 ha voluto abbassare, con l'art. 35, il limite di esclusione dalla più rigorosa disciplina del licenziamento illegittimo posta nella nuova legge, rispetto al limite già posto in quella del 1966; sennonché il dubbio e gli interrogativi che tormentano la dottrina derivano dalla considerazione complessiva di quanto è disposto nei primi due commi dell'art. 35. Infatti nel comma 1, per le imprese industriali e commerciali (non per quelle agricole, considerate alla lettera nella loro interezza), l'applicabilità della normativa è riferita, sempre alla lettera, non all'impresa in sé, nella sua globale consistenza, ma ad un qualsiasi interno contesto (sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo) al quale risulti addetto il numero minimo previsto (15) di lavoratori; nel comma 2 si chiarisce che, però, nell'ambito comunale, per decidere sul punto, deve procedersi alla somma dei dipendenti nel medesimo ambito, pur se costoro sono utilizzati in unità che, singolarmente considerate, non raggiungono i limiti previsti, rispettivamente, di 15 e 5: al limite, nella circoscrizione comunale, la disciplina si applica, ad es., pur nell'ipotesi che i sei complessivi addetti all'impresa agricola siano dislocati in sei luoghi diversi, ognuno facente capo ad una capanna per la custodia degli attrezzi ecc. Occorrerebbe, quindi, il raggiungimento dei minimi previsti al livello dell'area comunale, area per area, per potersi avere l'applicabilità della più incisiva disciplina di cui all'art. 18. Al contrario, ai fini dell'art. 11 della legge del 1966 l'impresa andava considerata nella sua interezza, secondo il totale del personale comunque occupato complessivamente e dislocato territorialmente. Ne deriverebbe la conseguenza, invero assurda, che una grande impresa con centinaia di dipendenti, dislocati però in modo da non raggiungere in alcun comune i nuovi minimi di 16 e di 6, sarebbe sottratta all'art. 18 dello « statuto », restando applicabile alla medesima la più favorevole disciplina di cui agli artt. 11 ed 8 della legge del 1966, con l'alternativa, in caso di accertata illegittimità del licenziamento, tra riassunzione e penale. Cosicché, si dice, ne deriverebbe, non razionalmente, la contemporanea vigenza di due discipline profondamente diverse in ragione della consistenza del personale come sopra calcolata; anzi, taluno aggiunge, si avrebbe in pratica un passo indietro rispetto alla legge del 1966, con un risultato certo imprevedibile rispetto alle intenzioni, indubbiamente più avanzate,

dell'ultimo legislatore in materia. Egualmente ricorrente è il rilievo che, dettando l'art. 35, il legislatore ha confuso quanto attiene alla limitazione del licenziamento con quanto riguarda, viceversa, l'ambito della possibile attività sindacale nei luoghi di lavoro. Sotto quest'ultimo profilo, è comprensibile, almeno in parte, che per l'esercizio di determinate forme di attività sindacale, si abbia un minimo di consistenza nel personale specificatamente addetto all'unità di lavoro singolarmente considerata; qui del resto, come si è ricordato (4), la legge si è conformata alla soluzione accolta nell'accordo interconfederale per la costituzione delle commissioni interne, costituibili, infatti, per ciascuna sede, stabilimento, filiale o ufficio autonomo dell'impresa. Ragioni di questo tipo non ricorrono, viceversa, in ordine al trattamento del licenziamento, di una vicenda che tutta si contiene e si risolve nell'ambito del rapporto individuale di lavoro. Il rilievo coglie, in sostanza, nel segno, pur se è fatto con una formulazione che in sé può indurre in equivoco e risultare inconsistente. In tema di esercizio dei c.d. « diritti sindacali », è del tutto logico il riferimento all'unità di lavoro nella sua individualità, laddove comunque risulti un consistente raggruppamento di lavoratori, ma questo non può intendersi nel senso che altrimenti, ove l'impresa globale non consti di unità interne di siffatta minima consistenza, non vi sia luogo all'esercizio dei diritti in questione. La logica e la *ratio legis* impongono che siffatti diritti siano esercitabili, comunque e al limite, al livello dell'impresa unitariamente considerata, ove la medesima superi i limiti richesti e in modi adeguatamente possibili: niente osta a questo. Al contrario, la previsione di livelli inferiori ed interni per l'esercizio dei diritti sindacali si spiega nella logica del decentramento, in ragione dell'obiettiva dislocazione del personale vuoi per facilitarlo senza costringerlo a spostamenti vuoi per dar sfogo agli interessi peculiari del raggruppamento specifico, secondo la logica, del resto, della contrattazione sindacale sempre più articolata fino ai livelli più elementari. In sostanza, la previsione di ambiti interni ristretti all'impresa, dovrebbe intendersi nell'ordine di idee qui sottolineato del decentramento per quanto attiene all'esercizio dei diritti in questione. È peraltro esatto che consimili esigenze non contano, né dovrebbero contare, ai fini della limitazione del licenziamento, quale sia la spiegazione più ragionevole dell'esclusione delle minori unità, in termini di ridotta potenzialità delle medesime o in termini di ritenuta intrinseca fiduciarietà del rapporto.

---

(4) V. Freni e Giugni, *op. loc. cit.*

2. Cercherò di rispondere all'interrogativo enunciato, procedendo con i piedi di piombo, tenendo conto dei testuali enunciati normativi, per controllare se sia possibile un'interpretazione razionalmente convincente o se, viceversa e come si è detto (5), codesti enunciati impongano conclusioni irrazionali difficilmente rimediabili in sede interpretativa.

Secondo l'art. 11 della legge del 1966 sono soggetti alla disciplina limitativa dei licenziamenti, giusta la più blanda soluzione (riassunzione o penale) ivi prevista, tutti i datori di lavoro, siano essi imprenditori o no, occupanti nel complesso più di 35 dipendenti (6). Al contrario nell'art. 35 dello « statuto » e in relazione al più rigoroso regime del licenziamento illegittimo ivi contemplato, si parla di « imprese » industriali, commerciali ed agricole. Imprese *tout court*, secondo la nozione generica di impresa, in contrapposizione alle unità di lavoro costituite dal datore di lavoro non imprenditore ai fini specifici del diritto del lavoro e comunque della regolamentazione della vicenda particolare del licenziamento; cioè rileva, in senso esclusivamente qualitativo secondo l'alternativa indicata, l'entità costituita per l'esercizio di un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (art. 2082 c.c.) quale che sia la consistenza di questa entità, a prescindere dal fatto che si tratti, secondo la tormentata problematica dei commercialisti (7) e secondo l'opinione ivi professata, di impresa o di piccola impresa o di unità artigiana. Ai nostri fini specifici conta comunque e solo la consistenza dell'unità produttiva in ragione dell'entità del personale, secondo le positive determinazioni adottate di volta in volta dal legislatore. Problemi potranno sorgere poi, di volta in volta, in ordine alla qualificazione dell'impresa come agricola o no, sempre in ragione della diversità stabilita dal legislatore (v. *infra*) in termini di consistenza del personale.

Posto che visibilmente, come ho accennato, lo « statuto » ha voluto

---

(5) V. Freni e Giugni, *op. loc. cit.*

(6) Ritengo che il computo debba essere fatto calcolandosi tutti i rapporti di lavoro costituiti nell'unità considerata, ivi compresi anche quelli che non sono soggetti di per sé alla disciplina limitativa del licenziamento, ad es., i lavoratori « anziani » *ex* art. 11 della legge n. 604. Certamente vanno computati anche gli apprendisti rispetto ai quali, comunque, dopo la sentenza della Corte cost. 4 febbraio 1970 n. 14, in *Foro it.*, 1970, I, 701, pur pronunciata in tema di indennità di anzianità, non si può più porre questione in ordine all'applicabilità della normativa in discorso. Infatti anche i rapporti esclusi ragionevolmente rilevano per valutare la consistenza dell'impresa secondo le determinazioni del legislatore.

(7) V., per riferimenti, Panuccio, *Impresa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, nonché Galgano, *L'imprenditore*, Bologna, 1970, 57 ss.

estendere la tutela dei lavoratori contro i licenziamenti, andare oltre e non indietreggiare rispetto alla soluzione accolta nella legge del 1966 (onde questa non può ritenersi di per sé abrogata nemmeno per quanto qui interessa), un primo risultato pienamente ricavabile, alla lettera, dalla giustapposizione delle due normative è questo: per le imprese, nell'accezione semplificata sopra ritenuta, vale *ex* art. 35 la disciplina di cui all'art. 18 dello « statuto » se sussistono i minimi di consistenza richiesti nel medesimo art. 35; viceversa ai datori di lavoro non imprenditori non si applica lo « statuto », si applica, al contrario, la disciplina di cui alla 604, ove occupino più di 35 dipendenti.

Sennonché, ai sensi del secondo inciso dell'art. 37 della legge n. 300, lo statuto si applica anche agli enti pubblici non economici, soggetti, quindi, al più rigoroso regime di cui all'art. 18, se ed in quanto occupanti i minimi di personale indicati nell'art. 35. Cioè lo « statuto » si applica a enti pubblici tradizionali che non sono obiettivamente imprese. E non trattandosi di imprese non si sa nemmeno, essendo di conseguenza impossibile la qualificazione in senso agricolo o no ai fini del comma 1 dell'art. 35, quale sia il minimo di consistenza del personale invocabile. E se si applica lo « statuto », ivi compreso il regime più rigoroso del licenziamento illegittimo, ne verrebbe, per impicito, la conseguenza, tormentante la dottrina (8), che la pronuncia del giudice ordinario non incontrerebbe più, contenutisticamente, i limiti e gli ostacoli di cui alla fondamentale legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo; ancor di più ne deriverebbe anche l'esperibilità nei confronti degli enti in questione dello speciale procedimento demandato *ex* art. 28 al Pretore per la repressione dell'attività antisindacale (9). Tutti interrogativi di non poco momento.

Senonché, a parte gli interrogativi sostanziali e processuali innanzi

---

(8) V., da ultimo, Canfora, *Pubblico impiego, legge 15 luglio 1966 n. 604 e statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1970, I, 297.

(9) L'esperibilità dell'art. 28 non verrebbe meno sol perché per il singolo ente sussista una normativa speciale sostitutiva dello « statuto », giusta la riserva esplicita contenuta nell'art. 37 della legge n. 300. Evidentemente la riserva ha senso sotto il profilo della normazione sostanziale eventualmente sussistente in alternativa e in sostituzione dello statuto, ad es., in tema di svolgimento del diritto di assemblea, non per la disposizione processuale di cui all'art. 28, salvo che non sia posta in suo luogo, evidentemente solo per legge, una previsione processualmente incidente in termini analoghi. Dal che deriva che l'eventuale normazione sostanziale sostitutiva sarebbe deducibile, sussistendo l'attentato alla libertà sindacale, sempre innanzi al pretore *ex* art. 28: di questo aspetto della questione non si è reso conto Pret. Roma 4 dicembre 1970, in *Quale Giustizia*, n. 7, 30, rispetto ad un ricorso proposto da una associazione della CISNAL.

sommariamente accennati, ai nostri fini ne sortirebbe una conseguenza singolare, se non paradossale: ai datori di lavoro non imprenditori privati (ad es., ai partiti politici, ai sindacati ecc.) sarebbe assicurato un regime di favore (più blando regime *ex* legge n. 604) rispetto ai datori di lavoro non imprenditori pubblici, cioè rispetto agli enti pubblici non economici o tradizionalmente autoritativi. Conseguenza paradossale perché, in ipotesi, di un regime di favore dovrebbero semmai fruire gli enti pubblici ove si tengano presenti le conturbanti implicazioni indicate dell'applicabilità dello « statuto ». C'è, quindi, una diversità di trattamento, in ordine alla disciplina del licenziamento illegittimo, non facilmente giustificabile; una diversità in ordine alla quale non si riescono a rinvenire giustificazioni obiettive e razionali. Ne deriva, rispetto al principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost., una questione di legittimità non manifestatamente infondata e c'è, volendo, spazio per una pronuncia correttiva della Corte costituzionale eliminatrice dell'ingiustificato regime di privilegio dei datori di lavoro non imprenditori privati. Per questa via si potrebbe pervenire ad una soluzione razionalizzatrice, eliminando la diversità di regime *ex* legge del 1966 e ai sensi dello « statuto ».

Nell'art. 35 è posta, poi, una non trascurabile differenza tra le imprese agricole e quelle non agricole, industriali o commerciali; in concreto per le prime è richiesto un numero di dipendenti, 5, inferiore a quello delle altre (15). La vicenda complessiva, per quanto attiene al trattamento delle imprese agricole, è stata alquanto singolare nel passaggio dalla normativa del 1966 a quella attuale; la soluzione anteriore in ordine al minimo di consistenza richiesto (36 dipendenti) comportava, *di fatto*, una larghissima sottrazione del settore agricolo alla disciplina limitativa, mentre ora si ha, in diritto, una maggiore incidenza proprio in questo settore. In effetti il disegno di legge governativo richiedeva, facendo omaggio al peculiare andamento dell'occupazione nell'agricoltura, un minimo di cinque lavoratori stabilmente occupati; la specifica formulazione è poi scomparsa, di guisa che, come si è detto (10), c'è la prospettiva di un andamento stagionale nell'applicabilità o no dello « statuto ». Ma anche qui c'è un trattamento deteriore per i lavoratori delle imprese non agricole, specificatamente per quelli alle dipendenze da imprese tra 6 e 16, rispetto al quale è difficile rinvenire una giustificazione seria od obiettivamente argomentabile. Ancora una volta la questione di legittimità costituzionale proponibile non è manifestamente infondata e c'è spazio, a mio avviso, per una pronuncia dei giudici

(10) V. Freni e Giugni, *op. loc. cit.*

costituzionali eliminatrice della discriminazione, con la conseguenza pratica dell'abbassamento del limite a 6 dipendenti anche per le imprese non agricole.

3. Ma i più difficoltosi interrogativi stanno ancora oltre, per quanto attiene, per così dire, al criterio giusta il quale deve procedersi per stabilire se l'impresa ha o no il minimo di consistenza richiesta. Anche qui, nel primo comma dell'art. 35, c'è una differenza tra le imprese agricole e quelle non agricole. Per le prime, la legge richiede *tout court* che si tratti di imprese occupanti, in sé, cioè, alla lettera, nella loro globalità, almeno 5 dipendenti. Viceversa, per le imprese industriali e commerciali, le disposizioni di cui all'art. 18 « si applicano a ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo che occupa più di 15 dipendenti ». Alla lettera, per le imprese non agricole, non varrebbe l'entità complessiva del personale, ma dovrebbe aversi riguardo non all'impresa in sé, unitariamente considerata, bensì alle ripartizioni interne indicate decidendo la consistenza del personale addetto ad ogni singola ripartizione per l'applicabilità del regime del licenziamento illegittimo *ex* art. 18. Questa conclusione, avvalorata dalla lettera, imporrebbe di approfondire il discorso, chiarendo le diverse nozioni di « sede », « stabilimento », « filiale », « ufficio o reparto autonomo »; nozioni tutte certo largamente basate sull'esperienza reale, ma in parte evanescenti e assai opinabili, potendosi richiamare la non sopita problematica attinente alla delimitazione del concetto di « dipendenza dell'azienda » ai fini della competenza territoriale nelle controversie di lavoro (art. 434 c.p.c.). D'altro canto, la soluzione letteralmente imposta potrebbe essere razionalmente giustificata, secondo una sottile interpretazione che è in giro. Si dice, infatti, che, rispetto al più incisivo regime di cui all'art. 18 (un regime, grosso modo, di stabilità « reale »), appare logico far riferimento all'entità del personale specificatamente addetto alla singola ripartizione interna dell'impresa, nel senso che, ove il trattamento del licenziamento illegittimo dovesse applicarsi anche a favore di lavoratori addetti a ripartizioni con personale inferiore a quello stabilito nell'art. 35, comma 1, a questi livelli minimi ne potrebbero risultare situazioni pratiche d'incompatibilità, in ordine alla possibilità di reintegrazione del licenziato, alle quali il legislatore ha fatto omaggio, anche perché lo « statuto » per altro verso (art. 13) richiede per il trasferimento del lavoratore una giustificazione obiettiva difficilmente ravvisabile nell'ipotesi. Ne potrebbe derivare, secondo questa interpretazione, questa conseguenza: che un'impresa, in quanto occupante nel complesso più di 35 dipendenti ai sensi dell'art. 11 della legge del 1966,

sarebbe soggetta, di per sé, alla disciplina limitativa dei licenziamenti; ma solo rispetto ai rapporti di lavoro costituiti per singole ripartizioni interne occupanti più di 16 dipendenti, sarebbe ulteriormente applicabile, in punto di regime del licenziamento illegittimo, l'art. 18. Ne risulterebbe, pertanto, una diversità di trattamento tra i lavoratori della medesima impresa, per taluni, addetti a ripartizioni interne con personale superiore a 15, valendo il regime di stabilità « reale », mentre rispetto ad altri resterebbe ferma l'alternativa tra riassunzione e pagamento della penale *ex* art. 8 legge del 1966. Ma questa diversità di regime all'interno della medesima impresa non convince per tante intuibili ragioni; né è possibile spiegare, una volta così impostata la questione, come e perché la legge, alla lettera, abbia fatto riferimento alle ripartizioni interne solo per le imprese non agricole, per quelle agricole considerando, al contrario, l'impresa nella sua globalità.

In realtà, se fosse possibile contenere il discorso solo in riferimento al primo comma dell'art. 35, potrebbe prospettarsi una ben diversa interpretazione del tutto razionale. Si potrebbe muovere dalla constatazione che ogni impresa, anche in difetto di ulteriori ripartizioni interne, fa corpo, per definizione, con una sede, alla quale fanno capo i rapporti di lavoro. Certo può aversi un'impresa con una sede, ridotta in termini di personale addetto al minimo, in un luogo e con officina altrove. Ma, per converso, può aversi un'impresa in cui tutto fa capo ad una sede, eventualmente minuscola in sé, per il personale chiamato a svolgere sistematicamente ivi la sua opera (ad es., un solo impiegato), gli altri dipendenti facendovi per altro verso capo, pur se poi debbono trovarsi sempre in giro in ragione della natura della loro prestazione, come di frequente avviene nel settore commerciale. Insomma, a parte le ulteriori, eventuali ripartizioni interne (stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo), ogni impresa ha una sede, quanto meno una sede alla quale fanno capo i rapporti di lavoro. Ne deriverebbe che la specifica previsione, nell'art. 35, comma 1, di altre ripartizioni interne si spiegherebbe in una logica del tutto diversa, nella logica, sopra ricordata, del decentramento per quanto attiene all'esercizio dei diritti sindacali; nel senso che questi diritti, poniamo l'assemblea, potrebbero aver corso anche a livello, ad es., di uno stabilimento o di un ufficio autonomo occupanti il minimo di 16 dipendenti indicati. In conclusione, le imprese sarebbero *in primis* soggette in ragione della complessiva consistenza del personale superante i numeri indicati (15 e 5), a parte la possibilità di decentramento nel contesto in cui il medesimo ha unicamente senso per la parte sindacale della legge. Ma, ai fini della disciplina del licenziamento, conterebbe solo la somma globale, la somma che già nel comma 1

dell'art. 35 la legge impone per le imprese agricole e che, ulteriormente, la legge medesima ha previsto nel comma 2.

4. Ma la complicazione maggiore deriva proprio dal secondo comma dell'art. 35, ai sensi del quale le disposizioni in discorso (quelle relative all'attività sindacale e al regime del licenziamento) si applicano *altresì* alle imprese che, nell'ambito dello stesso Comune, occupano più di 15 lavoratori, se non agricole, o più di 5 lavoratori, se agricole, « anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti ». Alla lettera, prescindendo dall'uso iniziale della parola « altresì » che costituisce la più eloquente testimonianza della confusione mentale del legislatore (« altresì » sta per « anche », in senso inequivocabilmente estensivo in termini normativi), l'area comunale costituirebbe, quindi, l'ambito minimo di riferimento. In sostanza l'interpretazione sistematica dei primi due commi dell'art. 35 comporterebbe quanto segue: la somma del personale, al fine di stabilire se il rapporto è regolato o no in ordine al licenziamento dall'art. 18, deve farsi, a prescindere dall'individuale consistenza di ogni singola ripartizione interna, ma nell'ambito minimo del Comune. Nell'area comunale, ad es., un'impresa agricola di 6 dipendenti sarebbe soggetta, pur se ognuno dei sei fa capo ad un'autonoma baracchetta a chilometri di distanza da ognuna delle altre; esemplificazione che attesta come il discorso in chiave di compatibilità o no del più rigoroso regime del licenziamento in ragione della consistenza del personale addetto alla singola unità, abbia, in definitiva, ben poco costrutto. In definitiva, l'art. 18 si applica, alla lettera, quale che sia la consistenza complessiva dell'impresa sul punto dell'invocabilità della legislazione limitativa *ex* art. 11 legge n. 604, circoscrizione comunale per circoscrizione comunale, ove singolarmente si raggiunga, comune per comune, il minimo richiesto. Qui veramente, rispetto al comma 2 dell'art. 35, il lodevole intento razionalizzatore dell'interprete incontra un ostacolo insuperabile. E risultano inevitabili implicazioni abnormi: la medesima impresa, distribuita in più Comuni, fruisce di diversi regimi di volta in volta in ragione della consistenza del personale impiegato in ogni singola circoscrizione comunale; un'impresa con 16 dipendenti tutti concentrati in un Comune, è soggetta all'art. 18; viceversa un'impresa che, al limite dell'esempio di scuola, abbia 5 dipendenti per ognuno degli 8000 ed oltre Comuni della Repubblica, occupante, cioè, circa 45.000 dipendenti, potrebbe fruire del più favorevole regime *ex* art. 8 legge n. 604 del 1966. Ne risulta un regime complessivo di differenziazioni che non risponde ad alcuna logica obiettivamente identificabile, senza possibilità di razionali e convincenti giustificazioni: non vale, infatti, ove si

tengano ben presenti le implicazioni e le esemplificazioni fatte, né il criterio politico di distinguere tra le imprese in ragione della loro diversa potenzialità economica né il criterio, pure politico, della maggiore o minore fiduciarità del rapporto di lavoro a seconda che ci si trovi in unità minori o maggiori. Ne risulta una normativa che, comunque la si interpreti, non regge ad un controllo razionale, e che è, al contrario, esempio preclaro di totale irragionevolezza.

Trattandosi di irragionevolezze gravemente censurabili in riferimento al principio costituzionale d'eguaglianza, l'unica via da battere è quella del sindacato di costituzionalità, nella convinzione che vi è, complessivamente, largo spazio per pronunce della Corte Costituzionale che pongano rimedio a tante e siffatte storture, con la pratica conclusione della formulazione di una regola di diritto *grosso modo* così sintetizzabile: tutte le unità di lavoro, comunque poste in essere da privati o da enti pubblici, rientrano nella disciplina limitativa dei licenziamenti, secondo il più rigoroso regime di cui all'art. 18 dello « statuto », se le unità medesime, complessivamente considerate, occupino più di 5 lavoratori.

29.

# DIRIGENTI D'AZIENDA, DISCIPLINA LIMITATIVA DEI LICENZIAMENTI E STATUTO DEI LAVORATORI

Questa sentenza del pretore milanese dott. Canosa, ormai ben noto per le sue audaci pronunce motivate con giovanile fervore dissacrante e con largo tuffo nelle acquisizioni delle discipline ausiliarie del diritto, talune apparendo del tutto iconoclastiche all'opinione dei benpensanti (1) presta, a mio sommesso avviso, il fianco alla critica non tanto per la conclusione specifica (doversi ritenere l'invocabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti anche da parte dei dirigenti), quanto per la motivazione che la sorregge. Infatti, secondo il pretore, sopravvenuto lo statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300), quella conclusione oggi s'impone, in quanto questa legge avrebbe abrogato per incompatibilità i limiti già previsti nella legge n. 604 del 1966 sulla disciplina dei licenziamenti individuali. Lo statuto, in quanto legge volta a garantire la libertà e la dignità del lavoratore nell'intera vicenda del rapporto di lavoro, non può non applicarsi, in linea di principio, anche ai dirigenti in quanto lavoratori subordinati; l'art. 18, relativo alla nuova disciplina del licenziamento illegittimo, richiama la precedente legge solo per quanto attiene alle procedure d'impugnativa esperibili e alla determinazione delle condizioni d'illegittimità del licenziamento medesimo; l'unica

---

(1) V., in particolare, la famosa sentenza delle « corna », 25 gennaio 1971, in *Foro it.*, 1971, I, 2072, rispetto alla quale le perplessità, a mio avviso, non attengono all'affermazione di principio in sé, bensì alla mancata considerazione del contesto specifico in cui il fatto si era verificato. Può ammettersi che la media e grossa impresa, proprio per le sue dimensioni, sia tanto spersonalizzata da rendere irrilevante sul piano del rapporto di lavoro, che il lavoratore di bassa categoria e qualifica se la intenda con la signora dell'amministratore delegato o di un altro dirigente. Ma qui il fatto si era verificato in un rapporto, l'unico costituito per un modesto esercizio; e, se non altro, quanto meno la teoria dell'inesigibilità poteva essere richiamata per spiegare come e perché non potesse imporsi al povero salumaio la quotidiana presenza della ragione dei suoi attributi frontali. Comunque ogni medaglia ha il suo rovescio in termini di più amabile civiltà e di costume; fa piacere pensare che il domestico di casa Canosa, ove esista, non ha da nutrire timori di sorta.

norma che rileverebbe in punto di limiti d'applicabilità della normativa, tacendo l'art. 18 per quanto attiene specificatamente ai destinatari, è da ravvisarsi solo nell'art. 35 che segna codesti limiti solo in termini di consistenza (abbassati rispetto alla 604) delle unità di lavoro, nessun'altra situazione limitativa essendo stata presa in considerazione. Di conseguenza, sempre secondo il pretore, tutte le altre limitazioni già previste nella legge del 1966 sarebbero state travolte; in particolare quelle già espresse in ragione della qualificazione del rapporto secondo la tripartizione di categoria posta nell'art. 2095 c.c., nonché l'altra relativa ai lavoratori anziani secondo l'alternativa di riferimento operata nel secondo inciso del comma 1 dell'art. 11 della 604. Probabilmente, in quest'ordine d'idee, ed anche se il pretore ha taciuto sul punto, dovrebbe ritenersi ricompreso nella disciplina limitativa del licenziamento anche il rapporto di lavoro in prova nei limiti in cui questa rilevava ai sensi del secondo inciso dell'art. 10 della 604.

La suesposta argomentazione è difficilmente condividibile. A parte il problema generale dell'applicabilità dello statuto dei lavoratori ai dirigenti, di cui dirò qualcosa in prosieguo, rispetto alla normativa contenuta nella legge del 1966, l'art. 35 della legge n. 300 al massimo incide, secondo la formulazione letterale e la logica della previsione, solo sul disposto di cui al primo inciso dell'art. 11 della 604, per quanto attiene al campo d'applicazione delle due leggi secondo la consistenza delle unità di lavoro (prima occupanti almeno 35 dipendenti ed oggi, a seconda del settore, 15 o 5). Ho detto, non a caso, « al massimo », giacché tra le varie tesi che si vanno prospettando in ordine alla delimitazione delle unità di lavoro soggette al più rigoroso regime del licenziamento illegittimo posto nell'art. 18 dello statuto rispetto a quello di cui all'art. 8 della 604 (alternativa tra « riassunzione » e corresponsione della penale risarcito ria), c'è anche quella, a mio avviso non accettabile (2), secondo la quale, ancor dopo lo statuto, per l'applicabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti, si richiederebbe che il datore di lavoro occupi, nel complesso, più di 35 lavoratori ai sensi della 604, applicandosi poi il più rigoroso regime dell'art. 18 legge n. 300 per i rapporti posti in essere per unità di lavoro occupanti, a seconda del settore (agricoltura o no), più di cinque o di quindici dipendenti; derivandone che un'impresa occupante, in totale, più di quindici lavoratori, ma meno di trentacinque, non sarebbe soggetta, in generale, alla disciplina limitativa in discorso nemmeno secondo il regime meno

(2) Sul problema v. il mio saggio *Sulle unità di lavoro soggette alla legislazione limitativa dei licenziamenti*, in *Riv. dir. agr.*, dedicato alla memoria del Prof. Bolla.

incisivo di cui alla legge del 1966: tesi che è stata puntualmente accolta in una sentenza del Pretore di Taranto, 17 febbraio 1972, in corso di pubblicazione nel *Foro Italiano*. In altre parole, e quale sia la soluzione al problema ulteriore sopra accennato, l'art. 35 dello statuto, disponendo unicamente in tema d'identificazione delle unità di lavoro soggette alla normativa, tocca solo la zona d'operabilità della corrispondente norma della 604, quella richiedente il minimo di consistenza di almeno 35 dipendenti: incide, per il chiaro disposto letterale, solo in questa zona e non altrimenti.

Ne consegue che l'art. 35 non tocca, logicamente, tutte le altre limitazioni relative all'operabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti già poste nella 604; e non le tocca, senza necessità di scomodare criteri generali in ordine all'incidenza di normazioni sopravvenute su quelle già poste, proprio perché non dispone, alla lettera, nella zona di queste diverse limitazioni che il legislatore del 1966 ritenne di dover porre, nella sua discrezionale valutazione politica, in ragione di altre caratteristiche o del rapporto o delle condizioni dei lavoratori, vuoi per appartenenza di categoria o per incidenza del patto di prova o per l'età conseguita. Se, al contrario, la tesi del pretore fosse esatta, la Corte Costituzionale, affermando di recente (3) l'illegittimità dell'art. 11/1 della 604 nella misura in cui la norma escludeva l'operabilità degli artt. 2 e 5 della medesima legge nei confronti dei lavoratori ultrasessantacinquenni non in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia, avrebbe preso un imperdonabile abbaglio, ritenendo parzialmente illegittima, e quindi ancora vigente, la disposizione limitativa, quando al contrario, seguendo il ragionamento del pretore Canosa, i giudici costituzionali avrebbero dovuto pronunciare una sentenza di manifesta infondatezza della questione, in quanto prospettata rispetto a norma ormai inesistente perché abrogata. In realtà non è caduta in errore la Corte né la dottrina formatasi successivamente allo statuto, tutti oggi chiedendosi come ed in quali termini l'art. 35 della legge n. 300 rilevi per l'identificazione delle unità di lavoro soggette alla disciplina limitativa dei licenziamenti, ma nessuno avendo dimostrato il minimo dubbio in ordine alla logica sopravvivenza delle altre limitazioni; constatazione della quale, a parte le ragioni di sostanza espresse, io mi sento pago, può se, va riconosciuto, l'argomento prova poco, posto che, in assoluto, il magistrato addetto all'umile pretura di Roccacannuccia ben potrebbe avere ragione « sol contro Toscana tutta ».

---

(3) V. Corte cost. 14 luglio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, 1, 2465.

Al contrario, il pretore avrebbe potuto in ipotesi giungere alla conclusione dell'applicabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti al rapporto dirigenziale della cui risoluzione si discuteva, in concreto, tra le parti in causa, per altra via, previa acquisizione e adeguata valutazione di precise circostanze di fatto in tal senso rilevanti ed eloquenti, cioè negando l'inquadrabilità dell'attore nella categoria dei dirigenti sul piano della previsione legislativa. Questo naturalmente presuppone il rigetto della tesi, a suo tempo prospettata in via interpretativa dell'art. 10 della 604 da Simi (4), secondo la quale, in relazione a detta norma, i dirigenti andrebbero ricompresi nella più vasta categoria impiegatizia di cui fanno parte. Questa tesi è, infatti, chiaramente insostenibile poiché, quale sia l'opinione ritenuta sul problema generale se i dirigenti costituiscano una categoria del tutto autonoma o non piuttosto, come autorevolmente si sostiene (5), una sottocategoria degli impiegati, è pur positivamente vero, come si è osservato (6), che il legislatore del 1966, menzionando solo gli operai e gli impiegati con esplicito richiamo dell'art. 2095 c.c., ha escluso *a contrario* gli impiegati-dirigenti. Sennonché è altrettanto vero che quel legislatore, variamente disponendo in tema di licenziamenti secondo la tripartizione dei lavoratori subordinati, ha richiamato esplicitamente l'art. 2095 c.c., con una formulazione tuttavia superflua e che ben avrebbe potuto omettersi, essendo evidente che allorquando una norma dell'ordinamento generale dispone adoperando concetti già posti altrove nel medesimo ordinamento, sono proprio questi concetti che, salva esplicita definizione derogatoria posta *ad hoc*, valgono e s'impongono. In altre parole, da una parte operai ed impiegati sono ricompresi nella disciplina limitativa dei licenziamenti e, dall'altra, i dirigenti ne sono esclusi, dovendosi aver riguardo alle nozioni delle tre categorie nell'accezione che, a sua volta, è proponibile nel medesimo ordinamento generale. Ne segue che la tutela contro i licenziamenti può negarsi solo allorché ci si trovi innanzi ad un dirigente *ai sensi di legge*, non, eventualmente, innanzi a chi come tale è eventualmente qualificato per altre fonti, in concreto per contrattazione collettiva, ove in queste altre

---

(4) V. Intervento nel vol. Centro nazionale prevenzione difesa sociale: *Problemi di diritto del lavoro: sulla legge 1966 relativa ai licenziamenti individuali*, Milano, 1968, 125, riportato anche in *Lav. e sic. soc.*, 1968, 10.

(5) V., da ultimo, Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1971, 92.

(6) V. Trioni, *Contributo all'esegesi della Legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, 1, 27, spec. n. 3. Nello stesso senso v. Offeddu, *La legge sui licenziamenti individuali e il suo campo di applicazione*, in *Riv. dir. lav.*, 1968, 1, 404, spec. n. 3.

normative abbia in concreto corso una delimitazione della categoria diversa da quella che può ritenersi legislativamente accolta.

Con questo non voglio dire che, sul piano dell'ordinamento generale, la nozione di dirigente, quale dovrebbe delimitarsi secondo la linea distintiva rispetto agli impiegati di più alta qualifica, massimamente rispetto a quelli di prima categoria con funzioni direttive, sia pacifica e facilmente scolpibile. Si tratta, in realtà, di una categoria sfumata e dagli incerti contorni, in una problematica tormentata e ognora riproponentesi, di guisa che non mi pare accoglibile la tesi secondo la quale avremmo nella nostra giurisprudenza (basta, per constatare il contrario, una rapida scorsa nei repertori) una risposta complessivamente attendibile (7).

Per altro verso, l'auspicio alcuni anni or sono (8) di dar corso ad un tentativo di ricercare criteri generali classificatori da premettere alla valutazione delle singole fattispecie, lascia francamente perplessi in ordine alla sua possibilità. Ancor quando ci si provi ad enunciare, sulla base di una casistica ormai semisecolare, elementi utilizzabili per una definizione appropriata, ci si accorge che i conti non tornano mai, semplicemente perché quei criteri se si attagliano, relativamente, alla figura del dirigente amministrativo, quale collaboratore immediato dell'imprenditore, posto al vertice della gerarchia, con pienezza di poteri, quale *alter ego* del datore di lavoro, scarsamente servono per l'altra figura, del dirigente tecnico, che pure è contemplata nel codice. Di guisa che ogni tentativo definitorio è destinato comunque a non appagare del tutto, rimanendo come unico rimedio la prudente valutazione del magistrato.

Resta, però, che, nella logica medesima della ripartizione del codice ed in corrispondenza alla realtà aziendale, la figura del dirigente è, per definizione, eccezionale, ristretta a quel nucleo minimo d'immediati collaboratori dell'imprenditore cui fa capo il potere d'organizzazione e di direzione nella sua accezione eminente, essendo quindi da identificarsi con criteri inevitabilmente restrittivi. Il processo di prolificazione della figura riscontrabile nella realtà e nella contrattazione non quadra, così, con la nozione legislativa e la qualificazione pattizia può valere, al massimo, come un indice non trascurabile, non come un dato preclusivo. Sul piano dell'ordinamento generale e della normativa di volta in volta quivi posta, alla qualificazione del rapporto come dirigenziale deve

---

(7) Così Mancini, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, in. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 893, spec. n. 4. Da ultimo in giurisprudenza, sulla nozione di dirigente v. App. Milano 20 giugno 1969, in *Dir. lav.*, 1970, 2, 157; 17 febbraio 1966, n. 502, in *Foro it.*, 1966, 1, 1767, con nota di riferimenti.

(8) V. Pergolesi, *Dirigente di azienda*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, n. 4.

quindi procedersi autonomamente, in funzione esclusiva della nozione legislativa avendo riguardo all'unico dato decisivo, cioè alla posizione sostanziale del lavoratore nell'impresa, secondo le mansioni in concreto esercitate e in ragione del grado della loro importanza.

In definitiva, anche il pretore milanese ha portato innanzi la motivazione della sentenza, nella prima parte, nell'ordine d'idee qui suggerito, con un largo ed esorbitante tuffo nei dati ricavabili dalla letteratura sociologica che oggi imperversa, affermando che sotto la parola sussistono situazioni sostanziali assai diverse, la grande dirigenza, i dirigenti intermedi e quelli inferiori. Di guisa che il lettore ha dapprima l'impressione che il magistrato abbia voluto impostare il problema nei termini sostanzialistici qui delineati. Ma questa dissertazione iniziale resta, nell'economia complessiva della pronuncia, un vuoto ed innocente sfoggio di erudizione, senza concrete implicazioni né in fatto né in diritto. Non in fatto perché, posta la premessa sociologica, il lettore si attenderebbe di leggere in prosieguo che, in base alla posizione sostanziale tenuta, l'attore Pollini doveva essere collocato, ad es., nella categoria dei dirigenti intermedi o in quella dei dirigenti inferiori, previa precisa ricognizione delle mansioni espletate. Non in diritto perché, ancora una volta, il lettore, dopo quella premessa, si attenderebbe una corrispondente riformulazione definitoria della nozione di dirigente « autentico » secondo l'ordinamento rispetto al quale non varrebbe la normativa di tutela contro i licenziamenti; invece questa delimitazione manca del tutto e la sentenza conclude nel senso che sopravvenuto lo statuto, l'esclusione del dirigente *tout court* dalla tutela in questione è venuta meno, ivi compresa l'area ristretta dell'alta dirigenza. Il discorso comincia in termini sostanzialistici-sociologici e finisce, in senso preteso del tutto appagante, in termini formalistici ed onnicomprensivi di avvenuta abrogazione. Dopo di che, se questo doveva essere il succo risolutivo del discorso giuridico, se vale una tesi che si contiene bene o male (piuttosto male, invero) nell'*hortus conclusus* che ha come unico supporto l'art. 15 delle preleggi, la dissertazione iniziale è del tutto sovrabbondante e gratuita, servendo solo a far risaltare quali siano *les lirres de chevet* del dott. Canosa.

Del tutto coerentemente il pretore, accolta la tesi dell'abrogazione, ha ritenuto inutile riproporre la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 della legge n. 604 già sollevata da un suo collega (9) in riferimento al principio d'eguaglianza. Ma la conclusione, una volta

---

(9) Pret. Milano 3 agosto 1970, in *Mass. giur. lav.*, 1970, 424, con nota di Toffoletto, *Alter ego del datore di lavoro e licenziamento*.

constatata l'intrinseca debolezza della tesi dell'abrogazione e una volta scartata la tesi delimitatrice di principio sopra enunciata, appare del tutto azzardata ed incauta; sarebbe stato, al contrario, più prudente e realistico riproporre quella questione di cui merita dire qui qualcosa. È noto quale sia sul punto lo schieramento dell'opinione. Taluni hanno sempre lamentato, dopo la legge del 1966, l'esclusione, denunciandone la sostanziale iniquità nonché, in termini appunto formali, l'illegittimità per violazione del principio d'eguaglianza (10). Altri si pronunciano per l'opposta tesi mettendo in rilievo, anche sulla scorta dei lavori preparatori della 604 (11), che la differenza di trattamento nella vicenda estintiva del rapporto si giustifica e si legittima vuoi per le particolari caratteristiche del rapporto dirigenziale vuoi per le specifiche e concrete garanzie sulle quali può altrimenti contare, la categoria (12). Se vogliamo fare un discorso realistico, senza infingimenti, la tesi delle maggiori garanzie non regge, posto che dovrebbero, queste, identificarsi in adeguati strumenti di tutela contro il pericolo di venire ingiustamente privati del posto di lavoro nonché, più in generale, del diritto al lavoro. Ora queste garanzie, da ultimo parzialmente introdotte in sede di contrattazione collettiva con l'accordo del 29 luglio 1970 che introduce una procedura arbitrale di controllo sul licenziamento con la possibilità di attribuzione, in caso di accertata ingiustificazione, di una penale supplementare, sul piano dell'ordinamento generale non sussistono. Per la legge non sussiste tutela contro il licenziamento rispetto ad una categoria a favore della quale, d'altro canto, essendo possibile l'assunzione diretta, non c'è nemmeno

---

(10) V. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966, n. 12, 30; Tarabelli, *I dirigenti di azienda e la nuova legge sui licenzianzenti individuali*, in *Lav. sic. soc.*, 1966, 813.

(11) V., in particolare, la relazione di maggioranza degli onn. Russo, Spena e Fortuna alla Camera (in appendice a Napoletano, *op. cit.*, 27 spec. 145): « ... l'esclusione... dei dirigenti d'azienda si fonda sulla considerazione che il rapporto di lavoro a questi relativo abbia garanzie e caratteristiche tali da renderlo essenzialmente diverso dai normali contratti in materia di lavoro ».

(12) V. Offeddu, *op. loc. cit.*; Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo tratt. dir. lav.*, Padova, 1971, II, 668; Santoro Passarelli, *Nozioni*, cit., 225. Offeddu, dopo aver esattamente notato che la realtà sociale « ... rivela come questa categoria sia naturalmente staccata da buona parte dei problemi e delle rivendicazioni degli altri lavoratori », afferma che l'esclusione dalla tutela si giustifica perché il dirigente si trova in situazione di minore soggezione economica. Ma la soggezione economica, rispetto alla vicenda estintiva del rapporto, è sempre eguale quando l'unico reddito sia quello di lavoro dipendente. Ancora nel senso che qui emergerebbero minori esigenze di tutela v. Giugni, *Le categorie dei prestatori di lavoro; panorama comparativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 844, n. 11.

incidenza del sistema del collocamento pubblico della manodopera. Di guisa che se per i dirigenti sussistono corpose garanzie di trattamento economico e normativo, pressoché nulla è la tutela e in ordine alla distribuzione delle occasioni di lavoro e in ordine alla conservazione del posto di lavoro acquisito. La situazione legislativa è tale che, rispetto al soggetto inviso, potrebbe aver corso, almeno in teoria, la pratica di una deliberata e programmata esclusione dalle occasioni di lavoro, con vere e proprie « liste nere ».

Ma non per questo, non su questo piano in cui il discorso ha ben scarso fondamento, l'esclusione dalla tutela è da ritenersi, a mio avviso, illegittima. Infatti, come giustamente si è detto, qui viene in questione il diritto d'impresa costituzionalmente garantito (13). Se il dirigente, nell'accezione restrittiva della nozione di legge, è l'immediato collaboratore dell'imprenditore, colui che questi pone al vertice della gerarchia delegandogli la sostanza dei suoi poteri (l'*alter ego*...), è nella logica delle cose e del sistema giuridico-economico che l'imprenditore (privato e pubblico) abbia la massima libertà nella scelta e nella sopravvivenza del rapporto di lavoro; una limitazione su questo piano colpirebbe in radice la libertà costituzionalmente garantita. Per questo pare ragionevole ritenere che ci si trovi innanzi ad una situazione del tutto peculiare, tale da escludere il denunciato vizio d'incostituzionalità. Certo, ripeto, rispetto a questa vicenda essenziale ben scarse sono le garanzie; ma ciò è nella logica della libera impresa, sia essa condotta dall'imprenditore privato o in mano pubblica.

D'altro canto, anche ammettendosi in ipotesi l'estensione della tutela, la situazione di fondo in pratica si riproporrebbe in termini di valutazione della giusta causa o del giustificato motivo rispetto alla tipica posizione dirigenziale; il giudice non potrebbe non valutare con estremo rigore ogni situazione patologica nei rapporti *inter partes*, partendo dalla premessa che è giocoforza che l'imprenditore abbia piena e totale fiducia in questi suoi immediati collaboratori onde, in pratica, ogni fatto incrinante quel clima indispensabile sarebbe rilevante. L'ammissione del sindacato giudiziale comporterebbe, molte volte, di buttare in piazza situazioni aziendali, economiche, produttive, in tema di segreti di fabbricazione, destinate per loro natura a rimanere riservate nell'economia competitiva di mercato ed è dubbio che questa inevitabile implicazione sia rispettosa della logica del sistema costituzionalmente riconosciuto.

---

(13) V. Toffoletto, *Alter ego*, cit.

Né è da trascurare, come si è detto intelligentemente (14), che la questione si prospetta in termini sostanziali diversi in ragione del diverso regime del licenziamento illegittimo, a seconda che il medesimo sia meramente « obbligatorio » come era disposto nella legge del 1966 o, viceversa, obblighi in linea di principio a reintegrare effettivamente nel posto di lavoro il lavoratore ingiustificatamente licenziato così come impone l'art. 18 dello statuto. Con la prima soluzione, a parte l'affermazione di principio sull'illegittimità del licenziamento, la legge faceva sostanzialmente omaggio all'autonomia dell'imprenditore ponendo in definitiva a carico di questi una mera responsabilità risarcitoria. Oggi il discorso è ben diverso: come può dirsi rispettosa dell'iniziativa economica una normativa che impone di reintegrare in servizio il direttore generale? Per questo direi che, dato il regime di cui all'art. 18, l'esito del giudizio di costituzionalità dovrebbe ritenersi ragionevolmente scontato nel senso della manifesta infondatezza (ma c'è spazio per una sentenza che, senza necessità di porsi come correttiva o manipolativa, affermi solennemente qualè l'area comprensibilmente ristretta dell'esclusione della tutela).

Ed anche l'assunto secondo il quale; quanto meno, anche per i dirigenti varrebbe la norma sulla nullità dei licenziamenti c.d. « di rappresaglia » (art. 4 della legge n. 604) va intesa, a mio avviso, *cum grano salis* (15).

Certo, in linea di principio, la personalità morale del dirigente è tutelata ed anche qui quei valori, a presidio dei quali l'art. 4 venne posto, operano. Sennonché è dubbio che sia di rappresaglia quel licenziamento alla cui base vi sia, ad es., un disaccordo in ordine alle fondamentali scelte di politica aziendale che, eventualmente, si colori *hinc et inde* di argomentazioni e spinte di politica sociale o di politica pura, in definitiva ideologiche. Il disaccordo investe, nel caso, la politica aziendale ed attiene a quanto l'imprenditore si attende, proprio perché abbiano seguito concreto le sue scelte di fondo, dal suo immediato collaboratore. Onde è di rappresaglia, e quindi è nullo, il licenziamento disposto per mera contrarietà ideologica, del tutto gratuita, perché del tutto inconferente rispetto a quanto deve aver corso nel particolare rapporto.

Infine, rispetto all'interrogativo se lo statuto dei lavoratori si applichi

---

(14) V. Comito, *Aziende minori, dirigenti e legge sui licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1967, 1, 404, n. 5.

(15) V. Riva Sanseverino, *Il campo di applicazione della legge 15 luglio 1966 n. 604 sui licenziamenti individuali*, in *Quaderni scienze sociali*, 1967, 35, n. 6; Trioni, *op. cit.*, n. 5 affermando l'A. aberrante la contraria tesi; Toffoletto, *Alter ego*, cit., n. 6.

o no anche ai dirigenti, una risposta globale tanto per l'affermativa che per la negativa mi pare del tutto sbrigativa e semplicistica. Certo i dirigenti sono lavoratori ed in quanto è in giuoco l'applicazione di una legge volta a garantire libertà e dignità della persona nello svolgimento del rapporto di lavoro subordinato nel segno di valori costituzionalmente garantiti, si sarebbe indotti a rispondere positivamene. D'altro canto è indubbio che la legge è stata pensata (e voluta) come calata in un determinato contesto, quello che è segnato dalla contrapposizione di classe nell'accezione marxista, rispetto alla quale i dirigenti si trovano in posizione peculiare, come « classe di servizio » del ceto imprenditoriale (16). Ancora una volta non può non influire, se vogliamo uscire dall'astratto, la situazione singolare di questo ceto che, come Giano bifronte, è composto di persone che, da una parte, rispetto alla generalità dei lavoratori si immedesimano con la controparte imprenditoriale e, dall'altra, sono pur sempre lavoratori subordinati; situazione per la quale si comprende come a costoro sia inibito, spesso per dato statutario, d'appartenere alle organizzazioni facenti capo alle confederazioni generali dei lavoratori, di qui traendo ragion d'essere, nel nostro paese, una confederazione *ad hoc* come la CIDA, mentre non mancano nelle legislazioni straniere di diritto sindacale previsioni specifiche che affondano, ancora una volta, in questa realtà irriducibile (17).

Scendendo più al concreto e al di là della risposta indifferenziata in un senso o nell'altro, parrebbe più proficuo condurre uno studio minuto, per ogni singolo disposto o istituto, per saggiare se ed in quale misura anche i dirigenti abbiano voce in capitolo. Non è certo nei limiti di questa annotazione che può condursi una disamina particolareggiata, come sopra auspicabile. Mi limito semplicemente, e solo per rendere più concreto l'ordine d'idee qui suggerito, a formulare taluni interrogativi. Ad es., ai fini del divieto d'indagini posto nell'art. 8, attiene o no alla valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore-dirigente l'inquisire in ordine alle attitudini, agli orientamenti in tema di politica aziendale, magari nel settore interessato, o in tema di politiche possibili in tema di trattamento del personale, magari sulla base dei precedenti di carriera? E se si risponde in un certo modo, non rileva, in definitiva, l'ideologia professionale?

Rispetto agli artt. 4 e 6 in tema d'impianti audiovisivi e di visite personali di controllo, una soluzione aprioristicamente affermativa comporterebbe, ove si segua la tesi, per me discutibile, che la normativa

---

(16) V. GIUGNI, *op. loc. cit.*
(17) V. ancora GIUGNI, *op. loc. cit.*

convenzionale deve aver corso con tutte le rappresentanze sindacali aziendali eventualmente esistenti, che l'accordo sarebbe condizionato anche al consenso della r.s.a. dei dirigenti, certo in sé liberamente sostituibile. Ma la conclusione appare dubbia, perché è sennato ritenere che si richieda il consenso solo di quelle r.s.a. che si sono costituite nell'ambito dei lavoratori interessati alle due situazioni e possibile oggetto di quei controlli; e questo troverebbe conferma nella circostanza che vale, in subordine, il consenso della commissione interna di cui, notoriamente, i dirigenti non fanno parte! Del tutto diverso dovrebbe essere il discorso rispetto alla norma relativa alla tutela della salute (art. 9), sempre nella misura in cui, di fatto, anche i dirigenti, in quel determinato ambiente di lavoro, siano esposti al pericolo; onde, su queste premesse di fatto, anche i dirigenti dovrebbero, in ipotesi, essere ricompresi nella collettività del personale cui la norma attribuisce rilevanza (18).

Passando ai « diritti sindacali » veri e propri, se è vero che anche i dirigenti possono costituirsi in r.s.a., ne discenderebbe forse che questa r.s.a. potrebbe indire assemblee aperte alla generalità dei lavoratori ed il singolo lavoratore non dirigente potrebbe consumare la sua quota di dieci ore annue « retribuite » in queste riunioni convocate dalla controparte sociale? Se ne può ragionevolmente dubitare; il caso è teorico e di scuola, ma serve a dimostrare come, rispetto al diritto di assemblea, vi sia un presupposto implicito, non esplicitato nell'art. 20, nel senso che quel diritto non può non aver corso nel contesto di categoria in cui si colloca la r.s.a., nonché il personale che la medesima pretende di rappresentare in termini politico-sindacali. Altrimenti si potrebbe pervenire alla conclusione, anche questa irragionevole, che il dissenso della rappresentanza dei dirigenti potrebbe impedire il *referendum* così come disciplinato nell'art. 21. Ancor di più, seguendo un ragionamento puramente formalistico, ne deriverebbe che anche la r.s.a. dei dirigenti avrebbe diritto di accesso al locale che il datore di lavoro deve porre a disposizione di tutte le r.s.a. costituite, come locale « comune » ai sensi dell'art. 27, comma 1; con una conclusione che non sarebbe certo gradita alle entità rappresentative della massa dei lavoratori esclusi, naturalmente, i dirigenti. Per converso, e sempre nel contesto del ragionamento formalistico, la concessione di un locale in via esclusiva alla rappresentanza dei dirigenti, potrebbe indurre a ritenere integrata la previsione di cui all'art. 17 (sindacato di comodo)! Ma nessuna persona di buon senso vorrebbe

(18) V. in proposito un mio commento all'art. 9 in *Infortuni*.

sottoscrivere, penso, questa conclusione, perché è di comodo il sindacato che gli imprenditori organizzano o aiutano per porlo come organizzazione di rottura, in funzione provocatoria ed antigiuridica, dall'altro lato dello schieramento di classe.

Tutte queste esemplificazioni servono a dimostrare come il problema sia tutt'altro che agevole, probabilmente imponendosi soluzioni di volta in volta differenziate. Il torto del legislatore è stato quello di non aver dettato una disposizione *ad hoc*, da valere specialmente per quella parte dello statuto che incide nell'assetto sindacale, facendo esplicita riserva per la situazione peculiare dei dirigenti, in conformità, del resto, al contesto sociale e politico di riferimento. Grava sull'interprete la responsabilità di prospettare soluzioni adeguate, senza dimenticare i dati sostanziali. Grosso modo direi che vi sono delle disposizioni la cui applicabilità anche ai dirigenti dovrebbe essere indubbia: ad es., l'art. 5 sugli accertamenti sanitari. Al contrario riterrei di dover fare notevoli riserve non tanto in punto d'invocabilità, in astratto, dei diritti sindacali da parte di questa categoria, ma per ogni soluzione formalistica che porti alla confusione dello schieramento di classe e ad interferenze inammissibili dal lato di classe dei lavoratori « comuni » di coloro la cui funzione si immedesima irrimediabilmente con la proprietà (la quale, se non deve ridursi ad un'entità meramente astratta, deve pur camminare con la testa e con i piedi di qualcuno in carne ed ossa!).

Ed è in questo più generale contesto che va collocato anche il problema particolare affrontato in sentenza, a spiegazione del come e perché si giustifichi e si legittimi che, *de iure condito*, i dirigenti, nell'accezione ristretta valida sul piano della legge, siano esclusi dalla tutela contro i licenziamenti ingiustificati.

30.

# SULLA TUTELA DEI LAVORATORI A DOMICILIO (*)

È di attualità, come risulta anche dalle cronache giornalistiche di questi mesi, il problema di un'adeguata tutela nel nostro ordinamento dei lavoratori a domicilio, sotto la pressione delle organizzazioni sindacali e per le iniziative prese da talune amministrazioni regionali (1) ad una delle quali, quella della Regione Toscana, ho avuto l'onore di collaborare. In questa legislatura sono state presentate, alla Camera dei deputati, tre proposte di legge d'iniziativa parlamentare (2) che poi, in sede di Commissione, si è deciso di unificare, sortendone un progetto che, a quanto mi consta, è in corso di distribuzione e di formalizzazione in questi giorni. Da parte sua, anche il Governo ha predisposto un suo disegno di legge, anch'esso in corso di formalizzazione che, almeno nelle grandi linee, non si discosta grandemente dal progetto elaborato in sede di Camera dei deputati con la larga confluenza delle varie parti politiche, circostanza, quest'ultima, che fa ragionevolmente confidare nella possibilità di rapida approvazione, a larghissima maggioranza, dell'importante riforma.

Il proposito innovatore trae origine e giustificazione da un duplice ordine di constatazioni: dal fallimento, pressoché completo, della vigente legge 13 marzo 1958 n. 264; dal rilievo che il fenomeno della utilizzazione di questo lavoro da parte delle imprese, lungi dal segnare un progressivo declino di pari passo allo sviluppo industriale dell'economia nazionale, presenta una preoccupante tendenza espansiva, pur se, come è da più parti riconosciuto, è pressoché impossibile raccogliere in proposito attendibili statistiche per l'intrinseca difficoltà, in partenza, di definire

---

(*) Questo saggio è destinato agli Studi in onore di Salvatore Pugliatti.

(1) V. Giunta regionale Lombardia, *Il lavoro a domicilio in Lombardia*, Atti del Convegno di Milano del 10 luglio 1972, in particolare con una ponderosa relazione di L. Frey a p. 25 ss.; C.g.i.l.-C.i.s.l.-U.i.l. segreterie regionali toscane, *Convegno regionale sui lavori a domicilio*, 21 febbraio 1973, ciclostilato.

(2) V. le proposte n. 926, n. 1561 e n. 1663 presentate alla Camera dei deputati e di cui *infra* nel testo.

rigorosamente il rapporto considerato (3). È pregiudizialmente importante cercare di chiarire bene queste constatazioni, proprio al fine di contribuire, se possibile, all'invenzione di un tipo di intervento legislativo che possa essere, al massimo, efficace in termini di doverosa protezione sociale. Solo avendo chiare le caratteristiche reali del fenomeno considerato nonché le ragioni per le quali la legge del 1958, già salutata come una grande conquista, non è servita al conseguimento della tutela auspicata, possono porsi le premesse di una rifomma autentica, cioè capace di incidere e di cambiare.

Il fallimento della legge vigente è indubbio, sol che si consideri che notoriamente, rispetto alla pur approssimativa ampiezza del fenomeno ritenibile per comune esperienza, relativamente ben scarse sono le iscrizioni dei due registri previsti nella legge medesima, quello dei committenti e l'altro dei lavoratori, come presupposto per l'applicabilità della tutela ivi prevista. D'altro canto nel 1968 i lavoratori a domicilio complessivamente risultanti ai fini dell'assistenza contro le malattie da parte dell'I.n.a.m. ammontavano alla risibile quota di 24.291 unità (4). Sono pur note, ed eloquenti, le ragioni di così cospicua disapplicazione. In primo luogo, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 1 della legge n. 264, gli artigiani iscritti negli albi di cui alla legge 25 luglio 1966 n. 860 « non possono essere considerati a nessun effetto lavoranti a domicilio »; di qui la corsa, alquanto sospetta, all'iscrizione in quegli albi, su sollecitazione degli imprenditori committenti, proprio al fine di sfuggire agli obblighi anche previdenziali, imposti per il lavoro a domicilio. Ed è pure noto che questa spinta è divenuta crescente proprio in questi ultimi mesi, in ragione dell'istituzione dell'imposta sul valore aggiunto, per attenuare il peso della pressione fiscale sulle imprese. E si sa pure che l'inflazione degli albi artigiani ha avuto conseguenze negative sul piano della tutela previdenziale predisposta per questa diversa categoria, riducendo i capitali a disposizione. Né è appagante la tesi da me condivisa, secondo la quale l'inapplicabilità della tutela è affermabile sol quando ci si trovi innanzi ad un vero artigiano, non essendo sufficiente il dato formale dell'iscrizione nell'albo che il giudice ben potrebbe disattendere quando alla forma non corrisponde la sostanza (5), posto che l'iscrizione in

---

(3) V. Frey, *Relazione*, cit. *supra*, 61.

(4) V. relazione di R. Grandi, ciclostilata, ottobre 1972, per un incontro sindacale dell'Emilia-Romagna.

(5) V. Cass. 1° luglio 1964, in *Foro it.*, 1965, Il, 137; 16 dicembre 1966, *id.*, 1967, II, 321 e gli scritti di Barba, in *Giust. pen.*, 1967, II, 475; Cavalla, *id.*, 1967, II, 919; Gualtierotti, in *Riv. dir. lav.*, 1965, II, 333.

discorso pone quanto meno, una presunzione d'inesistenza del lavoro a domicilio quale contemplato e tutelato nella legge, presunzione spesso di difficile superamento.

Ma, soprattutto, nel comma 1 dell'art. 1 della legge vigente, in sede definitoria del rapporto tutelato, si richiede che si tratti di lavoro subordinato. E non è facile, nella situazione specifica, e ritenere ed accertare la subordinazione. Proprio perché si tratta di lavoro cui la persona attende nel proprio domicilio o in locali di sua disponibilità, ovviamente secondo orari che la medesima liberamente determina, vien meno la portata specifica della subordinazione caratteristica del rapporto di lavoro che ha corso nella zona di disponibilità e sotto il controllo del datore di lavoro (6), cioè la soggezione dell'attività di lavoro in quanto tale agli ordini e ai controlli del creditore, secondo quella che, per l'opinione prevalente, si ritiene la linea distintiva tra lavoro subordinato ed autonomo, posto che, nel secondo rapporto, le istruzioni del committente (art. 2224 c.c.) possono attenere solo alle caratteristiche dell'opera voluta, non ai modi secondo i quali, del tutto liberamente, il lavoratore si adopera per porla in essere. Per altro verso è spesso dubbia la possibilità di qualificare il lavoro a domicilio come lavoro subordinato. Molto spesso questo lavoro è commesso a persone (ad es., alle donne delle famiglie contadine) che hanno una certa disponibilità di tempo con un vario andamento stagionale, in relazione, sempre in riferimento all'esempio fatto, alle esigenze nell'unità di lavoro contadina. È nella logica di questa situazione che il committente, pur potendo relativamente contare su questi apporti di lavoro, non abbia alcuna certezza quanto meno in ordine ad un termine preciso di riconsegna della singola partita; sa solo che il lavorante riconsegnerà non appena possibile, potendo contare su una certa entità di riconsegne, con relativa periodicità di regolari afflussi, solo nel contesto globale di quanto ha distribuito alla massa delle persone che lavorano per lui. Indubbiamente questa è una circostanza del tutto « empirica » che a rigore non significa, in termini di diritto, niente ai fini della qualificazione del rapporto la cui ipotetica autonomia non verrebbe meno sol perché sono stati convenuti termini precisi, essenziali, per la riconsegna. Ma è altrettanto vero che, ove si abbandoni la contrapposizione in astratto tra lavoro subordinato e autonomo e si tenga conto di come la giurisprudenza cerchi di risolvere i casi concreti, specie quelli di confine, secondo circostanze varie ognuna

---

(6) Per una puntualizzazione critica della problematica rispetto al normale rapporto di lavoro, v. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoratore. Problemi storici-critici*, 1967.

delle quali può, singolarmente, valere o no, come indice di autonomia, o viceversa di subordinazione, nell'ambito di una valutazione complessiva della specie (7), la circostanza indicata non può non avere un peso decisivo « di fatto ». In un rapporto in cui, per la peculiarità dello svolgimento in locali dai quali il committente è lontano, la subordinazione tipica del lavoratore come soggezione inerente all'attività di lavoro in se considerata nel suo oggetto e nelle sue modalità di fatto non può concretizzarsi, solo la sussistenza di termini precisi ed essenziali di riconsegna è il minimo che può richiedersi per la configurabilità della subordinazione « in senso giuridico »; se non altro perché nella predeterminazione del termine è implicita la necessità di un *quantum* correlativo d'impegno e, quindi, una sostanziale disposizione, operata indirettamente, del tempo di lavoro del lavoratore.

I burocrati ministeriali, certo perché più esperti della realtà delle cose, si resero ben conto della non felice impostazione, in termini definitori, della legge e cercarono di rimediarvi specificando, nell'art. 1 delle disposizioni regolamentari (d. pres. 13 dicembre 1959 n. 1289), che il rapporto tutelato doveva ritenersi sussistente sol che ricorressero gli estremi della subordinazione anche solo tecnica. Con questo, nella consapevolezza di quanto fosse dubbia in partenza l'operabilità della legge richiedendosi gli estremi dell'autentica subordinazione « giuridica », si voleva far riferimento al diverso concetto della subordinazione « tecnica », intesa come necessaria sottoposizione del lavorante alle istruzioni del committente relativamente alle caratteristiche del prodotto richiesto; subordinazione che, al contrario di quella « guiridica », è sempre rivenibile in quanto imprescindibile nella stessa pratica di ricorrere al lavoro a domicilio da parte delle imprese volse alla produzione di massa di certi prodotti: l'impresa di confezioni, ad es., esige che i vari capi siano confezionati secondo misure e caratteristiche rigidamente predeterminate, senza alcuna possibilità di scelta del lavorante. Ma la sorte di questa felice, e socialmente encomiabile, indicazione regolamentare è ben nota: la tesi di gran lunga prevalente, e giuridicamente ineccepibile, è nel senso che questo concetto di subordinazione « tecnica » in quanto diverso da quello della subordinazione « giuridica » cui fa, ovviamente, riferimento la legge, non può aver corso in quanto, essendo contenuto nel testo regolamentare, è *contra legem* (8).

---

(7) V., ad es., Cass. 3 aprile 1970, n. 889, in *Foro it.*, 1970, I, 1614, con nota di richiami.

(8) V., da ultimo, Cass. 24 giugno 1968, n. 2127, in *Foro it.*, Rep., 1968, voce *Lavoro* (rapporto), n. 170. In dottrina v. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, 1971, 801 ss. con un completo riepilogo della questione.

Data l'impostazione definitoria il destino della legge del 1958 era in partenza segnato. In un primo momento gli ispettorati del lavoro, non rendendosi ben conto del vizio d'origine, spesso denunciarono gli imprenditori sulla base della semplice constatazione « esterna » del ricorso da parte dei medesimi al lavoro a domicilio, specie nelle regioni, tipica la Toscana, in cui determinati tipi d'industrie notoriamente sono basate, in gran parte, sull'utilizzazione del lavoro esterno. Ma, in genere, i procedimenti penali, gli atti dei quali sarebbe bene compulsare nella fase d'elaborazione della nuova legge come materiale prezioso per un'adeguata intelligenza della situazione, si conclusero positivamente per gli imprenditori prevenuti, giusta le risultanze delle istruttorie dibattimentali basate essenzialmente sulle testimonianze, più o meno genuine, dei lavoranti. Di massima, i soggetti per la protezione dei quali la legge era stata emanata venivano a dire che lavoravano saltuariamente per i committenti, di volta in volta accettando o no la commessa, in ogni caso senza tassativi obblighi di riconsegna... in un contesto complessivamente troppo sfumato per poter ritenere la subordinazione in senso giuridico. Naturalmente, a parte la verità o la mezza verità contenuta, per quanto si è detto, in queste prospettazioni, è da dubitare realisticamente della genuinità, quanto meno nel senso della completezza, di queste deposizioni, con tutta probabilità influenzate dai suggerimenti della parte prevenuta. L'impresa che ricorre al lavoro a domicilio può largamente attingere, nelle campagne, nelle sacche della disoccupazione parziale (9) e dispone, quindi, del vantaggio di poter minacciare la fine delle commesse e i lavoranti vivono nella preoccupazione del possibile venir meno di questa occasione di guadagno. Tutto questo spiega molte cose: come i lavoranti rifuggono dall'iscriversi nel registro previsto nella legge facendo venir meno una situazione favoritiva dell'invocabilità della tutela; come i medesimi spesso accettino di buon grado d'iscriversi all'albo artigiano; come sia estremamente problematica l'organizzazione sindacale e la mobilitazione sindacale della categoria. In definitiva, data l'impostazione della legge, la possibilità di applicazione della medesima, meglio la possibilità di portare a buon fine l'apparato sanzionatorio, si

---

(9) V. Molinari, *Relazione* ad un convegno tenuto a Capri nel 1970 ad iniziativa delle organizzazioni sindacali, ciclostilato 10. E per la presenza della Bassetti in provincia di Pistoia, v. M. Berti, segretario regionale dell'U.i.l. per la Toscana, in *Convegno* regionale sul lavoro a domicilio, cit., 22. Sulla difficoltà d'accertamento statistico del fenomeno v. L. Bergonzini, *Problemi di accertamento della professionalità femminile e primi risultati di un'indagine sul lavoro a domicilio in alcuni comuni emiliani*, in *Atti* della Società italiana di statistica, XXVII, riunione scientifica, Palermo, 29 maggio 1972.

traduce in un problema di polizia; solo accertando concreti elementi comprovanti l'effettivo e sistematico inserimento nell'impresa committente, in un rapporto caratterizzato da precisi obblighi di lavoro nel senso del risultato e, quindi, dell'attività necessaria, è possibile superare la prospettazione ricorrente e giungere alla conclusione, in sostanza, della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato mascherato. Può essere interessante la mia esperienza di giudice. Quando in un'occasione ricevetti il consueto rapporto dell'ispettorato denunciante un imprenditore sulla base delle risultanze formali del ricorso al lavoro a domicilio, fatto avvertito di quanto stava avvenendo in vicine preture (10), convocati i verbalizzanti e cercai di chiarire loro il problema sollecitando più approfondite indagini, e le nuove indagini si conclusero con successo sol perché fu possibile acquisire alcune centinaia di fogli di carta bollata sui quali le singole lavoranti dichiaravano che le macchine installate presso le loro abitazioni erano, in realtà, del signore committente e non di loro proprietà come formalmente risultava. Intanto il lavoro a domicilio, ritenuto un tempo dagli economisti (11) come caratteristico delle economie arretrate prima e agli inizi della fase di decollo industriale alimentato dal supero della forza lavoro delle campagne, è una pratica che lungi dallo scomparire, come si prevedeva, in ragione del passaggio ad una economia altamente industrializzata, non solo permane, ma va, almeno in certe direzioni, consolidandosi ed allargandosi da noi secondo un dato di comune esperienza e quale che sia il fondato dubbio sull'attendibilità delle statistiche, più volte tentate in materia. Oggi anche le industrie che un tempo non ricorrevano al lavoro esterno cercano di ricorrere a questa pratica, perfino, per certe fasi della lavorazione, quelle metalmeccaniche, ottiche, ecc. C'è da chiedersi quali siano le ragioni di questa spinta capitalistica. Non c'è solo il vantaggio del minor costo della manodopera calcolato mediamente, in talune indagini sindacali, nel settanta per cento rispetto al costo del lavoro « interno ». Anche, in ipotesi, a parità di costo, il lavoro a domicilio presenta svariati vantaggi per i committenti. Il lavorante a domicilio, ad es., non si ammala così frequentemente come il lavoratore interno (e la malattia va, in ogni caso, a suo carico); subisce « in proprio » eventuali infortuni; è di difficile mobilitazione sindacale, non sciopera per definizione: così di fatto potendosi contare, nella massa delle consegne, su una regolare periodicità di apporti. Aggiungesi l'evasione alla contribuzione previdenziale. Per questo, nella misura in cui la

(10) V. Pret. Empoli 13 gennaio 1961, in *Giur. tosc.*, 1961, 256.
(11) V. Frey, *Relazione*, cit., 40 ss.

pratica sia tecnicamente possibile in ragione della strutturazione del ciclo produttivo, sussistono eloquenti ragioni per il perdurare del fenomeno.

Senonché, per avere un quadro fedele della situazione e per poter calibrare bene, quindi, il progettato nuovo intervento legislativo è necessario vedere la situazione anche dall'altro lato, in termini di bene inteso interesse dei lavoranti. È largamente diffusa l'idea secondo la quale il fenomeno è essenzialmente patologico, onde dovrebbe operarsi al fine di eliminarlo *in radice*, dettando, ad es., una regolamentazione che renda eccessivo, per le imprese, il costo di questo lavoro e le induca, pertanto, alla più larga utilizzazione del lavoro interno, favorendo un equilibrato sviluppo industriale. Al fondo c'è la convinzione che si tratti di un fenomeno tipico del capitalismo delle origini. L'idea è diffusa anche tra i sindacalisti, in parte per ragioni di mestiere, in ragione delle difficoltà che essi incontrano nei ricorrenti, ma in genere falliti, tentativi di organizzare la categoria. Per altro verso è vero che, di massima, il fenomeno si dispiega soprattutto nelle campagne, con l'utilizzazione della forza lavoro che è, ivi, parzialmente impiegata nei lavori agricoli e, specialmente, di quella femminile; gran parte dell'industria toscana si alimenta, come tutti sanno, di questo lavoro. In questa contingenza la parola d'ordine del « ritorno in fabbrica » è in larga misura, problematica né è sentita da una larga aliquota dei lavoranti e, specie, delle lavoranti, semplicemente perché per molti di costoro questo « ritorno » sarebbe impossibile o molto difficoltoso o avrebbe il senso di una rottura dell'equilibrio socio-economico-familiare pur precariamente conseguito nella contingenza. Chi vuole affrontare con cognizione di causa il problema dovrebbe andare un poco in giro in certe zone. Si constaterebbe, accanto ai numerosi poderi abbandonati alla jungla ritornante, come altrettanto di frequente, la famiglia contadina resti, trattandosi però, di una famiglia « colonica » del tutto peculiare, diversa da quella tradizionale. Tutti abitano nella casa, così risparmiando il canone d'affitto (ragione non ultima per spiegare come l'operaio di famiglia contadina fruisca di possibilità superiori a quelle dell'operaio *tour court*), ma lavorano nel podere solo i vecchi per quel poco che possono (ma sempre col vantaggio generale, che si ritarda il processo d'imbarbarimento di terre che la fatica e la miseria di secoli rese in passato curate come giardini), mentre i giovani lavorano in fabbrica e le donne impiegano spesso il tempo largamente libero per le imprese committenti. Si tratta, certo, di un equilibrio provvisorio destinato a rompersi, per cause naturali, all'incirca nell'arco del prossimo decennio, a mano a mano che i vecchi scompariranno e, con ciò, la residua giustificazione, di vantaggio anche per il proprietario terriero, di rimanere in campagna (in questo

senso, la punta più alta, e presumibilmente drammatica, della crisi di passaggio dall'economia prevalentemente agricola a quella industriale, deve ancora venire, pur se non vi sono segni che la classe politica di governo sia in grado di prevenirla e di padroneggiarla). Ma, nella contingenza, è vero che voler portare, ammesso che sia possibile, le lavoranti a domicilio in fabbrica equivarrebbe ad anticipare la rottura dell'equilibrio; come è vero che le medesime tendono semplicemente ad un miglioramento del loro trattamento economico, non all'eliminazione di un'occasione di guadagno che singolarmente si confà alla loro condizione di donne della famiglia contadina mezzo inurbato per quanto attiene al lavoro, potendo attendere alle necessità essenziali della famiglia e dei figli con un lavoro integrativo (cui, oltre tutto, attendono in libertà di movimenti, non sotto l'occhio di sorveglianti, nella pace delle campagne). Sono significative le testimonianze di alcuni sindacalisti. Si è detto che le lavoranti « non ci seguono più quando diciamo che il lavoro deve tornare in fabbrica » (12); che « occorre, comunque, essere realisti e riconoscere che anche larghi strati di lavoranti hanno un interesse, condizionato e ridotto, ma reale, al lavoro a domicilio, e che una parte di esse non ha interesse a tornare in fabbrica » (13).

Non c'è dubbio che, constatata la situazione di fatto e preso atto del fallimento della legge vigente, è lodevole il proposito di un nuovo ed appropriato intervento legislativo. E deplorevole che una massa cospicua di cittadini lavori per imprese ricavandone un guadagno di gran lunga inferiore a quello percepibile per il lavoro in fabbrica e senza alcuna corrispondente tutela previdenziale; così come è, in linea di principio, inaccettabile che questo lavoro abbia talora corso proprio perché di norma si svolge in locali inadeguati, in condizioni pericolose per la salute dei lavoranti e dei familiari specie quando si debbono di necessità trattare, senza adeguate cautele, sostanze nocive.

Ma, come ho detto agli inizi, al di là dell'intento, si tratta di inventare un tipo d'intervento veramente adeguato, suscettivo della massima effettività possibile. A mio avviso, come ho scritto di rea conte su *Critica sociale* (14), si tratta di avere idee chiare su alcuni punti essenziali. In primo luogo, si tratta di definire la situazione rispetto alla quale si vuole la tutela, uscendo dalle secche della inconsistente contrapposizione tra

---

(12) V. A. Grazzini, della F.i.l.t.e.a. di Prato, *intervento* in *Convegno regionale sul lavoro a domicilio*, cit., 18.

(13) V. P. Campi, della F.i.l.t.e.a. di Prato, *intervento*, in *Convegno regionale sul lavoro a domicilio*, cit., 19.

(14) 1972, 515, n. 16/17 del 20 agosto-5 settembre.

lavoro autonomo e subordinato tenendo conto che, a prescindere dall'alterrrativa, la Costituzione obbliga la Repubblica a tutelare il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni (art. 35) (15). In considerazione di questo principio costituzionale impegnativo, è sufficiente fissare la situazione nei suoi elementi sostanziali a prescindere dalla sua qualificazione formale che non è né necessaria né utile, al contrario superflua, pericolosa, vanificatrice. Per mio conto tenterei questa definizione: « si intende per lavoro a domicilio quello cui notoriamente fanno ricorso certi tipi di imprese, commettendo, eventualmente tramite intermediari determinate fasi di lavorazione di un prodotta a persone che vi provvedono, con l'ausilio o no di familiari, presso a loro domicilio o in locali di loro disponibilità, siano esse iscritte o no all'albo degli artigiani, svolgendosi il lavoro secondo le istruzioni tecniche predeterminate dalle imprese committenti e non avendo i lavoranti alcun rapporto col mercato ». Con una definizione di questo tipo, o simile, il fenomeno sarebbe colto nella ma essenza e sarebbero semplicemente saltate tutte le difficoltà che si sono avute in sede di applicazione della legge del 1958.

In secondo luogo vi dovrebbe essere una chiara affermazione di principio in ordine alla tutela, affermandosi il diritto soggettivo dei lavoranti ad un trattamento corrispettivo ragguagliato, in ragione dalla qualità e della quantità del lavoro, a quanto, altrimenti e complessivamente, il committente dovrebbe erogare ad un lavoratore subordinato per un'opera corrispondente prestata all'interno dall'unità produttiva; un diritto ovviamente del tutto azionabile in giudizio, in un sistema nel quale il magistrato, ai fini della determinazionc del *quantum*, dovrebbe poter utilizzare, quanto meno a titolo orientativo (così come avviene in sede di determinazione della retribuzione sufficiente), tariffe appropriate eventualmente elaborate da pubblici uffici del lavoro tenendo conto dei saggi retributivi correnti a favore dei lavoratori « interni ». Corrispondentemente dovrebbe essere istituita una forma di tutela previdenziale coerente con l'impostazione generale qui ritenuta. Avremmo complessivamente: una definizione netta e risolutiva; pienezza di tutela in termini di trattamento corrispettivo impedendo ai committemi di lucrare sul più basso costo di questo lavoro; conseguente tutela previdenziale *ad hoc*.

L'idea qui sostenuta ha a sua base il principio di generale tutela sociale che sta scritto nella Costituzione e che si pone, pertanto, come un valore che il giurista, positivo, ha il dovere di svolgere in termini di politica legislativa prospettabile. Naturalmente, chi affronti il problema solo in ter-

---

(15) Sulla controversa interpretazione della norma costituzionale v. G. Balzarini, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, 1965.

mini di politica economica o, più genericamente d'opportunità politica, può nutrire delle comprensibili preoccupazioni circa le implicazioni di fatto, socio-economiche, di una soluzione quale quella qui caldeggiata, tenendo conto che, allo stato, una larga fascia dell'economia industriale, specie in alcune regioni, prospera e fa relativamente prosperare l'intera comunità su tre fattori: il sottocosto del lavoro a domicilio, l'evasione previdenziale e quella fiscale. Più in generale, l'economista potrebbe anche dubitare della bontà del principio secondo il quale dovrebbe essere parificato il costo del lavoro « interno » e di quello « esterno » posto che, come in genere si afferma, una delle condizioni per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale è l'esistenza di una discrepanza fra i costi dei fattori sostituibili. Per incompetenza personale non posso entrare nel merito di queste valutazioni e delle conseguenti scelte politiche e di politica economica: mi limito ad osservare da giurista, che il principio costituzionale di protezione del lavoro è, e deve essere in concreto, prioritario nel sistema; ne consegue l'intollerabilità di situazioni di sfruttamento della forza lavoro.

Sulla base dell'impostazione di massima che ho ritenuto di dover prospettare, passo a considerare, sommariamente, le tre proposte di legge presentate, alla Camera dei deputati, in questa legislatura ad iniziativa dei parlamentari dei tre maggiori partiti: la proposta n. 926 presentata il 12 ottobre 1972 dell'on Luciana Sgarbi Bompani e de altri deputati comunisti; la proposta n. 1561 presentata il 27 gennaio 1973 dall'on. Maria Magnani Noya ed altri; la proposta n. 1663 presentata il 14 febbraio 1973 dall'on. Tina Anselmi ed altri. Le tre proposte, come ho detto all'inizio, sono state esaminate genericamente in sede di Commissione lavoro che, in data 22 febbraio 1973, decise di nominare un comitato ristretto per l'eventuale formulazione di un progetto « unificato » come in effetti è poi avvenuto.

Le tre proposte hanno molte cose in comune, divergendo spesso, e notevolmente, nei particolari e certo non brillano organicità. Talora vi sono grossolani errori; ad es., nella terza proposta Anselmi, art. 5, si fa riferimento alla legge 23 aprile 1949 n. 764 regolatrice del collocamento (*rectius* legge 29 aprile 1949 n. 264). Tutte le proposte, nel lodevole intento di superare le ragioni del fallimento della legge del 1958, hanno l'impostazione, positiva, assai affine per quanto attiene alla definizione del rapporto tutelato, in pratica ritenendo sufficiente la subordinazione meramente tecnica, così trasportando nella legge la felice disposizione regolamentare del 1959. Non c'è ancora lo svincolo radicale, da me auspicato, dalla falsa alternativa subordinazione-autonomia; c'è, al contrario, il residuo storico dell'impostazione della legge vigente (ancora

ravvisabile, per quanto dirò, nelle successive proposte), ma, nella sostanza, il passo avanti è positivo e decisivo. In particolare nella proposta comunista, dopo la definizione generale in termini di subordinazione anche solo tecnica, è posta la presunzione *iuris et de iure*, che ricorrendo alcune situazioni, si abbia il lavoro a domicilio tutelato (fornitura delle materia prime o dei prodotti da lavorare da parte di uno o più committenti; lavoro eseguito sulla base di direttive anche solo tecniche dei committenti; prestazione lavorativa connessa alla lavorazione delle materie prime o dei prodotti semilavorati utilizzati dall'impresa committente nella propria attività produttiva), con indicazioni importanti e degne di attenzione; la formulazione è tale che le tre situazioni sono rilevanti in disgiuntiva (basta che ne ricorra una) anche se, di fatto, di regola avviene che due almeno o tutte si abbiano nei casi concreti. Per la proposta Magnani Noya « non sono considerati lavoratori a domicilio coloro che svolgono attività imprenditoriale organizzando la produzione e la collocazione dei prodotti in autonomia di mercato », così, giustamente, attribuendosi rilievo ad una circostanza essenziale. Per la tecnica di redazione delle proposte, in termini di modifica della legge vigente e, qui, in integrale sostituzione dell'art. 1 della legge del 1958 per quanto attiene alla definizione, scompare il disposto secondo il quale l'iscrizione nell'albo degli artigiani comporterebbe (ma v. *supra*) l'inesistenza del rapporto tutelato.

Senza scendere nei particolari, anche perché le tre proposte risultano ora superate in ragione del testo unificato nonché della proposta governativa, mi limito a segnalare alcune indicazioni delle medesime degne di particolare attenzione.

In primo luogo, per l'ultimo comma dell'art. 3 della proposta comunista, non sarebbe ammissibile la pratica del lavoro a domicilio « quando trattasi di operazioni tecnicamente ingiustificate » secondo la valutazione della commissione preposta alla tenuta del registro dei committenti. L'indicazione, a parte la sua nebulosità, non pare accettabile in ragione della garanzia costituziortale dell'iniziativa economica. In un sistema economico come il nostro, unico giudice della strutturazione delle imprese, della determinazione delle caratteristiche del ciclo produttivo e, quindi, delle svariate possibilità di combinare l'utilizzazione di lavoro « interno » ed « esterno » è solo, insindacabilmente, l'imprenditore. Di massima, nessuno dall'esterno può giudicare di queste questioni e, in particolare, se sia o no tecnicamente giustificato il ricorso al lavoro a domicilio (16).

---

(16) Eguale e più consistente dubbio di legittimità può fondatamente sollevarsi, in quest'ordine d'idee, rispetto alla progettata nuova disciplina degli appalti di cui alla

In secondo luogo, in tutte le proposte, sulla linea della legge vigente, è prevista ancora una complessa strutturazione, con l'istituzione dei due registri, dei committenti e dei lavoranti, la cui incidenza va attentamente considerata in termini di concreti svolgimenti della tutela. Di questo dirò in prosieguo, in riferimento al testo unificato e a quello governativo. Va sottolineato che il sistema è amministrato da commissioni composte, in accoglimento al voto ripetutamente espresso dalla parte sociale interessata, in larga maggioranza da rappresentanti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, questo suscitando dubbi di legittimità costituzionale, posto che il principio d'imparzialità degli uffici pubblici (art. 97 Cost.) parrebbe richiedere, anche secondo indicazioni risultanti dalla giurisprudenza costituzionale, la pariteticità tra le parti contrapposte (17). La questione diventa vieppiù rilevante allorché, a prescindere da quanto attiene all'iscrizione nei registri, commissioni a composizione mista sindacale sono chiamate a determinare il trattamento economico a favore dei lavoranti. A quest'ultimo proposito, gli svolgimenti delineati nella proposta comunista non paiono, per più versi, felici: infatti l'ufficio del lavoro dovrebbe convocare le « parti » per la determinazione della tariffa di cottimo, dovendo intervenire, in caso di mancato accordo, la commissione composta a maggioranza dai rappresentanti sindacali dei lavoratori. Pare che per « parti » si debbano intendere le parti « individuali », cioè committente e lavoratore in concreto, con una soluzione « individualistica », caso per caso, inaccettabile, anche perché imporrebbe inutilmente un lavoro defatigante ove si consideri l'entità di massa del fenomeno considerato. Al contrario occorre perseguire, in ipotesi, soluzioni gneralizzate valide per tutte le situazioni ricorrenti di un certo tipo. Inoltre, per l'art. 3 della proposta, la domanda d'iscrizione nel registro dei committenti va respitna quando manchi l'indicazione delle condizioni normative e salariali offerte ai lavoranti, richiedendosi così un requisito

---

proposta di legge n. 265 presentata alla Camera dei deputati il 2 agosto 1972 dell'on. Fermariello ed altri nella misura in cui si intende fissare legislativamente una sorta di ciclo produttivo normale delle imprese. Un ciclo normale non esiste in *rerum natura*, posto che in tema di strutturazione dell'impresa economica decide, di volta in volta, chi vi dà corso o, mutato il sistema economico in senso statalistico, chi è preposto al governo dell'economia. In particolare, in un sistema non ad economia statizzata come il nostro, decide l'imprenditore secondo calcoli di convenienza, magari scomponendo un determinato ciclo in precedenza esistente, ad es., creando un'impresa che immetta nel mercato solo un *quid* che combinandosi poi con altre cose da parte di altre imprese produca il bottone. E siffatte scelte sono coperte dalla garanzia costituzionale di cui all'art. 41.

(17) V. la recente approfondita disamina di Perone, *Partecipazione del sindacato alle funzioni pubbliche*, 1972, 274.

preventivo, mentre l'art. 4 parla di determinazione della tariffa tra le « parti » ovviamente, parrebbe, già « in contratto ». E poi che senso ha richiedere la specificazione del trattamento offerto ai fini della mera iscrizione nel registro dei committeni, quando quel trattamento dovrà, di necessità venire adeguto periodicamente nel tempo?

Il testo « unificato » elaborato dal comitato ristretto della Commissione lavoro della Camera e lo schema in circolazione del disegno di legge governativo hanno, salve talune differenze, linee essenziali comuni. Entrambi contengono una nuova definizione del lavoro a domicilio in chiave di riferimento alla subordinazione « tecnica »; pongono il divieto di utilizzazione del lavoro « esterno » « per attività che comportino l'impiego di sostanze o materiali nocivi o pericolosi per la salute »; prevedono un sistema imperniato sul registro dei committenti e sul registro dei lavoratori a domicilio con altri oneri formali amministrativi, essendo il tutto gestito da commissioni *ad hoc*; la determinazione delle tariffe di cottimo, ove difettino previsioni della contrattazione collettiva, ad opera di una commissione regionale a composizione sindacale paritetica; l'estensione piena della tutela previdenziale degli assegni familiari, con esclusione della integrazione salariale; l'esplicita enunciazione degli obblighi del lavorante, nonché, infine, la responsabilità penale per diverse infrazioni. Rinunciando, rispetto a testi in corso di definitiva elaborazione e di perfezionamento, ad un esame esauriente e completo, mi limito ad alcune considerazioni su punti fondamentali della progettata regolamentazione.

In termini di definizione della situazione considerata i due testi fanno leva, come ho detto, sulla sufficienza della subordinazione meramente tecnica, con una soluzione che può positivamente apprezzarsi nella misura in cui, al fine della qualificazione giuridica, la subordinazione « tecnica » non significa un bel niente (anche un'impresa satellite che lavora per una grande impresa procedendo per alcune parti, ad es. dell'automobile, del prodotto che questa mette in commercio è tecnicamente subordinata, deve, cioè, fare cose secondo precise istruzioni del committente) ed in quanto, quindi, questo riferimento fa saltare la falsa alternativa subordinazione-autonomia, consentendo veramente il conseguimento dello scopo di tutela. Le formule adoperate non brillano tuttavia, e proprio perché si resta imbrigliati nelle discussioni insorte in rapporto alla definizione contenuta nella legge vigente, per la loro felicità incisiva. Intanto, proprio per troncare la questione insorta in sede d'interpretazione della legge del 1958, non sarebbe male trovare modo di dire che l'iscrizione nell'albo degli artigiani non è circostanza ostativa della configurabilità del lavoro a domicilio tutelato. In concreto, secondo

il testo governativo, « è lavoratore a domicilio chiunque, con vincolo di subordinazione, esegue nel proprio domicilio o in locale di cui abbia disponibilità anche con l'aiuto di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma con esclusione di manodopera salata e di apprendisti lavoro retribuito per conto di uno o più imprenditori, utilizzando materie prime o accessorie e attrezzature proprie o dallo stesso imprenditore, anche se fornite per il tramite di terzi. La subordinazione, agli effetti della presente legge e in deroga a quanto stabilito dall'art. 2094 c.c., ricorre quando il lavoratore a domicilio è tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da eseguire, ovvero quando il lavoro a domicilio abbia per oggetto il completamento o l'intera lavorazione di prodotti utilizzati dall'imprenditore per la propria attività lavorativa ». Il testo della Camera, dopo una definizione generale sostanzialmente identica a quella del testo governativo e la formulazione della subordinazione « tecnica » in deroga all'art. 2094 c.c. in termini ancora pressoché identici, è, per il resto, alquanto e più convincentemente, diverso: « Si considera, comunque, lavoro subordianto a domicilio quello che abbia per oggetto il completamento o l'intera lavorazione di prodotti finiti relativi all'attività produttiva dell'imprenditore committente, fermi restando i requisiti di cui al comma primo », fermo, cioè, che deve trattarsi di lavoro prestato, al massimo, con l'aiuto di familiari, ma « con esclusione di manodopera salariata ivi compresi agli apprendisti ». Infatti il testo governativo non mi pare felice laddove, volendo specificare nel capoverso la subordinazione « tecnica » nelle due situazioni considerate, adopera la disgiuntiva *ovvero* (« quando il lavoro a domicilo abbia per oggetto il completamento o l'intera lavorazione di prodotti utilizzati dall'imprenditore per la propria attività lavorativa »), senza ribadire, come si fa opportunamente nel testo dei deputati, che deve in ogni caso sussistere la situazione di cui alla definizione « generale » premessa. Che, formalmente, l'estremo della subordinazione « tecnica » come obbligo di attenersi scrupolosamente alle istruzioni del committente non sia ripetuto per la seconda situazione ipotizzata è, di fatto, circostanza del tutto innocua; poiché, come ho accennato sopra, questa subordinazione ricorre sempre quando un'impresa ricorre, per determinate fasi della sua lavorazione, all'opera di terzi esterni, si tratti di lavoranti a domicilio o di imprese satelliti.

E, nel complesso, anche rispetto al testo governativo si dovrebbe giungere alla ragionevole conclusione che quando c'è impresa, sia pur minuscola, non c'è il lavoro a domicilio tutelato. Resta tuttavia che la formulazione governativa può prestarsi all'equivoco e portare, volendo,

a prospettazioni esorbitanti. Certamente sarebbe preferibile un'indicazione netta quale quella già prevista, come ho detto, nell'ultimo comma dell'art. 1 della proposta Magnani Noya: « Non sono considerati lavoratori a domicilio coloro che svolgono attività imprenditoriale organizzando la produzione e la collocazione dei prodotti in autonomia di mercato ». Infatti la nota caratteristica del lavoro a domicilio sta nel fatto che il lavorante, non imprenditore sia pur minuscolo in termini di utilizzazione della forza lavoro di altri procurata in forma subordinata, attende alla lavorazione, pur parziale, di un prodotto che è dell'impresa committente e che questa immette nel mercato, secondo un rapproto che è « interno » tra lavoratore e committente (18).

Nei due testi è preso in considerazione l'intermediario (« gruppista » nel linguaggio sindacale), cioè la persona cui spesso l'impresa committente ricorre per procacciarsi, talora in zone lontane dallo stabilimento, il lavoro a domicilio, operando questo intermediario formalmente in nome e per conto dell'imprenditore o altrimenti come un anello (falsamente) autonomo della catena. In proposito nei due testi è posto un divieto: « È fatto divieto ai committenti lavoro a domicilio di valersi dell'opera di intermediari, comunque denominati », con diverse conseguenze, tuttavia, in caso di violazione: secondo il testo dei deputati l'intermediario deve essere considerato a tutti gli effetti e al pari dei lavoranti alle dipendenze dell'imprenditore committente, con una formula ripresa ed enunciata visibilmente nell'ordine d'idee della legge sugli appalti di manodopera del 1960; viceversa, secondo il testo governativo, l'intermediario dovrebbe ritenersi obbligato in solido col committente nei confronti dei lavoranti per tutte le obbligazioni che la legge pone a favore di questi ultimi. A mio avviso il diveto è esorbitante, perché non vedo cosa ci sia di abnorme nel ricorso, spesso inevitabile, all'opera di un procacciatore. È importante, viceversa, stroncare *in radice* eventuali tentativi di mascheramento, evitare che l'intermediario possa nascondere l'impresa committente. In quest'ordine d'idee la soluzione più netta dovrebbe trovarsi in sede di definizione della situazione considerata, ivi potendosi specificare con poche parole che il lavoro a domicilio tutelato ricorre anche se l'impresa se lo è procacciato a mezzo intermediari. Infatti le conseguenze ipotizzate per il caso di violazione

---

(18) Naturalmente anche l'auspicata definizione può coprire tutte le possibili situazioni. Ad es., potrebbe verificarsi sia l'ipotesi, più o meno di scuola, che il lavorante confidando in certe esigenze di mercato, predisponga in proprio nel suo domicilio, magari disponendo delle poche macchine necessarie, un certo tipo di produzione da vendere poi a richiesta ad imprese di un determinato tipo.

del divieto sono dubbie: la responsabilità solidale di un soggetto normalmente di scarsa potenzialità economica non giova ai lavoranti, mentre, con l'altra soluzione, si procura un vantaggio, puramente gratuito, all'intermediario.

Per quanto attiene al trattamento corrispettivo, nei due testi si afferma che i lavoranti devono essere retribuiti sulla base di tariffe di cottimo pieno risultanti dai contratti collettivi di categoria. In mancanza di determinazioni collettive di categoria. In mancanza di determinazioni collettive, le tariffe debbono essere determinate da una commissione regionale a composizione intersindacale ineccepibilmente paritetica, la quale deve altresì fissare la percentuale sull'ammontare della retribuzione dovuta a titolo di rimborso spese per l'uso di macchine, locali, energia ed accessori, nonché le maggiorazioni retributive da valere a titolo di indennità per il lavoro festivo, le ferie, la gratifica natalizia e l'indennità di anzianità. Ove la commissione non provveda per queste determinazioni in un congruo termine fissato dal direttore dell'ufficio regionale del lavoro, questi provvede con proprio decreto « tenuto conto delle retribuzioni fissate dai contratti collettivi osservati dall'impenditore committente o dai contratti collettivi riguardanti lavorazioni similari ». Il direttore dell'ufficio deve provvedere, infine, al 30 giugno e al 31 dicembre di ogni anno all'adeguamento delle tariffe di cottimo alle variazioni dell'indennità di contingenza.

Come ho detto in precedenza, la legge dovrebbe nettamente affermare il principio giusta il quale il lavoratore a domicilio dovrebbe aver diritto ad un compenso ragguagliato, in ragione dell'opera prestata, alla retribuzione complessiva normalmente percepita dai lavoratori « interni » per la stessa attività o similare, mettendosi in calcolo oltre la retribuzione in senso strettissimo tutti i trattamenti integrativi ragguagliati a diverse scadenze periodiche, annuali e no ivi compreso il *quantum* corrispondente all'indennità di anzianità. In sostanza, il costo compensativo del lavoro « esterno » dovrebbe essere pari, nella misura del possibile, al costo retributivo del lavoro « interno ». La soluzione decisiva sta nell'affermazione di questo diritto azionabile da parte del soggetto protetto, naturalmente fidando un poco, dopo che la legge ha fatto tutto il possibile da parte sua, sull'iniziativa del medesimo.

Per altro verso, il ragguaglio alla retribuzione complessivamente intesa, anche nelle forme « differite », del lavoratore « interno », è operazione non agevole che richiede valutazioni e calcoli complicati, specie allorché il *quantum* dei trattamenti differiti, si pensi all'indennità di anzianità, è spesso, in funzione di elementi, quali l'anzianità di servizio spesso considerata nei contratti collettivi a scaglioni, che nel lavoro a

domicilio per definizione non ricorrono. Di qui l'opportunità di agevolare il lavoro del giudice, mettendo a disposizione del magistrato tariffe elaborate da parte di competenti commissioni intersindacali o, in difetto, da una pubblica autorità; tariffe che la legge potrebbe limtarsi a definire come meramente orientative per il giudice, ma che avrebbero, di per sé, un'indubbia autorità di fatto (come avviene per le determinazioni collettive ai fini della determinazione della retribuzione sufficiente *ex* art. 36 Cost.). Ed anche questa non è opera agevole, come già si è riscontrato in sede di contrattazione collettiva perché « si tratta di definire tempi e tariffe per centinaia di modelli » di lavorazione (19). Per questo sarebbe preferibile una soluzione agile nella legge secondo una possibile gamma di possibili interventi. Infatti la predeterminazione delle tariffe ha spazio ogni volta che si accerti che un determinato tipo di imprese ricorre, in maniera consistente, al lavoro a domicilo, in determinate aree e per particolari lavorazioni, così prospettandosi l'opportunità di una regolamentazione tariffaria « di massa ». In tal senso dovrebbe essere consentito all'amministrazione pubblica del lavoro di poter costituire le commissioni intersindacali o di potere, altrimenti, provvedere direttamente, secondo valutazioni caso per caso, sul piano regionale o anche provinciale o con determinazioni *ad hoc* delle aree geografiche interessate, rifuggendo da indicazioni rigide. Senonché, a parte questo sistema di predisposizione delle tariffe secondo l'andamento del fenomeno nella sua consistenza di massa, resta pure che il medesimo può non coprire tutte le situazioni, quelle marginali o del tutto eccezionali. I due testi sono lacunosi proprio perché non dicono, almeno formalmente (dico formalmente, perché il principio potrebbe pur ricavarsi per implicito dalla complessiva previsione), in ordine ai casi rispetto ai quali ben può non esservi determinazione della tariffa o in sede di contrattazione collettiva o altrimenti; mentre, viceversa, dovrebbe enunciarsi il principio sopra indicato, commettendo in definitiva al magistrato di provvedere direttamente, senza ausilio di tariffe mancanti o impossibili rispetto al caso concreto.

Inoltre, il carattere meramente autoritativo delle tariffe elaborate dalle commissioni intersindacali o fissate nei provvedimenti dell'autorità scalzerebbe in partenza ogni possibile critica rispetto all'intervento autoritativo, poniamo assumendosi una lesione della libertà sindacale o *similia*. In verità io non credo che tali ipotetiche contestazioni abbiano fondamento. Avremmo, nel caso, un intervento protettivo ampiamente

(19) V. Molinari, *Relazione*, cit., 20.

giustificato dall'art. 35 Cost., con una chiara enunciazione nella legge del trattamento che si intende asicurare *per relationem*, ai lavoranti a domicilio e con rinvio per le determinazioni in concreto in sede amministrativa variamente congegnata, nell'impossibilità di svolgimenti e di adeguamenti nella legge medesima. Tuttavia il carattere formalmente non vincolante delle tariffe fugherebbe ogni dubbio.

Per altro verso è di dubbia legittimità, allo stato del nostro diritto sindacale, la previsione secondo la quale i lavoranti a domicilio debbono essere retribuiti, di massima, secondo le tariffe dei contratti collettivi, scattando il meccanismo delle determinazioni in sede amminstrativa in caso di mancanza della disciplina collettiva. Infatti, nell'attuale situazione di fatto e di diritto, non è possibile che la legge dichiari vincolanti le tariffe dei contratti collettivi stipulati dagli attuali sindacati anche nei confronti degli imprenditori non affiliati sindacalmente. Per questo la revisione dovrebbe essere modificata nel senso dell'invocabilità delle tariffe elaborate in sede amministrativa rispetto ad imprese non vincolate al rispetto dei contratti collettivi o nel caso che questi contratti non contengano, come spesso avviene, alcuna determinazione in proposito. Senonché questo, in pratica, equivale a rendere imprescindibile il sistema di determinazione amministrativa, proprio per avere materiale utilizzabile per le situazioni non regolate in contratto collettivo, di guisa che il medesimo sistema amministrativo toglierà, in definitiva, spazio alla contrattazione, perché i sindacati dei lavoratori presumibilmente saranno indotti ad adoperarsi per ottenere il massimo possibile in questa sede con sostanziale accordo con la controparte o influendo sulla determinazione dell'autorità, con soluzioni da valere, opportunamente, per tutti i lavoratori interessati e nei confronti di tutti gli imprenditori sindacalmente organizzato o no.

Nei due testi sono previsti, come già nelle tre proposte d'iniziativa parlamentare e secondo l'impostazione della legge del 1958, i due registri dei committenti e dei lavoranti, aggiungendosi che le commissioni preposte hanno facoltà d'iscrivere d'ufficio. Ci si può chiedere quale possa essere il senso concreto di questa impalcatura *prima facie* assai dubbia. In definitiva quello che conta è la ricorrenza della situazione puntualizzata in sede definitoria come integratrice degli estremi del fatto in ragione del quale sarà dato al lavoratore di poter invocare il corrispondente trattamento compensativo. Non per questo l'impalcatura in discorso è priva di significato, come favoritiva della tutela nel senso di indurre e costringere a portare allo scoperto le situazioni oggi diffuse di ricorso alla utilizzazione del lavoro « esterno » in forme di pretesa ed apparente autonomia giuridica. La norma secondo la quale l'impresa che voglia ricorrere al

lavoro a domicilio deve previamente iscriversi nel registro, pena la sanzione penale contravvenzionale, serve ad individuare le zone del fenomeno e a precostituire la tutela. Altrettanto dicasi, dall'altro lato, per il registro dei lavoranti, anche per quanto attiene alla possibile iscrizione d'ufficio apparentemente strana. È ben noto come finora i lavoratori siano stati indotti, per eloquenti pressioni e ricatti di fatto ad evitare l'iscrizione. Il fatto che l'ufficio pubblico possa procedere d'ufficio equivale a dire che il medesimo deve andar ricercando questi rapporti, formalizzare la situazione, implicitamente aiutando gli interessati ad assumere un atteggiamento rivendicativo: cosa che ha psicologicamente la sua importanza, il tutto risolvendosi in un non inutile servizio sociale. Ma resti chiaro che tutto questo ha valore formale, conterrà sempre, in definitiva, la situazione di fatto comprovabile in giudizio secondo le risultanze istruttorie. Le risultanze formali dei registri agevoleranno, e non è cosa trascurabile, il lavorante gravato dall'onere della prova.

Del tutto inutile e defatigante mi pare la previsione secondo la quale l'utilizzazione dei lavoranti a domicilio dovrebbe avvenire tramite il servizio del collocamento, ammettendosi però la richiesta nominativa. In primo luogo, l'imposizione dell'obbligo di rivolgersi a quel servizio non ha senso in caso di richiesta nominativa generalizzata. In secondo luogo si dimentica che, secondo la definizione e la pratica il lavorante può operare nel contempo per più committenti, potendo il singolo imprenditore rivolgersi occasionalmente a questo o a quello. In sostanza ben può avvenire che, di fatto, un singolo lavorante operi a tempo indeterminato e pieno per un singolo committente, ma può anche verificarsi che, nel giro complessivo, in un caso il committente possa impegnare un lavorante occasionalmente, nell'impossibilità di collocare in quel momento la commessa presso altri. In sostanza qui si va per commesse, non sempre e di necessità in termini di relazioni relativamente stabilizzate. Ora, se è indubbio che il passaggio tramite il collocamento servirebbe ancora una volta a precostituire la tutela, nel complesso si avrebbe un inutile appesantimento burocratico e formale.

Nei due testi (art. 9 di quello governativo e art. 11 di quello parlamentare) sono specificati gli obblighi del lavorante: obbligo di diligenza, obbligo di attenersi alle istruzioni del committente, obbligo di serbare il segreto sui modelli del lavoro affidatogli; infine « il lavoratore a domicilio non può eseguire lavoro per conto proprio o di terzi in concorrenza con l'imprenditore, quando questi gli affida una quantità di lavoro atto a procurargli una prestazione continuativa corrispondente all'orario normale di lavoro secondo le disposizioni vigenti e quelle

stabilite dal contratto collettivo di lavoro della categoria ». Questa previsione, a parte, se si vuole, l'obbligo di segreto sui modelli, mi pare complessivamente inutile, servendo largamente il diritto comune secondo i patti intercorsi tra le parti ed in ragione delle caratteristiche e dell'andamento del fenomeno. In ipotesi, più che di obbligo di diligenza dovrebbe parlarsi di obbligo di rispetto dei termini eventualmente convenuti per la riconsegna della commessa. L'obbligo di attenersi alle istruzioni del committente è intrinseco alla situazione dedotta in contratto. Infine l'obbligo di non concorrenza non ha senso vuoi perché quello che conta è che il lavorante rispetti i termini inderogabili eventualmente convenuti nel singolo affare vuoi perché si dimentica che è ben possibile l'attivarsi per più committenti, essendo affare del lavorante porsi in condizione di poter rispettare tutti gli impegni assunti. Credo che converrebbe cancellare, anche perché, oltre tutto, alle previsioni sostanziali non fanno seguito autonome conseguenze sanzionatorie.

Secondo i due testi, l'esecuzione del lavoro a domicilio non è ammessa per attività le quali comportino l'impiego di sostanze o materiali nocivi o pericolosi per la salute o l'incolumità del lavoratore e dei suoi familiari, la violazione del divieto comporterebbe una responsabilità penale contravvenzionale sanzionabile con la sola ammenda (art. 13 della proposta parlamentare e art. 12 di quella governativa), determinata nel testo governativo tra il minimo di lire 100.000 ed il massimo di lire 500.000! Troppo poco, invero, per un fatto di tale gravità che dovrebbe integrare gli estremi di un delitto severamente punibile. Piuttosto conviene distinguere. Una fattispecie delittuosa, con adeguata sanzione, dovrebbe estere prevista per il caso d'impiego di sostanze o materiali nocivi e pericolosi in partenza: quando cioè sia chiaro che si tratta di sostanze e materiali in sé pericolosi oppure, secondo la comune esperienza, non trattabili se non seguendo certe cautele di norma non ottenibili fuori della fabbrica o di norma di non facile realizzabilità presso il domicilio del lavorante. L'elenco di queste sostanze nocive potrebbe essere specificato in un testo regolamentare, periodicamente aggiornabile, così come si prevedeva nella proposta dell'on. Anselmi. Viceversa possono esservi sostanze in sé non intrinsecamente pericolose, facilmente trattabili con alcune cautele; oppure e più in generale si può imporre che il committente si premuri di commettere il lavoro a lavoranti che subiettivamente ed obiettivamente (in ragione dei locali di cui possono disporre) ragionevolmente diano affidamento di poter der corso alla lavorazione con adeguate cautele sanitarie in concreto, secondo un'indicazione già risultante, invero in termini inadeguati e in campo non opportuno (e cioè, in quanto ai fini dell'iscrizione nel registro dei

committenti), dalla proposta comunista. Nel secondo caso, potrebbe prevedersi un reato contravvenzionale con opportuna formulazione.

Infine i due testi, con formulazione identica, prevedono *sic et simpliciter* l'estensione, pressoché integrale, della tutela previdenziale a favore dei lavoranti a domicilio: « Ai lavoratori a domicilio si applicano le norme vigenti per i lavoratori subordinati in materia di assicurazioni sociali e di assegni familiari, fatta eccezione di quelle in materia di integrazione salariale ». Ma questa meccanica estensione non pare tecnicamente possibile con una formula tanto lapidaria. Ancora una volta si dimenticano, infatti, le peculiari caratteristiche di questo lavoro, nonché l'impostazione di principio della nuova legge; posto che questa ha il suo capitolo essenziale di testa in una definizione che, essendo imperniata sulla subordinazione c.d. « tecnica », in effetti prescinde dalla subordinazione in senso giuridico *ex* art. 2094 c.c., è possibile « versare » la tutela previdenziale doverosamente conseguente nelle forme di assicurazione sociale obbligatoria previste per i lavoratori subordinati? Come, in quali termini, con quali accorgimenti? In secondo luogo, pare che si parta, implicitamente, dall'ipotesi del lavorante a domicilio che opera in esclusiva, a tempo indeterminato e pieno, per un dato committente, cosicché questi ben potrebbe prenderlo in carico ai fini previdenziali al pari del lavoratore « interno ». Ma la stessa legge prevede il lavoro a favore di più committenti. Ho l'impressione che sia indispensabile costituire presso gli enti previdenziali gestioni *ad hoc*, certo variamente collegabili alle gestioni ordinarie predisposte per i lavoratori subordinati soprattutto in termini di ricostruibilità, se del caso, della complessiva posizione assicurativa del soggetto tutelato specie ai fini pensionistici. E c'è, specie per il caso della pluralità dei committenti, il problema dei modi concreti di reperimento e di afflusso della contribuzione necessaria; io credo che a questo fine dovrebbe versarsi da parte del committente una percentuale contributiva di quanto erogato al lavorante a titolo di compenso per il lavoro prestato, adeguatamente disponendosi per ogni situazione ricorrente e prospettabile, così come si è fatto, *mutatis mutandis*, per l'ipotesi che il lavoratore domestico sia titolare di più rapporti di lavoro (artt. 8 e 9 d. pres. 31 dicembre 1971 n. 1403). Ogni committente corrisponde quanto è in relazione al lavoro di volta in volta commesso ed espletato. Il punto merita, quindi, attenta considerazione, eventualmente dandosi nella legge alcune indicazioni essenziali da svolgere ulteriormente con completa regolamentazione in altra sede.

31.

# PASSAGGI DI CATEGORIA DEL LAVORATORE E LIQUIDAZIONE (FINALE) DELL'INDENNITÀ DI ANZIANITÀ

1. Due sentenze, entrambe (ma, ovviamente, in diversa composizione) della seconda sezione della Cassazione, la n. 1476 del 21 maggio e la n. 1715 del 13 giugno 1973, pur ribadendo il principio, giurisprudenzialmente ormai consolidato, giusta il quale, di norma, i passaggi di categoria del lavoratore (da operaio a intermedio o a impiegato o, eventualmente, dalla categoria operaia a quella speciale e, quindi, da questa a quella impiegatizia) costituiscono mere fasi evolutive dell'unico rapporto di lavoro giuridicamente configurabile, dovendosi così escludere, sempre di massima, che i medesimi, quando si siano verificati con la formale (o « fittizia ») risoluzione del rapporto con liquidazione dell'indennità di anzianità maturata in quel momento e conseguente « formale » riassunzione nella nuova categoria, integrino gli estremi di un'autentica e legittima « novazione », giungono ad opposta conclusione su un problema, *diverso*, che si può genericamente enunciare, per un primo approccio, così: se sia possibile o no, in applicazione delle disposizioni dettate per il caso nel contratto collettivo, procedere alla liquidazione, finale, dell'indennità di anzianità, facendo riferimento, per i periodi d'appartenenza successiva alle diverse categorie, a diverse aliquote dell'ultima retribuzione impiegatizia. Per intendere bene la posta in giuoco, nell'attualità del radicale contrasto nonché nella prospettiva, di cui dirò, di un tentativo di superamento in corso in un contesto generale caratterizzato da diverse singolarità, conviene riepilogare cronachisticamente la vicenda in cui si pone il dissidio.

A metà del 1972, per superare il contrasto più volte manifestatosi nella giurisprudenza delle sezioni semplici (1), il problema venne affron-

---

(1) V. i precedenti richiamati nel testo delle due sentenze delle sezioni unite, pubblicate in *Foro it.*, 1972, I, 1927, con mia annotazione; v. anche lo studio precedente a quelle sentenze di De Ambri Corridoni, *Osservazioni sulla c.d. liquidazione a scaglioni*

tato, in due occasioni assai ravvicinate, dalle S.U. che, pronunciandosi con due sentenze, la n. 2130 del 24 giugno e la n. 2290 dell'8 luglio, risposero positivamente in ordine all'enunciata possibilità, operando una svolta che è stata definita (2) come un clamoroso esempio della tendenza involutiva o controriformistica che sarebbe caratteristica della più alta magistratura. Nelle due occasioni le S.U. affermarono che, mentre il comma 3 dell'art. 2120 c.c. impone inderogabilmente la liquidazione dell'indennità di anzianità sulla base dell'ultima retribuzione (impiegatizia) fruita dal lavoratore, non sarebbe inibito alla contrattazione collettiva di fissare, appunto, diverse aliquote di quest'ultima retribuzione per i periodi di appartenenza alle diverse categorie; cosicché, in concreto, posto che per il periodo impiegatizio è imperativamente imposto dalla legge 18 dicembre 1960 n. 1561 liquidare l'indennità in ragione di una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, per il periodo anteriore di appartenenza ad inferiori categorie ben potrebbe aversi detta liquidazione secondo aliquote dell'ultima retribuzione ridotte rispetto alla mensilità spettante agli impiegati, così avendosi un sistema di diversa liquidazione secondo scaglioni di appartenenza alle diverse categorie. In sintesi, le S.U. giunsero alla conclusione con una sottile operazione interpretativa dell'art. 2120/3, in verità caratterizzata, come dissi in un primo commento (3), da un accentuato filologismo, rilevando che, nella norma, la parola « ultima e è pretermessa a quella « retribuzione » e non all'altra « categoria »; di guisa che, mentre il riferimento alla retribuzione ultima sarebbe in ogni caso imprescindibile, non sarebbe inibito all'autonomia collettiva tener conto, per l'altro elemento di riferimento (la « categoria »), della diversa appartenenza del lavoratore nel tempo complessivo della sua dipendenza dall'impresa, poiché non sarebbe « ... esatto che l'uso al singolare del termine "categoria" impedisca di comprendervi anche quelle nelle quali il lavoratore sia stato inquadrato prima di raggiungere l'ultima. È, invero, nozione comune che il singolare, quando è usato in senso astratto, è idoneo a comprendere tutte le concrete configurazioni della stessa entità concettuale, sicché per categoria di appartenenza (o cui appartiene) del lavoratore ben può inten-

---

*in caso di passaggio di categoria*, in *Riv. giur. lav.*, 1972, I, 91, con ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

(2) V. la *Nota* di F.D.A., in *Riv. giur. lav.*, 1972, 2, 855; in senso adesivo alle due pronunce v. Mazzoni, *Sulla validità delle clausole dei contratti collettivi, che diversificano l'importo dell'indennità di anzianità in relazione all'evoluzione del rapporto*, in *Mass. giur. lav.*, 1972, 514.

(3) V. in *Foro it.*, 1972, I, 1928.

dersi la pluralità di categorie nelle quali egli sia stato inquadrato nel corso dell'unitario rapporto di lavoro ». Per altro verso, le S.U. ritennero di poter rinvenire una giustificazione sostanziale della diversa rilevanza del periodo d'appartenenza per categoria, argomentando dalla natura retributiva dell'indennità di anzianità quale retribuzione differita, dopo l'art. 9 della legge sui licenziamenti del 1966 e dopo la pronuncia della Corte Costituzionale dell'illegittimità dell'art. 2120 c.c. (4), motivata, appunto dall'indicata natura dell'indennità in questione: che se di retribuzione, differita, si tratta, sarebbe del tutto conforme e al principio di cui all'art. 36/1 Cost. (proporzionalità della retribuzione alla qualità del lavoro) e al principio di eguaglianza, il riconoscere al lavoratore il cui rapporto è sempre stato impiegatizio, un'indennità maggiore rispetto a quella attribuibile al dipendente che alla categoria impiegatizia è pervenuto, invece, dalle categorie inferiori. Infine, per le S.U., si avrebbe nel caso una particolare applicazione della tecnica di liquidazione dell'indennità secondo scaglioni di anzianità di servizio, tecnica ritenuta sempre legittima (5); ché, se quella tecnica è di per sé legittima, *a fortiori* lo sarebbe in questa particolare ipotesi in cui gli scaglioni di anzianità coinciderebbero con la diversa appartenenza di categoria.

È da precisare che, nelle due occasioni, le S.U. ebbero a giudicare di assetti convenzionali radicalmente diversi e tali da influire a mio avviso sui limiti di accoglibilità della soluzione di massima prospettata in queste due pronunce. Nella lite di cui alla sentenza n. 2290, rispetto ad un'ipotesi di passaggio dalla categoria operaia a quella intermedia, veniva in questione la disciplina di cui al contratto collettivo stipulato per l'industria chimica; contratto nel quale, per l'iniziale periodo operaio del lavoratore poi intermedio, la liquidazione dell'indennità d'anzianità è prevista secondo diversi scaglioni di anzianità e per diverse aliquote dell'ultima retribuzione percepita dall'intermedio (sei giorni di retribuzione fino al quinto anno; dieci giorni dal sesto al decimo anno; dodici giorni dall'undicesimo al diciottesimo anno; quindici giorni all'anno per gli anni ulteriori). Abbiamo qui, pertanto, un assetto contrattuale che nitidamente corrisponde al principio posto nella sentenza.

Viceversa, nella lite di cui alla sentenza n. 2130 e relativa ad un caso di passaggio da operaio ad impiegato, l'assetto convenzionale era secondo la soluzione, diffusa, del riconoscimento di un'anzianità conven-

---

(4) V. Mazzoni, *Sulla validità delle clausole*, cit., n. 3.

(5) Come è ribadito nella sentenza di « dissenso » n. 1715 del 1973 della Cassazione.

zionale per il primo periodo operaio (nove mesi di anzianità impiegatizia per tre anni di anzianità operaia), in pratica ciò comportando l'attribuzione, per il periodo iniziale, di un quarto della retribuzione considerata, ai fini specifici, i per il periodo finale impiegatizio. In conseguenza di questa situazione la pronuncia delle S.U. fu di necessità di rinvio, dovendosi in questa sede accertare se, con l'applicazione del disposto contrattuale, si pervenisse o no ad un *risultato* conforme al principio posto in sentenza; infatti la Corte concluse che « la discussa disposizione del contratto collettivo ... non è illegittima, sempreché detto coefficiente non sia inferiore a quello stabilito dalla disciplina contrattuale collettiva per la categoria di operaio » in relazione alla durata della permanenza del lavoratore nella categoria iniziale « qualora sia prevista la liquidazione a scaglioni anche nell'ambito di tale categoria ». In sostanza la *regula iuris*, veniva affermata nel senso della possibilità di liquidare l'indennità, per l'iniziale periodo operaio, prendendo aliquote dell'ultima retribuzione impiegatizia da calcolare secondo le misure previste nel contratto per la liquidazione dell'indennità operaia, se predeterminate, nel medesimo, secondo scaglioni di anzianità, in relazione all'anzianità in *concreto* maturata in quella categoria da quel determinato lavoratore; tutto andando bene se, rioperando il calcolo in questi termini, ne venisse un risultato, un *quantum* non inferiore a quello altrimenti derivante dall'applicazione pura e semplice del criterio dell'anzianità convenzionale posto nel contratto, mantenendo fermo, se del caso, il risultato *ex* contratto, *se più favorevole* nel caso concreto al lavoratore rispetto al risultato viceversa ottenibile con l'applicazione del nuovo principio di diritto. Quindi, intendendo bene la logica, malamente espressa, della sentenza, la conclusione non era affatto nel senso della legittimità del disposto contrattuale, bensì nel senso della salvezza, nel caso concreto e di volta in volta, del risultato derivante dal medesimo se più favorevole al lavoratore. Il tutto presupponendo (è un punto che merita fissare subito, in vista di quanto dirò in prosieguo) che nel contratto collettivo la liquidazione dell'indennità di anzianità sia, di per sé, prevista secondo scaglioni di anzianità; *non nell'ipotesi inversa*.

Consta ufficialmente che le S.U. affermarono il principio di diritto in superamento di un forte travaglio all'interno dei collegi giudicanti. Infatti, nella prima occasione, quella di cui alla sentenza n. 2130, fu relatore della causa ed estensore della pronuncia, come di norma avviene, il medesimo magistrato cons. Palazzolo; viceversa nella seconda occasione, quella di cui alla sentenza n. 2290, la pronuncia venne redatta da un magistrato diverso dal relatore Palazzolo, dal cons. Jannitti Piromallo. Ed è singolare che, in quella tornata, il dissenso del cons. Palaz-

zolo, cui devesi la redazione della sentenza n. 1715 del 1973 di « ribellione » al nuovo indirizzo delle S.U., elaboratissima e motivata in modo egregio, precipitò nella seconda occasione nella quale le S.U. erano chiamate a giudicare di un assetto convenzionale del tutto formalmente corrispondente all'affermato principio di diritto, mentre nella prima occasione, quella in cui veniva in questione la meno agevole previsione dell'anzianità convenzionale, il magistrato quanto meno non ritenne di dover tradurre i suoi probabili dubbi in una formale divergenza rispetto all'orientamento affermatosi in collegio.

Il Tribunale di Biella, con sentenza 13 ottobre 1972 (v. in *Foro it.*, 1973, I, 255) ritenne di doversi adeguare al nuovo indirizzo, non sottacendo tuttavia una certa sua scarsa convinzione, posto che nella pronuncia si legge che il criterio posto dalle S.U. sarebbe « eminentemente formale ». Al contrario il Tribunale di Trieste, con sentenza 12 febbraio 1973 (v. in *Foro it.*, 1973, I, 1575), con una pronuncia pure egregiamente motivata con completezza di disamina, si discostò dalle S.U., con argomenti in gran parte ripresi nelle ulteriori pronunce di dissenso della seconda sezione della Cassazione; in particolare respingendo l'interpretazione letterale-filologica del termine « categoria » nell'art. 2120/3, tenendo conto dell'intera frase (« categoria alla quale appartiene il prestatore di lavoro ») nella quale la formulazione del verbo al presente comporterebbe un inequivocabile riferimento alla collocazione categoriale del lavoratore al momento estintivo del rapporto in cui matura il diritto all'indennità. A sua volta l'App. Trieste, con ordinanza 5 gennaio 1973 (v. in *Mass. giur. lav.*, 1973, 7 con nota di Prosperetti), seguito da altri giudici (v., ad es., Trib. Trieste 26 aprile 1973, in *Foro it.*, 1973, I, 2323), ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma del codice nella parte che qui interessa, una volta intesa secondo l'interpretazione accolta dalle S.U. della Cassazione.

Dopo scoppia, clamorosamente, il contrasto tra i diversi collegi della seconda sezione della Cassazione. Alle sentenze che si uniformano alle S.U. (24 gennaio 1973 n. 226, 7 maggio 1973 n. 1216, 16 maggio 1973 n. 1400, in *Foro it.*, 1973, I, 1716 e 1715), si contrappongono dapprima alla sentenza n. 1715 del 13 giugno e poi alla n. 1855 del 27 giugno (v. in *Foro it.*, 1973, I, 2318). Singolare, e quanto meno inusitata (a quanto mi consta), anche quest'ultima vicenda; perché, se la Suprema Corte deve servire, secondo la ragione istituzionale della sua esistenza (assicurare, nei limiti del possibile, l'interpretazione uniforme del diritto « oggettivo nazionale ») ritenuta costituzionalmente ineccepibile in una ben nota pronuncia della Corte Costituzionale e se, a tal fine ed in conseguenza della distinzione della Corte in sezioni, si trovano al vertice del vertice le

S.U., perduranti ed in parte certamente comprensibili perplessità avrebbero dovuto tradursi « per linee interne », sollecitando un più meditato ripensamento nella sede e nel collegio in cui il nuovo indirizzo venne formulato a metà del 1972. Non è il caso di attardarsi, qui, in considerazioni di « costume giudiziario » dei tempi. Mi limito a ricordare, come tocco finale, che un tentativo d'uniformità interpretativa è in corso; infatti altra causa, soc.a. F. Tosi c. Boldorini, è stata devoluta alle S.U. e l'udienza venne fissata per il 28 giugno u.s. (Pres. Rossano; Rel. D. Leone; P.M. Pedace) a questa udienza disponendosi, per ragioni che non constano, per un rinvio a nuovo ruolo (v. nota redazionale in *Foro it.*, 1973, I, 2318).

2. Conviene premettere alla valutazione del problema strettamente giuridico-interpretativo alcune considerazioni d'ordine generale. Come già dissi nel primo sommario commento nel *Foro it.*, il principio posto nelle due sentenze delle S.U. è certo apprezzabile in termini di sostanziale giustizia o di equità, nella misura in cui consentirebbe, se interpretativamente ritenibile, di dare a ciascuno il suo. Abbia o no l'indennità di anzianità natura retributiva, è certo che si tratta di una erogazione, concessa in ragione del complessivo apporto del lavoratore (« proporzionale agli anni di servizio ») (6), che, secondo l'intero disposto dell'art. 2120 nei suoi molteplici riferimenti (oltre quello indicato, la categoria e l'ultima retribuzione), deve essere rappresentativa e corrispondente al valore, appunto complessivo, di quell'apporto, secondo quantità e qualità; valore che, in termini positivi (e cioè lasciando da parte le considerazioni critiche di cui, nella valutazione comparativa delle diverse posizioni di lavoro, sono zeppe le cronache quotidiane, specie in quella del subalpino « specchio dei tempi »), si esprime nel diverso (e certo spesso irrazionale nella giungla retributiva livello delle retribuzioni. Onde non è certo conforme a giustizia distributiva che a due persone che, nel corso della complessiva dipendenza dalla impresa hanno avuto nel tempo retribuzioni assai diverse in ragione della appartenenza di categoria o per qualifica o per altro, spetti l'identica prestazione finale per il semplice fatto che hanno servito per lo stesso tempo, e che sono giunte, ambedue, da ultimo, allo stesso traguardo finale. Questa è stata la novità di prospettazione nelle due sentenze del 1972, col riferimento agli artt. 36/I e 3 Cost.

---

(6) Tanto che di qui trae spunto la suggestiva, seppur giuridicamente dubbia, teoria di Romagnoli di ben riconoscibile ispirazione ideologica; v., dell'A., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, 119 ss.

A questo proposito, nell'ultima sentenza « ribelle », la n. 1855 del 1973, si leggono affermazioni di assoluta inconsistenza, risolventisi in un vero *qui pro quo*. Si legge infatti, in questa pronuncia, che il principio d'eguaglianza, richiamato dalle S.U., deve essere invocato, per essere razionalmente inteso, da chi ritenga che il medesimo sia stato violato in proprio danno; mai potrebbe farlo il lavoratore sempre impiegato « al di fuori di una inammissibile rivendicazione di carattere feudale »: se questi ha avuto tutto quanto gli spetta, sarebbe privo di « legittimazione », dal punto di vista sia morale che giuridico, per pretendere un trattamento diverso, superiore a quello attribuito al lavoratore divenuto impiegato solo al termine della sua carriera. Ma qui non c'è, ovviamente, alcun « impiegato da sempre » che lamenti alcunché nel confronto dell'impiegato « fresco »; si discute solo se sia legittimo o no, nelle pattuizioni collettive, quantificare diversamente l'indennità di anzianità in ragione dei periodi di appartenenza alle varie categorie, cioè dei diversi trattamenti retributivi fruiti nel tempo. Se si volesse poi scendere nel *diverso* contesto ipotizzato da questo brano della pronuncia, i meno indicati ad ergersi a giudici moralistici della vicenda, ad usare questo frasario (« feudalesimo »; « legittimazione morale »), sarebbero i magistrati, cioè i componenti di un ceto che da venti anni trae pretesto dall'indubbia elevatezza delle funzioni come titolo giustificativo di preferenziali trattamenti economici e che, anche di recente, si è abbandonato ad alti lai per il fatto che starebbe per subire un declassamento rispetto ad altri settori della P.A. Il buon gusto consiglierebbe di non parlare di corda in casa dell'impiccato.

Certo è interessante, in questa vicenda, la riscoperta *ad hoc* della natura non retributiva dell'indennità (v. sentenza triestina e le due sentenze n. 1715 e n. 1855 della Cassazione), dopo che, per anni, una parte dell'opinione si è battuta in senso inverso per sollecitare la riforma legislativa (art. 9 legge n. 604 del 1966) e per arrivare alla pronuncia d'illegittimità dell'art. 2120 di cui alla sentenza n. 75 del 1968 della Corte Costituzionale. Io resto dell'opinione, come ho detto altrove (7), che, vigente il testo originario, la tesi retributiva era del tutto infondata, sol perché trattavasi di un trattamento non spettante in tutti i casi d'estinzione del rapporto di lavoro, con una funzione chiaramente « reazionaria » che ho cercato pure di mettere in luce, pur rendendomi conto delle *inconfessabili* (perché non giuridicamente esplicitabili) ragioni d'equità che spinsero la Corte Costituzionale (essere sostanzialmente iniquo

(7) V. *Alla ricerca di un ragionevole diritto sociale*, in *Dir. lav.*, 1972, I, 335.

privare di questa erogazione il lavoratore zelante e fedele per trent'anni, sol perché una bella mattina gli salta il ticchio d'ingiurare il principale cadendo in giusta causa di licenziamento in tronco). Certo che *oggi*, generalizzato quel trattamento, la tesi retributiva può sostanzialmente accettarsi (8); dovendosi, tuttavia, razionalmente dar conto del perché, nel *nuovo* assetto, una parte della retribuzione viene differita all'estinzione del rapporto, con ciò stesso, come si è detto nella sentenza n. 1715, rinvenendosi la *ragione* dell'istituto specifico, del fatto, cioè, che una parte del complessivo trattamento economico viene erogato non in costanza di rapporto, ma solo alla fine. Con questo si deve, grosso modo, argomentare distinguendo tra natura (retributiva) e *ragione* dell'accantonamento finale, cioè dell'istituto in sé; ragione che, volendo razionalizzare, cioè dovendo di necessità il giurista attribuire agli assetti legislativi una giustificazione sostanziale appagante, è latamente assistenziale, al fine di proteggere il lavoratore nel momento in genere più arduo della sua vicenda.

Ma, con tutto questo, è altrettanto vero che la giustificazione è sempre più inconsistente, anche perché non è detto che gli interessati approvino incondizionatamente e sempre questa sorta di risparmio forzoso cui sono imperativamente soggetti, magari nella prospettiva che di quei soldi debbano fruire altri e magari, in ultima istanza, la patria Repubblica (art. 2122 c.c.); probabilmente, se si facesse una democratica consultazione, la maggioranza dei suffragi, specie dei giovani alle prese coi gravi problemi della prima sistemazione, si esprimerebbe nel senso di averle subito queste maggiori sommette. E qualcosa si sta muovendo in questo senso; tanto che, com'è noto, vi sono proposte di legge per la liquidazione parziale anticipata dell'indennità a certe condizioni ed in vista di certi impieghi (9). E l'istituto è ancora parzialmente vivo e vitale secondo l'unica logica che può giustificarlo (quella originaria e « reazionaria » d'incentivo alla fedeltà all'impresa), solo nella misura che resta, almeno per ora, un residuo spazio per manovrarlo in quella direzione, con la tecnica della liquidazione secondo scaglioni di anzianità; constatazione sulla quale sono significativamente concordi le opposte pronunce, affermandosi nella n. 2290 del 1972 che quella tecnica persegue la

---

(8) V. Mazzoni, *op. loc. cit.*

(9) Diverso problema, ampiamente dibattuto è quello dell'istituzione e del funzionamento di un fondo di garanzia per l'indennità sul quale si è svolto in Milano, il 20 aprile u.s., ad iniziativa dell'INA, un convegno, relatore l'on. Zanichelli, mentre alcuni parlamentari socialisti hanno presentato alla Camera, il 26 ottobre 1972, una proposta di legge, n. 1051 (v. in *Riv. giur. lav.*, 1973, I, 115).

valorizzazione della più prolungata dedizione al lavoro e, nella sentenza n. 1715 del 1973, che la medesima si risolve in un premio di fedeltà.

Sono, quindi, dell'opinione che debba andarsi verso il *superamento dell'istituto, apparendo preferibile rafforzare, al contrario*, i trattamenti previdenziali di vecchiaia e di disoccupazione; ed in questo ordine d'idee è nel complesso benefica anche questa tormentata vicenda giurisprudenziale nella misura che ripropone il problema di fondo. Eliminandosi un istituto che, ormai, costituisce un'originalità pressoché esclusiva del nostro sistema, oggetto, di norma, di meraviglia per l'osservatore straniero. Tanto più che, col ferreo regime limitativo dei licenziamenti, l'erogazione sempre più si collocherà, al livello di massa, al termine della complessiva carriera di lavoro, in una col pensionamento, sul deteriore modello del pubblico impiego, come un incentivo non trascurabile di forzato consumismo da parte di persone che, avendo ormai provveduto per le esigenze essenziali ed elementari e non avendo per il resto molte forze e molti entusiasmi per gustare le gioie della vita, non possono comportarsi altrimenti.

Per altro verso, non è del tutto sicuro che lo schierarsi, sul problema specifico, con la tesi « ribelle » giuochi, in definitiva ed in senso buono, in direzione progressiva. In generale non è molto prudente risolvere un problema del tutto isolatamente, a prescindere dal contesto generale nel quale il medesimo dovrebbe essere più convenientemente considerato. In particolare, non sarebbe male vedere questo specifico problema tenendo conto dell'evoluzione in corso nel nostro diritto del lavoro, statuale e convenzionale, per quanto attiene alla classificazione delle diverse posizioni di lavoro. Indubbiamente, come è dimostrato dai recenti rinnovi contrattuali (e quale ne sia, allo stato, la controversa portata sul punto) la tendenza va verso il superamento della classificazione dei lavoratori contenuta nel codice, presumibilmente verso nuove classificazioni più idonee e funzionali alla nuova realtà del mondo del lavoro. Già oggi, con la soluzione del c.d. intreccio, vi sono posizioni operaie che fruiscono di trattamenti retributivi maggiori rispetto a quelli delle attuali posizioni impiegatizie. In futuro, uno dei modi possibili per provvedere alle esigenze del lavoratore della produzione, usurato per l'età ed i precedenti di lavoro, potrebbe essere quello del passaggio, consensuale, a posizioni oggi definibili impiegatizie e meno retribuite; specie se, in sede d'interpretazione dell'art. 13 dello « statuto dei lavoratori », si affermerà, come certo sarebbe ragionevole ed equo, che questi mutamenti nell'interesse del lavoratore non cadono sotto la dra-

stica sanzione di nullità di cui al capoverso dell'articolo (10), non comportando, per altro verso, la salvaguardia, ormai ingiustificata, delle posizioni retributive già acquisite. In siffatta evenienza sarà certamente « progressista » la tesi che eviterà di danneggiare il lavoratore in occasione dell'erogazione di fine rapporto, imponendo la liquidazione in ragione dell'ultima inferiore retribuzione, consentendo, viceversa, di tener conto di tutto il complessivo valore del rapporto nel tempo, secondo le varie vicende. L'esperienza giuridica ammonisce che ogni tesi assoluta rischia di risolversi, col mutare dei problemi e delle contingenze, in un *boomerang*.

3. Non v'è dubbio, a mio avviso, sulla manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sollevata, in particolare dalla Corte d'Appello di Trieste, relativamente all'art. 2120/3 c.c. *così come interpretato nelle sentenze delle S.U.*, in riferimento agli artt. 36/I e 3 Cost. In primo luogo perché una questione di costituzionalità non ha senso, in linea di principio, rispetto ad una data interpretazione di una norma; anche perché non era inibito alla corte triestina comportarsi negli stessi termini del tribunale giuliano e della parte « ribelle » della terza sezione della Cassazione, pronunciando nel merito secondo l'interpretazione della norma ritenuta, in ipotesi, costituzionalmente più corretta. Nel nostro sistema, a parte la struttura piramidale della Magistratura culminante nella Cassazione in senso possibilmente favoritivo dell'uniformità interpretativa, i giudici « sono soggetti soltanto alla legge » (art. 101/2 Cost.) e per quella corte non v'era alcun obbligo al principio di diritto affermato dalle S.U. In secondo luogo perché, nel merito, la prospettazione del preteso vizio d'incostituzionalità è fatta in termini tali da darsi la zappa sui piedi; infatti, secondo quell'ordinanza, « la menzionata diversa interpretazione della Suprema Corte sembra violare il principio costituzionale di uguaglianza... in relazione alle norme sul lavoro (art. 36 Cost.), in quanto, a parità di anzianità e di retribuzione finale, si potrebbero avere indennità di anzianità di differente misura a seconda che il lavoratore abbia o non abbia appartenuto inizialmente alla categoria inferiore » (*sic*!). Insomma, a diversità di carriera, integrerebbe la violazione del principio d'eguaglianza l'erogare somme diverse!

Piuttosto, e certo più segnatamente, potrebbe prospettarsi la questione di legittimità inversa: essere probabilmente illegittima la norma

---

(10) V. Assanti, in Assanti e Pera, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, *sub* art. 13; Romagnoli, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1972, ancora *sub* art. 13 e ivi ulteriori riferimenti.

che impone, a diversità di carriera retributiva, per il solo fatto dell'identità della posizione finale, un'eguale erogazione a parità di anzianità di servizio, in violazione della norma giusta la quale la retribuzione (qui differita) deve essere proporzionale alla diversa qualità e quantità del lavoro (qui rappresentata dal diverso livello retributivo nel tempo). Prospettazione ancor più seria proprio nella misura in cui, per questo verso, verrebbe in questione non tanto un'interpretazione opinabile, ma inesorabilmente il testo che, almeno *prima facie* (v. *infra*), parrebbe rendere inevitabile il riferimento alla categoria alla quale da ultimo appartiene il lavoratore. Cioè, nella misura in cui il testo pare far corpo, secondo la sua letterale formulazione (art. 12 preleggi), con l'interpretazione che tradizionalmente e pianamente ne discende, per rendere possibile l'opposta operazione (diversificazione secondo i periodi di appartenenza nelle varie categorie) parrebbe inevitabile provocare il pregiudiziale superamento del dettato legislativo.

Non credo al fondamento della questione di costituzionalità nemmeno nei termini, più plausibili e rovesciati, che ho prospettato. Infatti, ammesso che, *oggi*, l'indennità d'anzianità debba considerarsi come un trattamento a natura retributiva differito, per scopi di protezione nella specifica contingenza, al momento dell'estinzione del rapporto, ciò non implica che debba esservi di necessità, operando una combinazione con quanto la Costituzione detta in ordine alla misura della retribuzione, una rigida proporzionalità coi trattamenti retributivi fruiti in costanza di rapporto; quanto meno la previsione costituzionale lascia uno spazio alle libere scelte politiche del legislatore. Si può dire solo che il legislatore, in ipotesi, per quelle medesime ragioni che giustificano l'istituto in quanto differimento di una parte della retribuzione, ha ritenuto di doverne fissare il *quantum* in termini non rigidamente proporzionalistici, inibendo di diversificare la misura dell'indennità in ragione dei tempi d'appartenenza alle varie categorie; in sostanza, per identiche ragioni, il legislatore differisce e « arrotonda ». Si potrebbe anche aggiungere che, a favore della scelta in questo senso, opera una volta, almeno parzialmente, l'antica logica « reazionaria » dell'istituto; nel senso che se il lavoratore s'industrierà nel senso di ottenere una promozione, a tal fine rendendosi sempre più utile all'impresa, riceverà questo ulteriore vantaggio.

La questione, quindi, mi pare esclusivamente interpretativa, senza possibili profili di costituzionalità: forse perché sono alquanto immune dalla tabe diffusa del pancostituzionalismo, di quel morbo che consiste nel ritenere che nella nostra pur chilometrica Carta vi sia tutto (e il contrario di tutto), senza residui spazi per il legislatore ordinario e per libere scelte politiche d'opportunità.

4. Nella sentenza n. 1715 tutti i possibili argomenti per contrastare il principio enunciato dalle S.U. sono addotti con indubbia abilità. In particolare si dice che, riaffermata la natura non retributiva dell'indennità, il principio dell'art. 36 Cost. non può essere invocato anche perché, se il principio di proporzionalità ivi sancito dovesse valere, sarebbe altresì legittimo il riferimento all'ultima retribuzione, dovendosi tener conto delle diverse retribuzioni avutesi nel tempo anche per chi ha sempre appartenuto alla medesima categoria. Come sempre avviene quando le argomentazioni sono esasperate nella contrapposizione polemica, la prospettazione è errata semplicemente perché prova troppo. In primo luogo perché qui si è avuta, in parte anche per le considerazioni fatte nel paragrafo che precede, una libera scelta del legislatore non costituzionalmente pregiudicata. In secondo luogo perché, trattandosi di erogare una somma in un momento dato, certo sarebbe stato incongruo, ad es., ricorrere ad una media tra lire di oggi e lire di ieri. In terzo luogo e comunque per avere il vantaggio di una soluzione semplificata, di facile applicazione anche per il soggetto obbligato. Da tutto questo non resta per niente pregiudicato il diverso problema della categoria di riferimento nel comma 3 dell'art. 2120; in particolare, anche ammettendo in ipotesi che il riferimento alla ultima retribuzione tassativamente imposto sia per qualche verso irrazionale o scarsamente giustificato, non ne deriva (ove per l'altro elemento della categoria il testo appaia suscettivo di più interpretazioni) che si debba di necessità optare per l'interpretazione certo meno coerente al principio di proporzionalità che non vincola rigidamente, ma pur sta scritto nella Costituzione, specie nella misura in cui un adeguato svolgimento del medesimo consente risultati più conformi all'equità. In sostanza, se, in ipotesi, il legislatore ha gravamente mancato richiamando l'ultima retribuzione, questa non è una buona ragione perché l'operatore porti a perfezione l'opera manchevole scegliendo, in ordine all'altro elemento e nella misura in cui la lettera lo consente, la soluzione meno equa. E lasciamo stare, per carità di patria, le ragioni, ritenute in questa sentenza come ispiratrici del disposto, e « la cui sanità morale è *in re ipsa* »; perché, ancora una volta, non consta che i magistrati professino un'ideologia egualitaria in ordine alla misura dei trattamenti economici ritenendo i bisogni della vita egualmente seri e pressanti per tutti gli uomini.

5. Resta, decisiva, la questione dell'esatto o del possibile significato del riferimento alla « categoria » nell'art. 2120/3 come situazione di cui si deve tener conto nella determinazione dell'indennità, massimamente in sede di predeterminazione normativa nei contratti collettivi. Ho già detto

quale sia stata l'operazione interpretativa delle S.U.: da una parte rilevandosi che la parola « ultima » risulta apposta in senso aggettivante solo a quella « retribuzione » (onde già per questo la categoria potrebbe non essere solo l'ultima); dall'altra affermandosi che il singolare (« categoria »), adoperato in senso concettuale-astratto, è comprensivo del plurale. Mentre il primo rilievo si risolve in una constatazione ovvia, confesso le mie perplessità in ordine alla seconda argomentazione, senza pretendere di addentrarmi, per personale sprovvedutezza, in sottili disquisizioni linguistiche. Anche perché può all'ignorante che scorra le discettazioni, ormai costanti nei vari fogli secondo la moda, degli scienziati di queste discipline, risulta che anche qui la babele delle lingue non è minore di quella che trovasi altrove. Come giurista trovo dubbio il tentativo di convincere la media degli operatori di settore con un argomento così estraneo e sottile, parendomi più saggio ricorrere a considerazioni che siano alla portata dello scibile, invero modesto, particolare. In ogni caso all'astruseria filologica si è più corposamente opposto, nelle sentenze contrastanti, l'intero contesto della frase (« alla categoria alla quale *appartiene* il prestatore di lavoro »); frase il cui senso immediato è quello del riferimento alla categoria di appartenenza al momento dell'estinzione del rapporto.

Sennonché non è men vero che, una volta operato il riferimento alla « ultima retribuzione », quello alla categoria, intesa come categoria di appartenenza in quel momento diventa pleonastico; ed è questa contstazione che, in realtà può aprire la strada ad una più adeguata comprensione del problema e per controllare se la conclusione ritenuta dalle S.U. possa accettarsi. Intanto, a questo proposito, deve constatarsi che le sentenze di dissenso sono cadute in equivoco, rovesciando semplicemente i termini del problema nel senso che, una volta operato il riferimento alla categoria, sarebbe l'altro riferimento, quello all'ultima retribuzione, che rischierebbe di risultare superfluo; donde, in queste pronunce, lo sforzo di dimostrare che, al contrario, questo secondo riferimento assolve ad una precisa e sostanziale funzione. Così nella sentenza del tribunale triestino si è detto, ed il rilievo è ineccepibile, che, nei contratti collettivi, le tariffe salariali sono determinate per categorie e qualifiche, mentre la retribuzione di fatto può essere diversa aziendalmente; di qui, appunto, la necessità di far riferimento, oltre che alla categoria, anche all'ultima retribuzione. Nella sentenza n. 1715 si rileva che se il legislatore si fosse limitato a parlare della categoria, avrebbe potuto discutersi se far riferimento alla retribuzione iniziale o media o terminale rispetto a quella data categoria; onde, ancora una volta, la necessità dell'ulteriore richiamo. Nella sentenza n. 1855 si osserva che,

parlandosi solo di categoria, avrebbe potuto sostenersi la tesi di procedere ad una media tra le varie retribuzioni percepite... Sennonché il discorso va semplicemente rovesciato. Se la legge si fosse limitata al criterio della ultima retribuzione, *avrebbe detto tutto*: valendo l'ultima retribuzione di fatto percepita e determinata ai sensi dell'art. 2121 c.c., vuoi nel caso di totale coincidenza tra il trattamento di fatto e quello prestabilito, per categorie e qualifiche, nel contratto collettivo, vuoi nel caso, assai più frequente, di trattamenti migliorativi aziendalmente praticati, tenendosi altresì conto dei trattamenti specificatamente individuali (scatti di anzianità ecc.). Essendo chiaro che la retribuzione ha, *in primis*, come primo parametro di determinazione l'appartenenza di categoria.

Di conseguenza si tratta di spiegare il contrario: come e perché l'art. 2120/3, dopo aver fatto riferimento all'ultima retribuzione, abbia richiamato altresì la categoria. E sta tutto qui il non agevole *rebus* seriamente proponibile senza traccia di bizantinismo.

Una risposta potrebbe essere quella che la frase di richiamo alla categoria di appartenenza si risolve in un pleonasmo, in una superfluità visto che basta alla bisogna l'ultima categoria. E in termini storici potrebbe essere senza infingimenti così; in quanto l'esperienza insegna come i testi legislativi siano opera di uomini e contengano spesso inutili ridondanze. Ma, come interpreti, siamo viceversa legati al dogma della razionalità, e quindi della concreta significanza, del materiale che cerchiamo di elaborare; e pertanto deve farsi uno sforzo per dare senso concreto, autonomo, alla frase.

Intanto potrebbe dirsi che il riferimento alla categoria serve per rendere manifesta la volontà della legge di rapportare l'indennità al complessivo servizio espletato alle dipendenze dell'impresa, quali siano state le vicende evolutive in termini di appartenenza di categoria. Grosso modo potremmo dare del complesso normativo del codice, per la parte che qui interessa, questa spiegazione « architettonica »: la legge definisce innanzitutto, in termini subiettivi, il contratto di lavoro (art. 2094); prevede poi la distinzione dei lavoratori in categorie (art. 2095); attribuisce, infine, un'erogazione che, secondo la logica « reazionaria » originaria, doveva funzionare come incentivo alla fedeltà e all'utilità del lavoro all'impresa, inducendo il dipendente a dare nel tempo il massimo di sé anche nel senso della progressiva valorizzazione del suo apporto, eventualmente conseguendone delle promozioni; di guisa che, ai fini questa erogazione almeno, conta il servizio nel suo complesso, non spezzabile secondo i periodi di appartenenza di categoria; onde, com'è acquisito, i passaggi costituiscono mere fasi evolutive dell'unico contratto. In sostanza l'appartenenza di categoria varrebbe come un ele-

mento rilevante *all'interno* dell'intera vicenda presa in considerazione a quei fini.

Ma questo non dice ancora niente rispetto al problema specifico e *diverso*; una cosa è l'unitarietà del rapporto, altra è quella del senso possibile della frase, oscurissima nel complesso, ai fini della determinazione di quel *quid* che spetta in ragione del complessivo servizio. Ora, posto che il comma 3 dell'art. 2120 dispone in ordine ai criteri di determinazione dell'indennità, se il concetto di « ultima retribuzione » è logicamente inclusivo di quello di « ultima categoria », l'alternativa è ferrea: o la frase non significa niente o, se può significare qualcosa di autonomo, può solo voler dire che, nella determinazione dell'indennità, si deve tener conto anche dei vari periodi di appartenenza per categoria. Ed è questa la conclusione cui, in pratica, sono giunte le S.U., filologismo a parte.

Ecco perché, ancora nel primo commento in *Foro it.*, alle sentenze del 1972, mi permisi di dire che la lettera è tale da consentire in astratto l'una e l'altra interpretazione; oggi precisando che la scelta è tra un'interpretazione vanificatrice ed una che sola può attribuire alla frase un senso concreto. La logica giuridica dovrebbe far propendere nel secondo senso; con l'ulteriore connotazione che la portata pratica dell'operazione interpretativa sarebbe quella di far passare per questa via un risultato non iniquo, quello di ragionevolmente attribuire, come ho detto agli inizi, a ciascuno il suo.

Del resto il codice formula anche l'ipotesi che, in mancanza di determinazioni collettive e di usi, il giudice debba procedere alla liquidazione dell'indennità secondo equità. Sarebbe forse iniqua, nel caso ormai teorico, una valutazione giudiziale che attribuisse all'impiegato già operaio un'indennità ridotta tenendo conto, appunto, della iniziale appartenenza alla categoria inferiore?

L'altro canto c'è un altro testo di legge che, forse, consente per altra via di risolvere il punto. L'art. 4 della legge 18 dicembre 1960 n. 1561 relativa alla misura dell'indennità per gli impiegati in senso migliorativo rispetto alla legge del 1924, afferma che « le disposizioni di cui alla presente legge si applicano integralmente ai rapporti di impiego instaurati ma non risolti prima dell'entrata in vigore della presente legge ». Certo anche qui si tratta di una previsione in un determinato ordine d'idee inutile, forse dettata da un superfluo o almeno eccessivo scrupolo, posto che il diritto all'indennità sorge al momento dell'estinzione del rapporto e va attribuito, quindi, secondo le misure vigenti in quel medesimo momento. Ma, ai nostri fini, merita mettere in rilievo che l'art. 4 non parla semplicemente di rapporti, bensì di *rapporti di impiego*. In un

tempo in cui il problema era già insorto in dottrina e in giurisprudenza (11), il legislatore, adoperando quell'espressione specifica, ha dimostrato chiaramente di voler disporre per i rapporti impiegatizi e solo per i periodi di appartenenza alla categoria impiegatizia.

Ora, se mettiamo insieme fonti di eguale dignità, abbiamo riassuntivamente questa situazione: per la determinazione dell'indennità a favore degli impiegati e per i periodi di appartenenza alla categoria impiegatizia, la norma di principio e di rinvio di cui all'art. 2120 c.c. non ha spazio concreto, in quanto altra legge provvede specificatamente; rimane scoperta la situazione delle categorie non impiegatizie e per queste si rinvia, essenzialmente, alla contrattazione collettiva (salva la possibilità di attribuire in questa sede trattamenti di miglior favore anche agli impiegati), fermo l'inderogabile riferimento all'ultima retribuzione. Arriveremmo alla conclusione che, in sede di contrattazione collettiva, posto che per gli impiegati e per i periodi di appartenenza impiegatizia la legge direttamente dispone, c'è spazio per provvedere per la categoria operaia e per i periodi di appartenenza operaia, ferma, ancora una volta, l'unitarietà del rapporto e, quindi, l'imprescindibile riferimento all'ultima retribuzione.

6. In base alle considerazioni fatte, dovrebbe ritenersi del tutto ineccepibile un assetto contrattuale quale quello vigente per l'industria chimica ed esaminato nella sentenza n. 2290 del 1972 delle S.U.; un sistema, cioè, nel quale l'indennità viene liquidata per il periodo operaio anteimpiegatizio con aliquote dell'ultima retribuzione percepita come impiegato variamente determinate secondo scaglioni specifici di anzianità (operaia).

Diverso è il discorso per la soluzione, assai più diffusa, del riconoscimento di un'anzianità convenzionale per il periodo operaio sulla quale le S.U. si sono pronunciate con la sentenza n. 2130 del 1972 di cui ho detto all'inizio. Qui la Cassazione si è malamente espressa in termini di legittimità della clausola, posto che il discorso venne in concreto condotto in termini di *resistenza del risultato*, con necessario rinvio al giudice di merito; nel senso che il giudice di rinvio deve riprocedere alla riliquidazione dell'indennità per il periodo operaio facendo applicazione dei criteri dettati *ad hoc* nel contratto collettivo e conservando il *quan-*

---

(11) V. Cass. 5 maggio 1959, n. 1310, in *Foro it.*, 1960, I, 115, con nota di Torrente e commento di Crisci a c. 275 nonché, in *Foro it.*, Rep. 1960, voce *Lavoro (rapporto)* le sentenze e gli scritti menzionati ai nn. 40, 87, 542, 635, 638, 639, 640, 642; questo dimostrando come il problema fosse già all'epoca di piena attualità, ciò confermando la portata della legge n. 1561 del 1960.

*tum* che risulterà, viceversa, dalla soluzione dettata nel contratto secondo il riconoscimento di un'anzianità convenzionale, *se in concreto più favorevole*. Sennonché, come ho pure anticipato, la sentenza pare condizionare l'operazione di ricalcolo alla circostanza che nel contratto collettivo anche per il periodo operaio la liquidazione dell'indennità sia prevista secondo scaglioni di anzianità; onde, parrebbe che, nella diversa situazione, non vi fosse spazio per la rivalutazione (e si potrebbe, così, giungere alla conclusione di dover liquidare l'indennità secondo l'ultima retribuzione impiegatizia, considerando il dipendente come impiegato per tutto il servizio). Ma io non riesco a scorgere il perché di questa differenza che non avrebbe, se non sbaglio, alcuna giustificazione sostanziale; ho il dubbio che qui la motivazione abbia malamente espresso il pensiero del collegio, con l'aggravante che questo si è verificato in sede d'enunciazione del principio di diritto per il giudice di rinvio. E per questo non è inutile un ritorno alle S.U. le quali, riconfermando in ipotesi di massima la « svolta » del 1972, potrebbero opportunamente chiarire questo punto, precisando che la circostanza della liquidazione dell'indennità per il periodo operaio a scaglioni d'anzianità o no è irrilevante.

Più in generale, in coerenza a quanto sostenuto, può considerarsi la ipotesi che il contratto collettivo disponga per la liquidazione dell'indennità agli operai, tacendo per gli impiegati (per i quali soccorre la legge) nonché per l'ipotesi del passaggio; anche qui la liquidazione per il periodo operaio dovrebbe avvenire, sempre prendendo come base di riferimento l'ultima retribuzione impiegatizia in ossequio alla legge, secondo i criteri previsti per gli operai.

Problema del tutto diverso da quello qui esaminato è quello dei diversi coefficienti secondo i quali l'ultima retribuzione è oggi presa in considerazione a seconda delle categorie, cioè nella misura di una mensilità per ogni anno di servizio per gli impiegati e, quindi, in diverse misure, in genere determinate nei contratti collettivi, per gli operai. Come ho detto in diverse altre occasioni, non è manifestamente infondato il dubbio di legittimità di questo assetto, in termini d'illegittimità parziale della legge n. 1561 del 1960, nella misura in cui la legge fa un trattamento deteriore agli operai e non sostanzialmente giustificato. Infatti la differenza tra il diverso valore del lavoro è già segnata alla base del diverso livello delle retribuzioni; non si comprende poi come la base di riferimento per l'ulteriore calcolo del trattamento complessivo « retributivo » di fine rapporto debba poi essere presa in misure diverse. Se per legge c'è un mese per gli impiegati, un mese (o l'equivalente) dovrebbe essere per tutti.

32.

# PRESCRIZIONE E DIRITTI DEI LAVORATORI (POSIZIONE E DELIMITAZIONE DI UNA NORMA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE)

Questa sentenza della Cassazione è importante perché, a quanto consta, è la prima nella quale si fa applicazione in concreto, rispetto ad un rapporto, d'impiego (nel caso, col Banco di Napoli) caratterizzato dal regime di stabilità, del principio o della regola enunciata in una recente pronuncia della Corte Costituzionale del 12 dicembre 1972 n. 174 (1) in ordine alla decorrenza della prescrizione per i diritti dei lavoratori, a delimitazione della regola già affermata nella rivoluzionaria, e molto discussa, decisione del 10 giugno 1966 n. 63 (2). Con la sentenza del 1966, com'è noto, la Corte, argomentando dalla situazione in concreto del lavoratore in costanza di un rapporto allora, di norma, risolvibile *ad nutum* ad opera del datore di lavoro (3), pose in concreto la regola, per la retribuzione latamente intesa, della decorrenza della prescrizione solo dal momento estintivo al rapporto medesimo. Con la sentenza n. 174 del 1972 la Corte, in considerazione del fatto che nel frattempo il regime di cui all'art. 2118 c.c. è stato prevalentemente superato con la legge n. 604 del 1966 e con l'art. 18 dello « statuto dei lavoratori » ha delimitato lo spazio d'applicabilità della regola enunciata con la prima sentenza, nel senso che la medesima può aver corso solo nei rapporti esclusi dall'ambito di applicazione delle citate e importanti riforme legislative (4), non

---

(1) V. in *Foro it.*, 1973, I, 22.

(2) V. in *MGL*, 1966, 133, con note di commento di Sermonti e di D'Eufemia; v., inoltre, l'ampio studio di Stanzani, *Prescrizione e rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 1109.

(3) V. la mia nota *Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario*, in *Foro it.*, 1966, I, 1652.

(4) Ma è da ricordare la tesi secondo la quale, dopo lo « statuto », la disciplina limitativa dei licenziamenti sarebbe di generale applicabilità: v. Mancini, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1972, 537-539, seguito da Pret. Firenze 23 febbraio 1973, in *Foro it.*, 1973, I, 1611. Ma l'opinione prevalente, e più convincente, pare nel senso della permanenza del regime di cui all'art.

apparendo giustificato differire (5) la decorrenza della prescrizione laddove il lavoratore è ampiamente garantito contro il pericolo di ingiustificato licenziamento.

È interessante ricordare che la sentenza n. 174 è stata preceduta da due pronunce, in verità non molto perspicue nel loro complesso e che certamente imponevano un chiarimento relativamente definitivo in materia (6), la n. 143 del 20 novembre 1969 (7) e la n. 86 del 29 aprile 1971 (8). Con la prima sentenza la Corte si pronunciò sulla questione rispetto alla prescrizione biennale di cui all'art. 2 r.d.l. 19 gennaio 1939 n. 295 per il pubblico impiego, affermandosi l'inestensibilità della regola enunciata nella sentenza n. 63 del 1966 per la particolare « forza di resistenza » del rapporto in questione, normalmente assistito dalla stabilità, potendo il dipendente contare comunque, anche se assunto in via temporanea, su adeguate garanzie giurisdizionali contro l'ipotetico arbitrio della P.A. Con la seconda sentenza, ponendosi la questione rispetto all'art. 2946 c.c. sulla prescrizione ordinaria secondo le prospettazioni di giudici di merito in tre casi, la Corte evitò di pronunciarsi nel merito ritenendo la non rilevanza del quesito rispetto alle controversie nell'ambito delle quali era stato in concreto sollevato. In particolare si affermò l'irrilevanza della questione rispetto alle controversie nei confronti delle casse di risparmio, assumendo, in riferimento alle precedenti pronunce, che nel caso si avrebbe un rapporto di pubblico impiego cui non sarebbe estensibile, appunto, la regola che, nella prima sentenza del 1966, sarebbe stata enunciata per i soli rapporti di diritto privato, quando, al contrario, il rapporto con gli enti pubblici economici è ritenuto pacificamente o *tout court* privato (9) o a regolamentazione privata (10). In particolare la sentenza n. 86 induceva in perplessità rispetto alla situazione da ultimo considerata, dovendosi tener conto che, certo, il rapporto

---

2118 c.c. per le minori unità di lavoro, pur se vi sono notevoli divergenze in ordine all'identificazione delle medesime; v., ad es., Pret. Rieti 26 febbraio 1973 (ord.), in *Foro it.*, 1973, I, 1605.

(5) Nel senso che, dopo la sentenza del 1966, dovrebbe parlarsi di prescrizione differita e non di sospensione della prescrizione, v. Ghera, *Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali del lavoratore nel pubblico impiego*, in *Giur. cost.*, 1971, 989, spec. n. 2 e ivi riferimenti.

(6) V. il mio articolo *La decorrenza della prescrizione per i diritti dei lavoratori: alla ricerca di una regola di diritto*, in *Giur. tosc.*, 1971, 803.

(7) V. in *MGL*, 1969, 391.

(8) V. in *MGL*, 1971, 120.

(9) V. Giannini, *Diritto amministarativo*, Milano, 1970, 203.

(10) V. i rilievi di Napoli, *Come ti cambio le carte in tavola*, in *Democrazia e diritto*, 1973, 173, nonché Ghera, *Sulla prescrizione dei diritti*, cit.

d'impiego con le casse di risparmio è, da tempo, caratterizzato dalla stabilità, ma, in un assetto privatistico e quanto meno prima dell'art. 18 « statuto dei lavoratori » (prima, cioè, della possibilità della pronuncia giudiziale imponente, *in primis*, l'effettiva reintegra in servizio), si tratta (o si trattava...) di una stabilità *sui generis*, diversa da quella tipica del pubblico impiego che si concretizza in un vero diritto al posto adeguatamente garantito, potendosi avere in concreto, *olim*, solo il risarcimento dei danni ragguagliati, di massima, ai trattamenti collegati a tutta la durata del rapporto d'impiego (11).

Per altro verso, da alcuni si era prospettata l'inevitabilità di un definitivo ed esauriente chiarimento su questione di tanta pratica importanza, tenendo conto delle profonde modifiche del nostro diritto del lavoro per la parte che qui rileva (legge n. 604 e art. 18) in riferimento ai dubbi scaturenti dalle due pronunce « intermedie » della Corte. In questo senso si pronunciò, in una delle osservazioni di sprizzante intelligenza che gli erano caratteristiche, Alfonso Sermonti (12). Si ebbe, poi, una netta presa di posizione di Santoro Passarelli (13).

La sentenza n. 174 è stata vivacemente criticata (14), assumendosi che la Corte Costituzionale avrebbe, inammissibilmente, fatto rivivere norme (o principi) già dichiarati costituzionalmente illegittimi con la sentenza del 1966, in violazione dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953 regolatrice della Corte medesima; evenienza, ora verificatasi, che già prima, in sede di valutazione critica della sentenza n. 86 del 1971, era stata considerata comunque impossibile in quest'ordine d'idee (15).

In tutto questo contesto, la pronuncia della Corte Costituzionale cui ha fatto riferimento la Cassazione va attentamente considerata, per valutare se veramente i giudici costituzionali hanno compiuto un'operazione inconcepibile, determinando la reviviscenza di norme di legge ormai inesistenti in quanto già dichiarate illegittime e così « cancellate » dall'ordinamento. Ed è chiaro che la questione, così prospettata, va ben

---

(11) V. ancora il mio articolo *La decorrenza della prescrizione*, cit. Puntuali considerazioni in punto di diverso trattamento giuridico in concreto v. in Ghera, *op. cit.*, spec. n. 3 e n. 4, nonché nota 33.

(12) V. in *MGL*, 1969, 15.

(13) V. *Riflessioni sulla prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, I, 10.

(14) V. Natoli, *Come ti cambio le carte in tavola*, cit.; Ventura, *Corte costituzionale e prescrizione dei crediti di lavoro; brevi considerazioni su di una norma di legge inesistente e su di una sentenza che l'ha dichiarata (parzialmente) costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, 2, 19.

(15) V. Ghera, *op. cit.*, n. 4.

oltre l'episodio specifico e pur singolarmente importantissimo, dovendosi considerare nel più generale quadro delle pronunce o interpretative di accoglimento o correttive o aggiuntive o variamente manipolative dei testi aventi forza di legge, ivi potendosi considerare l'eventualità, emersa in concreto in questa occasione, di pronunce « correttive » o « manipolative », in sostanza « a macchina indietro » o « delimitative », di precedenti sentenze della Corte modificatrici del nostro diritto.

Certo è singolare, come si è rilevato (16), l'occasione della sentenza « delimitativa » n. 174, pronunciata in ordine alla legittimità o no della traduzione in legge, in applicazione della legge Vigorelli, di una clausola di contratto collettivo prevedente un termine di decadenza per eventuali reclami in ordine alla regolare e completa erogazione dei trattamenti corrispettivi, termine decorrente dai singoli pagamenti in costanza di rapporto; infatti ci si poteva attendere che la Corte, in coerenza ed in continuità alla sua consolidata giurisprudenza sul punto (17), si limitasse a constatare la mancata trasformazione in legge di quel disposto o, comunque, l'illegittimità della medesima operazione formalmente compiuta, in termini di eccesso di delega, venendo in considerazione una clausola contrattuale originaria non attinente al trattamento minimo inderogabile, economico o normativo, a favore dei lavoratori. Al contrario la Corte, evitando la soluzione « facile » rispetto al caso, ha dato per scontata la trasformazione del disposto in legge nonché la legittimità, di massima, dell'operazione, dichiarando poi, dopo la delimitazione della portata della regola ritenuta nella decisione n. 63 del 1966, solo parzialmente illegittima la norma di derivazione collettiva, nella misura in cui per la medesima decadenza altrimenti opererebbe, anche in costanza di rapporto, pur nelle situazioni in cui il lavoratore non è adeguatamente protetto dalla legislazione limitativa dei licenziamenti (18). Su questa singolarità della vicenda, il campo è aperto a tutte le possibili illazioni. Si

---

(16) V. Ventura, *op. cit.*

(17) V. Corte cost. 23 maggio 1966 n. 45, in *MGL*, 1966, 209.

(18) Ventura, *op. cit.*, afferma che in ogni caso la clausola di decadenza rispetto alla quale ha pronunciato la Corte dovrebbe considerarsi illegittima *ex* art. 2113 c.c. realtà, ove si tenga presente l'esatto tenore della clausola (art. 49 contr. coll. 24 maggio 1956 per i dipendenti delle case di cura private: « Ogni reclamo sulla eventuale inesattezza dei calcoli relativi alle cifre di cui sopra o sulla non corrispondenza delle stesse, rispetto alla quantità e qualità del lavoro compiuto o su eventuali omissioni di pagamento... »), potrebbe forse ritenersi, comunque, la validità, almeno parziale, del disposto, ove si segua l'impostazione e le distinzioni suggerite da Borre, *Contributo allo studio della validità delle c.d. clausole di decadenza contenute nei contratti collettivi di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1963, I, 1.

può dire che i giudici costituzionali, ritenendo indispensabile « correggere » la portata della sentenza del 1966, hanno voluto approfittare di un'occasione, della prima in concreto presentatasi nell'incerta prospettiva di una migliore (la Corte è un « legislatore » che può operare solo su impulso di altri...).

Nel merito, il discorso esige che si chiarisca pregiudizialmente la particolare caratteristica della sentenza del 1966, nell'ambito della varia e non del tutto sicura tipologia delle pronunce della Corte che circola in dottrina nell'intento perseguito di razionalizzare, con esiti complessivamente incerti, le linee e gli svolgimenti di questa giurisprudenza « creativa ». Un attento esame convince che quella pronuncia sta a sé, irriducibile a certi schemi correnti. Intanto non par lecito parlare di una sentenza « interpretativa di accoglimento ». Né si ebbe, perché non poteva aversi, nel caso la ripetizione del modulo di una vicenda spesso presentatasi, nel contrasto tra le indicazioni della Corte e le scelte interpretative-attuative di altri operatori, specie dei giudici ordinari, col passaggio da una prima pronuncia « interpretativa di rigetto », ad una seconda « interpretativa di accoglimento », nel conclamato intento, politico, di stroncare le resistenze degli altri operatori e di imporre scelte costituzionalmente corrette ai medesimi (19). Passaggio, ed intento politico, ove si collocano, a mio avviso, l'abuso della Corte, cui è commesso unicamente il compito di controllare la conformità della legislazione alla Costituzione o che la medesima si risolva in previsioni che consentano interpretazioni ed attuazioni costituzionalmente conformi, non già di assicurare, e di imporre, che nell'esperienza giuridica in concreto si operi generalmente, da parte di tutti ed in ogni occasione, in modi ancora una volta costituzionalmente ineccepibili. Infatti il rispetto leale ed operoso della Costituzione si impone a tutti gli operatori pubblici, giudici e no, così come si impone a tutti i cittadini (art. 54 Cost.). E la Corte ha il controllo della legislazione, *non sugli operatori di diverso livello*, una volta che sia allontanata la possibilità, con declaratorie d'illegittimità costituzionale, che questi debbano dar corso a disposizioni irrimediabilmente non conformi alla Carta e ai valori in essa contenuti. E quando, come di massima avviene, non è questione di formula di per sé illegittima, trattandosi tuttavia di testi suscettivi di applicazioni costituzional-

---

(19) V. Montesano, *Sulle sentenze di incostituzionalità « interpretative »*, in *Temi rom.*, 1969, 429; Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967, 57; Crisafulli, *Le sentenze « interpretative » della Corte Costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, I, spec. n. 3; Pizzorusso, *Effetto di « giudicato » e effetto di « precedente » delle sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 1976, spec. 1983.

mente corrette e no, alla Corte non resta che la possibilità di suggerire, nella motivazione delle sentenze di rigetto, in quali modi ineccepibili le previsioni possono aver corso, contando sull'intrinseca autorevolezza delle sue pronunce, senza che sia possibile evitare, secondo la logica di ripartizione delle competenze, l'eventualità di sentenze o provvedimenti o atti o comportamenti costituzionalmente scorretti.

La sentenza del 1966 si collocò fuori di una vicenda del tipo indicato (20) come dello schema ricorrente. Infatti la situazione in diritto (anteriore) era chiarissima, senza spazio di diverse « interpretazioni », nel senso della prescrittibilità dei diritti dei lavoratori, con decorrenza all'insorgenza e dall'esigibilità dei medesimi secondo le regole ordinarie dell'istituto (art. 2935 c.c.). Si poteva salo constatare una *disarmonia* nel sistema, in termini di effettiva garanzia per il soggetto socialmente svantaggiato del rapporto e degno di protezione; rilevando, in particolare, come assai poco si conciliasse la decorrenza della presunzione in costanza di rapporto (di un rapporto caratterizzato dalla recedibilità *ad nutum*) con la norma giusta la quale la decorrenza del termine di decadenza previsto per l'impugnativa di eventuali negozi abdicativi è differita rispetto al momento estintivo del rapporto medesimo (art. 2113 c.c.) (21). Ci si poteva fermare qui, alla mera constatazione della incoerenza del sistema. E si poteva, al contrario, cercare di andare oltre, trovando lo spazio per una pronuncia eliminatrice della disarmonia, in termini di adeguatezza del sistema normativo rispetto ai principi costi-

---

(20) Del resto anche la vicenda relativa alla valutazione di incostituzionalità dell'art. 330 c.p., nel passaggio dalla sentenza n. 123 del 1962 alla n. 31 del 1969, si colloca ampiamente fuori dello schema corrente. Ed infatti, se si prescinde dalla circostanza che nella prima occasione la Corte doveva giudicare solo di una parte della disposizione, quella relativa allo sciopero nei servizi pubblici e di pubblica necessità, non c'è differenza di sostanza tra la prima e la seconda pronuncia, in ambedue escludendosi l'ammissibilità, nel settore pubblico complessivamente considerato, dello sciopero non economico e sempre ribadendosi l'esclusione dell'astensione collettiva dal lavoro ove sia decisamente prevalente ed assorbente l'interesse pubblico (v. i rilievi di Andrioli, *Le sentenze della Corte costituzionale: consuntivo degli effetti sull'ordinamento positivo*, in *Foro it.*, 1969, 5, 73 spec. n. 12). Piuttosto la seconda pronuncia venne provocata dalla resistenza dei giudici a dar corso alle indicazioni risultanti dalla prima, facendosi leva sulla necessità della legge in senso limitativo del diritto costituzionalmente garantito, con un'impostazione che la Corte respinse alquanto duramente; ma con la singolarità che il dispositivo della pronuncia fu di declaratoria d'illegittimità nei limiti indicati, forse per esigenze di « presentazione » alla pubblica opinione in una stagione, quale quella del 1969, assai surriscaldata. Il tutto confermando che è dubbio il metodo di generalizzare il modulo che trova riscontro solo in talune situazioni.

(21) V. ancora la mia nota in *Foro it.*, 1966, I, 1652.

tuzionali di tutela del lavoro e di *effettività*, in particolare, rispetto al principio della retribuzione giusta o sufficiente (art. 36 Cost.).

Qui merita sottolineare, per constatare la peculiarità della pronuncia, che la sentenza del 1966 fu « creativa » o, meglio, *riduttiva-creativa*. Indubbiamente la Corte non avrebbe potuto, in considerazione della constatata inconcepibilità della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro, dichiarare illegittimo l'istituto in generale, gettando con la tinozza il bambino! In teoria la Corte avrebbe potuto cercare altrimenti una soluzione adeguata alla specifica situazione, con una sentenza « interpretativa » affermante l'imprescrittibilità dei diritti del lavoratore (art. 2934 comma 2, c.c.) in chiave di qualificazione dei medesimi in termini di « assolutezza » (22). Ma, a prescindere da qualsiasi considerazione formale di principio, si sarebbe trattato di una conclusione certo eccessiva, socialmente deprecabile. Premeva, al contrario, solo impedire la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto e per le considerazioni ricorrenti; tanto che, come autorevolmente si disse (23), forse più correttamente il dispositivo avrebbe potuto riferirsi all'articolo attinente alla determinazione della decorrenza (art. 2957 c.c.).

Di qui la portata riduttiva-creativa della sentenza; riduttiva dell'operabilità delle regole ordinarie nella situazione specifica, con la contestuale affermazione di una nuova regola, quella della decorrenza della prescrizione dall'estinzione del rapporto. Dopo di che, e sempre per constatare le peculiarità della vicenda, la pronuncia della Corte ha avuto seguito, nella giurisprudenza di questi ultimi anni, senza contrasti, a parte le valutazioni critiche della pronuncia e le polemiche che ne derivarono nel contesto globale dell'andamento della giurisprudenza « creativa » dei giudici costituzionali (24) e a prescindere dal problema relativo, ancora una volta, alla portata « retroattiva » o no della sentenza (25).

Sentenza, quella del 1966, riduttiva-creativa specificatamente nel senso della posizione di una nuova norma, ad eliminazione di una ritenuta disarmonia dell'assetto normativo, secondo una scelta reputata costituzionalmente imposta nel disegno protettivo del lavoratore parte di un rapporto risolubile *ad nutum*, senza alcuna variazione di testi formali.

---

(22) V. Bigliazzi Geri, *Retribuzione e prescrizione*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, 2, 372.

(23) V. Crisafulli, *op. cit.*, spec. nota 29.

(24) V. Chiola, *Il nuovo dies a quo nella prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Giur. cost.*, 1966, 945; Branca, *Quis adnotabit adnotatores*?, in *Foro it.*, 1970, 5, 24; Chiola, *Intervento*, ivi, 1970, 5, 139, nonché ancora Branca, *Chiosa a chiusa*, ivi, c. 145.

(25) V., da ultimo, Cass. 13 ottobre 1971, n. 2880, in *MGL*, 1972, 425.

Non si trattò di una pronuncia manipolativa del testo, semplicemente perché non c'era testo che si prestasse all'operazione. Ma, puramente e semplicemente, l'enunciazione di una nuova regola di diritto; tanto che, nel dispositivo, taluni articoli del codice vennero dichiarati illegittimi limitatamente alla parte in cui consentivano la decorrenza della prescrizione del diritto alla retribuzione durante il rapporto di lavoro.

Premesso tutto quanto precede, è proprio vero che la Corte non avrebbe potuto ritornare sulla regola enunciata nel 1966, riducendone l'area possibile di operabilità ai soli rapporti no garantiti contro il pericolo di non giustificati licenziamenti? Certo, *prima facie*, l'impostazione di Ghera, con la distinzione tra dispositivo e *ratio decidendi*, pare persuasiva, ove si consideri puntualmente la formulazione del dispositivo in quella pronuncia. Sennonché la sostanza di quel *dictum* creativo di diritto avrebbe potuto esprimersi in modi diversi, tutti fungibili. La Corte avrebbe potuto dichiarare legittime o illegittime le disposizioni del codice, nella misura in cui consentivano la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto, con la formula ormai classica « nei limiti di cui alla motivazione ». O sarebbe stato possibile dichiarare l'illegittimità, sempre limitatamente alla decorrenza in costanza di rapporto, trattandosi di rapporti caratterizzati da non adeguate garanzie contro i licenziamenti arbitrari, con un chiaro collegamento politico, e d'influsso politico sul legislatore, con la sentenza, di poco anteriore (26), relativa alla legittimità o no dell'art. 2118 c.c., ivi avendo la Corte prospettato al legislatore l'opportunità e la giustificatezza costituzionale di un'eventuale disciplina limitativa dei licenziamenti.

Sennonché, dopo la sentenza n. 174, la questione se la Corte era da ritenersi o no vincolata al precedente dispositivo mi pare del tutto oziosa perché, *di fatto*, i giudici costituzionali, emanando la nuova sentenza delimitativa della portata di quella precedente, hanno dimostrato in concreto di non sentirsi vincolati da precedenti statuizioni. È questo *un fatto* eloquente e decisivo e sta qui l'importanza non episodica della pronuncia. L'episodio dimostra che, *quando il testo resta invariato*, quando siamo nella zona della giurisprudenza variamente « interpretativa » costituzionale, la Corte non si reputa vincolata ai suoi precedenti e ritiene di poter modificare, delimitare, ridurre la portata di sue precedenti statuizioni, dando atto, in ipotesi, di variazioni in concreto nell'esperienza giuridica effettuale, specie a seguito di modifiche legislative. Così ne verrebbe confermato, contrariamente a quanto si è cercato di

(26) V. Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45, in *MGL*, 1965, 121 e 212.

dimostrare (27), che, in particolare, e a parte l'indubbia diversa incisività, non c'è differenza di sostanza tra le sentenze « interpretative di rigetto » e quelle « interpretative di accoglimento », in ambedue i casi avendosi, secondo i diversi punti di vista, o diverse interpretazioni dello stesso testo o, sempre rimanendo invariato il testo o la disposizione, la prospettazione di diverse norme, cioè, in sostanza ed ancora, diverse interpretazioni (28). In quest'ordine d'idee, solo la circostanza obiettiva dell'*incisione*, eventualmente parziale, nel testo opererebbe in senso discriminatorio tra le pronunce di autentica declaratoria d'illegittimità dei testi di legge e quelle, viceversa, meramente interpretative, siccome suggerenti interpretazioni costituzionalmente corrette e dotate di particolare autorevolezza e forza per il fatto stesso che provengono dal giudice della costituzionalità delle leggi; a mezza strada collocandosi le sentenze che, può ponendosi ancora una volta in una situazione a testo invariato, « correggono » il diritto delimitando le regole ivi poste per il fatto stesso che se ne enuncia una diversa, ritenuta costituzionalmente inevitabile. Per altro verso, una norma enunciata *ex novo* dai giudici costituzionali, ad integrazione del diritto legislativamente posto in guisa che, nell'esperienza giuridica effettuale, ne risultino assetti maggiormente conformi alle indicazioni costituzionali e ai valori ivi accolti, senza variazioni di testi, come nel caso obiettivamente impossibili, e, per definizione, senza enunciati da poter pubblicare come legge nella raccolta ufficiale della Repubblica italiana, è una norma di cui la Corte Costituzionale è madre, e nel contempo giudice; la madre potendone determinare l'ulteriore destino. Se vuol dirsi altrimenti, è del tutto logico, nella misura in cui si riconosce sotto la veste formale della sentenza il compimento di un'operazione sostanzialmente legislativa o paralegislativa, che chi fa le leggi possa anche modificarle; cosicché si spiega come alla sentenza legge del 1966 (29) abbia fatto seguito, a coronamento di profonde modifiche del diritto scritto, la sentenza-legge riduttiva del 1972. Ancora una volta non c'è niente di aprioristico e di tutto decide la giurisprudenza della Corte Costituzionale nei suoi vari e tormentati passaggi (30).

Dopo di che, se la sentenza n. 174 è un fatto nell'evolversi delle scelte

---

(27) V. Montesano, *op. cit*.

(28) Svariati spunti nell'ordine d'idee enunciato nel testo v., oltre che negli scritti specificatamente citati, in *La giustizia costituzionale*, a cura di Maranini, Firenze, 1966.

(29) Del resto Ghera, *op. cit.*, n. 4, parla esplicitamente di una norma d'origine giurisprudenziale.

(30) Onde, come si è detto (v. Montesano, *op. cit.*), è questa giurisprudenza che decide in ordine ai modi, al genere e all'estensione dei vizi (veri o supposti) d'illegittimità.

della Corte Costituzionale, la medesima è un fatto anche per i giudici ordinari e per tutti gli operatori; un fatto che va rispettato e che deve aver corso così come avvenne per la sentenza del 1966. Come è puntualmente avvenuto con la sentenza della Cassazione che qui si pubblica.

Ovviamente, nel merito della riforma testé introdotta si può essere di varia opinione. Per mio conto consento. Perché, nel corso di questi ultimi anni, il nostro diritto del lavoro è radicalmente mutato in termini tali da dover considerare diversamente la posizione del lavoratore in costanza di rapporto. Abbiamo avuto la legge n. 604 del 1966 e, ancor di più, l'art. 18 dello « statuto dei lavoratori » con le garanzie massime possibili, sostanziali e procedurali, contro il timore di ingiustificati licenziamenti. Inoltre abbiamo tutto il complesso dello « statuto » con le garanzie d'ordine istituzionale-sindacale all'interno dei luoghi di lavoro e nello svolgimento della vicenda; si può avere, se del caso, l'immediato intervento del giudice o con provvedimenti d'urgenza (art. 700 c.p.c.) o per la via del procedimento di repressione dei comportamenti antisindacali; è imminente, ad ulteriore corposa garanzia, la riforma del processo del lavoro. Tutto questo dovrebbe servire a mutare la posizione del lavoratore, a renderlo libero da preoccupazioni e timori, in grado di scegliere e di lottare tempestivamente per il suo diritto; che se tutto questo non servisse a tanto, concretizzando finalmente l'idea-forza ed il valore civile del diritto del lavoro che si è andato edificando come strumento di giustizia e di libertà in una situazione in partenza sperequata, dovrebbe amaramente concludersi che si è fatta e si sta facendo opera del tutto vana. E al fondo, allorché la Repubblica nel suo complesso ha fatto passi così decisivi nel senso della tutela del lavoro, resta da far appello al vecchio adagio « aiutati che Dio t'aiuta », sollecitando, come era *in votis*, libertà, responsabilità, rischio dell'uomo (31).

---

(31) Restando, tuttavia, la disarmonia derivante dalla coesistenza, nel complessivo assetto, dell'art. 2113 c.c. (con un regime « protettivo » che il legislatore si accinge a rafforzare con l'imminente riforma del processo del lavoro). Residuo di un'impostazione da considerare superata ormai e superabile? Ma circa la possibilità di un intervento *ad hoc* del legislatore in materia di prescrizione in specifico riferimento ai diritti del lavoratore derivanti dallo statuto dei lavoratori (quali sono?), v. VENTURA, *op. cit.*

33.

# ASSUNZIONE OBBLIGATORIA DI INVALIDO E PATTO DI PROVA

Con questa sentenza la Cassazione penale, ponendo da parte la ben diversa impostazione data al discusso problema in una pronuncia del 1972 (1), riconferma la meno recente e consolidata sua giurisprudenza (2) nel senso dell'inammissibilità, nel sistema delle assunzioni obbligatorie degli invalidi, della pattuizione del periodo di prova. Ma riconferma, ancora una volta, come ebbe a scrivere MONTUSCHI (3), con argomenti del tutto « fragili e discutibili », come è stato più volte messo in rilievo in dottrina nonché, nel recente periodo, in talune pronunce ben più meditate dei giudici di merito. Infatti per la Corte la contraria tesi dell'ammissibilità del patto di prova non potrebbe accettarsi in quanto comporterebbe, in pratica, l'elusione e l'annullamento dell'obbligo posto dalla legge, non avendo più senso parlare di assunzione obbligatoria « disciplinarne meticolosamente le modalità » se poi fosse dato al datore di lavoro di potersi sbarazzare dell'invalido assunto in quel contesto allegando l'esito negativo dell'esperimento; con la conseguenza che solo seguendo la procedura prevista nella legge speciale per l'accertamento della residua utilizzabilità dell'invalido ad opera di uno speciale collegio medico, sarebbe dato di poter allontanare il soggetto protetto.

Senonché, ancora una volta, la Cassazione trascura alcune considerazioni essenziali. In primo luogo gli accertamenti previsti dalla legge al fine del possibile avviamento al lavoro degli invalidi protetti per imposizione legislativa possono valere, al massimo, per appurare in senso del tutto generico ed astratto l'altrettanto generica e residua idoneità di costoro, non potendone per definizione risultare niente di serio e di concludente rispetto ad un determinato ambiente di lavoro e a determi-

---

(1) V. Cass. pen. 21 gennaio 1972, n. 104, *retro*, 51, con annotazione critica di RIVA SANSEVERINO, *Assunzione obbligatoria e periodo di prova*, ivi, 321.

(2) V., ad es., Cass. 14 giugno 1957, n. 2242, in *MGL*, 1958, II.

(3) V. *Patto di prova e assunzioni obbligatorie*, in *Dir. lav.*, 1970, 2, 317.

nate mansioni. A parte la circostanza che codesti previ accertamenti hanno corso, di fatto, con tale e tanta sommarietà e sulla base di tanto fragilissime valutazioni che, proprio in considerazione di questo, taluni AA. hanno perfino prospettato dubbi di legittimità costituzionale sul sistema così complessivamente congegnato (4). Per altro verso il periodo di prova è volto non tanto a constatare la generica attitudine ad un proficuo lavoro, ma, *sul presupposto di questa*, la concreta utilizzabilità in un determinato ambiente nonché la complessiva personalità professionale e morale del soggetto (5); in particolare, come si è messo in rilievo, in quei posti di lavoro che la legge riserva in via preferenziale agli invalidi (custode, portiere, magazziniere, addetto alla vendita dei biglietti nei locali di pubblico spettacolo). La generica attitudine al lavoro non garantisce affatto *automaticamente* circa l'utilizzabilità o no in determinati posti di lavoro, secondo i requisiti oggettivi e subiettivi all'uopo specificatamente indispensabili. La tesi della Cassazione potrebbe ritenersi fondata solo dimostrando l'*oggettiva superfluità*, nella specifica situazione, della prova nei termini indicati; ma la deducibilità di siffatto assunto è impossibile per ragioni di logica e di elementare buon senso.

Né è vero che la possibilità della prova svuoterebbe l'obbligo legale, semplicemente perché, ancor quando possa dedursi l'esito negativo dell'esperimento per sbarazzarsi di quel determinato invalido, resta pur sempre l'obbligo legale di inserire nell'unità di lavoro una determinata percentuale di soggetti protetti, essendo l'inosservanza penalmente sanzionata. Quindi un'ipotetica pratica di sistematica utilizzazione del periodo di prova al fine di sottrarsi all'imposizione legislativa non è, in definitiva, producente per il soggetto obbligato; al quale conviene al contrario tenersi in via definitiva il soggetto sol che questi risulti capace di un qualche utile apporto, senza totale carico caritativo per l'impresa, semplicemente perché c'è, altrimenti, la prospettiva di trovarsi domani innanzi ad un invalido in condizioni ancora più deteriori e vieppiù inutilizzabile. Non potendosi d'altro canto sottacere la funzione morale dell'eventuale pattuizione, semplicemente per ricordare per questa via all'invalido che ad un impegno di lavoro è pur tenuto, l'esperienza insegnando che molto spesso questi soggetti intendono la protezione di legge di cui sono beneficiari nel senso che a loro è dovuto un trattamento retributivo in contropartita, al massimo, di alcune ore d'inutile presenza.

---

(4) Conti, *La nuova legge sulle a.o. e la Costituzionale*, in *Dir. lav.*, 1969, I, 186; Gioca, *L'a.o. degli invalidi civili e i principi costituzionali circa i limiti dell'autonomia privata in materia di iniziativa economica*, in *MGL*, 1966, 421.

(5) V. il mio *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965, 244-249.

In realtà la tesi ritenuta dalla Corte non ha alcuna giustificazione sostanziale; a parte il rilievo che, prima della legislazione limitativa del licenziamento, la medesima conclusione era poi di scarsa consistenza pratica nella misura in cui la giurisprudenza della Cassazione, nel contempo e alquanto contraddittoriamente, risultava consolidata nel senso dell'ammissibilità del recesso *ad nutum* nei confronti degli invalidi assunti *ope legis*, così come anche recentissimamente è stato ribadito rispetto al diritto in materia previgente (6).

Per tutto questo risulta ben più convincente la tesi accolta nel recente periodo in talune elaborate pronunce di giudici di merito, in serrata critica alle argomentazioni della Cassazione (7). Del resto nella precedente sentenza del 1972 sopra citata, la Corte aveva affermato che non v'è alcun motivo logico-giuridico per escludere la possibilità del patto di prova, in particolare perché « ... la risoluzione del rapporto al termine del periodo di prova può trovare radice anche in ragioni diverse dalla invalidità, che, se non potessero essere fatte valere dall'imprenditore, determinerebbero sostanzialmente a favore del lavoratore invalido un privilegio non giustificato ». Senonché in quella sentenza la Corte giunse ad una conclusione per altro verso dubbia, sostenendo che, in caso di controversia, il giudice di merito dovrebbe accertare se, a seguito della prova, il datore di lavoro non ha dato corso all'assunzione definitiva risultando censurabile il comportamento del lavoratore o essendo emerse carenze professionali di questi indipendenti dallo stato d'invalidità ed incidenti sul rendimento o, al contrario, semplicemente e surrettiziamente per liberarsi dall'invalido e ancor di più dall'obbligo legale; in siffatto ordine d'idee la Corte cessò con rinvio ad altro giudice di merito. In sostanza, per la sentenza del 1972, ci si dovrebbe premurare d'impedire l'abuso, a fini elusivi dell'imposizione legale, della pattuizione.

Certamente, come spesso si è notato, la possibilità di abuso in concreto non è da escludersi. Ma è dubbia l'indicazione risultante dalla sentenza del 1972 in ragione di questa più o meno teorica possibilità. Infatti, come si dice (8), la prova della possibile frode è intrinsecamente diabolica né si riesce a capire come il giudice di merito potrebbe sostituirsi al datore di lavoro in una valutazione, con ampi margini di elasticità, che è possibile solo a conclusione di un determinato periodo di contatto tra le parti nella concreta vicenda del rapporto di lavoro. A

---

(6) V. Cass. 26 luglio 1973, n. 2187, in *Foro it.*, 1973, I, 2727.

(7) V. Pret. Latina 21 marzo 1969, in *Dir. lav.*, 1970, 2, 314; Pret. Taranto 18 febbraio 1972, in *Foro it.*, 1973, I, 1312, con nota di riferimenti.

(8) Montuschi, *op. cit.*

parte il fatto che con questa impostazione si ammetterebbe la prova, ma contestualmente snaturando e alterando la logica dell'istituto così come è stato tradizionalmente inteso (9).

Un controllo sostitutivo da parte del magistrato in ordine alle risultanze della prova mi pare per definizione impossibile. Assai più realisticamente potrebbe prevedersi, al fine di impedire possibili abusi, l'intervento di un qualche organo specializzato, cioè a competenza specifica e con adeguata procedura (10) esperibile nell'immediatezza e nella concretezza dell'ambiente di lavoro. Al contrario una soluzione adeguata non può rinvenirsi nella posizione del puro e semplice divieto del patto di prova, come è previsto in talune proposte di riforma della legge del 1968 sulle assunzioni obbligatorie che giacciono in Parlamento (11). Indubbiamente questa soluzione drastica può sorridere per la sua facilità... semplicemente perché consente demagogicamente di eludere e saltare il problema sostanziale di fondo che è quello di garantire l'inserimento negli ambienti di lavoro, in senso effettivamente utile, dei soggetti protetti con ridotta attitudine lavorativa. Ancora una volta il legislatore miopemente sbaglierebbe, in senso contrastante con l'utilità sociale, ritenendo di aver risolto il problema addossando dei pesi morti alle unità di lavoro a titolo sostanzialmente caritativo, evitando di impegnare seriamente la Repubblica alla previa rieducazione professionale degli invalidi e di preordinare un sistema funzionalmente acconcio a far sì che trattamenti retributivi siano erogati solo in corrispettivo di effettivi apporti di lavoro. A meno che il legislatore non voglia ritenere, sulle orme della Cassazione, che generiche attestazioni di medici generici, di norma mancanti di competenza specifica rispetto all'assetto degli ambienti di lavoro, garantiscano anche nel senso della superfluità della prova. Il salto tra la prova « controllata » e la proscrizione legale dell'esperimento mi pare troppo forte da poter auspicare che i patri legislatori lo compiano.

---

(9) Riva Sanseverino, *op. cit.*

(10) In questo senso v. Montuschi, *op. cit.*, sottolineando l'A. l'opportunità di una previsione autonoma, con strumentazione efficiente.

(11) V. in tal senso le proposte di legge presentate alla Camera dei Deputati dall'on. Marocco ed altri (n. 279 del 15 giugno 1972, art. 6), dall'on. Biamonte e altri (n. 1871 del 15 marzo 1973, art. 2), dall'on. Foschi e altri (n. 1856 del 13 marzo 1973, art. 6), nonché la proposta n. 107 presentata il 12 aprile 1973 al Senato dall'on. Garoli ed altri (art. 11).

34.

# PROVVEDIMENTI D'URGENZA, VICENDE DELL'IMPRESA E CONTROLLO DEL GIUDICE SUI LICENZIAMENTI

1. I due provvedimenti dei pretori milanesi si prestano a considerazioni di un qualche rilievo sia sotto il profilo processuale sia nel merito. Sotto il primo profilo, l'utilizzabilità del procedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. nelle controversie di lavoro, ed in particolare in quelle che traggono origine dal licenziamento (impugnato), non è, di per sé, una novità nella vicenda di questi ultimi anni. Sempre più frequentemente, infatti, nel più recente periodo i pretori hanno ritenuto di poter rispondere positivamente al quesito (1), respingendo, seppur di norma con sintetica motivazione o per implicito, la ben nota tesi restrittiva di Salvatore Satta (2) che è sempre più isolata e, da ultimo, è stata sottoposta ad una critica serrata, ma con una sproporzione polemica invero obiettivamente ingiustificata all'interno dell'ordine d'idee del contraddittore (3).

Prendendo atto della svolta giurisprudenziale per mio conto potrei riprendere le considerazioni problematiche prospettate in uno scritto del

---

(1) V., ad es., Pret. Roma 28 giugno 1973, in *Foro it.*, 1973, I, 2612, e, con una particolare impostazione, Pret. Prato 12 febbraio 1973, *ivi*, 1973, I, 2632. Pret. Viareggio 29 gennaio 1973, *ivi*, 1973, I, 1619, ha negato la reintegra immediata *ex* art. 700 ad un lavoratore avente la disponibilità di altri redditi, negando la rilevanza del diritto al lavoro « in senso morale »; v. la critica di Natoli, *Obbiettivo sulla giurisprudenza: i conti in tasca*, in *Democr. e dir.*, 1973, 125.

(2) V., da ultimo, *Provvedimenti di urgenza e rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 455.

(3) V. Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1020, dove la critica all'impostazione largamente circolante in giurisprudenza in termini, esclusivi, di rilevanza del solo stato di bisogno del lavoratore mal si concilia con il rigetto in assoluto della concezione sattiana almeno per quanto attiene all'individuazione del campo d'esperibilità del procedimento, a prescindere dal diverso problema della individuazione, in senso restrittivo o no, delle situazioni « assolute ».

1967 (4), osservando che, in sé, niente si oppone, in linea di principio, all'utilizzabilità dello speciale procedimento cautelare residuale nelle controversie di lavoro, salvo la logica intrinseca dei provvedimenti cautelari che, per definizione, non dovrebbero essere mai applicati in guisa tale da pregiudicare irrimediabilmente le ragioni della parte gravata secondo quelle che saranno poi le definitive risultanze della pronuncia di merito. Qui di norma, il pregiudizio è intrinseco nel fatto stesso che la parte a favore della quale il provvedimento d'urgenza è emanato è socialmente ed economicamente svantaggiata, con questo rendendosi problematica la possibilità di reintegrare la controparte di quanto corrisposto in ottemperanza a quel provvedimento anticipatorio. In sostanza, come acutamente si disse (5), c'è, per il datore di lavoro, la possibilità di dover constatare *ex post* dopo la pronuncia definitiva di merito, di aver in pratica agito senza pratico costrutto, « nell'interesse della legge ». Ma è dubbio, per quanto dirò, che queste considerazioni problematiche, prospettate, credo con un pizzico di buon senso, prima della radicale riforma del nostro complessivo diritto del lavoro poi verificatasi, siano oggi proponibili.

Piuttosto, ove voglia porsi il problema in quei termini concretissimi che mi parvero non trascurabili (a prescindere dalla disputa generalmente corrente in prospettazioni dommatiche formali o meramente di principio) è da constatare, realisticamente, che delle possibili applicazioni in concreto dell'art. 700 nelle nostre controversie, quella di gran lunga e almeno di norma, meno dispendiosa ed irrimediabile per il datore di lavoro, è, appunto, quella che si concretizza nell'ordine di reintegrare nel posto di lavoro e nelle more della causa il lavoratore licenziato; ove la questione si consideri solo nei suoi risvolti economici, esclusi quei casi in cui della non riammissione in servizio il datore di lavoro fa, per la gravità dei fatti o per altre ragioni, questione di principio. Ed invero, almeno di norma, nell'impresa funzionante il lavoratore provvisoriamente reintegrato *iussu iudicis* può lavorare. Altra cosa è dover corrispondere, per pretesi crediti di lavoro, somme poi di dubbia recuperabilità. Per altro verso, nella particolare situazione, la riammissione interinale in servizio è vantaggiosa, per il datore di lavoro anche in caso di esito finale della lite per lui sfavorevole; quella riammissione riducendo il danno del lavoratore liquidabile *ex* art. 18 statuto dei lavoratori.

---

(4) V. *Possibili soluzioni d'urgenza a favore del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1967, I, 164, n. 2.

(5) V. Sermonti, in *Mass. giur. lav.*, 1961, 356.

Dell'ammissibilità, oggi, del provvedimento d'urgenza può discutersi dopo la legge 11 agosto 1973, n. 533, sulla nuova disciplina del processo del lavoro, nella considerazione che, in riferimento ad un processo a così rapide battute, non avrebbe più senso il ricorso all'art. 700, largamente comprensibile, al contrario, nel contesto della regolamentazione anteriore purtroppo caratterizzata, in fatto se non in diritto, da tempi lunghissimi ed estenuanti. Ed è appunto il quesito che il pretore milanese nel provvedimento 20 dicembre 1973, si è posto, dandovi a mio avviso, una risposta corretta. Certamente, *di fatto*, il nuovo processo, se realmente applicato, dovrebbe escludere di massima la necessità e l'opportunità del provvedimento d'urgenza (6). Ma dalla nuova legge non deriva, ovviamente, alcun ostacolo formale; onde la via dell'art. 700 resta esperibile insorgendo complicazioni e prospettandosi gli estremi puntualizzati nella norma. Dico di più: proprio la nuova legge fornisce argomenti d'enorme peso per superare le perplessità da me sollevate nello scritto del 1967 circa l'esperibilità del procedimento. In primo luogo conta l'intero contesto della nuova disciplina, tutta basata, nel suo rigore formale, di preclusioni e di termini, sulla direttiva politica di considerare urgenti per definizione le cause promosse da un soggetto socialmente svantaggiato e ritenuto, pertanto, meritevole di accentuata protezione; essendosi previsti, pur nel quadro di un siffatto rapido processo, provvedimenti volti ad appagare quanto prima possibile quanto nella pretesa risulti non contestato o comunque già accertato (art. 423). In secondo luogo conta il disposto giusta il quale (art. 431) la pronuncia di primo grado è provvisoriamente esecutiva, potendosi solo eccezionalmente ottenere la sospensione dell'esecuzione, ferma l'eseguibilità immediata per lo scaglione minimo di mezzo milione di lire. C'è fin troppo, mi pare, per poter sostenere che, per il recente legislatore, il costo della durata del processo deve operare, di massima, in danno della controparte ritenuta socialmente privilegiata; di qui potendosi ricavare un principio che procedendo a ritroso esclude, per l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza, che possa giuocare la considerazione un ordine all'opportunità di evitare, con codesto provvedimento, un irrimediabile pregiudizio, di fatto, per la controparte poi impossibilitata a reintegrare il suo patrimonio di quanto le sia stato tolto prima della decisione definitiva della causa. Con la nuova legge l'urgenza è intrinseca alla pretesa di lavoro; con la conseguenza che dovrebbe bastare un minimo di fondamento della medesima ai fini dell'art. 700. In senso contrario potrà

(6) Sul problema v. Rizzo, *Provvedimenti di urgenza* ex *articolo 700 cod. proc. civ. e le controversie individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, I, 523.

giuocare al massimo, e proprio argomentando da quanto la legge positivamente pone ai fini della esecutorietà della sentenza, il « gravissimo danno » che il datore di lavoro potrebbe subire a causa dell'esecuzione del provvedimento d'urgenza; con una indicazione che può servire in situazioni del tutto eccezionali anche perché, in molti casi, la prospettiva di un danno gravissimo potrà tradursi in un adeguato dimensionamento del procedimento, cioè nella misura del concesso.

D'ora innanzi, pertanto, comunque il caso si trovi innanzi a complicazioni che ne ritardino la definizione per le vie dello speciale processo, la concedibilità del provvedimento d'urgenza accertato il *fumus boni iuris*, dovrebbe essere nella norma, influendo eccezionalmente e per valutazioni specifiche il gravissimo danno cui potrebbe essere esposto il datore di lavoro. Questo può ricavarsi, nel nuovo contesto processuale, dai principi ora identificabili nella normativa, secondo un discorso rigorosamente giuridico e lasciando da parte ogni valutazione, qui inutile, d'ordine politico (e salvi i punti in cui si ritenga, in ipotesi, di poter prospettare eventualmente non manifestamente infondate, ma certo dubbie, questioni di legittimità costituzionale).

Secondo i criteri orientativi che ho ritenuto di poter enunciare a impostata la problematica per l'ammissibilità dell'ordine di reintegra immediata in servizio *ex* art. 700. Ove il *fumus* sussista, il provvedimento potrà avere, di norma, corso a favore di un lavoratore di fatto utilizzabile; il che suppone, a parte la sussistenza del posto di lavoro, l'essere l'impresa in attività. Viceversa se il giudice si trova innanzi ad un'impresa ormai cessata o in una situazione di posto di lavoro ormai inesistente, il caso potrebbe essere considerato in termini, ostativi, di gravissimo danno. Il tutto essendo confidato alla prudente valutazione del giudice.

2. Nel merito i pretori hanno deciso di licenziamenti disposti nelle more della procedura d'ammissione a concordato preventivo. Più precisamente, nel caso di cui al provvedimento 20 dicembre 1973, e secondo quanto si ricava dalla scarna narrativa dei fatti ivi contenuta, un'impresa commerciale, ammessa alla procedura in discorso, aveva proceduto al licenziamento « collettivo » di tutti i lavoratori, adducendo in giudizio a giustificazione appunto detta ammissione, pur riconoscendo che nel frattempo l'attività aziendale continuava, in misura ridotta, con personale assunto *ex novo* ed in via provvisoria, e facendo altresì riferimento al possibile rilievo del complesso aziendale da parte di terzi. In questa prospettazione ben si comprende come il magistrato abbia potuto ritenere illegittimi, alla sommaria delibazione, i licenziamenti disponendo conseguentemente per l'immediata reintegra in servizio. A parte la

continuazione di fatto, e pur parziale, dell'attività, è ben noto come (art 167 l. fall.) la mera ammissione alla procedura di concordato preventivo non comporti affatto l'automatica cessazione dell'attività aziendale, prevedendo al contrario la legge la continuità dell'esercizio da parte dell'imprenditore-debitore sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato. Di guisa che, nell'ambito di questa procedura, i licenziamenti possono risultare giustificati siccome logicamente conseguenti ad eventuali decisioni di cessazione, totale o parziale, dell'impresa. Per altro verso l'eventuale conclusione della vicenda nel senso del rilevamento dell'azienda da parte di terzi comporta il doveroso rispetto di quanto detta l'art. 2112 c.c. a proposito della sorte dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento di azienda, nella nuova lettura che della norma oggi si impone dopo la disciplina limitativa dei licenziamenti. Dopo questa legislazione (legge 15 luglio 1966, n. 604, art. 3), non può aver corso, almeno automaticamente, la regola già posta nell'art. 2112 e giusta la quale il primo imprenditore ben poteva liberamente risolvere i rapporti di lavoro in vista del trasferimento, solo dovendosi premurare di intimare la disdetta in tempo utile (cioè nel rispetto dei termini di preavviso), con una soluzione *olim* nel contesto di un codice che poneva il principio generale della recedibilità *ad nutum* (art. 2118 c.c.). Oggi, come è largamente riconosciuto (7) il trasferimento non costituisce automaticamente giustificato motivo di licenziamento, dovendosi al contrario comprovare una specifica giustificazione obiettiva, ad es., perché al trasferimento conseguirà un mutamento tecnico-produttivo che renderà inevitabili certi licenziamenti. Nella continuità sostanziale dell'impresa, a prescindere dai mutamenti di titolarità e salva la ricorrenza di specifici giustificati motivi, la legge tutela al massimo l'interesse dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro e al riconoscimento dell'anzianità acquisita.

In realtà il caso risolto dal pretore trae probabilmente origine dall'equivoco persistente e largamente diffuso in ragione della non aggiornata lettura dell'art. 2112 c.c., in relazione al disposto dell'art. 11, capov., legge n. 604 del 1966, letteralmente escludente dalla disciplina limitativa dei licenziamenti la materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale, anche rispetto a questo secondo dato permanendo l'equivoco, qui semplicemente assumendo d'essere a posto per il fatto di aver licenziato tutti... Come ho più volte sostenuto (8), la regola enunciata nel capoverso dell'art. 11, della legge n. 604, va intesa, al di là

---

(7) V. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973, 752.

(8) V., da ultimo, *Sul trasferimento delle attività aziendali*, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, 1047.

della lettera, in un senso sostanziale che sia coerente, e non elusivo della disciplina limitativa del licenziamento: vale come garanzia della libertà imprenditoriale costituzionalmente garantita nonché, al limite, come garanzia della libertà elementare della persona cui nessuno può imporre di continuare nell'attività imprenditoriale in nome dell'utilità sociale. Per altro verso posto il rispetto delle scelte imprenditoriali di massima e l'inammissibilità di un sindacato giudiziale di merito in proposito e in linea di principio, gli svolgimenti di quelle libere decisioni, nella loro coerenza interna e specie per quanto attiene all'individuazione dei licenziandi con criteri obiettivi di giustizia ed in ogni caso non discriminatori, sono del tutto soggetti a possibile sindacato. Cosicché dovrà essere sempre comprovata la giustificazione obiettiva di quei determinati licenziamenti in concreto, rispetto a quei determinati lavoratori. E questa impostazione è stata accolta di recente in una importante pronuncia della Cassazione (9).

D'altro canto se la decisione imprenditoriale non si traduce nella cessazione dell'attività (ipotesi largamente minoritaria), ma nel trasferimento dell'azienda a terzi nel senso prefigurato dall'art. 2112 c.c. (10), viene appunto in questione il doveroso rispetto di questa *diversa* regola nella lettura che oggi se ne impone dopo la legge n. 604 del 1966 e che ho cercato di chiarire sopra. E qui c'è spazio per un penetrante e sostanziale controllo giudiziale, per impedire che gli interessi tutelati dei lavoratori vengano frustrati nella vicenda, scoprendo dietro formali cessazioni reali trasferimenti nel senso dell'art. 2112; a parte le situazioni alquanto ingenuamente scoperte per il solo fatto che ai licenziamenti disposti da un primo imprenditore segue la riassunzione *ex novo* da parte di un secondo che rileva beni, attrezzature, avviamento (11). Non si nega

---

(9) V. Cass., 12 dicembre 1972, n. 3578, in *Foro it.*, 1973, I, 655, con mia osservazione. La Corte ha anche accettato la tesi giusta la quale il licenziamento, quale *extrema ratio*, sarebbe giustificabile solo in quanto il lavoratore risulti assolutamente inutilizzabile nell'impresa, eventualmente in altra mansione; ma non ha chiarito come la conclusione possa coordinarsi col rigido regime delle mansioni assegnabili al lavoratore *ex* art. 13, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e, soprattutto, con la regola posta nel capoverso di detta norma. Il problema è aperto in quest'ordine d'idee; v. in proposito, da ultimo, le interessanti considerazioni di Fidanza, *Considerazioni in tema di licenziamento per fatti concludenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 230.

(10) In generale v. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro, I. Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972, 249 ss.

(11) Ha eluso in radice il problema la Cassazione, nella recente pronuncia 30 marzo 1974, n. 907, in *Foro it.*, con mia osservazione critica rispetto al caso ben altrimenti, e non a torto, valutato da Pret. Roma 22 gennaio 1970, *ivi*, 1970, I, 995. Il rischio di avallare formalisticamente vicende elusive nella patologia aziendale è grande e va

che, nella ricorrente vicenda delle « trasformazioni » aziendali, il capitolo attinente alla sorte dei rapporti di lavoro sia alquanto pesante e ben si comprende come spesso appaia preferibile il giuoco della risoluzione di quei rapporti, con liquidazione delle spettanze maturate in quel momento da parte del primo imprenditore, con la conseguente riassunzione da parte del secondo; sennonché la norma di legge impedisce che i conti possano farsi in questo modo ed impone, di massima, la continuità dei rapporti di lavoro.

In questo contesto la decisione del pretore mi pare azzeccata; proprio perché la mera ammissione alla procedura di concordato preventivo, nella continuazione dell'attività e nella prospettiva del rilevamento dell'azienda da parte di terzi, non giustificava affatto, allo stato, i licenziamenti, specie nel sospetto che tutto fosse preordinato in senso elusivo dell'art. 2112 c.c. Solo a conclusione di quella procedura ed in ragione delle soluzioni ivi maturate potranno emergere decisioni, in sé insindacabili da parte del giudice del lavoro, in particolare perché legalmente consacrate nell'ambito di quella medesima procedura, giustificanti di massima la riduzione del personale.

Il secondo caso è semplicissimo. In base ad un accordo a tre tra due imprese e la rappresentanza sindacale dei lavoratori, l'impresa *A* s'impegna a « riassorbire » il personale dell'impresa *B*; ma poco dopo questa seconda impresa, accampando di essere stata ammessa alla procedura di concordato preventivo, licenzia un lavoratore che così, non essendo più « in forza » presso *B*, si vede pregiudicata la continuità del lavoro presso *A*. È evidente che un licenziamento disposto in violazione di un accordo preventivo volto ad evitare, appunto, la perdita del lavoro da parte dei lavoratori interessati alla vicenda, manca visibilmente di giustificazione.

---

evitato; così come il problema dei rapporti di lavoro nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere merita di essere rimeditata; v., da ultimo, Grassetti, *Fallimento e rapporto di lavoro*, (parere *pro veritate*), in *Giur. comm.*, 1974, 41; questa nuova rivista commercialista ha promosso in proposito, nel marzo di quest'anno in Bologna, un incontro i cui atti sono in corso di pubblicazione *ivi*.

## 35.

## MENSA E RETRIBUZIONE

Questa sentenza è importante perché ripropone, questa volta senza possibilità di scappatoie (il senso dell'espressione risulterà chiaro fra breve), il problema di fondo sull'esattezza o no della corrente qualificazione retributiva del servizio mensa aziendale e della corrispondente indennità sostitutiva, affermata nella giurisprudenza degli ultimi venti anni problema che in verità è sempre rimasto a mio avviso del tutto non approfondito tra le righe delle reiterate pronunce, in sostanza implicitamente posto e nel contempo singolarmente « bloccato ». Questo, grazie alla peculiare soluzione che, almeno nel settore dell'industria, la ben nota controversia insorta a metà degli anni 1950 ebbe con l'accordo interconfederale del 20 aprile 1956 (« tradotto » in legge *ex* d.p.r. 14 luglio 1960, n. 1026) nei termini in cui la medesima venne ritenuta nella giurisprudenza in questione. Per intendere come e perché il problema è rimasto « bloccato » nel senso del mancato approfondimento e, ancor di più, rispetto a quelli che, almeno in teoria, potevano allora apparire gli inevitabili sviluppi logici impliciti, a guisa di corollari, nella tesi retributiva generalmente ritenuta, giova ricapitolare in breve quella vicenda. L'accordo interconfederale per l'industria del 1956 chiuse la vertenza sindacale in termini transattivi avendo le parti tenuto conto, come risulta dal preambolo, dell'orientamento che andava affermandosi in giurisprudenza, disponendosi per il computo dell'indennità di mensa su tutti i trattamenti comprensivamente retributivi per l'avvenire e col riconoscimento di « quote » per il passato: in questa definizione convenzionale per il periodo anteriore si sostanziò il *datum*, in via transattiva, dal lato dei lavoratori, la medesima venendo però, non raramente disattesa per nullità dai giudici (1). Rispetto alla tesi che motiva la rivendicazione dei lavoratori (avere l'indennità di mensa natura di retribuzione in quanto sostitutiva della mensa, questa dovendosi considerare come erogazione, parziale, della retribuzione in natura), rileva, soprattutto, quanto dispone

(1) V., ad es., App. Milano 17 aprile 1959, in *Riv. giur. lav.*, 1959, 2, 282.

l'articolo 2 dell'accordo, quivi prevedendosi e disponendosi, senza lacune, per ogni possibile ipotesi. Infatti l'art. 2 considerava tre situazioni: *a*) mancanza, in azienda, del servizio mensa, con corresponsione dell'indennità sostitutiva; *b*) esistenza in azienda del servizio mensa ed erogazione, in caso di mancata utilizzazione del servizio, di una indennità sostitutiva; *c*) esistenza della mensa, ma mancata determinazione dell'indennità sostitutiva nei contratti nazionali o locali o « comunque determinata in sede aziendale ». Nella prima situazione *a*) ovviamente doveva farsi riferimento all'indennità sostitutiva nella liquidazione dei vari trattamenti. Nella seconda situazione *b*) doveva egualmente farsi riferimento alla misura dell'indennità sostitutiva di fatto aziendalmente erogata. Nella terza situazione *c*) (mancanza, in azienda, di indennità sostitutiva) doveva farsi riferimento alla « minima indennità sostitutiva... risultante nell'ambito provinciale », ponendosi all'epoca il valore massimo di lire 25. Così l'accordo interconfederale ai fini dell'operazione voluta (valutazione della mensa come retribuzione ai fini dei vari trattamenti), disponeva in ogni caso e per necessità di cose per una traduzione in denaro, largamente convenzionale, del valore del servizio (e nel contempo, con alquanta illogicità rispetto alla premessa « teorica » della pretesa — essere la mensa una parte della retribuzione in natura ed implicitamente dovuta — sanzionando un trattamento deteriore — in termini di minore retribuzione — per i lavoratori alle dipendenze di aziende che avevano avuto la ventura di non istituire il servizio né di riconoscere indennità sostitutiva di sorta).

Ora, nella logica del consolidato indirizzo giurisprudenziale che — a ragione — non ha mai convinto una parte non trascurabile della dottrina (2), poteva esservi un'implicazione logica. Ed invero, se l'indennità, come si dice (3), ha natura retributiva in quanto sostitutiva di una parte della retribuzione in natura, sarebbe ragionevole liquidare codesta indennità secondo il valore delle cibarie in concreto somministrate alla mensa, giusta il mutevole andamento dei prezzi nel tempo, disattendendo, in ipotesi, le misure convenzionali stabilite negli accordi collettivi ove le medesime risultino, quanto meno in prosieguo e secondo il catastrofico andamento della patria ed introvabile liretta, fondatamente non corrispondenti. Ma codesto corollario venne respinto (4) assumendosi l'intangibilità delle determinazioni convenzionali e l'inammissibilità

---

(2) V. Guidotti, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956, 276 ss. e 290; Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973, 490.

(3) V., ad es., Cass. 9 ottobre 1957, n. 3682, in *Foro it.*, 1958, I, 206.

(4) V. Cass. 28 luglio 1962, n. 2201, in *Foro it.*, 1963, I, 583.

dell'invocata rivalutazione ad opera del magistrato, con argomentazioni in se, invero, poco convincenti come il rilievo degli inconvenienti — indubbi — che sarebbero derivati dalla diversa conclusione e la considerazione che col tempo, superata la crisi del dopoguerra, i prezzi degli alimentari di largo consumo erano andati calando (ma in ogni caso oggi, 1974, la curva è in senso inverso!), di guisa che, nel merito, quelle determinazioni potevano ritenersi grosso modo attendibili, anche perché in diverse occasioni anche il legislatore si era attenuto a quel livello.

In realtà, sempre mantenendo ferma la dubbia premessa, la rivalutazione giudiziale non avrebbe potuto, in linea di principio e ricorrendone le giustificazioni di fatto, negarsi, probabilmente non in via diretta (cioè semplicemente per l'accertato scarto tra il valore della mensa in natura ed entità dell'indennità sostitutiva) ma, quanto meno, nell'ambito di una valutazione globale della retribuzione complessiva alla stregua del principio costituzionale della retribuzione minima o sufficiente. Se è vero che al fondo c'è l'obbligo di corrispondere un certo pacchetto di generi alimentari confezionati quale retribuzione in natura, in ragione, altrimenti, del soddisfacimento diretto del bisogno del lavoratore per un pasto nella giornata, c'è, parzialmente, un punto di raccordo preciso per la valutazione di sufficienza (parziale) della retribuzione secondo l'andamento dei prezzi; questo influendo, appunto, ai fini della valutazione, e quindi del periodico adeguamento, della retribuzione sufficiente. Tanto più che in un caso rimasto però senza seguiti malgrado l'imponenza dell'affermazione di principio, la Cassazione cassò una sentenza ed impose al giudice di rinvio di tener conto dell'adeguatezza in concreto della retribuzione, in sé corrispondente alle tariffe salariali collettive, considerando che il lavoratore, sistematicamente fuori sede in quanto autista, doveva destinarne una parte non indifferente alle necessità quotidiane di vitto (5).

Posta l'incoerenza della negazione del corollario, è da supporre, piuttosto, che i giudici abbiano, per mere considerazioni d'opportunità. arretrato innanzi alle implicazioni, logiche, del consolidato indirizzo in tema di natura retributiva dell'indennità casi, come ho premesso, « bloccandolo » nei possibili sviluppi. Fu assai facile argomentare per la natura retributiva dell'indennità, in sé considerata, spiegandola, al pari di quanto è sempre avvenuto per le più varie erogazioni continuative, come una « integrazione », appunto, della retribuzione. Al contrario sarebbe stato assai più impegnativo (e sconvolgente) svolgere l'assunto tenendo

(5) V. Cass. 25 agosto 1969, n. 3024, in *Foro it.*, 1969, I, 3074, con mia osservazione.

ferma la giustificazione sostanziale, in funzione sostitutiva, dell'indennità nei termini qui prospettati. In pratica, secondo una completa fotografia della vicenda giurisprudenziale, di retributivo in questo indirizzo c'è solo un *quid* di denaro convenzionalmente stabilito; in totale incoerenza rispetto all'assunto argomentativo.

Il caso risolto dalla Corte milanese ripropone così, senza possibilità di elusioni, in assoluta purezza, il problema. È opportuno anche qui riepilogare i precedenti specifici di categoria, nel settore delle aziende municipalizzate, secondo la ricostruzione esattamente compiuta in sentenza. Per i contratti collettivi del dopoguerra, dal 1947 in poi, le aziende erano obbligate o a istituire il servizio mensa o ad erogare l'indennità sostitutiva. Presso l'azienda elettrica municipalizzata di Milano, interessata al caso i lavoratori potevano fruire in pratica gratuitamente della mensa in quanto il contributo pasto di lire 135 veniva loro rimborsato a fine mese; a quelli che non intendevano usufruire del servizio veniva erogata l'indennità sostitutiva mentre una speciale indennità « pacchetto » veniva erogata al lavoratori che per le particolarità della prestazione (« turnisti » e lavori fuori sede) non potevano obiettivamente usufruire del servizio; nel complesso tutti o ricorrevano alla mensa o percepivano l'indennità. Con l'accordo interconfederale di settore del 21 dicembre 1962 in pratica il capitolo mensa scompariva, in quanto si conveniva di conglobare per tutti nella retribuzione *tout court* l'indennità nella misura di lire 8000 mensili; nel medesimo accordo si stabiliva che « il servizio mensa ove già esista potrà essere regolato con accordi locali con l'intervento delle organizzazioni sindacali ». In sostanza con questo accordo, a seguito dell'operazione di conglobamento nella retribuzione, cessava ogni obbligo specifico per le aziende vuoi in termini di servizio vuoi in termini d'indennità, salva l'eventualità di disciplinare con accordi sindacali locali il servizio mensa che, già esistente, le aziende eventualmente decidessero di mantenere. L'azienda milanese ha di fatto, per scelta unilaterale e in assenza di accordi coi sindacati, mantenuto il servizio mensa cui i lavoratori presenti al lavoro possono accedere col pagamento di un contributo di lire 140; ancora per i lavoratori impossibilitati (« turnisti » e fuori sede) è restata l'indennità di « pacchetto » nella misura di circa mille lire al giorno. I lavoratori hanno agito pretendendo che la differenza tra il costo reale della mensa per l'azienda, valutato in lire 950, ed il contributo di lire 140 debba considerarsi come componente retributiva ai fini della liquidazione di tutti i trattamenti (festività, ferie, ecc.), ivi comprese le indennità di fine rapporto. La Corte, andando in contrario avviso a quanto ritenuto dal Tribunale, ha accolto la pretesa con una conclusione che non convince.

Credo scarsamente producente il discorso condotto in termini di continuità, determinabilità, ecc., trattandosi di circostanze che, al massimo e in determinato contesto, possono valere come *indici* più o meno sintomatici e di per se, isolatamente e nel complesso, mai decisivi; ed invero siffatte circostanze spesso ricorrono per erogazioni sicuramente indennitarie e non retributive in quanto rimborsi spese o per altre giustificazioni. Né la questione specifica dipende dalla ritenuta obbligatorietà del servizio mensa, affermata con decisione dalla Corte e neppure esclusa nelle sentenze del Tribunale. Le due questioni, quella della valutazione ai fini retributivi del « controvalore » reale della somministrazione per la differenza e quella dell'obbligo o no dell'azienda di mantenere a disposizione dei lavoratori il servizio mensa nei termini all'origine unilateralmente disposti dal datore di lavoro, sono *diverse* ed inconferenti. Secondo l'opinione ritenuta circa la problematica dei cosiddetti usi aziendali, approfondita nel contributo di Luciano Spagnuolo Vigorita (6), può anche giungersi alla conclusione che, per la pratica costante, l'azienda si trovi oggi ad essere obbligata al mantenimento del servizio nei confronti dei lavoratori cui è stato finora praticato questo beneficio; forse la situazione può ritenersi impegnativa anche a favore dei lavoratori assunti in servizio d'ora innanzi. Ma la ritenuta obbligatorietà *del servizio* espletato a condizioni particolarmente favorevoli per i dipendenti, non dice assolutamente niente rispetto al problema specifico in causa: se quella erogazione in natura, per la parte non coperta dal modico contributo dei beneficiari, possa considerarsi retribuzione.

La natura retributiva dovrebbe essere esclusa tenendo conto di una circostanza non trascurabile. Se, invero, si trattasse di retribuzione parziale in natura, tutti i lavoratori presenti al lavoro dovrebbero fruirne quanto meno per equivalente; di guisa che a quelli che per personali scelte disertassero il servizio dovrebbe essere assicurata una « indennità » sostitutiva. Ma questo non è. Soprattutto c'è su questo punto una differenza tra l'assetto successivo all'accordo interconfederale di settore del 1962 e quello anteriore: perché prima, come si è visto, l'indennità sostitutiva spettava anche ai lavoratori che, pur avendone possibilità materiale in ragione delle peculiarità della prestazione, preferivano consumare il loro pasto altrove e non nel servizio aziendale. Questa differenza è stata del tutto trascurata nella pronuncia.

In sostanza siamo irrimediabilmente, come ho detto agli inizi, al centro del problema, sostanzialmente eluso nella consolidata giuri-

---

(6) V. *Gli usi aziendali*, Napoli, 1965.

sprudenza, in un caso esemplare rispetto al quale tutta l'impostazione dovrebbe essere rimeditata almeno nell'ambito dell'ordinamento generale e della disciplina inderogabile del lavoro, salvi, ovviamente, i diversi assetti contrattuali (sul piano del contratto essendovi piena libertà di considerare come retribuzione in generale o a certi fini quello che a stretto rigore nell'ordinamento statuale del lavoro retribuzione non è). Se al fondo c'è un'erogazione retributiva in natura, non si vede perché la medesima non debba essere corrisposta per equivalente a chi non desidera fruire dello speciale servizio; per altro verso, se generalizzazione per equivalente manca, questo è indice eloquente che la premessa è errata.

Si è così indotti a ritenere più fondata la tesi accolta nelle sentenze riformate del Tribunale, nel senso che nel caso trattasi di un *servizio assistenziale* non qualificabile in termini retributivi. Nella realtà le aziende largamente predispongono servizi assistenziali a favore dei lavoratori, certo molte volte per intenti « paternalistici » duramente criticati. Tale politica o tale realtà è oggi normativamente riconosciuta, come si è giustamente rilevato (7), nell'art. 11 dello statuto dei lavoratori, quivi imponendosi la gestione di queste iniziative da entità composte in via maggioritaria da rappresentanti dei lavoratori. Niente vieta, naturalmente, che l'assistenza abbia contenuto economico come nel caso (8). E erogazioni economiche o economicamente valutabili dettate da intenti assistenziali e aventi obiettivamente tale contenuto e portata, restano tali e per nessun artificio formalistico possono subire una metamorfosi retributiva.

Indubbiamente l'assistenza apprestata col servizio mensa non è affatto disinteressata per il datore di lavoro, essendo in realtà disposta nel comune e ben inteso interesse delle parti contrapposte. Il servizio mensa consente di ridurre al minimo l'intervallo nella giornata lavorativa con gran vantaggio dell'azienda e insieme dei lavoratori, riducendo in particolare il deprecato fenomeno della pendolarità. In termini di adeguata politica sociale la scelta della Corte milanese, apparentemente progressiva, rischia di ottenere risultati deprecabili, scoraggiando iniziative aziendali che favoriscono in larga misura i lavoratori, specie quelli

---

(7) V. Riva Sanseverino, *op. loc. citt.*

(8) V. di recente, a proposito della concessione da parte dell'Enel dell'energia elettrica a favore dei lavoratori e aventi causa, ponendosi la questione ai fini della contribuzione previdenziale (ma prima dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969, che ha mutato, come dico nel testo, la situazione), Cass. 28 marzo 1974, n. 870, in *Foro it.*, 1974, I, 2063; 29 marzo 1973, n. 868, in *Mass. giur. lav.*, 1973, 173, con nota di Gentili, *ivi*, 412.

dei grandi centri urbani o a questi affluenti da lontano, rendendo loro più sopportabile la condizione umana altrimenti spesso disperante se non tragica.

In ogni caso, anche ritenendosi la tesi accolta in sentenza, resta il piccolo problema derivante dall'esistenza del modico contributo a carico del lavoratore, anche perché non si può pretendere di scompaginare *ad libitum* l'assetto di questa pretesa erogazione retributiva in natura rimescolando le carte. *In ipotesi*, si tratterà di erogazione in natura per una quota del pasto gionaliero e precisamente per la parte non coperta dal contributo dei lavoratori, secondo le proporzioni risultanti all'inizio per la differenza tra questo contributo e il costo totale del pranzo; proporzioni che, ricavate, dovrebbero rimanere invariate nel tempo, con necessari adeguamenti secondo il diverso andamento dei prezzi dei generi; meglio ancora e più generalmente secondo il diverso valore del pranzo erogato per tutte le componenti della spesa interferenti, manodopera delle cucine, ad es., inclusa. Derivandone, in ipotesi, contropretese del datore di lavoro alla rivalutazione del contributo del lavoratore; probabilmente ponendosi questo problema in sede di giudizio di liquidazione del *quantum* del « controvalore » della somministrazione. A meno che i giudici non vogliano anche argomentare in termini di pratica costante e con ciò obbligante anche a questo proposito, cioè per quanto attiene alla misura del contributo dovuto dal lavoratore utente del servizio, non avendo mai l'azienda proceduto a rivalutazioni, col risultato bizzarro che dovremmo constatare questo come una sorta di ulteriore « piccola » liberalità trasformatasi in obbligatorietà nel quadro della ritenuta « grande » metamorfosi del servizio affermata dalla Corte milanese.

Il problema si pone del tutto diversamente ai fusi della contribuzione previdenziale ai sensi dell'art. 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153; la norma, com'è noto, fissa autonomamente la base imponibile della contribuzione, nel senso di considerare come « retribuzione » « tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in denaro o in natura, in dipendenza del rapporto di lavoro », escludendo, con elencazione tassativa, solo talune componenti (9).

---

(9) Alcune delle quali, come l'indennità di anzianità, sono oggi generalmente ritenute retributive. Gentili, nella nota cit., *supra*, prospetta un'interessante spiegazione di questo assetto, assumendo che non si è voluto duplicare la funzione previdenziale (in senso sostanziale) di certi trattamenti facendoli rientrare nella formazione di altro strumento di previdenza.

36.

# CONTROLLO DEL GIUDICE SUI LICENZIAMENTI C.D. COLLETTIVI

Le due sentenze ripropongono il problema, rilevantissimo, del licenziamento c.d. collettivo, cioè disposto nell'ambito e in conseguenza di una riduzione di personale; problema che, come si è lamentato di recente (v. D'Antona, *Il licenziamento collettivo*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, II, 72), è ancora in una sorta di « limbo » per l'equivocità del dato legislativo e per l'eccessiva babele che ne deriva tra gli operatori. Anche perché la discussione appare spesso condizionata, in senso negativo, da quanto in materia si riteneva, a torto o a ragione, prima della legislazione limitativa dei licenziamenti, nella sistemazione *olim* esistente, almeno nel settore dell'industria, con i due accordi interconfederali rispettivamente per i licenziamenti « collettivi » e per quelli « individuali ».

Nel caso di cui alla sentenza n. 4081 si discuteva di un licenziamento disposto nell'aprile 1966, quindi prima della legge n. 604 del luglio di quell'anno sulla disciplina dei licenziamenti « individuali ».

In precedenza il datore di lavoro aveva dato regolarmente corso alla procedura per la riduzione del personale, conclusasi con un accordo con taluni sindacati (presumibilmente sul numero dei licenziamenti).

Tuttavia il lavoratore ritenne di poter dar corso alla procedura arbitrale di cui all'accordo interconfederale per i licenziamenti « individuali » e, rifiutatasi l'impresa per l'assunta inesperibilità della medesima rispetto ad un licenziamento « collettivo », aveva convenuto il datore di lavoro innanzi al tribunale, chiedendone la condanna al pagamento della penale risarcitoria prevista, in alternativa all'effettivo ripristino del rapporto in caso di licenziamento ingiustificato, sempre in detto accordo interconfederale. Il tribunale accolse la domanda, si ignora in quali termini. La Corte d'appello confermò la pronuncia, affermando che, in caso di riduzione di personale, la giustificazione del licenziamento del singolo lavoratore è condizionata al fatto che la procedura prevista nell'accordo per i licenziamenti « collettivi » si sia conclusa con un accordo coi sindacati dei lavoratori (e qui il sindacato cui aderiva il

lavoratore, quello affiliato alla C.g.i.l., aveva in epoca successiva aderito all'intesa). La Cassazione ha cassato la sentenza, grave, e spesso drammatica, vicenda, come portatrici dell'interesse dei lavoratori alla non riduzione del livello d'occupazione, luogo da una frase del principio di diritto enunciato (« o prescindendo dalle eventuali procedure convenzionali preventivamente seguite ») si ricava che, per la Cassazione, il fatto dell'omessa procedura conciliativa preventiva non dovrebbe comportare automaticamente la illegittimità delle riduzioni del personale. Anche questa affermazione può condividersi, nella misura in cui, come ribadisce la corte nelle due sentenze (e v. *infra*), le decisioni imprenditoriali in ordine alle dimensioni dell'impresa sono del tutto libere, e quindi insindacabili, nell'ordinamento generale. Il mancato rispetto delle procedure eventualmente previste in accordi sindacali non rileva, di per sé, in ordine alla valutazione della scelta imprenditoriale né rispetto alla giustificazione o no dei singoli licenziamenti; sarà, al massimo, generatore di responsabilità nei confronti dei sindacati, problematicamente deducibile innanzi al giudice (e si discute se possa integrare gli estremi di un comportamento antisindacale) certo rilevante sul piano dei rapporti sindacali, quivi potendo determinare il ricorso all'azione diretta, cioè allo sciopero. Ancora, e come ho già accennato, il fatto dell'omessa procedura conciliativa preventiva non comporta automaticamente l'ingiustificatezza del licenziamento del singolo lavoratore disposto nell'ambito ed in conseguenza della riduzione di personale; affermazione che risulta avvalorata dal richiamo, nella pronuncia, alla sentenza n. 1784 del 1971 ove l'assunto era formulato con estrema chiarezza.

Al massimo si tratterà di provare, come dirò che la soppressione di quel determinato posto di lavoro e, quindi, il licenziamento di quel determinato lavoratore, sono la logica, inevitabile, conseguenza della disposta riduzione, in termini di nesso causale.

Per la Cassazione, ove il lavoratore impugni il licenziamento disposto a seguito di una deliberata riduzione di personale, c'è solo da constatare e controllare l'autenticità di codesta riduzione, senza alcun sindacato di merito sulla scelta imprenditoriale e fermo sempre il rispetto dei criteri dettati per l'individuazione dei licenziandi. In sostanza, conta solo ed esclusivamente, per giustificare il licenziamento, il fatto storico e reale della riduzione. E ciò per la ritenuta autonomia concettuale (« ontologica » secondo Tamburrino, in *Mass. giur. lav.*, 1974, 329, spec. n. 2) della « fattispecie » licenziamento « collettivo per riduzione di personale ». Tra i due licenziamenti, quello « collettivo » e quello « individuale », vi sarebbe un abisso qualitativo, dovendosi conseguentemente restringere, nel primo caso, la materia del contendere nei termini indi-

cati. Ne deriva il rigetto della tesi giusta la quale, pur ammessa l'insindacabilità di massima della decisione imprenditoriale, il licenziamento dei singoli lavoratori che ne consegue va pur nominativamente e specificatamente giustificato, in quanto reso necessario, nel senso della soppressione di quei determinati posti di lavoro proprio in svolgimento della decisione di massima, in coerenza attuativa (ponendosi poi, ove, secondo le esigenze dell'impresa, siano astrattamente più i soggetti indifferentemente licenziabili, il problema del rispetto dei criteri dettati in proposito nell'accordo interconfederale nonché nella legge: d. pres. 14 luglio 1960 n. 1019 traducente in norme di legge, in applicazione della legge Vigorelli n. 741 del 1959, l'accordo interconfederale per i licenziamenti collettivi del 20 dicembre 1950). Tesi che cercai di svolgere più adeguatamente nella relazione contenuta nel vol. Ass. dir. lav., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, 1969. Potendosene derivare che in ogni caso, al fine di provocare l'accertamento in ordine alla giustificazione o no del suo licenziamento, il lavoratore può agire (un tempo provocando la procedura arbitrale sindacalmente prevista).

Nel caso di cui alla sentenza n. 4171, la Cassazione ha giudicato di una pronuncia nella quale i giudici di merito avevano sostanzialmente optato per la tesi giusta la quale il fatto dell'avvenuta riduzione di personale, attuata nel rispetto della procedura « collettiva », non è impeditivo della successiva impugnazione da parte del lavoratore; in particolare, sgombrato l'ostacolo della pretesa preclusione di principio i giudici avevano dato torto al datore di lavoro nel rilievo che questi non aveva affatto provato la giustificazione specifica del singolo licenziamento (art. 5 legge n. 604). La Cassazione ha rigettato il ricorso del datore di lavoro, correggendo la motivazione d'appello *ex* art. 384 c.p.c., riproponendo la tesi dell'autonomia concettuale-ontologica del licenziamento « collettivo » erroneamente negata, a suo avviso, dalla corte milanese e nel contempo procedendo ad un'interpretazione di fatto della sentenza assai singolare. Infatti la Corte ha inteso la sentenza d'appello nel senso che i giudici milanesi avrebbero in fatto « disconosciuto, perché non provato, il carattere collettivo del licenziamento in questione », così risultando il licenziamento (« individuale ») ingiustificato. In altre parole, sempre nella premessa che in materia tutto può risolversi, al fine di valutare la giustificazione del licenziamento, nella constatazione del fatto storico della riduzione di personale, il datore di lavoro avrebbe del tutto mancato nel fornire la prova di questa circostanza risolutiva. Ma dalla lettura della sentenza pare che debba concludersi nel senso opposto. Infatti nella narrativa non basta questo per ritenere la veridicità della riduzione di personale? In realtà, sempre sulla base della premessa qui

criticata, la conclusione doveva essere diversa; al massimo con la cassazione con rinvio ad altro giudice invitato ad uniformarsi, nella valutazione del caso al principio di diritto enunciato nella sentenza n. 4081 qui esplicitamente richiamata. Non potendo sottrarsi il lettore all'impressione della contraddittorietà sostanziale delle due pronunce.

Resta al centro delle due sentenze la tesi che la riduzione di personale, se autentica, automaticamente giustifica i licenziamenti che ne sono conseguiti, pregiudicando ogni possibile impugnativa di merito del lavoratore, salvo che la questione non possa prospettarsi in termini di scorretta scelta in violazione dei criteri dettati per l'individuazione dei licenziandi; tesi ampiamente svolta, di recente, nella citata nota di Tamburrino. Tutto questo contrasta con quanto la Cassazione ritenne di poter affermare, con conclusione assai più convincente, nella sentenza n. 3578 del 1972 (in *Foro it.*, 1973, I, 655). Infatti in quella pronuncia la corte affermo che « anche nell'ipotesi di licenziamento per riduzione di personale » è necessario che il giudice accerti « la non arbitrarietà del licenziamento di quel determinato lavoratore, attraverso la valutazione degli elementi di prova forniti dal datore di lavoro, al quale incombe il relativo onere, per giustificare la scelta effettuata, al fine di evitare che si prenda a pretesto la riduzione di personale per giustificare il licenziamento di un dipendente per il quale non sussistano ragioni legittimanti il licenziamento stesso »; in altre parole la Cassazione affermò in quell'occasione che, oltre il fatto della riduzione di personale, occorre, appunto, provare, in caso di controversia, che proprio quei determinati licenziamenti in concreto derivano inevitabilmente o giustificatamente dalla decisione di massima (e disse anche qualche altra cosa di cui *infra*).

Si tratta di eliminare la contraddizione individuando una soluzione di principio adeguata, chiarendo quale sia il significato logico e coerente della norma (art. 11, capov., legge n. 604) che alla lettera esclude « la materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale » dalla regolamentazione limitativa dei licenziamenti. È mio fermo convincimento, ribadito in più scritti precedenti, che la norma debba essere intesa, nel contesto costituzionale di garanzia dell'iniziativa economica, come puntuale riconoscimento della libertà imprenditoriale in ordine alle dimensioni dell'impresa. Ma, questo ammettendo resta pur vero che, se la regola della giustificazione sostanziale del licenziamento deve aver appieno corso, nel caso che all'origine della vicenda vi sia un'insindacabile decisione di ridurre il personale occupato, ogni singolo licenziamento attuativo di quella decisione dovrà essere, come ho detto, singolarmente giustificato in termini di ulteriore determinazione conse-

guenziale. Di fronte al singolo lavoratore licenziato resta pur vero che, nell'ipotesi, il licenziamento è stato disposto per giustificato motivo « obiettivo », cioè per « ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa » ai sensi dell'art. 3 legge n. 604. E se non vogliamo imbarcarci nell'impossibile tentativo di distinguere il licenziamento « individuale giustificato da ragioni tecnico-produttive e il licenziamento « collettivo » viceversa escluso da ogni possibilità di sindacato, è giocoforza ammettere che la pretesa contrapposizione tra i due tipi di licenziamento non sussiste, giungendosi alla conclusione qui ribadita e in totale disaccordo con quella riproposta di recente da Tamburrino. Ed invero, se non vogliamo aprire una falla nel sistema, favoritiva di abusi e di prevaricazioni (rispetto alle quali il principio di non discriminazione posto nell'art. 15 statuto dei lavoratori non serve, perché proprio facilmente aggirabile nell'ipotesi), è agevole constatare che, ad es., la decisione imprenditoriale di licenziare duecento persone su mille, eventualmente avallata dai sindacati, richiede un disegno applicativo ulteriore per settori e reparti, per qualifiche e per mansioni, fino a che non si giunga all'individuazione in concreto dei lavoratori chiamati a fare le spese di quella decisione di massima; per tutti questi passaggi necessitando una giustificazione obiettiva proprio ai sensi dell'art. 3, seconda parte, legge n. 604.

Certo la decisione di massima è insindacabile come ha opportunamente ribadito la Cassazione anche in queste due sentenze. In questo senso, e nel rispetto della libertà d'iniziativa economica costituzionalmente imposto in quest'ordine d'idee dovendosi spiegare il capoverso dell'art. 11, la decisione di riduzione del personale è un fatto che, come tutti i fatti, qui tollera solo la valutazione di veridicità o no (in questo limitato senso potendosi accettare il principio di diritto ora enunciato). Può aggiungersi che si tratta di un fatto in linea di principio mai pretestuoso in qualsivoglia direzione; perché al limite, quali siano state le ragioni della decisione, vi è una manifestazione insindacabile di libertà che preclude il sindacato del giudice. Così come, per altro verso, niente inibisce al datore di lavoro di tenersi volutamente al di sotto di un certo livello d'occupazione semplicemente per sfuggire al regime limitativo dei licenziamenti.

Né a diversa conclusione può giungersi lavorando sul concetto di futilità di utilità sociale di cui al capoverso dell'art. 41 Cost. A parte ogni più tesa in un certo senso), si risolve per altro verso in un'operazione ideologicamente mistificatoria, in quanto contrastante con la natura delle cose. Chi voglia rendersi conto di quanto voglio dire non ha che da rileggere la storia della costruzione socialista nell'Urss per ricordare a se

medesimo che alcuni milioni di contadini russi preferirono, prima di venire intruppati nelle strutture colcosiane, mangiarsi la vacca... Giacché ogni sistema ha la sua logica di fondo cui non si può impunemente attentare.

Certo, come disse U. Romagnoli (v. intervento in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., 73), nei termini in cui io l'imposto, il problema è, almeno parzialmente, falso, in quanto, proprio in conseguenza dell'interpretazione offerta dall'art. 11, capov., legge n. 604, non si ricava dalla normativa alcuna indicazione utile a tutela dell'interesse dei lavoratori in quanto classe o categoria al massimo livello possibile dell'occupazione; trattandosi di trovare — su questo piano — soluzioni adeguate al fine di condizionare le decisioni imprenditoriali.

La soluzione di questo diverso ed assorbente problema può essere provata, nel rapporto di forze in termini di classe e sindacali, solo sul piano contrattuale-collettivo, con eventuali accordi e condizionamenti di vario tipo per quanto attiene ai programmi imprenditoriali di sviluppo dell'occupazione e alla decisione di ristrutturazione (v. D'Antona, *op. cit.*, n. 5). Anche la procedura prevista nell'accordo interconfederale del 5 maggio 1965 va considerata in questa ottica. Né è lecito dimenticare quale sia al di là dell'assetto formale, la frequente situazione di fatto specie al livello delle imprese medio-grandi e in ragione delle varie forme d'intervento pubblico a salvaguardia del livello d'occupazione. Checché se ne pensi, l'Italia è, di fatto, costellata di imprese, in mano pubblica o privata che, a giudizio degli uomini di scuola liberistica antica, presentano la connotazione negativa di personale esuberante in sacrificio della regola della produttività: magari sol perché tutti sanno che qualsivoglia tentativo riduttivo è destinato a scatenare le opposizioni più varie, socialmente illuminate, di piazza o no, con l'immancabile pronunciamento di un qualunque reverendo.

È altrettanto chiaro, a mio avviso, che questa realtà, formalizzata o no ch'essa sia, ha ben poco a che fare con l'utilità sociale, nella misura in cui si ritenga che il riferimento dell'art. 41, capov., Cost. sia all'utilità del corpo sociale nel suo complesso, naturalmente con le convenzionali e discutibili sintesi politiche del momento, e non già un'utilità specifica e concreta dell'aliquota di lavoratori occupati in una determinata impresa. Questa realtà serve nell'immediatezza solo all'interesse collettivo-egoistico del personale occupato nella contingenza in quella impresa, restando da dimostrare la coincidenza di codesto interesse con quello generale dell'utile sociale. O, altrimenti, la coincidenza non è immancabile. Proprio perché siamo il paese nel quale alla soppressione di enti

inutili deve accompagnarsi, per dogma convenzionale del momento, il mero trasferimento del personale da altre parti.

Per converso in un sistema economico-sociale autenticamente strutturato per la garanzia dell'utilità sociale in senso « generale », la piena libertà imprenditoriale di decidere in ordine al livello d'occupazione dovrebbe essere superata almeno per un certo tipo d'impresa; non per l'impresa dietro la quale c'è veramente un capitano di ventura che ne porta integralmente il rischio e la responsabilità, ma per l'impresa che, come ho detto altrove (v. *L'impresa nel nuovo diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav*., 1974, 456), è variamente agevolata con il pubblico intervento essendo del tutto logico che chi variamente cammina con mezzi non del tutto suoi risponda in ben altro contesto di pubbliche responsabilità. Dove, tuttavia, la parola decisiva dovrebbe attribuirsi ancora una volta all'utilità sociale nel senso generale e non già solo all'interesse collettivo-egoistico del personale occupato, pur non trascurabile nella misura in cui il bene generale è fatto dalla somma del massimo bene possibile e compatibile per la somma dei componenti del consorzio sociale. In definitiva si tratta di far appello alla coerenza e alla logica del sistema.

Intendendosi il disposto dell'art. 11, capov., legge n. 604 nei termini sostanziali di cui sopra, è da respingere la tesi secondo la quale la norma troverebbe spiegazione in una sorta di raccordo con la sistemazione sindacale dei licenziamenti; tesi probabilmente dedotta dal meccanico trasferimento di quanto generalmente si riteneva un tempo in ordine di rapporti tra i due pretesi tipi di licenziamento nell'assetto contrattuale dell'industria nonché dalla considerazione che il legislatore del 1966 volle sostanzialmente trasportare sul piano della legge, e generalizzare il sistema di tutela contro i licenziamenti vigente contrattualmente nell'industria dal 1947, lasciando però da parte, sol perché intendeva disciplinare solo i licenziamenti « individuali », i licenziamenti « collettivi ». Così si è detto (v. Zangari, *Contributo*, cit., 148) che la norma pone una « riserva sindacale ». Con tutta probabilità da un'impostazione di questo tipo si è poi cavato un corollario inaccettabile: che sarebbe inibita ogni possibilità di sindacato da parte del giudice allorché la procedura contrattualmente prevista per i licenziamenti collettivi si sia conclusa con un accordo (così P. Sandulli, *op. loc. cit.*; Pret. Asti 2 febbraio 1974, in *Foro it.*, 1974, I, 1221).

Il rigetto di questo assunto fatto dalla Cassazione si colloca in un sistema completo che richiede, per la giustificata risoluzione del rapporto di lavoro, quanto meno il giustificato motivo « obiettivo ». In secondo luogo, e comunque decisivamente, l'interpretazione in chiave di raccordo col sistema contrattuale non regge sol perché il disposto, al pari di tutta

la legge, vige per tutti i settori del lavoro subordinato e non solo in quello industriale ove preesisteva quella sistemazione contrattuale; quindi anche per i settori non caratterizzati da quella regolamentazione. Se questo è vero, e soprattutto se è vero che la norma come disposto di salvaguardia della libertà delle scelte imprenditoriali non è ostativa del sindacato dei singoli licenziamenti attuativi in concreto, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata, in termini di violazione del principio d'eguaglianza in ragione del vuoto di tutela, tanto da Sandulli che da Zangari (*ivi*, 260). Invero e la norma rettamente intesa in chiave d'insindacabilità delle scelte imprenditoriali e la regola della necessaria giustificazione dei licenziamenti in concreto vigono universalmente in ogni settore e, in questa ricostruzione, non c'è vuoto di tutela.

Né posso accettare il rilievo di Tamburrino (*op. cit.*, nota 8) giusta il quale la mia interpretazione non servirebbe a niente perché « ... è inutile far ricorso alle impugnative ammesse in tema di licenziamenti individuali se non è discutibile dal lavoratore la ragione del licenziamento medesimo (riduzione del personale) ». Se all'amico di sinistra (Romagnoli) ho detto che certo la mia tesi non serve sul piano della tutela dell'interesse collettivo all'occupazione, a Tamburrino dico che si tratta di imporre giustificazioni obiettive, cioè giustizia, negli svolgimenti attuativi della decisione di massima dell'imprenditore di garantire ai lavoratori contro ogni possibile e facile prevaricazione che la posta in giuoco è, al limite, la sorte di Tizio. E poiché sotto o accanto agli interessi collettivi ci sono, forse più corposi ed insistenti, gli interessi del povero individuo, nego risolutamente, per ragioni di principio, che la posta in giuoco sia bagatellare.

D'altro canto non convince la tesi, autorevolmente prospettata (v. G.F. Mancini, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Commentario*, a cura di Scialoja e Branca, 1972, *sub* art. 18), dell'abrogazione dell'art. 11, capov., legge n. 604 in ragione del sopravvenire della nuova disciplina limitativa del licenziamento di cui allo statuto dei lavoratori e già implicitamente disattesa dalla Corte costituzionale nella sentenza relativa al campo d'applicazione della medesima disciplina (v. Corte cost. 6 marzo 1974, n. 55, in *Foro it.*, 1974, I, 959, con mia osservazione). Intanto è da dirsi che, se era nelle intenzioni dell'A., com'è probabile, giungere alla conclusione che nessun ostacolo ormai si para innanzi alla possibilità di sindacato giudiziario sulle scelte imprenditoriali, la tesi in definitiva non servirebbe. Infatti, anche in ipotetica assenza del disposto di cui al capoverso dell'art. 11, resterebbe da dimostrare che, in un sistema costituzionale come il nostro, la valutazione del giustificato motivo

obiettivo di licenziamento di cui all'art. 3 legge n. 604 possa comportare la conseguenza voluta e ripetutamente tentata in questi ultimi tempi, per varie vie, in pronunciati giudiziari. Checché si pensi, in questo sistema l'imprenditore coatto per quanto attiene alle dimensioni dell'impresa non può essere costruito in nessun verso. Inoltre quella tesi è da disattendere sol perché è chiaro, come l'opinione prevalente ritiene, che l'art. 18 dello statuto ha modificato solo il regime del licenziamento illegittimo senza toccare per tutto il resto i limiti di applicabilità della normativa (v. da ultimo rettamente, Garofalo, *op. cit.*, n. 1). E si è acutamente osservato di recente (v. D'Antona, *op. cit.*, n. 3) che, in definitiva, l'alternativa di fondo tra abrogazione dell'art. 11, capov., o sua lettura correttiva (nei termini anche da me ritenuti) sostanzialmente si svuota perché, una volta ammesso che il principio di giustificazione del licenziamento (io dico, in concreto) non ammette deroghe, il problema « si riduce ad una questione di limiti al sindacato del giudice in ordine alle scelte dimensionali che stanno a monte del provvedimento collettivo ». Per altro verso è da respingersi la tesi giusta la quale il tentativo di intendere il disposto dell'art. 11 in termini di adeguata tutela del lavoratore nel sistema limitativo dei licenziamenti, si tradurrebbe in un vero abuso di potere. Zangari (*op. cit.*, 256, nota 275) ha infatti scritto: « Le ragioni politiche che inducono a dare una più adeguata tutela ai lavoratori di fronte ai licenziamenti collettivi ci sono e appaiono indiscutibili, ma può il giudice, può la stessa Cassazione supplire alla carenza del legislatore o, peggio, andar così apertamente contro ai suoi deliberati? ». Non vedo, infatti, qual puzzo di sovversivismo abbia una tesi che senza infrangere la logica del sistema, svolge coerentemente la regola posta nel diritto scritto. E non sarebbe male che i critici si mettessero d'accordo circa la valutazione delle reali implicazioni di una tesi: inutilità o sovversione?

Resta da vedere se, dovendo decidere sulla giustificazione dei singoli licenziamenti disposti in attuazione della deliberata riduzione di personale, si debba anche richiedere la prova dell'assoluta inutilizzabilità del lavoratore nell'azienda, magari in altre mansioni. Tanto affermò la Cassazione nella citata sentenza n. 3578 del 1972, tanto diversa da quella qui commentata accogliendo in sentenza la tesi del Mancini in merito a una disciplina posta nell'art. 13 statuto dei lavoratori in ordine alla possibilità di destinare il lavoratore ad altre mansioni di lavoro, a pena di nullità d'ogni determinazione in contrario. Il problema è stato visto più cautamente in altra pronuncia (v. Pret. Forlì 29 gennaio 1974, in *Foro it.*, 1974, I, 1852), quivi ponendosi « il limite insormontabile dell'equivalenza economica e professionale ». Più in generale il problema potrebbe essere

visto in riferimento alla lettura « caricata » che taluni AA., ivi compreso Mancini. hanno fatto dell'art. 13, ravvisandovi una precisa indicazione, e quindi un obbligo del datore di lavoro, nel senso della progressiva valorizzazione professionale del lavoratore; lettura che, assai più realisticamente, è stata respinta in un recente saggio (v. Liso, *Alcune osservazioni sul problema del mutamento delle mansioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 1152). In realtà, a parte i rilievi che precedono rispetto all'art. 13, la questione può porsi al massimo solo per le ipotesi di ristrutturazione aziendale che nel contempo inducano all'eliminazione di un certo tipo di personale e all'assunzione di altro personale meglio utilizzabile ai fini dei nuovi programmi aziendali. Il problema è essenzialmente diverso allorché si proceda ad una riduzione di personale in assoluto. A che pro porsi qui il problema della eventualmente possibile conversione professionale del lavoratore, quando in ogni caso un altro dovrebbe perdere il posto? Che succo sociale c'è in questo?

Infine è da dire qualcosa in ordine alla tesi costantemente affermata e ripresa anche in queste due sentenze: doversi in ogni caso rispettare i criteri predeterminati per la scelta dei licenziandi. In verità tanto è inevitabile solo nel settore dell'industria rispetto al quale, come ho detto, tale normativa è posta sia nell'accordo interconfederale del 1965 sia nel d. pres. n. 1019 del 1960. Negli altri settori non c'è questa regola, qui dovendosi il datore di lavoro unicamente premurare di non trovarsi esposto all'accusa di discriminazione (art. 15 statuto dei lavoratori). Al limite questa preoccupazione può essere fugata estraendo a sorte tra i tanti astrattamente licenziabili; poiché questo espediente è difficilmente praticabile, è consigliabile far in ogni caso ricorso ai criteri dettati per il settore dell'industria.

37.

## SUL « CASO DI COSCIENZA » DEI GIORNALISTI

1. La questione sulla quale si è pronunciato il pretore milanese è interessante per la scarsezza dei precedenti, almeno in questo dopoguerra. Per un precedente dobbiamo infatti risalire all'App. Milano, 1º giugno 1949 (in *Mon. trib.*, 1949, 279) ove si negarono gli estremi del caso di coscienza, essendo stato accampato il mutamento dell'indirizzo politico da un semplice cronista. In una vicenda di poco precedente, la questione si pose in termini rovesciati, essendo il giornale socialista piemontese *Sempre Avanti!*, rimasto in mano alla maggioranza massimalista in occasione della scissione del gennaio 1947, licenziato il direttore on. Calosso passato alla socialdemocrazia scissionista, il medesimo rivendicando le indennità di fine rapporto (v. De Litala, *Giornalisti*, in *Noviss. dig. it.*).

Evidentemente, vuoi per difetto di precisi elementi, vuoi per la ragione preclusiva che è regola di civiltà e di buon gusto non interferire nei casi ancora *sub judice*, non ho da dire alcunché circa la persuasività della conclusione ritenuta dal giudice né sulle questioni che costituiscono nel caso passaggi obbligati (se veramente vi è stato sostanziale cambiamento di indirizzo politico in quel grande giornale; se le dimissioni trovarono effettivamente causa e giustificazione in quel mutamento). Si tratta di vedere se l'impostazione di massima accolta in sentenza è convicente, in generale ed in astratto, prescindendo dal caso specifico.

Intanto è bene chiarire la posta in giuoco. Secondo il contratto collettivo giornalistico, in caso di risoluzione del rapporto non per giusta causa spettano due trattamenti: l'indennità di anzianità e l'indennità c.d. « fissa », variamente determinata secondo la categoria e la qualifica. In caso di dimissioni spetta la sola indennità di anzianità, fatto salvo, per l'art. 32 del vigente contratto, il caso di coscienza nel quale competono ambedue le indennità; nel caso, appunto, i dimissionari reclamavano l'indennità fissa.

Questa regolamentazione va ovviamente riconsiderata dopo l'art. 9 della legge n. 604 del 1966, nel senso che l'indennità di anzianità spetta

in ogni caso, anche ove la risoluzione derivi da licenziamento per giusta causa. Diverso è, invece, il discorso per l'indennità fissa che è istituto ulteriore, migliorativo rispetto alla regolamentazione inderogabile di legge attinente all'indennità di anzianità (art. 2120 c.c.); qui resta in piedi, contrariamente a quanto ha ritenuto nel suo parere la federazione nazionale della stampa, l'assetto contrattuale. Semmai, se è esatta la conclusione, se ne ricava ancora una volta, *ex post*, un ulteriore argomento a favore dell'infondatezza della questione di costituzionalità a suo tempo sollevata in relazione all'art. 2120 ed accolta nella ben nota pronuncia della Corte costituzionale; nel senso che un trattamento non spettante in ogni caso di risoluzione del rapporto è per definizione non retributivo, così cadendo la premessa logica del contrario assunto. Ed è interessante rilevare come il pretore, ben noto per la sua affiliazione ideologica, abbia implicitamente disatteso la tesi dell'associazione sindacale proprio in quanto ha ribadito che il dimissionario può pretendere l'indennità fissa solo se possa comprovare gli estremi del caso di coscienza.

L'art. 32 precisa tre ben distinte ipotesi di caso di coscienza: *a*) sostanziale cambiamento dell'indirizzo politico del giornale; *b*) utilizzazione del giornalista in altro giornale dell'azienda avente caratteristiche sostanzialmente diverse, risolvendosi tale utilizzazione in una menomazione della dignità professionale; *c*) genericamente fatti comportanti la responsabilità dell'editore e determinanti una situazione evidentemente incompatibile con la dignità del giornalista. Fra le tre situazioni c'è letteralmente diversità radicale. Nella terza, generica secondo una previsione al massimo aperta, deve comprovarsi una situazione *in concreto* incompatibile con la dignità professionale del giornalista per fatto addebitabile all'editore. A sua volta l'utilizzazione del giornalista in altro foglio diverso dell'azienda vale solo in quanto, ed ancora una volta in concreto, ne derivi una menomazione della dignità professionale, con valutazioni da farsi caso per caso. Viceversa il mutamento sostanziale dell'indirizzo politico del giornale rileva *automaticamente di per sé*, certo secondo libere valutazioni del giornalista che può, in ipotesi, accettare di buon grado il cambiamento. In conclusione il mutamento dell'indirizzo politico conta *in sé*, ove il giornalista voglia trarne le conseguenze delineate nell'art. 32; ne v'è necessità, ove il cambiamento sia sostanziale e reale, di ulteriori presupposti in termini di menomazione in concreto della dignità professionale. In un certo senso qui, rispetto a questa ipotesi radicale, la lesione della dignità del giornalista è come intrinseca, se come tale, del tutto liberamente, l'interessato voglia così considerarla.

2. Ma quand'è che può dirsi sostanzialmente cambiato l'indirizzo politico di un giornale? Il pretore, adeguandosi in parte all'impostazione di massima espressa nel parere della Federazione editori, ha affermato in primo luogo che il mutamento deve essere « valutabile a prima vista », in un certo senso « ufficiale », conclamato, radicale, non confondibile con la lenta evoluzione che sarebbe tipica di tutti i fogli. Ma non pare che il disposto contrattuale consenta di distinguere tra i repentini mutamenti di rotta e no. Quello che conta è che ad un certo punto, sia pure come risultato complessivo e finale di una lenta evoluzione, sia registrabile un sostanziale mutamento rispetto ad una situazione anteriore, presumibilmente al tempo del primo svolgimento del rapporto: sono venuto a lavorare in un giornale avente una determinata impostazione, non gradisco continuare in un giornale radicalmente diverso (è questo il profilo intrinseco, « incorporato » nella prima ipotesi di cui all'art. 32, a tutela della dignità professionale). E tutti ben sanno che proprio i mutamenti repentini sono rari, eccezionali; tipici, in ipotesi, di un giornale di partito allorché, a seguito di un rovesciamento congressuale, cambi la direzione dalla corrente *a* a quella *b*, poniamo dei riformisti ai massimalisti. Viceversa nei giornali non di partito, per ragioni di derivazione, di composizione e di pubblico, i mutamenti sono condotti gradualmente nell'ovatta, nei termini di un discorso « interno », verso l'opinione che si vuol far maturare; il che non toglie che nell'arco di tempo adeguato non possa riconoscersi il sostanziale mutamento di caratteristiche.

D'altro canto la disposizione contrattuale ha senso e pregio proprio rispetto ai mutamenti non repentini che, più insidiosamente se non subdolamente, minacciano la posizione del collaboratore. Sarebbe, quindi, ingiustamente riduttiva un'interpretazione che defraudasse del tutto le legittime aspettative nello svolgimento del rapporto nei termini in cui si è costituito ed ha avuto inizialmente svolgimento.

Per altro verso c'è da intendersi in ordine al concetto d'indirizzo politico e a quello, conseguente, di mutamento. Sulle esemplificazioni fatte nel parere della Federazione editori (da repubblicano a monarchico, da giornale dei lavoratori a foglio dei datori di lavoro), *nulla quaestio*. Ma solo i mutamenti di ideologia, di principio, di schieramento classista rilevano? Non credo. Contano anche le grandi scelte strategiche e tattiche, centrali nella vicenda concreta nazionale in un determinato momento, ancor quando l'ideologia ispiratrice resti immutata. Nel primo decennio del secolo il generico « partito » liberale si divise, con violenza e acrimonia, tra giolittismo e no. Nel 1914-15 ancora una volta le correnti genericamente liberali si scontrarono sul tema cruciale, invero di coscienza, dell'interventismo o no. Probabilmente, se nel 1939-40 avessimo avuto all'interno

del regime fascista una relativa libertà, avremmo avuto qualche foglio favorevole alla continuazione della non belligeranza.

Da qualche tempo la questione centrale, anzi centralissima, nella vicenda italiana è quella del « compromesso storico », se sì o no, che sorge, per definizione, dal succedersi e dall'accumularsi d'insuccessi di un determinato coacervo di forze politiche rispetto a quella montante e, quindi, si pone proprio all'interno di quel coacervo. Con ideologia di massima invariata, c'è chi spera e chi teme, chi vorrebbe ancora combattere e chi spera di salvare in combinazione. Tutto questo attiene all'indirizzo politico nazionale ed è concretamente su questo terreno che insorgono divisioni e casi di coscienza.

3. Il pretore non ha dato corso alle prove richieste (né qui può dirsi del fondamento o no della decisione); ha anche omesso di comprovare direttamente, con sua valutazione, magari compulsando la raccolta del giornale in questione, la sussistenza o no del mutamento. Più semplicemente si è affidato al notorio, affermando perentoriamente che quel foglio è stato sempre, prima e dopo la recente discussa direzione, di un determinato carattere (giornale indipendente d'opinione nel rispetto del pluralismo ideologico). Sennonché, senza voler pretendere di fornire qui la risposta al quesito di fondo (tanto è demandato alla prudenza del Tribunale in grado di appello), contro il notorio così prospettato potrebbero addursi considerazioni non indifferenti di segno opposto. Se, in ipotesi, si conviene che la questione delle questioni dell'Italia contemporanea è quella del compromesso storico, potrebbe assumersi che, fino a qualche anno or sono e malgrado il diverso orientamento delle direzioni succedutesi nel tempo, quel massimo foglio era tuttavia ben fermo nella tesi della *conventio ad excludendum* rispetto ad una certa forza politica ritenuta come portatrice di una radicale alternativa di regime (v. il dibattito in *Democrazia e diritto*, 1975, 564). Il recente rifiuto di quella « convenzione », l'accettazione della proponibilità di quell'incontro, il considerare quel partito « un partito come gli altri » (secondo la formula adoperata da Luigi Pedrazzi nei dibattiti mulineschi), integra di per sé un sostanziale mutamento d'indirizzo. Il notorio troverebbe poi smentita nella circostanza medesima che un certo gruppo di giornalisti si è staccato dal vecchio giornale per fondarne uno nuovo, abbandonando una vecchia e gloriosa testata universalmente prestigiosa, superando ogni considerazione materiale. Non induce questo a ritenere che qualcosa d'importante sia avvenuto nell'antica gazzetta?

4. Il pretore ha affermato che i dimissionari avrebbero potuto

provare il caso di coscienza solo adducendo di aver subito censure o richiami per i loro servizi; questo comprovando, a guisa di prova regina, il sostanziale mutamento d'indirizzo. Se un giornalista in servizio da tempo comincia a subire (restando immutati l'ispirazione e il tono dei suoi servizi!) tagli, censure, rimbrotti, la conclusione è scontata. Ma non è vero il contrario. Il giornale può sostanzialmente cambiare nella sua impostazione di fondo senza interferenze sui singoli collaboratori, specie su quelli più anziani ed autorevoli, che magari debbono essere tollerati per rispetto e/o per convenienza. D'altro canto se, in ipotesi e come ho detto, il precedente indirizzo fosse identificabile almeno e fermamente per la negativa (quella prospettiva giammai), il cambiamento potrebbe consistere, conservando la pluralità delle voci, nell'ammissione in circolo e in prospettiva della soluzione prima nettamente osteggiata. Va poi detto che la prima ipotesi dell'art. 32 c.c.n.l. prende in considerazione l'obiettivo mutamento d'indirizzo, sull'implicito presupposto che sulla base del precedente si formò il patto tra giornale e giornalista ed ebbe svolgimento la collaborazione. È il giornalista, con le sue idee, che decise non a caso di lavorare presso quel determinato giornale, per quella specifica battaglia, su quella frontiera e che ha diritto d'andarsene con pienezza di trattamento economico quando obiettivamente quella non è più la posizione che considera giusta. Né si deve dimenticare che la previsione contrattuale è, nella sua obiettività, a favore non dei soli giornalisti specificatamente politici, cooperanti per un certo indirizzo, *ma di tutti*, come risulta dai pareri sindacali, anche di chi collabora per settori e rubriche non strettamente condizionati o dall'ideologia o dalla politica. Il caso di coscienza può presentarsi anche per il curatore della rubrica gastronomica. Per questo verso mi pare che la tesi accolta in sentenza sia sbagliata in termini d'interpretazione del dato contrattuale.

5. In conclusione, la sentenza ha affrontato con notevole superficialità molti e complessi quesiti che la questione involge. In primo luogo va precisato, il che non è per più versi agevole, il concetto medesimo, in astratto, di indirizzo politico di un giornale. Tutto è, nella vicenda della società organizzata, politico o suscettivo di emergere in dimensione politica. Ma dovrà aversi riguardo al contesto concreto della comunità nazionale in un dato momento storico, tenendo conto dei problemi che si agitano e dividono e appassionano l'opinione e dalla cui soluzione in un senso o nell'altro dipende il futuro. Temi di politica generale attinenti alla formula di regime e alle combinazioni di governo; grandi temi di politica interna ed estera; anche scelte essenziali riguardanti la società civile (la famiglia, la scuola ecc.): tutto può rilevare.

Certamente rileverà il diverso tipo di giornale, nazionale o provinciale, indipendente o di partito, come del resto risulta dai pareri sindacali. Ad es., non tutti i mutamenti all'interno di un giornale di partito potranno essere qualificati come cambiamenti d'indirizzo politico. Rispetto ad un partito, quale il nostro ancora di debole maggioranza relativa, diviso in correnti e sottocorrenti, molte delle quali non hanno chiaro carattere ideologico-politico, diverse risolvendosi nella cerchia degli amici di questo o quel cacicco in senso clientelare e deteriore, sarà bene distinguere, anche in ipotesi di mutamenti radicali, tra i veri casi di coscienza e i casi « di bottega ».

In secondo luogo, precisato l'indirizzo (o gli indirizzi?) di partenza, va stabilito in concreto se mutamento vi è stato o no e se esso è stato sostanziale (cioè rilevante sul piano complessivo della qualificazione e della classificazione del foglio) o no. Indagine, anche questa, estremamente delicata, specie, come ho accennato agli inizi, quando il mutamento non sia repentino, ma graduale, magari indotto e precisato eventualmente oltre le iniziali e confuse intenzioni dei promotori, nel vivo dello scontro dialettico con gli oppositori. Quante volte, nella vicenda storica, i grandi contrasti d'idee sono emersi in tutta la loro profondità prendendo avvio da prospettazioni iniziali, nelle quali lo scisma era fuori delle intenzioni!

Non a caso mi sono permesso un dubbio parlando al plurale, di indirizzi. Giacché in un giornale possono coesistere, su singoli grandi spaccati della realtà, indirizzi non reciprocamente condizionati del tutto; e la rottura può verificarsi su uno di questi. Naturalmente, quando la cosa ha una dimensione politica accentuata, cioè interessa l'intera collettività, a tutti impone inesorabilmente di scegliere.

Né si dimentichi che indirizzo politico può aversi attorno ad una singola questione. C'è bisogno di ricordare Dreyfus e l'*affaire* che spaccò la nazione?

Infine dovrà accertarsi che le dimissioni sono state rassegnate proprio a ragione del mutamento sostanziale dell'indirizzo politico e per questa causale motivate. Qui può richiamarsi il principio della (relativa) immediatezza della contestazione della giusta causa con riferimento all'epoca in cui possono fondamentalmente ritenersi integrati gli estremi del mutamento agli occhi del *quisque de populo* e, in definitiva, del giudice.

6. Non senza sorpresa il Tribunale ha dato corso ad una consulenza tecnica, commessa a tre universitari, al fine di determinare se, ed in quale epoca, il giornale in questione subì il preteso mutamento d'indirizzo.

Sorpresa, giacché qui pare in giuoco una valutazione per definizione non demandabile ad esperti. Merita ricordare che già in un caso famoso all'inizio del secolo, (v. App. Roma, 23 dicembre 1909, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 2, 24, con nota critica, sul punto, di CHIRONI) i giudici disposero perizia. I magistrati non possono presumere di sottrarsi al loro indeclinabile dovere valutando in prima persona in una materia e per una questione in cui non c'è spazio per distinguere tra fatti nella loro gretta materialità e valutazione d'insieme. E se l'andazzo di scaricare sul consulente è non infrequente, qui siamo ad un livello precipuamente etico-politico che non consente scappatoie.

Cè da presumere che si sia voluto far ricorso ai tre esperti per provocare, intanto, una prima selezione nel non indifferente materiale che il collegio giudicante avrebbe dovuto altrimenti leggere in una interminabile camera di consiglio (si pensi alla mole della raccolta di un giornale solo per alcuni anni, prima e dopo la discussa direzione). I tre studiosi qualificati di scienze politiche potrebbero fornire una prima sgrossatura, magari con valutazioni divergenti, da versare nella dialettica processuale, sul concorso dei consulenti tecnici di parte e delle opposte difese: un primo avvio, in sostanza, per identificare e decantare il materiale e, insieme, la materia del contendere.

38.

# ANCORA SULLA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE PER I DIRITTI DEI LAVORATORI

1. La sentenza delle S.U. della Cassazione, n. 1268 del 12 aprile 1976 (v. *retro*, 190, con nota di TAMBURRINO), sulla decorrenza della prescrizione pei diritti del lavoratore, è destinata a suscitare un acceso dibattito; è altresì prevedibile che il « principio di diritto » enunciato nella pronuncia non avrà consenso unanime nella magistratura. Già ora si ha notizia di sentenze contrastanti, pro o contro il nuovo orientamento. In *Riv. giur. lav.*, 1976, 2, 265 ss. possono leggersi gli interventi critici di Natoli, Andrioli, Di Maio, S. Cassese e D'Alberti, D'Antona e Maresca, il primo di questi AA. affermando che la pronuncia ha « ... da essere annoverata tra le più reazionarie sfornate dai nostri giudici ». I critici ribadiscono l'assunto da tempo prospettato, nel senso che né la Corte costituzionale (ci si riferisce alla ben nota sentenza n. 174 del 1972) né, a maggior ragione, i giudici ordinari possono far rivivere nell'ordinamento una norma, quella un tempo pacificamente implicante la decorrenza della prescrizione anche in costanza di rapporto, già espunta con la sentenza n. 63 del 1966. I sostenitori del nuovo corso s'industriano, viceversa, di dimostrare che non già d'inammissibile reviviscenza di norma ormai caducata si tratta, sibbene di fenomeno da intendere, sulla scorta della decisione delle S.U., in termini del tutto diversi (v., ad es., la particolare spiegazione data da Tamburrino). Così detrattori e difensori muovono tutti da un *presupposto di fatto* universalmente ritenuto e dato per pacifico: essere vero, cioè, che con la sentenza del 1966 la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità di norme di legge, di conseguenza determinandone l'irrimediabile cancellazione. Tanto che, proprio in ragione di questa premessa, il giudice Canosa (v. *Corriere della Sera* del 1° giugno 1976) ha accusato la Cassazione d'essersi distaccata dal diritto positivo per imboccare la via di quello « libero », ritorcendo così il rilievo solitamente fatto, in una parte dell'opinione, ad un settore della « bassa » magistratura. Nello stesso ordine d'idee Natoli afferma che, dopo quella prima sentenza del giugno 1966, sarebbe inconcepibile reintrodurre con

legge le disposizioni ormai valutate come contrastanti con la Costituzione.

A mio avviso, a parte i pregiudiziali orientamenti ideologici, impostando il discorso in questi termini non c'è alcuna prospettiva seria di pervenire, se possibile, ad una valutazione obiettiva del problema. E questo perché il presupposto di fatto dal quale muovono gli uni e gli altri è seriamente contestabile, come cercai di dimostrare in *Mass. giur. lav.*, 1973, 313, nella precedente nota affermando che la sentenza del 1966 usciva dagli schemi correnti della giurisprudenza costituzionale c.d. « interpretativa-manipolativa »: con riduzione, nella materia specifica dei rapporti di lavoro, della regola generale, posta nel codice civile e con contestuale determinazione di una *nuova norma* (quella, appunto, della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto). Come dissi allora, la Corte costituzionale compì un'operazione sostanzialmente legislativa o paralegislativa; così spiegandosi come possa essersi verificata poi, con la sentenza n. 174 del 1972 ora accettata dalle S.U., la delimitazione della regola posta nel 1966, secondo una nuova valutazione della situazione normativa nel frattempo profondamente modificatasi. Cercherò di riprendere ora quella mia, del tutto solitaria, impostazione, nei termini più piani possibili.

Parto dalla premessa, anch'essa del tutto individualmente (ma fermamente) ritenuta, che la Corte costituzionale sia chiamata a giudicare della conformità o no a Costituzione di *testi di legge esistenti*, di guisa che il dispositivo può essere solo o di rigetto o di accoglimento, non essendovi spazio per formule interpretative o variamente emendative. La Corte deve limitarsi a valutare se un certo testo è o no, nella sua obiettività, cioè nella sua oggettiva formulazione letterale, conforme o suscettivo di conformità alla Carta, così dichiarando l'infondatezza delle censure dedotte sol che il testo medesimo possa intendersi in maniera costituzionalmente corretta. Certo *al fine* la Corte deve interpretare il testo sottoposto a valutazione (così come deve interpretare il testo costituzionale di raffronto), di tutto questo dando conto nella motivazione, destinata così ad avere un enorme peso, un'autorevolezza *di fatto* nell'esperienza giuridica, con l'auspicio che autorità e giudici applichino la legge nel modo più conforme a Costituzione.

Ciò posto, è da chiedersi qual era la situazione normativa anteriore alla sentenza del 1966. C'era (e c'è) una regola generale *ex* art. 2935 c.c.: « la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere », cioè, secondo pacifico insegnamento istituzionale, dal momento in cui il diritto sussiste (così come, in natura, contestualmente, con la vita prende avvio il processo che conduce i viventi a

morte). C'erano poi (e ci sono) dei disposti (artt. 2941 e 2942) che prevedono la sospensione, la non decorrenza della prescrizione in ragione della pendenza di determinati rapporti tra le parti o per la condizione del titolare del diritto: in questa elencazione, da intendersi tassativamente, con impossibilità di estensioni analogiche secondo un secolare insegnamento, non figura la pendenza del rapporto di lavoro. Di qui, un tempo, la conseguenza della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto, secondo la regola generale dell'art. 2935.

Certo poteva lamentarsi, in termini di valutazione politica e sociale, che il codice non contemplasse tra le situazioni sospensive della prescrizione la pendenza del rapporto di lavoro subordinato, in ragione della diminuita capacità d'agire della parte più debole in un rapporto rispetto al quale vigeva, all'epoca, la libera recedibilità *ad nutum* (ed in quest'ordine d'idee ritenni, a prescindere dalla questione della correttezza formale della pronuncia, di poter difendere *nel merito* la conclusione della Corte nel 1966: v. in *Foro it.*, 1966, I, 1652). Ma è chiaro che veniva in questione una lacuna, deplorevole o no, nella normativa del codice, un'*omissione* del legislatore. Poteva dirsi, appunto, che il legislatore avesse ingiustamente (ed implicitamente) assoggettato alla regola generale anche i diritti dei lavoratori, quando, al contrario, per ragioni di effettiva protezione sociale e nel contesto costituzionale, sarebbe stato più coerente tener conto della concreta situazione in pendenza di rapporto. Senonché, malgrado gli studi approfonditi dedicati al grave problema da autorevoli costituzionalisti (ad es., Mortati) è, almeno per il momento, pacifico che la Corte costituzionale non può farsi giudice delle inadempienze o delle omissioni legislative, salva la possibilità di sollecitare, come talora ha fatto anche nella nostra materia, ad una più adeguata e costituzionalmente conforme regolamentazione. E la Corte non può fare questo proprio perché non può trasformarsi in legislatore.

Perciò debbo ribadire quanto scrissi nella nota del 1973. Ne trovo, nella sostanza, significativa ammissione in quanto ha scritto un A. pur decisamente critico nei confronti del più recente *revirement* della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria: « Sicché, al limite, potrebbe sostenersi che la sentenza (del 1966, n.d.r.) è stata *inutiliter data*: dal momento che, contrariamente a quanto si legge nel dispositivo, gli artt. 2948, n. 4, ecc. non presentano affatto al proprio interno una norma che faccia decorrere la prescrizione in pendenza del rapporto di lavoro, norma che è invece rinvenibile *all'interno* (sottolineatura mia) della disposizione di cui all'art. 2935 c.c. » (così L. Spagnuolo Vigorita, *Relazione*, in *Centro nazionale di studi sul diritto del lavoro, La prescrizione dei diritti dei lavoratori*, Milano, 1976, spec. 17). Con questo si

ammette che non v'era regola specifica per i rapporti di lavoro da poter dichiarare eventualmente illegittima; c'era, al massimo, una lacuna o un'omissione non rimediabile con lo strumento della sentenza dei giudici costituzionali.

In conclusione, la premessa comune del dibattito in corso è infondata. A tutti coloro che oggi sostengono l'inammissibilità della reviviscenza di norme che già la Corte avrebbe dichiarato illegittime, c'è solo da chiedere: per favore, volete esibire o indicare il testo di legge che la Corte avrebbe dichiarato illegittimo nel giugno 1966? Il testo, intendo, al quale un privato raccoglitore di codici debba di necessità apporre la nota « dichiarato illegittimo con sentenza n. 63 del 1966 della Corte costituzionale ». Questa esibizione è obiettivamente impossibile, perché quell'ipotetico testo *non c'era*; dopo di che tutto il discorso logicamente cade. C'era solo, ripeto, la regola generale dell'art. 2935 e la Corte ritenne di dover rimediare, a quella che valutò come lacuna costituzionalmente deplorevole, determinando una nuova regola specifica per i rapporti di lavoro, derivando la doverosità della medesima dalla circostanza della diminuita capacità d'agire del lavoratore in costanza di un rapporto allora in genere risolubile *ad nutum* da parte del datore di lavoro, di fatto generalmente funzionando lo spettro del licenziamento come una spada di Damocle. Dopo di che debbo ancora ripetere quanto dissi nel 1973, a quello scritto rinviando il cortese lettore desideroso di più diffusa argomentazione: è del tutto logico che chi fa, pur discutibilmente, da legislatore, da legislatore si comporti, eventualmente modificando o riducendo regole già poste allorché valuti, nella sua discrezionalità politica, modificata la situazione. È quanto ha fatto sostanzialmente la Corte costituzionale, in ispecie con la pronuncia n. 174 del 1972, alla quale si sono ora adeguate le S.U.

Mi rendo conto che, insistendo su questa impostazione, parto implicitamente da una concezione del possibile spazio della giurisdizione costituzionale tutt'altro che pacifica, anzi del tutto minoritaria rispetto a tutta la complessa elaborazione teorica assai finemente fattasi nell'ultimo quindicennio in avallo agli svolgimenti, certo all'origine impensabili e sempre di volta in volta sorprendenti, di quella giurisdizione in concreto. E di questa concezione sottostante avrei formalmente il dovere di dare pregiudizialmente ed esaurientemente conto. Non posso farlo ed in parte non ho la capacità di farlo per limiti di materia, nell'ambito di questa nota. Me ne scuso; valga come attenuazione il fatto che, sia pure implicitamente, ripeto, rimando a questa diversa concezione della quale c'è, nella nostra dottrina costituzionalistica o no, un ben preciso, seppur minoritario, supporto teorico.

Sennonché, come dissi nel 1973, dalla contrapposizione di principio per quanto attiene ai limiti e agli strumenti della giurisdizione costituzionale si può anche, in definitiva, prescindere; e si può fare, viceversa, dando per scontata ed acquisita la concezione qui per implicito rifiutata, un discorso di *coerenza interna* dell'orientamento storicamente prevalso. Voglio dire che, una volta ammessa la correttezza formale della giurisprudenza costituzionale variamente manipolativa dei testi scritti di legge ed in realtà creativa di diritto, è nella logica della medesima che la Corte-legislatore possa, come in concreto la nostra vicenda eloquentemente dimostra, ridimensionare o rilegiferare, ogni volta che nei dispositivi precedenti non ci sia una formula formalmente preclusiva. E qui, invero, non c'era preclusione formale. Con la sentenza n. 63 del 1966 la Corte dichiarò l'illegittimità degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2, 2956, n. 1, c.c. « limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro ». Si rileggano, per favore, le citate disposizioni del codice: si vedrà che esse attengono alla qualità (presuntiva o no) e alla *misura*, soprattutto, della prescrizione, niente dicendo, viceversa, della decorrenza (v. *supra* l'esatto rilievo di Spagnuolo Vigorita). Certo la Corte avrebbe potuto, più felicemente (anche se in una certa misura complicando il nostro problema), pronunciare una sentenza manipolativa della regola generale dell'art. 2935, mettendo direttamente in questione l'assetto normativo censurato; in tal guisa avrebbe inciso, oltre tutto, anche sulla prescrizione ordinaria decennale *ex* art. 2946 che, viceversa, dopo il terremoto del 1966 ha avuto talora, spiegabilmente ma di norma a torto, una singolare reviviscenza nella giurisdizione ordinaria. Il fatto è che, per ragioni ancora assai oscure malgrado le indiscrezioni dell'*ex* presidente Branca (v. in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, 259), la Corte scartò la via diritta e formalmente toccò in dispositivo quei diversi disposti indicati. Qual è il risultato complessivo? *Che i testi sono rimasti invariati*; non c'è stata alcuna correzione, ovviamente in senso ideale, né dell'art. 2935 né degli altri articoli; non del primo nemmeno formalmente richiamato, non dei secondi nei quali niente si dice del problema specifico. La Corte invero non ha tanta autorità, travolgendo la storia acquisita che bene o male è un fatto, da far dire ad un disposto di legge che provvede su un certo punto qualcosa che esorbita dal medesimo e si colloca, invece, in altra normativa. Cosicché, in questa situazione di testi scritti invariati malgrado il dispositivo del 1966, non c'era alcun ostacolo formale alla rilegiferazione del 1972.

In conclusione si deve essere coerenti alla logica della giurisprudenza manipolativa-creatrice ed accettarne il costo. È, viceversa, profondamente contraddittorio accettare, magari *in bonam partem*, quella giuri-

sprudenza e poi ergersi contro le naturali evoluzioni della medesima. Una volta accettate talune regole del giuoco, dalle medesime non ci si può discostare.

In verità non solo la Corte, ma tutti i poteri costituiti, incontrano di necessità limiti tecnici in ordine alle forme possibili del loro operare. Limiti di oggetto (cose che possono farsi o no), di strumenti, di forme in senso stretto. Per la Corte abbiamo visto che, almeno per una certa veduta, può costituire oggetto di sindacato un testo scritto esistente, e la formula dovrebbe essere tassativamente o di accoglimento o di rigetto (evangelicamente potrebbe dirsi che tutto il resto vien dal maligno, giuridicamente concretizzandosi in uno straripamento di poteri). Il discorso può ripetersi, *mutatis mutandis*, per qualsivoglia altro potere. Che forse il Parlamento potrebbe sollecitare dai giudici, con ordini del giorno, una interpretazione ritenuta costituzionalmente corretta di testi di legge? No certamente; giacché il Parlamento detta, in ipotesi, solo con leggi, magari d'interpretazione autentica (e mettiamo, se si vuole, nell'archivio dei vecchiumi superati, il discorso calamandreiano sullo straripamento del legislativo in danno della magistratura).

In coerenza a tutto questo, non mi pare accettabile nemmeno l'impostazione di Tamburrino, anche se *prima facie* teorizza assai finemente la svolta e della Corte costituzionale e delle S.U. O meglio, il discorso di Tamburrino è in realtà tale che, tolto di mezzo un fragile velo formale, v'è sostanziale coincidenza con quanto sono venuto ripetendo. Tamburrino dice che il *revirement* può condividersi considerando che nel 1966 la Corte costituzionale si pronunciò su un determinato rapporto (il rapporto risolubile *ad nutum*), mentre nel 1972 si pronunciò su un *nuovo rapporto*, quello risultante in sintesi, dalla normazione protettiva di cui all'art. 18 st. lav. Sennonché, a parte il fatto che la Corte dovrebbe pronunciarsi sempre su testi di legge e non su rapporti, dov'è il testo sul quale la Corte si sarebbe pronunciata nel 1972? Un testo diverso, in termini di decorrenza di prescrizione per i rapporti tutelati, non c'era. Ma ripeto, significatamente l'A., in relazione ai due episodi della giustizia costituzionale, dice sempre che nelle due occasioni la Corte giudicò *di rapporti* e non di testi di legge; cioè di fatti della vita reale, per i medesimi in sostanza dettando legge. E la Corte non può giudicare direttamente dei fatti della vita, sibbene di testi che si frappongono, nell'esperienza giuridica, tra quei fatti e le sue competenze. Tanto vale, quindi, gettare a mare ogni schermo inutile ed impostare risolutamente la questione nei termini da me sostenuti. Altrimenti si contribuisce a mantenere in piedi il falso, perché inesistente, presupposto formale di fatto in ragione del quale i fervidi censori argomentano: l'assunto, cioè, che nel 1966 la Corte

avrebbe dichiarato illegittime norme (io dico testi) non più esistenti nell'ordinamento. Il cordone ombelicale va decisamente tagliato.

2. Non è un caso, tuttavia, che in genere critici e sostenitori della svolta concordino nell'accettazione del falso presupposto di fatto. Per un comprensibile residuo di « pudicizia », se ne abbia o no consapevolezza (il soggettivo non conta), anche avallando i risultati talora sorprendenti della giurisprudenza manipolativa costituzionale, si esita a proclamare *apertis verbis* la creatività della medesima. Il problema formale, ed istituzionale, non può comunque cancellarsi per strutturazione obiettiva dei poteri costituiti nei loro reciproci rapporti. E quando ci si chiede se un potere possa fare o no qualcosa, il quadro formale, per quanto labile ed esterno, e in realtà manomesso, deve restare intatto. Tutto comprensibile, ripeto; salvo a risentirne un sostanziale pregiudizio allorché il dogma tenuto faticosamente in piedi impedisca una ricostruzione fedele della situazione e comporti inesatte impostazioni di problemi specifici, quasi come una « falsa coscienza » nell'accezione ideologicamente deteriore.

Piuttosto, in termini di « sentimento » diffuso, e quindi di concreto operare nell'esperienza giuridica effettuale, potrebbe essere interessante chiedersi perché mai la giurisprudenza ordinaria accettò unanime, dalle preture alla Cassazione, la sentenza n. 63, mentre, viceversa, ci sono tante resistenze all'accoglimento della n. 174 del 1972. Eppure ci sarebbe stato spazio, tecnicamente argomentabile, per non dar corso alla prima pronuncia per quanto sono venuto dicendo; sarebbe stato possibile reputare quella sentenza come *inutiler data* (v. ancora Spagnuolo Vigorita). Ed è noto che si sono avuti casi, talora clamorosi in termini di conflitti di potere, di ribellioni della giurisprudenza ordinaria a quella costituzionale. Qui invece, all'epoca, unanimità imponente di consensi. Perché mai? Il discorso è di ideologia spicciola sottostante nella valutazione della realtà dei rapporti di lavoro e forse anche d'altro.

È da tutti riconosciuto, anche per quel lato dell'opinione che solitamente contrappone alta e bassa magistratura per quanto attiene alle valutazioni dei conflitti collettivi e ai problemi di più spiccato rilievo politico, che l'ideologia unanime della magistratura è di comprensione per la causa del lavoratore singolarmente considerato. Come Jemolo insistentemente ma vanamente rileva, in genere in questo contenzioso il pollice è verso il danno del datore di lavoro; nella migliore o peggiore delle ipotesi (dipende dal lato) la compensazione delle spese è, di massima, di rito. Nella situazione specifica la giurisprudenza fu all'unisono con la Corte costituzionale nel valutare la concreta posizione del

lavoratore, nel rapporto all'epoca risolubile di massima *ad nutum*, come impeditiva di un libero esercizio dei diritti. Questo è il dato di fatto storicamente riscontrabile, piaccia o no. Cosicché, abuso o no che abbia compiuto la Corte costituzionale nel giugno 1966, per altro verso tanto imponente concorso dimostrò una diffusa consapevolezza nella società italiana nel senso indicato; ed in questo *animus* è complessivamente maturata la radicale riforma del nostro diritto del lavoro nel decennio. Così c'è spazio per una valutazione di segno positivo (se non per il giurista nel suo naturale filisteismo formale) per lo storico, per il sociologo, per il politologo, per chiunque si ponga all'esterno e di qui consideri, appunto, l'evoluzione della giurisprudenza, specie in termini di corrispondenza al sentire di massa.

Ma c'è anche spazio per « intuizioni » di altro genere e più maliziose, specie considerando quali e diverse motivazioni si adducano oggi per resistere all'ulteriore svolgimento della giurisprudenza costituzionale e ordinaria. Si afferma infatti solitamente (le citazioni sono superflue, data la concordanza dei critici sul punto) che, ai fini della decorrenza della prescrizione, non deve tenersi conto solo del regime del licenziamento, ma si deve valutare la complessiva posizione d'inferiorità del lavoratore, pensando, come ha scritto Spagnuolo Vigorita (v. *Relazione*, cit., spec. 25) « ... al timore di ritardi o arresti nella progressione di carriera, di trasferimenti o di adibizione a mansioni sgradite, di essere comandato di lavoro straordinario non richiesto o all'opposto di non essere ammesso a fornire prestazioni di lavoro straordinario, di essere, più in generale, discriminato sul delicato piano dei rapporti umani all'interno dell'azienda ». Si può pensare che vi influisca, sotto sotto, la sottocultura della magistratura come ceto impiegatizio, secondo quanto ho ritenuto di poter rilevare altrove (v. in *Dir. lav.*, 1975, I, 365). Una sottocultura invero esasperata specie da noi, se si tien conto che la magistratura, traendo a pretesto talune proposizioni costituzionali (che col problema, invero, hanno la relazione che, in altra occasione, il compianto Sermonti disse classica, del cavolo con la merenda), ha compiuto la più meravigliosa operazione sindacale nel senso più grettamente corporativo, smantellando, all'insegna dell'indipendenza interna, ogni e qualsiasi serio sistema di selezione (legge Breganze e consimili aberrazioni). Un ceto di impiegati che ben sa, per diretta esperienza, quanto poca indipendenza seppe darsi autonomamente un tempo e quante iniezioni legali siano state necessarie per conferirgli dignità di parola (ma è, in senso etico, vera indipendenza?), è comprensibilmente corrivo ad intendere le ragioni, confessabili o no, degli altri e ad accettarne l'ideologia di tutto riposo (ma di questo *infra, sub* n. 7).

3. Tornando specificatamente alla sentenza delle S.U., deve dirsi che la Corte ha condotto egregiamente il discorso in termini di valutazione *interna* della complessiva giurisprudenza costituzionale. Ai fini della determinazione della nuova regola di diritto, si è dato il giusto peso alla sentenza n. 143 del 1969 nella quale, come bene hanno messo in rilievo Cassese e D'Alberti, la questione di costituzionalità venne dichiarata infondata rispetto ai lavoratori temporanei dello Stato. Parimenti la Cassazione ha considerato la sentenza n. 86 del 1971 giunta alla medesima conclusione, relativamente alla prescrizione decennale, nei confronti delle Casse di risparmio in ragione, si disse ivi, della pubblicità del rapporto in quanto corrente con ente pubblico (seppur economico). E si è detto assai bene che intendere come « indiscriminata » la pronuncia di illegittimità del giugno 1966 per tutto il settore privato avrebbe comportato, in pratica, una forte (ed ingiustificata) disparità tra l'assetto del pubblico impiego e quello di intere categorie private. Infatti, considerando come operante la regola della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto anche nelle situazioni privatistiche assistite dal regime di stabilità (v. *infra*, n. 4), palese sarebbe stata la discriminazione in danno di coloro che sono legati con lo Stato o con altri enti pubblici con rapporto del tutto precario. Tutto questo contribuendo, anche per questo verso, a delimitare la portata della prima pronuncia del giugno 1966 fino all'accettazione della delimitazione del 1972.

In verità, la spiegazione in termini pubblicistici nei confronti delle Casse di risparmio (e più in generale degli enti pubblici economici) non convince, come ho detto in altre occasioni. Né può dirsi, come ha fatto Tamburrino, che l'economicità dell'ente rilevi unicamente ai fini dell'individuazione del giudice competente (oltre tutto, se questo può oggi risolutivamente appagare in ragione del dato positivo, art. 409, n. 4, c.p.c. nuovo testo *ex* legge n. 533 del 1973, più ardua sarebbe stata la conclusione in precedenza nella *vexata quaestio* della sopravvivenza o no del vecchio art. 429, n. 3). Più decisamente, il rapporto con questi enti o è, al minimo, a regolamentazione privata o è, come io ritengo, di diritto privato *tout court*. Più convincentemente, quindi (v. *infra*, n. 4), la conclusione della non operabilità della sentenza n. 63 avrebbe potuto motivarsi in ragione della stabilità del rapporto tipica, di massima, con tali enti.

Presumibilmente la Corte costituzionale non ignorava i rilievi critici opponibili alla spiegazione pubblicistica sommariamente dedotta nella sentenza n. 86. Resta da registrare che, ai fini del problema specifico, la Corte medesima ha ritenuto sufficiente, per escludere la non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto, il dato dell'inerenza del

rapporto o allo Stato o a qualsivoglia ente pubblico, economico o no, in piena coerenza tra le due sentenze n. 86 del 1971 e n. 143 del 1969. Conclusivamente, *a prescindere* dalla stabilità del rapporto, la pubblicità dell'ente datore di lavoro è, per la Corte, sufficiente a rimuovere la situazione d'inferiorità del lavoratore e a garantire a costui piena possibilità di agire di fatto. L'assunto è francamente e per più versi opinabile, come hanno messo in rilievo Cassese e D'Alberti, nonché Andrioli. Ma resta in termini di constatazione storica e resta la curiosità di determinare la *ratio* sostanziale determinante della valutazione.

Anche qui, dato lo scarso grado di persuasività dell'argomentazione addotta (specie quando sono in questione rapporti precari), si può andare alla ricerca, con più o meno fantasia arbitraria, del convincimento di fondo. Forse per la Corte costituzionale, a parte la regolamentazione specifica del rapporto, la pubblicità in sé garantisce dell'inesistenza di abusi e prevaricazioni in danno del dipendente; magari perché, come giustamente ha detto taluno in un dibattito sulla riforma della pubblica amministrazione pubblicato nella *Riv. giur. lav.*, lo Stato in definitiva non esiste. Lo Stato è notoriamente così assente padrone che, di norma, non c'è spazio per torchiare il dipendente. Se talvolta questi viene estromesso, il maligno potrebbe considerare che costui deve averla fatta veramente grossa. Si tratterebbe così di una spiegazione spicciola, in termini di massima d'esperienza; nell'ordine tipico delle valutazioni politiche e discrezionali del legislatore.

Ma è una spiegazione che non regge, viceversa, per gli enti pubblici economici, specie per le banche, dove, a parte la qualifica formale dell'ente, per fortuna c'è minore pubblicità in senso vietamente paternalistico e comprensivo (in danno della collettività nazionale). Qui c'è ancora sostanzialmente impresa autentica, vuoi per la situazione concorrenziale, vuoi perché alle spalle c'è un ente di controllo ancora immune dalla degenerazione pubblicistica deteriore e partitica, la Banca d'Italia: almeno fin quando non avrà pieno successo la manomissione integrale dell'aristocrazia politica parassitaria. Tanto che, com'è nell'esperienza di tutti i giorni, qui abbiamo pieno antagonismo. Semmai, ripeto, vale la spiegazione in termini di stabilità del rapporto.

4. In concreto, per la giurisprudenza che vorrà accettare, dopo la pronuncia delle S.U., la svolta segnata dalla sentenza n. 174 del 1972 della Corte costituzionale, il problema di gran lunga più importante è quello di precisare quale sia il regime di risoluzione del rapporto in danno del lavoratore, che può giustificare la decorrenza della prescrizione anche in costanza del rapporto medesimo. In proposito, le indica-

zioni della sentenza n. 1268 mi sembrano sufficienti e vanno svolte con chiarezza nei limiti del possibile, soprattutto per evitare, come si è paventato (v. Di Majo e D'Antona), che ogni giudice elabori una sua concezione della stabilità. Tale prospettiva va sempre più allargandosi nell'esperienza, ogni volta che a livello legislativo o a livello paralegislativo della giustizia costituzionale tutto si risolve nella posizione di norme di principio, rimettendosi poi, per l'accertamento dei presupposti di applicabilità, alla valutazione dei giudici di merito (così, ad es., di recente ha ribadito la Corte costituzionale con la sentenza n. 222 del 3 agosto 1976 in tema di esercitabilità del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali). Questa « tecnica », se non erro, incontra in particolare i favori della scuola progressiva.

Le S.U. sono state chiare nel far riferimento, in alternativa, o al regime del licenziamento illegittimo di cui all'art. 18 st. lav. o alla stabilità *ex* art. 1 della legge n. 604 del 1966. Nella prima situazione (art. 18) la svolta è da ritenersi verificata al momento dell'entrata in vigore dello statuto (12 giugno 1970); nella seconda deve aversi riguardo al momento di sottoposizione del rapporto alla regola della stabilità per norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo o individuale (art. 1 della legge n. 604), eventualmente anteriore all'entrata in vigore della legge del 1966 sui licenziamenti. Resta naturalmente da stabilire, nella seconda ipotesi, quali siano gli estremi sufficienti della stabilità che è concetto, invero, ancora non del tutto chiarito. Non conta, viceversa, la legge del 1966 in sé, in quanto introducente un regime alquanto debole, detto comunemente « obbligatorio », del licenziamento illegittimo, che si risolve, in pratica e come è stato universalmente riconosciuto, in una maggiore onerosità del licenziamento ingiustificato attraverso la comoda soluzione economica della « penale ». Solo con lo statuto può dirsi sussistente una corposa ed incisiva limitazione.

Giustamente le S.U. mettono sullo stesso piano la stabilità e l'art. 18. Per la prima, grosso modo, intendono una regolamentazione che assicura di massima la continuità del rapporto fino all'età del pensionamento. Può aversi risoluzione ad iniziativa del datore di lavoro solo nella ricorrenza di tassative, gravi ipotesi di norma a carattere disciplinare. Il licenziamento illegittimo comporta il risarcimento dei danni effettivi (e quindi con riferimento, di massima, al trattamento spettante fino al momento del pensionamento, con le detrazioni consentite dai principi vigenti in materia e da tempo collaudati). Deve in particolare osservarsi che il regime di stabilità è, e in concreto può essere, per più versi più favorevole rispetto alla regolamentazione *ex* art. 18 statuto. Infatti è dubbio se, rispetto all'art. 18, il lavoratore, in ogni caso non desideroso di ripren-

dere servizio per sue personali e legittime valutazioni, possa optare (com'io propendo a credere) per il risarcimento dei danni nei termini indicati, preferendo un consistente incremento finanziario. Se si deve dire che il regime dell'art. 18 è inderogabile nel senso che alla declaratoria d'illegittimità del licenziamento consegue inevitabilmente ed *in primis* l'ordine giudiziale di reintegra in servizio, con la conseguenza della risoluzione di diritto del rapporto ove il lavoratore non corrisponda all'invito del datore, è dubbio quale dei due regimi sia più favorevole. In secondo luogo, talora il regime di stabilità è più rigoroso di quello che, sul piano della legge, è caratterizzato dalla regola della giusta causa o del giustificato motivo nella duplice accezione subiettiva ed obiettiva. Ad es., il contratto collettivo per le Casse di risparmio prevede, con una soluzione invero eccessivamente rigida, la destituzione solo per una mancanza così grave da non consentire la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto; cioè la giusta causa *ex* art. 2119 c.c. e forse assai più della definizione legale, posto che non si parla di « causa », ma di « mancanza » come nella legge impiegatizia del 1924, potendosi così sostenere che non contano situazioni meramente obiettive, esigendosi in ogni caso la rimproverabilità. Certo può sostenersi che, serbata la maggiore ristrettezza garantistica per il lavoratore dell'individuazione delle situazioni sostanziali giustificanti, le conseguenze della destinazione illegittima siano ormai, quanto meno per libera scelta del lavoratore, quelle dell'art. 18 e non quella altrimenti solo pecuniaria. Ma resta il problema, irrisolto, nei termini indicati.

Gli scrittori della *Riv. giur. lav.* (in particolare D'Antona e Maresca) si sono industriati di dimostrare come, per vario verso, il vigente regime del licenziamento non comporti quelle garanzie di effettiva stabilità che in ipotesi si dovrebbero richiedere ai fini della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto. Così, in particolare, si insiste sulla situazione del licenziamento collettivo per riduzione di personale nella quale, almeno per una parte dell'opinione, il licenziamento sarebbe ancora del tutto libero, nonché sul fatto della dubbia eseguibilità coattiva della sentenza *ex* art. 18. Tutto questo complesso di critiche è difficilmente accettabile vuoi per una valutazione d'insieme vuoi per considerazioni di volta in volta specifiche. Mettendo insieme logicamente i vari assunti e, soprattutto, leggendo tra le righe, si ricava che per questi AA. il regime suscettivo di comportare la decorrenza della prescrizione potrebbe essere, tutto concedendo, quello dell'*inamovibilità*; il che pare francamente eccessivo. Il punto decisivo è che non valga più, ai fini della risoluzione, il mero arbitrio del datore di lavoro; che, al contrario, sussista una normativa in ragione della quale occorra sempre, di massima, una

giustificazione obiettiva controllabile dal giudice. E direi che al quesito, per quanto attiene al regime *ex* statuto dei lavoratori e alla stabilità autentica, si debba rispondere positivamente. Così, per quanto attiene ai licenziamenti collettivi, è pure acquisito, sia insindacabile o no la scelta di principio dell'imprenditore, che in ordine alla scelta debbono seguirsi criteri obiettivi, nel rispetto, in ogni caso, del principio di non discriminazione. Resta la zona della decisione *in sé*, in ordine alla quale si contrappongono concezioni del tutto opposte, quella della sindacabilità giudiziale anche nel merito e la mia vetero-liberale almeno in una data situazione, con una serie di prospettazioni intermedie. Sennonché, comunque si risolva il problema del trattamento del licenziamento collettivo in sé, resta che in ogni caso il rapporto di lavoro non si risolve per arbitrio, ma per una scelta giuridicamente corretta. Anche seguendo la concezione vetero-liberale, il bene del mantenimento dei rapporti di lavoro deve cedere all'esercizio della libertà imprenditoriale; questo in ogni caso non significa possibilità di arbitrio, non comporta affatto una situazione di menomazione del lavoratore in costanza di rapporto. Si pensi alla casistica del vario timore enunciata da Spagnuolo Vigorita (v. *supra*) per constatare che, per l'ipotesi specifica, il modello sociologico preteso non funziona. Tutti sanno che la soppressione di un'impresa è fatto che può sempre verificarsi, che non può mai escludersi e nel contempo è così remoto, così d'altro canto generale nella incidenza, che siffatta prospettazione non può certo influire sulla determinazione del comportamento del lavoratore. Tutto può dedursi come ragione del « timore » del lavoratore, meno questo.

D'altro canto l'esperienza concreta mi ha dimostrato che tutto quello che si scrive nei libri a proposito dei limiti al sindacato del giudice per quanto attiene alle decisioni imprenditoriali di massima, anche se parzialmente esatto in teoria, ha ben poco riscontro nella pratica. Ed è questo che decide. Niente impedisce ai lavoratori licenziati per riduzione di personale d'impugnare giudizialmente il licenziamento; e nel giudizio, in tanta contrapposizione di tesi sul problema di fondo, solo una difesa sprovveduta si trincererà dietro l'art. 11 cap. legge n. 604. Al contrario e per non avere sorprese, si è indotti a dimostrare per quanto possibile la giustificazione sostanziale del licenziamento, nella convinzione, non errata, che è su questo terreno che si può vincere. Ho l'impressione che *di fatto*, nell'esperienza reale e al di là della disputa dei dottori, il controllo del giudice in tema di questi licenziamenti sia inevitabilmente di merito; quanto meno, perché si deve dimostrare l'autenticità della situazione considerata dal legislatore nel senso, almeno letteralmente, dell'esclusione della tutela. Sottopongo al cortese lettore questa ipotesi di lavoro

assai interessante: i licenziamenti collettivi nella teoria e nella prassi. Probabilmente gli scrittori avranno da rimeditare diverse loro affermazioni di approccio.

Né mi par che rilevi il punto della dubbia eseguibilità coattiva della sentenza *ex* art. 18. L'alternativa è in ogni caso, posta la giuridica continuità del rapporto, la permanenza dell'obbligo di corrispondere l'equivalente della retribuzione: « sanzione » di per sé non trascurabile, in una situazione non impeditiva della possibilità di dar corso ad altro lavoro per giunta. Tutto questo non è veramente sufficiente per ritenere cambiato il clima del rapporto di lavoro?

Più in generale mi pare che scrittori qui criticati muovano da idee eccessivamente preconcette, ponendo al centro la possibilità della reintegra effettiva in servizio. Ma si è già visto che può essere in concreto preferibile per il lavoratore, secondo sua libera scelta, la soluzione pecuniaria. In realtà *ex adverso* non si tien conto dell'uomo in concreto, secondo i suoi reali interessi e le sue libere scelte sul piano dell'affare. Si bada all'uomo « di principio », secondo il modello dell'ideologia sottostante alla scelta dell'art. 18, volendosene appunto fare una questione: l'essenziale è che la decisione imprenditoriale venga rintuzzata e che il lavoratore rientri nel luogo donde è stato estromesso. Non nego il valore (anche di civiltà, nel senso dell'attuazione del diritto) di questa scelta pregiudiziale e comprendo come da parte sindacale si ponga l'accento sul piano dell'effettività del nuovo diritto del lavoro. Ma una cosa è la tensione ideale, una cosa è il problema, strettamente tecnico, dell'eseguibilità coattiva o no della pronuncia, e altra cosa ancora, a parte la soluzione del precedente problema, è la questione specifica ai fini della prescrizione: qui si deve solo vedere se il regime è nel complesso tale da aver eliminato o no, almeno in una certa zona, lo spettro del licenziamento arbitrario. Altrimenti, confondendo i vari momenti e problemi, si fa, a mio sommesso avviso, solo dell'apriorismo ideologico astratto, confondendo quanto deve rimanere distinto e deve essere di volta in volta valutato in termini di razionalità.

5. Le S.U. hanno ribadito che, per i rapporti non adeguatamente protetti, ha da aver corso ancora la regola enunciata nella sentenza n. 63 del 1966 della Corte costituzionale. Quindi ai fini della prescrizione sarà necessario stabilire in concreto in quale regime siamo per il licenziamento. Torna, così, la questione del campo d'applicazione dell'art. 18 st. lav. con tutte le incertezze notorie che vi sono in proposito. Qui Maresca fa osservazioni pertinenti, ponendosi il problema di come si debba valutare la situazione ove, in ragione della diversa entità del personale

occupato nell'impresa, l'applicazione dell'art. 18 possa subire nel tempo un'applicabilità per così dire « intermittente ». Il problema è serio. È improcrastinabile uno studio organico che potrebbe intitolarsi « i numeri nel diritto del lavoro », posto che molte norme ormai condizionano l'applicabilità di questa o quella normativa all'entità del personale occupato; soprattutto si dovrebbe individuare un criterio appagante ed astratto per la stima nel tempo. Comincia la casistica in giurisprudenza e auguriamoci un prossimo chiarimento teorico.

In relazione alla tesi giusta la quale l'art. 18 dello statuto non potrebbe applicarsi per i rapporti costituiti nelle unità produttive con meno occupati rispetto ai numeri indicati nell'art. 35 dello statuto, si dovrà scegliere, anche in termini prosaicamente avvocateschi, se convenga l'esclusione dalla normativa più rigorosa per i licenziamenti ma al costo della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto o, viceversa, il contrario (applicabilità dell'art. 18 ed opponibilità della prescrizione). Ritengo che la scelta economicamente più giustificabile dovrebbe essere, di massima, la seconda. La controversia sul licenziamento può risolversi, in caso di sollecita impugnativa del lavoratore, in poche settimane e, al massimo, il lavoratore sarà reintegrato in servizio, dopo la prima pronuncia ed eventualmente in attesa della soluzione finale della lite, nella corrispettività tra lavoro e retribuzione. Ben più pesante può essere, specie per le minori imprese, una condanna pecuniaria per differenze retributive per decenni in moneta rivalutata. Come si vede, c'è spazio per un incentivo all'estensione, anche convenzionale in ipotesi, del regime di cui all'art. 18 dello statuto; cosicché la svolta giurisprudenziale sul punto della decorrenza della prescrizione può avere insospettati esiti progressivi.

6. Natoli rileva, terminando il suo scritto, che « se la conclusione ora adottata dalla Corte di cassazione dovesse generalizzarsi, ne risulterebbe inevitabilmente una spinta al vertiginoso aumento della litigiosità, essendo i lavoratori interessati costretti a ricorrere alle vie legali a difesa dei propri diritti senza perdere tempo e sempre più decisamente. ... Con buona pace di tutti quei predicatori, che dal sicuro pulpito di una proclamata neutralità, vanno ricercando le cause di tutti i nostri mali e, soprattutto, di quelli delle imprese nella premessa di una distruttiva conflittualità permanente ». Il rilievo non è calzante. La conflittualità generalmente lamentata è quella sindacale-collettiva nei luoghi di lavoro, nel rifiuto programmatico del contratto collettivo come impegno bilaterale tra una scadenza e l'altra, nella sistematica riproposizione di ulteriori rivendicazioni a livello aziendale, con conseguenti astensioni collettive

dal lavoro in genere attuate in forma articolata. Qui, invece, è in questione una ben diversa conflittualità, quella giudiziaria, da svolgersi con le armi pulite del diritto. E ben venga questa conflittualità. Infine, con la diversa tesi, il contenzioso verrebbe solo rinviato nel tempo, alla scadenza del rapporto, con la pretesa di rimettere tutto in discussione per anni e talora per decenni e derivandone conseguenze abnormi anche per l'incidenza della svalutazione. L'acceleramento del contenzioso che potrà derivare dalla svolta giurisprudenziale è gradito, proprio perché in alternativa a conseguenze ben più onerose, non potendo operare l'eccezione di prescrizione. Né si deve dimenticare che, molte volte, le imprese sono nell'impossibilità di rispondere nel merito a distanza di anni, quando i libri sono ormai scomparsi e il personale dirigente è cambiato; *ex adverso* funzionando invece la reciproca solidarietà testimoniale. Basta avere un minimo di dimestichezza per rendersi conto della posta in giuoco, della non congruenza del rilievo, e per ritrovare nell'esperienza, checché si sia detto in contrario (Di Majo) il fondamento d'ordine pubblico della prescrizione. Non corrisponde a giustizia che si debba rispondere ad eccessiva distanza di tempo a pretese rivendicative ed è nel comune interesse della generalità che i rapporti siano sollecitamente definiti.

7. Nel merito della valutazione politico-sociale, ovviamente opinabile, ribadisco quanto scrissi nel 1973 e consento con la conclusione delle S.U. Su questo piano è del tutto comprensibile che la prescrizione non decorra, in costanza di rapporto, solo laddove il lavoratore non è adeguatamente protetto contro la minaccia di ingiustificato licenziamento, vuoi in applicazione dell'art. 2118 c.c., vuoi ai sensi dell'art. 8 della legge n. 604. Se dovessi concludere che la regola ordinaria dell'art. 2935 c.c. non è applicabile nemmeno laddove c'è stabilità o applicabilità dell'art. 18 dello statuto, dovrei ammettere che tutta la radicale riforma del nostro diritto del lavoro in questo decennio non è servita a nulla; più in generale, che il diritto del lavoro, quale diritto speciale insorto in ragione protettiva della parte più debole del rapporto, presenta un bilancio fallimentare. Se scopo del diritto e della riforma è qui, in particolare, quello di restituire concreta libertà d'azione e di valutazione al lavoratore, vorrei evitare una conclusione politicamente così sconfortante.

Se non riusciamo ad ottenere un tipo di lavoratore, capace di agire, se necessario, a viso aperto, l'esito è negativo proprio sul piano dei valori, di quella dignità che figura nell'intitolazione dello statuto. Soprattutto avverso la portata deteriore, sul piano dell'etica sociale e del costume,

della contraria tesi, volta a sollecitare di fatto un tipo d'uomo infido e meschino, pronto ad ogni speculazione e ad ogni ricatto, proprio perché può confidare nell'inopponibilità dell'eccezione di prescrizione. Si dice che la garanzia contro il licenziamento non serve, che il licenziamento è solo la minaccia più vistosa, che ben altre ragioni di diminuita libertà si annidano per più versi nella varia vicenda del rapporto. Anche qui si tratta di decidere se optiamo per un tipo d'uomo capace di responsabilmente adoperarsi nella gran commedia tragica della vita oppure per un furbetto ognora protetto: come se nella vita fosse possibile prescindere da un minimo di rischio nel confronto quotidiano e dialettico con gli altri. Personalmente eviterei di indulgere a temi e profili che sono tipici della burocrazia in senso deteriore.

39.

# CAUSE REALI E CAUSE PRESUNTE DELL'ASSENTEISMO (*)

Quando ricevetti dal prof. Mazzoni l'invito a trattare il tema delle « cause reali e cause presunte dell'assenteismo », risposi manifestando una certa sorpresa, posto che io non ho alcuna specifica competenza sociologica. Poi finii per accettare; e nel farlo mi fu di conforto l'arguta constatazione fattami qualche tempo fa da un collega: « noi avvocati sappiamo tutto ». Cioè noi avvocati abbiamo di norma tanta esperienza di vita che, aggiungendo un pizzico di presunzione, ci consente di poter dire qualcosa di serio su tutto; quanto meno, avendo i piedi saldamente sulla terra.

In sostanza dovrei cercare di dire qualcosa sulle giustificazioni o no del diffuso assenteismo, meglio sulle proporzioni delle giustifificazioni; così prendendo posizione sulla polemica che si trascina da anni tra le contrapposte parti sociali e sindacali e in tutti gli ambienti, lamentandosi da parte imprenditoriale l'abusivismo. Da ultimo, com'è noto, anche da parte sindacale e anche a sinistra va maturando una diversa e più articolata valutazione del fenomeno, specie perché l'estrema facilità delle incontrollabili giustificazioni fa notoriamente da schermo, spesso, al doppio lavoro universalmente deprecato. E così, quanto meno, c'è una certa disponibilità ad assumere impegni, invero in sé generici se non nebulosi, detti « politici » al fine di cercare di contenere, insieme, il fenomeno in questione.

In realtà è difficile, avendo riguardo all'assenteismo prevalente, ufficialmente per malattia, delimitare se o in quale misura il fenomeno è giustificato. In primo luogo perché il concetto di malattia è intrinsecamente *relativo*. Intanto dovremmo aver riguardo non alla malattia in sé, ma a quella veramente *impeditiva* della prestazione lavorativa. Posto che per malattia si intende genericamente (il concetto è assai tormentato nella scienza medica) qualsivoglia alterazione dello stato altrimenti, per

---

(*) È il testo della conversazione letta, il 25 febbraio 1977, al Seminario fiorentino di preparazione per dirigenti sindacali ed aziendali, diretto dal Prof. Giuliano Mazzoni.

così dire, « ottimale », di salute, con necessità di cure o quanto meno di cautele e di riguardi, certo può seriamente distinguersi tra malattie impeditive e non impeditive del lavoro. Con l'ulteriore complicazione che la valutazione deve di necessità cambiare vuoi in ragione del tipo di malattia, vuoi in ragione delle caratteristiche specifiche di quel determinato lavoro; una cosa è, ad es., dover lavorare all'aperto con esposizione alle intemperie e una cosa è poter lavorare in un ufficio riscaldato.

Facciamo l'esempio più semplice del raffreddore acuto o del mero stato febbrile. Gli avvocati talora vanno in udienza anche se sono febbricitanti; per la media dei lavoratori subordinati qualche linea di febbre costituisce sufficiente giustificazione e qualsivoglia medico scrupoloso non può dar torto. È superfluo rilevare che l'avvocato va anche perché nessuno « gli paga la giornata ». Chi vi parla, ad es., è *ab immemorabili* soggetto allergico e asmatico, con punte periodiche di una certa intensità; ma stento a ricordare se ho perso o no qualche giornata.

In sostanza, ai fini dell'incidenza impeditiva delle malattie sui lavoratori, dovremmo dire, se vogliamo veramente procedere con metodo serio, cioè scientifico, che la situazione cambia in ragione della condizione sociale. C'è una differenza, a questi fini, che forse possiamo permetterci di definire *antropologica*.

C'è poi il problema dei *medici*. Anche questi professionisti sono nel ciclone della polemica, da diverse parti denunciandosi loro pretese responsabilità (il certificato facile). Ma qui è bene dire con estrema chiarezza. Indubbiamente possono esserci punte patologiche; vi sono, come si legge con una qualche frequenza sui giornali, casi evidenti di leggerezza e talora di collusione. Ma, nel complesso, la situazione è ben altra e ben altro è il dramma, vorrei dire istituzionale, di fondo. Tutto cambia a seconda del contesto complessivo nel quale ci troviamo. Deve o no il medico credere al paziente? Certo, nella situazione privatistica tradizionale, di norma il sanitario poteva o doveva credere al malato. Il malato che paga in proprio la parcella e che deve subire direttamente il danno conseguente all'eventuale astensione dall'attività, si rivolge al sanitario quando sta veramente male. Il sanitario può credere, specie se conosce da tempo la persona; quante volte, ad es., si procede alla consultazione per telefono! Tutto cambia nel contesto di protezione previdenziale e in ragione della normativa che diversamente regola l'incidenza del rischio; quando paga qualche altro, la collettività in definitiva, il paziente può essere indotto ad esaltare il leggero malanno che avverte se non ad inventarlo del tutto. Ricordiamo, ad es., che i professori delle scuole secondarie e i maestri elementari di norma vanno a lavorare il 23 dicembre e l'ultimo giorno di scuola, anche se per

avventura debbono andarvi con le stampelle; perché, per una particolare regolamentazione tutti i giorni successivi di vacanza verrebbero computati a scapito del massimale di malattia nell'anno. Ed allora occorre decidere. Il medico deve operare a servizio esclusivo del cliente nei termini tradizionali e credendo così, di massima, al medesimo; oppure deve in sostanza operare e giudicare come funzionario del complesso pubblicistico di sicurezza sociale, mettendo in calcolo che il lavoratore può mentire? Questo è l'inquietante interrogativo di fondo, valutabile anche in termini deontologici. Se volete torna anche qui l'alternativa radicale dei modelli di costruzione del sociale, tra liberismo e socialismo, con tutti i dubbi di effettiva realizzabilità del secondo corno in ragione della dubbia possibilità che, a livello di massa, la cosa pubblica sia sentita e gestita come cosa propria della quale non conviene abusare.

Si tenga conto, poi, che non tutte le malattie sono facilmente rilevabili secondo emergenze obiettive. E poi, oltre le malattie in senso proprio, vi possono essere gli stati generali della persona che consigliano, ad es., un prolungato riposo evitando il logoramento del lavoro; a parte le situazioni di convalescenza non determinabili aprioristicamente. Anche qui potremmo continuare nel confronto secondo il ceto; il libero professionista è, ad es., arbitro in una certa misura dei suoi tempi di lavoro, può concentrarlo intensamente per ritagliare una settimana di riposo e distensione.

Vi sono poi, e crescono vertiginosamente nell'epoca moderna, le impalpabili malattie *dello spirito*, gli stati depressivi, ecc. E di qui ulteriori questioni che si dibattono, talora anche in giurisprudenza. Ad es., se, come da qualche parte implicitamente si pretende, prova dell'autenticità della malattia sia o no la possibilità di uscire di casa. Giacché spesso avviene che il preteso malato sia rinvenuto in giro; ma è certo che ben possono esservi vere malattie, quelle appunto del tipo qui considerato, per le quali la degenza in letto o il rimanere chiusi fra le pareti domestiche non è necessario. Io ho visto dei certificati medici nei quali si sconsigliava di stare in casa. E in *Orienti giur. lav.*, 1976, 700 potete leggere una decisione arbitrale, relativa al licenziamento di un dirigente, nella quale si riferisce di certificazioni mediche nelle quali si prescrivevano diversi mesi di riposo assoluto e di svago ritempratore al dirigente « e più alla sua *partner* »; nessuno può negare l'enorme importanza che abbia per la felicità della vita il benessere della compagna di affetti.

Vediamo intanto alcuni dati registrati nella letteratura sociologica e nella statistica e che possono aiutarci a capire le ragioni dell'assenteismo abusivo. Si constata, ad es., che l'assenteismo è maggiore nelle più basse qualifiche, cioè laddove è minore il valore professionale e c'è, quindi,

minore interesse al lavoro. Così il fenomeno è maggiore per le donne, posto che la donna deve conciliare spesso il lavoro con le esigenze di famiglia. Ovviamente sul tutto incide, come è detto a josa da tante parti, la mancanza di servizi sociali per collocare i minori e gli anziani malati, la scarsa funzionalità dei servizi di trasporto e diverse altre situazioni caratteristiche della vita moderna. In sintesi vi sono mille ragioni, talora umanamente comprensibili, che possono indurre a disertare il lavoro.

Potremmo dilungarci molto anche sui fattori incentivanti dell'assenteismo abusivo. In primo luogo ha inciso notevolmente il fatto che, in ragione delle modifiche introdotte contrattualmente in questi ultimi anni, di norma il lavoratore non perde niente in termini economici in caso di assenza, essendosi eliminata la carenza assicurativa nonché essendosi addossato ai datori di lavoro l'obbligo d'integrare il trattamento mutualistico fino a garantire il cento per cento della somma altrimenti spettante per retribuzione. E questo fatto viene esaltato nella pubblicistica sindacale. Infatti Trespidi ha scritto, in *Economia e lav.*, 1976, 213, che questo nuovo assetto ha necessariamente e giustamente incrementato le assenze « ... in quanto i lavoratori che, in precedenza, per non perdere tutta la retribuzione o una sua parte cospicua, andavano al lavoro anche ammalati, oggi restano a casa ». Così come si è registrata (v. Ichino, *Malattie, assenteismo e giustificato motivo di licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, I, 259) « la tendenza dei lavoratori a prendersi maggior cura delle proprie esigenze di salute, personali e familiari ... in corrispondenza con l'elevamento del tenore di vita generale ». E altro a., citato nel libro di Albani di cui dirò, 12, D. Ferrari, ha scritto: « Parrà un paradosso, ma è così: chi guadagna meglio, gode la vita, è sicuro di sé, trova o inventa motivazioni sempre più fantasiose per non lavorare o per giustificare l'assenza ».

Così si spiega, ad es., che il fenomeno sia più accentuato tra i giovani. Così, come, in generale, si spiega la pratica degli ultimi anni dei c.d. « ponti », con la tendenza a far festa nei giorni intermedi tra festività riavvicinate. Queste feste, che ora sono state ridotte per legge, ci sono state per secoli e non hanno in passato inciso negativamente quando, nell'Italia prevalentemente agraria e povera, erano solo occasione di sosta nella dura fatica fisica bighellonando nella piazza del villaggio o, al massimo, accedendo all'osteria. Tutto cambia, invece, in condizioni di relativa agiatezza, quando si hanno soldi ed automobile, con la forte tentazione di un viaggetto di distrazione, magari per ritrovare i parenti nel lontano Sud. E così si deve ricorrere all'espediente di mandare qualche santo venerato in soffitta. Per non dire poi di altre occasioni; in certe regioni la diserzione del lavoro è massima nei primi giorni di apertura della stagione venatoria.

Le valutazioni di segno ideologico del fenomeno sono, ovviamente, assai contrastanti. Non mancano, nella letteratura sociologica, apprezzamenti di larga comprensività, se non di consenso, talora ravvisandosi nell'abusivismo una forma di protesta silenziosa contro gli aspetti più discutibili della condizione lavoratrice o, in ogni caso, un'affermazione di libertà. In questo senso può vedersi il libro recente di Paolo Albani, *L'assenteismo operaio. Una forma di non collabozione*, Roma, 1976. In contrario può ricordarsi quanto scrisse, in *Il Giorno* del 21 novembre 1969 e cioè nel tempo di elaborazione dello statuto dei lavoratori (v. Stolfi, *Da una parte sola*, 1976), Giugni, mettendo in guardia l'A. sulle « ... carenze dei servizi ispettivi degli enti (che) potrebbero favorire l'assenteismo, fenomeno che solo alcuni sociologi da dozzina hanno tentato di giustificare come una "silenziosa protesta" contro la costrizione operaia, ma è, in realtà, una fuga da essa, che non deve in alcun modo essere agevolata ». E possiamo ricordare anche l'esaltazione del modello del buon lavoratore comunista fatta da Giorgio Amendola nell'*Intervista sull'antifascismo*, nonché le valutazioni critiche prospettate nel sindacalismo nei confronti di una soluzione considerata egoistica ed individualistica come si ricava anche dal citato saggio di Ichino. E chiunque abbia dimestichezza con gli ambienti di lavoro sa che v'è naturalmente avversione contro il collega sistematicamente assente, contro il « lavativo » che profitta o abusa della protezione mutualistica e sul piano del rapporto e che crea spesso anche problemi di sostituzione danneggiando immediatamente altri.

L'abusivismo è poi assai favorito dalle difficoltà del controllo pur formalmente reso possibile dalla legge (art. 5 st. lav.). Tutti sanno, invero, come al livello di massa non si possa confidare sul controllo a mezzo dei medici del servizio previdenziale, anche per le carenze organizzative degli istituti; quanto meno è assai difficile ottenere il controllo con la tempestività che sarebbe indispensabile. È evidente, infatti, che, rispetto ad uno stato normalmente e tipicamente transeunte come la malattia, il controllo ha senso solo in quanto possa aver corso nell'immediatezza; altrimenti, anche a distanza di pochi giorni, restano solo i certificati cui si deve di necessità credere in difetto di prova in contrario.

Né può confidarsi nell'eventuale controllo della situazione a distanza di tempo in sede giudiziaria, eventualmente in sede di impugnativa del licenziamento disposto per la pretesa assenza arbitraria dal lavoro. Per darvi palpabilmente conto della situazione, vi racconterò un caso nel quale ho avuto parte e che si è trattato circa un anno or sono innanzi alla pretura di Borgo a Mozzano. Un lavoratore è assente da diverso tempo con regolari certificati nei quali non si specifica la natura della malattia e

con la firma illeggibile di un medico. Dipendenti di un istituto di vigilanza richiesti dall'impresa riferiscono di aver visto, in due pomeriggi successivi, il lavoratore intento ad allenare in un campo sportivo una squadra di calcio nel consueto abbigliamento sportivo (da tempo si sapeva di questa seconda attività). Si dispone il licenziamento che viene impugnato. Il datore di lavoro si costituisce, porta la prova dei due testimoni e chiede al giudice che si identifichi il medico certificante e si svolgano indagini sulla pretesa malattia. In corso di causa si accerta che il lavoratore fu ricoverato per alcuni giorni in ospedale dove subì l'asportazione di tutti i denti; nei giorni successivi era in convalescenza dovendo, a giudizio del medico curante, riguardarsi per diversi giorni specialmente da sudate e frescate. Dopo di che vengono diversi testimoni che dichiarano che in quei due giorni il licenziato si trovava sì nel campo sportivo, ma tutto incappottato e fasciato con una sciarpa ai margini del campo medesimo, assistendo alla partita. Innanzi a queste risultanze fu inevitabile una soluzione transattiva. Così nella causa Ceccarelli c. Soc. Ondulato San Martino.

Nella migliore delle ipotesi, ancorché abbia avuto corso il controllo previsto e consentito nell'art. 5 dello statuto, il datore di lavoro non sa niente della natura della pretesa malattia e della sua eventuale incidenza impeditiva. Né si può attribuire valore determinante a circostanze eventualmente apprese per altra via, ad es. e specificatamente al fatto di aver rinvenuto il lavoratore in giro in condizioni apparentemente di sanità; proprio perché questo fatto esteriore può non contrastare con la particolare malattia emersa altrimenti. E se poi si perviene al processo, da parte del datore di lavoro si deve procedere a scatola chiusa, confidando negli esiti incerti degli accertamenti che possono richiedersi al giudice e nelle risultanze istruttorie. Come, appunto, l'episodio sopra riferito comprova.

D'altro canto occorre tener conto, in un certo senso a definitiva legalizzazione dell'abusivismo, di alcuni recenti pronunciati della Cassazione. Secondo Cass. 15 dicembre 1975, n. 4119, in *Notiz. giur. lav.*, 1976, 270, non possono ritenersi automaticamente gli estremi della giusta causa ove il lavoratore, al fine di assentarsi ulteriormente dal lavoro, falsifichi il certificato medico per quanto attiene all'indicazione della data di guarigione, ove il falso sia grossolano e quindi facilmente accertabile (curiosa questa trasposizione di elaborazioni penalistiche), consti che il fatto sia stato commesso in uno stato psicologico alterato (qui la malattia della madre) e risulti l'esiguità del danno (qui l'assenza per un solo giorno). La Cass. 10 giugno 1976 n. 2244, in *Foro it.*, 1976, I, 1760, in una sentenza che ha fatto giustamente rumore e che io ho commentato

adeguatamente altrove, ha affermato il principio che lo stato di malattia non osta, in linea di principio, alla possibilità per il lavoratore ufficialmente ammalato di prestare attività lavorativa anche alle dipendenze di terzi (nel caso il dipendente era stato colto in più occasioni in attività di istruttore alla guida di autoveicoli). Con questa pronuncia la Corte ha legittimato il secondo lavoro. È evidente che se questa è la sensibilità sociale dei giudici, non v'è più alcuna seria prospettiva di arginare il fenomeno deprecato.

Infine un semplice cenno ai rimedi possibili per arginare l'abusivismo. È evidente che potrà servire tutto quello che si potrà fare per agevolare il contemperamento delle esigenze di lavoro con quelle personali e familiari, con orari flessibili, con istituzione di una rete adeguata di servizi sociali specie per i bambini, con opportuni adattamenti degli orari di apertura degli uffici pubblici e dei negozi, con una disciplina più aperta, infine, dei permessi concedibili per giustificate esigenze (meglio una pratica leale del piccolo sotterfugio asociale). Può anche servire un'azione sui medici; lodevolmente si stanno adoperando in questo senso diversi magistrati e deve dirsi che talora può servire già il fatto semplice di una convocazione per indurre ad una maggiore serietà. Naturalmente procedendosi con il necessario rigore contro i comportamenti del tutto inescusabili (come in quel caso, verificatosi di recente in Toscana, del certificato attestante della malattia di un soggetto nel frattempo detenuto). Ma è certo che, a livello di massa e per un fenomeno di massa, il rimedio di gran lunga più funzionale è quello, in ipotesi, di agevole svolgimento perché automatico; in concreto rendendosi per qualche verso onerosa in termini economici l'assenza dal lavoro: ma a questo rimedio classico e funzionale si è voluto deliberatamente rinunciare. Io mi vado sempre più convincendo che il diritto non deve essere solo giusto, ma, soprattutto, effettivo ed efficiente; anche perché, alla lunga, proprio l'efficienza corrisponde all'interesse ben inteso del tutto sociale e, quindi, alla giustizia umanamente possibile a livello di massa.

40.

# DIRITTO AL LAVORO E REALTÀ DELL'IMPRESA (*)

In Italia, per quanto attiene alla tutela in concreto dell'interesse al lavoro, si è verificata una radicale evoluzione, sul piano normativo e nell'esperienza giurisprudenziale e, soprattutto, *nei fatti*, nell'ultimo decennio, nel generale salto di qualità del diritto del lavoro, nel contesto di una situazione economico-sociale e politica profondamente mutata.

Per quanto la Costituzione repubblicana del 1948 prenda in considerazione questo interesse all'art. 4, comma 1 (« La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto »), fino al 1966 non si registrò alcun concreto intervento legislativo di svolgimento di questa solenne previsione costituzionale e rimase ferma la regola posta nel codice civile (art. 2118) sulla libertà delle parti del rapporto di lavoro di recedere *ad nutum* dal medesimo; con questo conservandosi la piena libertà di licenziamento. In verità alcuni giuristi (in particolare Mortati e Natoli) cercarono per varia via di dimostrare che il disposto della Costituzione era logicamente inclusivo della protezione dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro; di guisa che poteva ammettersi il licenziamento solo nella ricorrenza di una giustificazione obiettiva controllabile dal giudice. Ma queste prospettazioni teoriche non ebbero riscontro pratico in giurisprudenza.

Solo nell'immediato dopoguerra, negli anni 1945-47 e quindi prima dell'entrata in vigore della Costituzione, per non provocare un abnorme incremento della disoccupazione nella situazione delle industrie assai precaria dopo il conflitto, si dispose per legge il blocco temporaneo, prima assoluto e in una seconda fase alquanto relativo, dei licenziamenti. Cessato il blocco si ebbero, ma nel solo settore dell'industria, accordi sindacali apprestanti una limitata tutela; accordi stipulati nel 1947 e quindi rinnovati nel 1950 e nel 1965. Più precisamente si ebbero due

---

(*) È la relazione predisposta per le Segundas Jornadas Italo-latinoamericanas de Derecho Comparado, presso la facoltà di San José de Costa Rica, settembre 1977.

accordi, uno per i licenziamenti « individuali », l'altro per i licenziamenti « collettivi per riduzione di personale ». Per i licenziamenti *collettivi* era prevista una procedura preventiva e *consultiva* tra la parte imprenditoriale e le organizzazioni sindacali, volta ad esaminare congiuntamente la possibilità di evitare o di ridurre i licenziamenti; procedura da esaurirsi inderogabilmente in un termine e riprendendo le parti, in caso (normalmente ricorrente) di mancata conciliazione, la loro « libertà » (l'impresa di dar corso ai licenziamenti; i lavoratori di far ricorso all'azione diretta: sciopero o anche occupazione dell'azienda; ma questa seconda forma di lotta, largamente praticata, è di dubbia legittimità). Inoltre sono dettati criteri per la scelta dei licenziandi (esigenze dell'impresa; anzianità; stato di bisogno); appagate le necessità relative alla predurante attività dell'impresa, debbono essere preferiti, per la conservazione del posto, i lavoratori con maggior carico familiare e più anziani (gli anziani potendo trovare più difficilmente una nuova occupazione).

Per il licenziamento *individuale* l'accordo intersindacale prevedeva una procedura d'arbitrato (libero o irrituale), volta a valutare la sussistenza o non di una giustificazione del licenziamento medesimo; il datore di lavoro trovandosi, in caso di esito per lui negativo della decisione, nell'alternativa o di riassumere il lavoratore o di corrispondergli una somma a titolo di penale risarcitoria e ragguagliata tra un minimo e un massimo di mensilità di retribuzioni. Di fatto l'esperienza di questa « giurisdizione privata » fu assai misera; si ebbero pochi lodi, di massima risolvendosi la procedura, in sede conciliativa, in termini economici; e ai lodi negativi per gli impreditori non fece quasi mai seguito la riassunzione in servizio, preferendosi la soluzione economica. Le speranze riposte in questa soluzione convenzionale fallirono, anche e principalmente per la miopia imprenditoriale.

L'inattuazione dell'art. 4 Cost. e il perdurare del principio del recesso *ad nutum* furono coerenti ad una precisa scelta politico-economica compiuta dalla classe di governo in quel periodo, nella fase che poi si è detta del « liberalismo protetto ». Si ritenne conforme alle esigenze della ricostruzione postbellica e della ripresa economica la massima libertà imprenditoriale nella gestione dei rapporti di lavoro; essendo arcinoto che uno dei fattori determinanti del « miracolo » italiano fu la larga disponibilità di manodopera e il basso costo del lavoro: tutto culminando nel persistere del regime giuridico caratteristico del liberismo classico.

La situazione iniziò a mutare nel 1966, a seguito della partecipazione al governo, in coalizione con la Democrazia cristiana ed altri minori partiti, del Partito socialista (centrosinistra del 1963). E riprendendo

lentamente combattività il movimento sindacale dei lavoratori, il tutto sfociando nelle amplissime, e talora dure se non violente, agitazioni operaie del 1969 (autunno caldo).

La legge 15 luglio 1966, n. 604, limitò la libertà di licenziamento, ponendo la regola che da parte datoriale il rapporto può risolversi solo nella sussistenza o di una *giusta causa* (« una causa che non consente la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto »: art. 2119 c.c.) o di un *giustificato motivo* a sua volta consistente (art. 3 legge n. 604) o in g.m. « *subiettivo* » (« notevole inadempimento degli obblighi contrattuali ») in un g.m. « oggettivo » (« ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa »). È da notare, tuttavia, che la legge del 1966 prescelse un regime sanzionatorio « debole » del licenziamento ingiustificato, sostanzialmente in conformità alla soluzione accolta negli accordi sindacali; potendo il datore di lavoro liberamente scegliere tra la riassunzione o il pagamento della penale risarcitoria. Questa situazione è stata superata con lo « statuto dei lavoratori » (legge 20 maggio 1970, n. 300) adottato a seguito della grande offensiva sociale di cui ho detto; per l'art. 18 della legge del 1970 la pronuncia del giudice accertativa dell'illegittimità del licenziamento ordina la reintegrazione in servizio, pena, altrimenti, l'obbligo di corrispondere egualmente, *sine die*, la retribuzione. E se l'opinione di gran lunga prevalente è nel senso che l'obbligo di reintegra è incoercibile, seppur comporta la grave conseguenza economica accennata, è da dire che diversi giudici hanno variamente tentato di ottenere l'effettiva reintegrazione; ad es., facendo accompagnare in fabbrica il lavoratore dall'ufficiale giudiziario.

La legge del 1966 letteralmente dispone solo per i licenziamenti individuali; quelli « collettivi per riduzione di personale » sono, sempre alla lettera (art. II cap.), fuori della regolamentazione limitativa. Di guisa che da qualche parte si sostiene che gli imprenditori restano tuttavia liberi di valutare in ordine all'entità del personale necessario; così come resterebbero del tutto liberi, in ipotesi, di porre termine alla loro attività. Da parte contrapposta si lamenta l'insufficienza per questo verso della normativa in termini di autentica protezione sociale. Si deve ricordare che c'è una recente direttiva della Comunità Europea che impegna gli Stati ad adottare una normativa, prevalentemente procedurale e dilazionatrice nel tempo con intervento di pubblici uffici, per questa situazione che è certo quella decisiva sul piano dell'andamento del mercato del lavoro.

In realtà nella giurisprudenza il problema dei licenziamenti *collettivi* è tuttora aperto con opposte impostazioni. Una parte della giurisprudenza, specialmente di primo grado (il contenzioso del lavoro è ora

integralmente demandato ai pretori, cioè ai magistrati di norma più giovani e spesso di esplicita adesione ideologica in senso progressivo), ritiene che il magistrato possa sindacare nel merito le decisioni imprenditoriali per quanto attiene al livello di personale necessario per l'impresa; e ciò in quanto la piena libertà in materia contrasterebbe col principio secondo il quale l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale (art. 41 cap. Cost.). In quest'ordine d'idee talora il giudice ha reputato illegittima la decisione di cessazione dell'attività produttiva disposta dal curatore fallimentare. In molti casi le decisioni imprenditoriali sono state invalidate nell'ambito dello speciale procedimento di repressione della condotta antisindacale pure affidato alla competenza del pretore (art. 28 st. lav.). Cosicché in diversi casi il magistrato ha invalidato la messa in liquidazione dell'impresa ed ha ordinato la ripresa dell'attività e la conseguente rientegra in servizio dei lavoratori, così avendosi l'imprenditore coatto.

In contrapposizione, facendo leva sulla garanzia costituzionale della libertà d'iniziativa economica (art. 41 alinea Cost.), parte della giurisprudenza ritiene l'insindacabilità di massima delle decisioni imprenditoriali relative al livello dell'occupazione, consentendo tuttavia la valutazione dell'autenticità di siffatte decisioni e del nesso sussistente tra la decisione di massima e i singoli licenziamenti; in ogni caso potendo il magistrato controllare la giusta scelta dei licenziandi. In questo senso è sostanzialmente orientata, non senza incertezze e oscurità, la giurisprudenza della Cassazione; con questo si afferma, a ragione, una lettura corretta, al di là della lettera, del disposto citato dell'art. 11 cap. legge n. 604 del 1966: anche i licenziamenti « collettivi » sono giudizialmente impugnabili, ponendosi tuttavia un limite alle possibilità di sindacato nel merito da parte del giudice in ragione della ricordata garanzia costituzionale della libertà dell'iniziativa.

Sono tuttavia chiare le implicazioni *processuali* della tesi della possibilità dell'impugnativa giudiziale del licenziamento, ancor quando questo sia disposto nel contesto di una riduzione di personale e pur si aderisca alla tesi moderata da ultimo puntualizzata. Anche ammettendo che la valutazione del magistrato debba arrestarsi una volta acclarata l'autenticità della riduzione del personale, insindacabili che ne siano le ragioni, questo comporta che l'imprenditore deve premurarsi di buttare tutto in piazza; di comprovare, cioè, senza residui quali ragioni giustificate o comprensibili l'abbiano indotto a certe scelte.

Per comprendere appieno la situazione italiana, è bene precisare che la regolamentazione limitativa dei licenziamenti *non è di generale applicabilità*. A parte talune esclusioni *soggettive* dalla tutela (ad es., i diri-

genti; i lavoratori anziani o perché in possesso dei requisiti per la pensione di vecchia o, alternativamente, ultrasessantacinquenni), può dirsi genericamente che il regime di libera recedibilità di cui al codice civile resta nelle minori unità (salvo il generale divieto, quanto meno teorico, del licenziamento — in quanto tale nullo — di rappresaglia, cioè disposto per ragioni di avversione o di discriminazione ideologica, religiosa, politica o sindacale).

Ho detto, non a caso, genericamente per le « minori unità ». Giacché l'identificazione della linea di confine è incerta e tuttora controversa in dottrina e in giurisprudenza, in termini d'opinabile interpretazione di un complesso materiale normativo. Si incrociano qui due disposti non agevolmente coordinabili. Per la legge del 1966 la disciplina limitativa è applicabile ai *datori di lavoro* (anche non imprenditori: ad es., partiti, sindacati, entità culturali ecc.) che occupano più di 35 lavoratori. Invece, alla lettera (art. 35), per lo statuto dei lavoratori del 1970 la norma sul regime « forte » del licenziamento illegittimo è riferita alle *imprese*; e più precisamente, sempre alla lettera, non alle imprese in sé complessivamente valutate, ma, *nelle* imprese, « a ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo » che occupi nell'agricoltura più di cinque dipendenti e, nell'industria e nel commercio, più di 15 dipendenti; queste ripartizioni interne comunemente denominandosi unità produttive. Sono state enunciate le più varie tesi che tuttora si contendono in giurisprudenza. Tento di riassumere l'essenziale.

Si può sostenere che, fermo il minimo di 36 dipendenti per i datori di lavoro non imprenditori, per le imprese, invece, i numeri sono stati abbassati in assoluto (15 e 5), così dovendosi aver riguardo all'entità del personale complessivo dell'impresa. Vi sarebbe così una differenza tra gli imprenditori e i datori di lavoro non imprenditori; ponendosi il problema della giustificazione della medesima in riferimento al principio costituzionale d'eguaglianza (art. 3 Cost.), tutta questa problematica essendo zeppa di consimili questioni (a parte quella generale della giustificazione, su questo piano, di un assetto nel quale non tutti i lavoratori siano protetti contro il licenziamento arbitrario).

Alla tesi or ora enunciata si oppone che l'art. 35 dello statuto non considera l'impresa in sé, sibbene le singole unità produttive in questa eventualmente ricomprese, ove abbiano i minimi di consistenza richiesti. Cosicché, ad es., da qualche parte si sostiene, nel tentativo di coordinare le due norme imposte anche da una pronuncia della Corte costituzionale (n. 55 del 1974), che, ove l'impresa sia nel complesso soggetta alla disciplina limitativa per occupare almeno 36 lavoratori, il più rigoroso regime del licenziamento illegittimo di cui allo statuto dei lavoratori

(reintegrazione effettiva, pena l'obbligo della retribuzione) si applicherebbe a quei soli lavoratori che siano addetti all'interno ad unità produttive occupanti i minimi richiesti nell'art. 35. Con la conseguenza, quindi, che lavoratori della medesima impresa potrebbero contare su un diverso trattamento del licenziamento illegittimo, secondo il regime « forte » o secondo il regime « debole » della legge n. 604. E più in generale, avremmo tre regimi del licenziamento: libera recedibilità secondo il codice; legge n. 604; statuto dei lavoratori.

La giurisprudenza, anche della Cassazione, è divisa. In particolare in alcune sentenze della Corte Suprema si è sostenuto che il regime « forte » del licenziamento ingiustificato vale anche per i datori di lavoro non imprenditori che occupino più di 35 lavoratori (cosicché non avremmo, in generale ed in astratto, tre diversi regimi, ma due soli: codice e regime « forte »). A questo contrastano altre decisioni della Cassazione secondo le quali in ogni caso il regime « forte » non può applicarsi ai datori di lavoro, in quanto lo statuto dei lavoratori, come è stato ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale, si riferisce solo alle imprese.

Vi è poi una tesi radicale enunciata in dottrina (Mancini), ma disattesa in giurisprudenza. L'art. 35 dello statuto non dispone in generale per il campo d'applicazione dell'intera legge, ma solo per il titolo terzo ove si regola l'esercizio dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro (è evidente che l'assemblea suppone logicamente un minimo di consistenza aziendale); aggiungendo al titolo terzo l'art. 18 che dispone circa le conseguenze del licenziamento illegittimo. Sennonché Mancini, partendo dalla cennata considerazione che un problema di campo d'applicazione non si pone, almeno negli stessi termini, per la disciplina dei licenziamenti, sostiene che l'art. 35 ha inteso richiamare l'art. 18 non sul punto che qui interessa, sibbene per quella seconda parte dell'articolo ove si configura un particolare rimedio processuale a favore dei sindacalisti « interni », ad es., per i dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali, queste sicuramente potendo costituirsi solo nelle unità produttive che occupino i minimi previsti. Donde, per Mancini, la conclusione che, dopo lo statuto, la disciplina limitativa dei licenziamenti è di generale applicabilità. Sennonché, in ipotesi, la conclusione va semplicemente rovesciata: se l'art. 35 non tocca il campo d'applicabilità ai fini della disciplina dei licenziamenti, resta solo la norma della legge n. 604; con la conseguenza che tutti i datori di lavoro, imprenditori o no, sarebbero soggetti al regime « forte » se ed in quanto occupino almeno 36 lavoratori. Se questa tesi fosse accettabile (vi osta la lettera, anzi il numero dell'art. 35!), verrebbero meno le più gravi incongruenze delle altre tesi, con le

differenziazioni, difficilmente giustificabili, tra imprenditori e datori di lavoro non imprenditori e tra lavoratori all'interno della stessa impresa. Resterebbe solo la questione generale, di legittimità, di un assetto che non tutela tutti i lavoratori. Ma la Corte costituzionale, in ripetute pronunce, ha ritenuto costituzionalmente ineccepibile questa soluzione talora argomentando dal carattere accentuatamente fiduciario del rapporto nelle minori unità, talora assumendo che comprensibilmente il legislatore ha voluto liberare i piccoli imprenditori dai pesi di questa legislazione. È al limite comprensibile la libera recedibilità nell'ambito delle pareti domestiche e nei minimi esercizi che fanno capo o al piccolo imprenditore o all'artigiano, in un contesto spesso familiare.

A parte l'incerto confine tra l'area della libera recedibilità e l'area vincolata, può dirsi che per le imprese medio-grandi sussiste un regime limitativo dei licenziamenti assai drastico *in diritto*. La nostra normativa, in sé obiettivamente considerata o per l'interpretazione che se ne dà o che può darsene opinabilmente, risulta assai più rigida anche nel confronto con altri ordinamenti continentali europei, come con quello tedesco-occidentale che pur spesso è additato a modello. Si consideri, ad es., che, per una parte dell'opinione almeno, vale, a proposito della giusta causa, la concezione rigidamente « contrattuale », in termini di grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali strettamente intese; pur se la giurisprudenza della Cassazione si è pronunciata, anche di recente, per la concezione c.d. « oggettiva » secondo la quale rileva qualsivoglia fatto verificatosi nella sfera del lavoratore che, a prescindere dall'inadempimento in senso stretto, comporti una situazione d'incompatibilità e quindi l'improseguibilità del rapporto. Così come la nostra legge non considera che, pur dovendosi escludere la giustificazione del licenziamento, si sia tuttavia determinata una situazione di radicale incompatibilità tra le parti ai fini dell'effettiva reintegrabilità del lavoratore licenziato. Né vanno dimenticate le implicazioni *pratiche* di tutto il complesso normativo di protezione del lavoratore introdotto con lo statuto dei lavoratori del 1970. Si pensi, ad es., a quanto comporta il principio di non discriminazione ideologica (l'accusa di violazione è assai facile coi tempi che corrono); il medesimo inducendo a praticare una politica aziendale di parità, ponendosi in ogni caso in grado di giustificare qualsivoglia decisione. Di qui la spinta ad una crescente *burocratizzazione* dell'impresa, secondo il modello deteriore del pubblico impiego; con le inevitabili implicazioni ai fini della rilevabilità e della deducibilità delle situazioni ostative, altrimenti, alla proseguibilità del rapporto. Si pensi poi agli ostacoli legali ulteriormente frapposti alla rilevabilità degli inadempimenti, in particolare per quanto attiene all'assenteismo dal

lavoro. Infatti lo statuto dei lavoratori ha inibito il controllo diretto, a mezzo di medici dell'azienda, dello stato di malattia giustificante, dovendo in ipotesi il datore obbligatoriamente rivolgersi agli enti previdenziali che, generalmente, non sono in grado di intervenire tempestivamente. Cosicché tutti sanno che l'assenteismo è in notevole proporzione abusivo, ma mancano strumenti per reagire.

Ma, oltre le limitazioni che direttamente o indirettamente derivano dalla normativa e dalle interpretazioni correnti delle medesime, v'è da considerare la situazione *di fatto*; nel senso che tutto cospira ad impedire o a rendere estremamente difficile la manovrabilità della forza lavoro secondo le obiettive esigenze di mercato. *Sempre al livello delle imprese medio-grandi*, può dirsi che la manodopera ha ottenuto *di fatto* una sorta di inamovibilità, con gravissime conseguenze sull'economicità delle singole imprese e dell'intero sistema che, *anche per questo*, segna da alcuni anni una grave crisi il cui superamento in positivo è estremamente problematico.

In primo luogo può registrarsi la normale *distorsione di fatto* di determinati istituti. La situazione più notevole su questo piano attiene alla *cassa integrazione guadagni*; è questa una cassa, gestita dall'INPS (Istituto nazionale previdenza sociale), costituita per integrare (fino all'80 per cento) le retribuzioni dei lavoratori temporaneamente sospesi dal lavoro o lavoranti ad orario ridotto. Più precisamente si conoscono due forme di integrazione: quella *ordinaria* e quella *straordinaria* (legge 20 maggio 1975, n. 164, sulla garanzia del salario) (1); la prima, allorquando la contrazione o la sospensione dell'attività lavorativa è da attribuirsi a situazioni aziendali dovute ad eventi transitori e non imputabili alle parti del rapporto o a situazioni temporanee di mercato; la seconda, quando all'origine vi sono crisi economiche settoriali o locali o processi di ristrutturazioni, riorganizzazioni o conversioni aziendali. Sono previsti termini di durata di questi trattamenti; l'integrazione ordinaria può aver corso fino a 12 mesi. Presupposto logico di questo istituto è che si tratti di situazioni comunque transitorie, destinate ad essere superate, nel senso che sia in partenza presumibile il reimpiego a pieno tempo di tutte le maestranze interessate. Al contrario l'integrazione non dovrebbe aver corso allorché sia certa la non superabilità della crisi, quando già in partenza risultino inevitabili i licenziamenti per il risanamento dell'impresa. Orbene *di fatto* l'integrazione funziona come

(1) Oltre, ovviamente, alla gestione dell'edilizia.

un espediente temporaneo per allontanare il tempo del licenziamento, e sono intuibili le implicazioni di queste distorsioni.

Più in generale è estremamente difficile, sempre al livello indicato, poter dar corso a riduzioni di personale ancor quando la misura sia ritenuta inevitabile; la medesima difficoltà si presenta, a maggior ragione, quando, talora, la convenienza economica consiglierebbe di porre termine a determinate attività. Il movimento sindacale organizzato dei lavoratori ha la possibilità, con l'azione diretta e con tutti i mezzi di pressione disponibili, di impedire o di ostacolare queste operazioni che, per altro verso, sarebbero naturali in un sistema efficiente di libera iniziativa economica. E questo perché il sindacalismo può contare sulla più vasta solidarietà politica ai più vari livelli. Localmente la minaccia al livello d'occupazione mobilita tutti gli interessi indirettamente suscettibili di lesione. Politicamente la causa sindacale trova immediata rispondenza nei partiti della sinistra marxista per ragioni « naturali », essendo questi partiti, e soprattutto quello ormai egemone, il comunista, in netta crescita nella società italiana, come le ultime consultazioni elettorali dimostrano. Ma operose solidarietà vengono trovate in tutto l'arco della classe politica, quali possano esserne le motivazioni, sincere o meramente concorrenziali. La solidarietà è « naturale » in larga parte del mondo che tuttora si riconosce, politicamente e parlamentarmente, nel partito « moderato » e di maggioranza relativa alla democrazia cristiana, dove circolano i residui dell'ideologia cristiano-sociale; di una ideologia, cioè, che nel suo populismo sociale d'ispirazione precapitalistica non ha mai digerito il capitalismo e l'economia di mercato; attorno essendovi quei reverendi valentuomini che, rafforzati dalla svolta conciliare nel mondo chiesastico, ritengono veramente che gli affari possano farsi all'insegna delle parabole evangeliche. Ma anche tutti gli altri recitano la parte del progressismo sociale; anche quei vasti settori che sono in sostanza espressione del moderatume retrivo. Né manca, spesso, la solidarietà, perfino, del partitino formalmente erede del liberalismo classico. Quando si prospetta la chiusura di una fabbrica è tutto un mobilitarsi di comitati « unitari », presieduti da sindaci e da vescovi, con la firma di tutti gli esponenti dei partiti del c.d. « arco costituzionale » (dai liberali ai comunisti). Manca la firma dei fascisti sol perché questi sono in situazione di ostracismo politico, pur se per altro verso attingono poi nella loro storia, ed in particolare nella carta di Verona, spinte consimili di impegno sociale.

Occorre rendersi conto che, per un complesso di ragioni, l'ideologia tipica e naturale di un sistema economico di mercato è da diverso tempo al bando in Italia, in questa società dominando ben diversi umori. In tal

senso cospira tutto, a cominciare dalla confluenza dei vari populismi, quello marxista e quello cristiano-sociale, in una difficile situazione di equilibrio politico senza maggioranza e minoranza precostituite, in un calderone che è sboccato per il momento nel governo « delle astensioni » e nel sostanziale accesso del partito comunista all'area di governo. Corrono poi, per ragioni elettoralistiche e concorrenziali, tutti, giacché nessuno vuole essere gettato fuori giuoco.

All'ideologia predominante nella società italiana (che la rende ormai matura per sbocchi socialistici che anche formalmente segnino la fine della collocazione dell'Italia nell'occidente capitalistico, passandosi ad un sistema distributivo della comune miseria in condizioni di generale sicurezza) è del tutto logico che corrisponda l'impossibilità di funzionamento dell'economia in senso classico. Non deve dimenticarsi che perfino il partito liberale votò lo statuto dei lavoratori.

Di conseguenza, quando un'impresa è radicalmente in crisi, tutto cospira per impedirne la fine o il ridimensionamento altrimenti salutare. Al progetto imprenditoriale fanno seguito settimane e mesi di estenuanti trattative ed incontri per trovare una soluzione socialmente soddisfacente; magari facendo provvisoriamente ricorso alla cassa integrazione. Si cerca poi qualcuno che possa rilevare l'impresa in crisi e garantire il livello d'occupazione. Se non si trova nessuno nel settore privato, si cerca di provocare l'intervento pubblico diretto a quanto meno pubblici finanziamenti. Da qualche anno è costituita ed opera un'entità pubblica, la GEPI, che ha per fine istituzionale quello di intervenire nelle situazioni di dissesto aziendale, di rilevarle e di risanarle (il quale ultimo obiettivo è spesso illusorio). Le misure tradizionali sono pressoché programmaticamente impossibili nel non indifferente settore dell'economia, da decenni sostanzialmente in mano pubblica, nel sistema delle imprese a prevalente partecipazione statale.

Credo che a questo punto sia interessante menzionare alcune situazioni esemplari. Alcuni anni or sono ad una grossa impresa d'Abruzzo, operante nel settore dell'abbigliamento, la Monti, venne in pratica impedito di dar corso ad un licenziamento collettivo di circa mille unità; in particolare la vicenda si concluse con la costituzione, nel gennaio 1972, di un'impresa pubblica « sulla carta » per l'assorbimento di circa 1500 lavoratori; da allora per alcuni anni (e credo tuttora) questi lavoratori ricevono il salario senza lavorare. Si può poi ricordare la drammatica vicenda della smobilitazione dell'Innocenti di Milano, all'epoca a capitale britannico, conclusasi in modi consimili, tuttoggi non essendosi raggiunto l'obiettivo di rimettere effettivamente in produzione i lavoratori interessati. Tutti sanno che in larga misura le nostre miniere in mano

pubblica sono pressoché esaurite da tempo; spesso l'attività viene continuata in dimensioni del tutto antieconomiche e talora si è da mesi in cassa integrazione perché non c'è niente da fare.

La situazione è giunta ad un punto tale che di recente un nostro studioso di economia industriale, Romano Prodi, ha dovuto ricordare sul nostro massimo quotidiano che al limite le imprese hanno « diritto di fallire » (v. *Corriere della Sera* del 26 luglio 1977). E pochi giorni dopo il ministro per le partecipazioni statali, on. Bisaglia, ha parlato di « dovere di fallire » (*ivi*, 30 luglio 1977). Intanto da varie parti si discute dei modi possibili del risanamento della nostra economia, mentre è in via di approvazione la legge sulla riconversione industriale; il tutto ponendosi al livello dell'incontro compromissorio in gestazione tra le due massime formazioni politiche, la democristiana e la comunista.

Quello che ho detto finora non esaurisce il quadro. In termini economici e di mercato del lavoro c'è anche *un'altra Italia*. In questi ultimi anni, posta l'inagibilità imprenditoriale a livello medio-grande, vi è stata in vario senso *una ripresa del piccolo*, cercandosi sempre di più di condurre l'iniziativa economica a livelli dimensionali tali che consentano di sfuggire e all'imposizione normativa e al controllo sindacale. Per quanto possibile si cerca di tenersi al di sotto del limite (incerto; v. *supra*) oltre il quale scatta la legislazione limitativa dei licenziamenti. Per quanto possibile, si cerca di sostituire gli uomini con le macchine e non si procede ad assumere nuovo personale in sostituzione di quanti vanno in pensione; si decentrano, si sminuzzano, si spezzettano, genuinamente o no, artificiosamente o no, le attività. Si ricorre al lavoro a domicilio, perché questa è una forza lavoro che non sciopera, non si ammala frequentemente, non ha diritto di assentarsi per permesso sindacale.

Vi è poi tutto il sottobosco delle imprese minute (talora lillipuziane) la cui forza lavoro qualificata e specializzata è spesso costituita da personale delle medie e grandi imprese. Infatti è notevole il fenomeno del *doppio lavoro* reso possibile dalla riduzione dell'orario complessivo, dall'orario unico con pomeriggio libero (situazione normale nel settore pubblico), sovente disertando il primo lavoro e mettendosi, com'è facile, « in malattia » (e la Cassazione in una famosa sentenza ha affermato che non è passibile di licenziamento il lavoratore ammalato che durante la pretesa malattia presta lavoro retribuito altrove!).

Né si deve ignorare la crisi degli investimenti e il generale processo di « disaffezione » capitalistica, giacché le condizioni non sono tali, anche in termini di ragionevoli prospettive, da incoraggiare l'impegno. Difettano prospettive di sicurezza circa la possibile sopravvivenza del sistema economico-sociale e sulla qualità della direzione politica del Paese.

Vi è così un secondo mercato del lavoro, ufficiale e no, clandestino e no, in posizione di precarietà, cioè di non garanzia in punto di conservazione del rapporto. La situazione, ovviamente, preoccupa molto il sindacalismo. Per altro verso si riconosce che, in queste condizioni, è proprio la piccola impresa che, nel linguaggio degli aziendalisti e degli economisti, « tira », cioè è economicamente produttiva.

Intanto nel complesso si registra di nuovo la disoccupazione, praticamente insignificante negli anni del grande balzo economico (v. Carli, *Intervista sul capitalismo italiano*, Bari, 1977) nonché la sottoccupazione. Soprattutto trovano notevoli difficoltà di inserimento i giovani, di norma generalmente muniti, a differenza di un tempo, del diploma di scuola media superiore e spesso di laurea (pezzi di carta con tanta facilità rilasciati in quest'ultimo decennio dalle scuole di ogni ordine e grado). Nel contempo, spesso le imprese si trovano in difficoltà nel reperimento di manodopera operaia specializzata. Abbiamo, quindi, la disoccupazione *intellettuale* ed è proprio in questo contesto che si alimentano i movimenti estremisti di varia coloritura e sigla che si collocano alla sinistra della sinistra ufficiale tradizionale (Partito socialista e Partito comunista); quivi generandosi le agitazioni e i movimenti, talora ponenti in pericolo l'ordine pubblico, che endemicamente si ripetono da un capo all'altro d'Italia.

Il servizio pubblico del collocamento della manodopera, come è generalmente riconosciuto, non funziona; o non corrisponde alle esigenze specifiche delle imprese o deve dare solo veste formale ufficiale ad incontri contrattuali liberamente svoltisi fuori del suo intervento. Quando, tempo fa, i pretori di Milano ritennero di dover intervenire imponendo il rispetto della legge, ne derivò una paralisi completa che suscitò generali proteste. Il problema della riforma del servizio, eventualmente su strutturazione regionale, è allo studio. Intanto il ministro del lavoro, on. Tina Anselmi, in un'intervista del 20 luglio 1977 a *La Repubblica* ha dichiarato che, se vi fosse libertà di assunzione nominativa (cioè di assumere persone gradite), circa trecentomila soggetti troverebbero subito lavoro.

Nella primavera scorsa si è emanata una legge per favorire l'occupazione giovanile. La legge consente, in particolare, l'assunzione dei giovani con contratti temporanei di *formazione*, prevedendosi sostanziosi vantaggi d'incentivo per le imprese e facilitazioni varie sul piano della contribuzione previdenziale e del trattamento dei giovani così assunti; preordinando un sistema che dovrebbe garantire soprattutto adeguata preparazione professionale al termine del rapporto. Si prevede altresì che le regioni promuovano iniziative cooperativistiche specie per

la messa a coltura delle terre incolte (in questo trentennio di trasformazione del Paese in senso industriale, la terra è stata spesso abbandonata e sta sviluppandosi la giungla, con sentieri ormai impraticabili; tra qualche tempo l'Italia collinare e montana, fuori del raggio asfaltato delle comunicazioni, sarà terra di esplorazione). Inoltre sono previste iniziative per servizi socialmente utili nel settore del patrimonio forestale, servizi anticendi, aggiornamento del catasto ecc.

La legge venne adottata sulla premessa dell'abnorme consistenza del fenomeno della disoccupazione dei giovani ed in essa vennero riposte molte speranze. Sindacati e organizzazioni sociali in genere si sono impegnati molto per favorire l'attuazione. Di fatto si è avuta una singolare vicenda. Per diverse settimane si è detto che vi era scarsa corsa alle iscrizioni nella lista speciale; a fine luglio non si superavano le 300.000 unità. Da molte parti ci si dichiarava delusi dei risultati ed erano in circolazione varie spiegazioni tra le quali quella della scarsa disponibilità all'inserimento nel mondo produttivo e nelle attività manuali. Le iscrizioni sono cresciute negli ultimi giorni, raggiungendo alla chiusura (11 agosto) quota 647.000 circa, si dice anche per la sollecitazione delle organizzazioni estremistiche extraparlamentari che si propongono di utilizzare questa occasione in senso « contestativo », soprattutto battendosi per la trasformazione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato. Nei giornali di questa metà d'agosto pare subentrata una valutazione d'imponenza del fenomeno, pur se si controverte sulla reale entità della disoccupazione giovanile. Il ministro on. Anselmi ha lanciato un appello agli imprenditori per le assunzioni, ha ammonito che è da escludere allo stato la trasformazione dei contratti in occupazione permanente, ha rilevato che è di ostacolo alle assunzioni la circostanza che la legge inibisce la richiesta nominativa (libera scelta del lavoratore), la medesima imponendo la richiesta numerica.

In realtà vi è scarsa disponibilità dei giovani disoccupati « intellettuali », meglio, muniti di titolo scolastico, ad inserirsi nell'attività produttiva. L'aspirazione di massa, coltivata dalle famiglie dei ceti emergenti e storicamente comprensibile, è quella dell'utilizzazione specifica del titolo di studio o quanto meno dell'ottenimento di posizioni impiegatizie socialmente « decorose ». Dopo trent'anni di sviluppo capitalistico, secondo un modello posto in crisi dalle risultanze sociali e culturali a livello di massa e dal conseguente moto variamente contestatario dal 1967 in poi, siamo al momento della resa dei conti, anche in termini di valori complessi della società.

Da parte della sinistra marxista tradizionale, innanzi a questa crisi di situazioni e di valori, si risponde mettendo l'accento sulla necessità di

rivalutare il lavoro manuale (v., ad es. Lama, *Intervista sul sindacato*, Bari, 1976). E la direzione comunista insiste nell'inevitabilità di sostituire ai valori del modello consumistico una nuova *austerità*, da una parte esigendo l'appagamento degli essenziali bisogni sociali, dall'altra facendo appello ai valori, oggi largamente desueti, di laboriosità, impegno, di onestà sociale, di eliminazione d'ogni dissipazione superflua (v. *Proposta di progetto a medio termine*, 1977).

41.

## LAVORATORI MINORENNI E SCATTI DI ANZIANITÀ

1. Con questa sentenza la Cassazione si pronuncia per la prima volta, almeno *ex professo*, su una questione che, in questi ultimi anni, si è posta di frequente, con contrastanti conclusioni, nella giurisprudenza di merito, che conviene subito esattamente riepilogare. In tema di legittimità o no (giusta un raffronto col trattamento altrimenti stabilito per i lavoratori maggiorenni) dei trattamenti retributivi già previsti, in senso generico, nella contrattazione collettiva per i minorenni, si sono poste, com'è noto, *due distinte* questioni. In primo luogo si è discusso della legittimità, *in sé*, delle tariffe già prevedenti retribuzioni inferiori, rispetto ai maggiorenni, per il solo fatto della minore età. In secondo luogo si faceva, e si fa, questione della legittimità della regolamentazione un tempo generalmente prevista per gli scatti di anzianità; nel senso che, al fine, i contratti collettivi riconoscevano il diritto per l'anzianità di servizio maturata a decorrere da una determinata età anagrafica, spesso a decorrere dal ventunesimo anno o anche da un'età inferiore (nel caso specifico dei telefonici, sul quale si è pronunciata la Corte, a decorrere dal diciannovesimo anno secondo i più recenti contratti), non contando così l'anzianità di servizio maturata prima del compimento dell'età considerata.

Sulla prima questione (1), la risposta della giurisprudenza, avallata dalla Suprema Corte (2), è stata pressoché unanimemente, a quanto consta, nel senso dell'illegittimità delle tariffe deteriori per i minori, argomentandosi dalla ritenuta precettività del disposto di cui al comma 3 dell'art. 37 Cost. (il minore ha diritto, a parità di lavoro, alla medesima retribuzione prevista per il maggiorenne). Del tutto diverso è stato, invece, l'orientamento, credo maggioritario, sulla seconda questione. Di

---

(1) V., con completi riferimenti, l'ampia trattazione di MAZZOTTA, *La retribuzione per il lavoro minorile: un caso di parità di trattamento nel diritto privato?*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 65.

(2) V. Cass. 14 giugno 1976, n. 2188, in *OGL*, 1976, 974.

massima si è detto (3) che non può farsi questione di violazione del precetto costituzionale per il solo fatto che, ai fini degli scatti di anzianità, non conta l'anzianità di servizio maturata prima dell'età contrattualmente prevista. Riassumendo a grandi linee, si è detto che il principio della parità retributiva a favore del minore è invocabile solo per la retribuzione base, meglio per la retribuzione sufficiente *ex* art. 36 Cost.; che, nel caso degli scatti di anzianità, viene in questione un elemento retributivo integrativo o accessorio, previsto secondo libere valutazioni convenzionali nella contrattazione e che, specificatamente, questo compenso è rapportato in definitiva a classi retributive secondo scaglioni di età, non essendo peraltro inibito alla contrattazione di congegnare parzialmente la retribuzione in funzione di una combinazione tra classi di età e di anzianità di servizio. In particolare si è talora precisato che non rileva l'incidenza negativa, nei termini specificati, della regolamentazione degli scatti, ove in ogni caso venga garantita al minore una retribuzione sufficiente e che solo in difetto di questa garanzia potrebbe avere pratico significato ed implicazioni la questione (4).

In un certo senso poteva confidarsi nell'accoglimento, da parte della Cassazione, dell'orientamento maggioritario affermatosi nella giurisprudenza di merito, una volta investita direttamente la Corte della questione. Infatti, in talune sentenze di fine 1976 (5), la Suprema Corte, chiamata a risolvere una complessa questione in tema d'assetto dell'indennità di contingenza, l'aveva risolta negando l'operabilità, nel nostro ordinamento, del principio di parità di trattamento (6); facendo conseguentemente salve le regolamentazioni contrattuali dalle quali, oltre la zona della retribuzione sufficiente costituzionalmente garantita, in ipotesi derivino diversità di trattamento per i lavoratori ed eventualmente, come in quella questione specifica, con conseguenze *prima facie* para-

---

(3) V. Trib. Milano 1º aprile 1977, in *OGL*, 1977, 542; Pret. Milano 2 luglio 1976, *ivi*, 1976, 976; Trib. Milano 21 gennaio 1977, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, 705; Pret. Torino 28 maggio 1975; Pret. Saronno 13 febbraio 1975; Pret. Milano 11 giugno 1975; Pret. Vigevano 16 luglio 1975; Trib. Milano 26 giugno 1975 e 26 agosto 1975 tutte in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 463. L'ultima sentenza è quella cassata dalla Suprema Corte con la sentenza che qui si pubblica. In senso contrario v. Pret. Palermo 2 marzo 1977, in *Dir. lav.*, 1977, 2, 113; Trib. Novara 18 marzo 1976, in *Riv. giur. lav.*, 1976, 2, 802.

(4) V., a proposito della diversa regolamentazione dell'indennità di contingenza per i minori, Trib. Milano 16 aprile 1978, in *Mass. giur. lav.*, 1978, 308.

(5) V. Cass. 11 novembre 1976, n. 4177, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1916 con nota; 11 novembre 1976, n. 4170, in *Foro it.*, 1977, I, 403; nonché la sentenza n. 4178 massimata in *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Lavoro (rapp.)*, n. 428.

(6) Sulla questione v. Pasetti, *Parità di trattamento ed autonomia privata*, Padova, 1970, 151 ss., nonché Mazzotta, *op. cit.*

dossali (7). Nell'ampio *excursus* compiuto nell'occasione, la Corte si pronunciò anche sulla portata del principio di parità retributiva previsto nell'art. 37 Cost. per le donne e per i minori, delimitandolo sostanzialmente nella zona in cui incide l'altro principio della retribuzione sufficiente. E in quelle sentenze si legge un brano che conviene integralmente riportare: « Da ciò consegue che non implicano violazione del precetto costituzionale (di parità retributiva, *n.d.r.*) quelle clausole salariali (o normative) che, di fronte a situazioni obiettive di differenziazione dovute al sesso o all'età (situazioni liberamente valutate, nell'adeguato contemperamento dei contrapposti interessi delle associazioni contraenti, e non certo sfruttabili da uno solo dei due contraenti) prevedano articolazioni retributive che, senza toccare i minimi salariali, creino corrispondenti differenziazioni di trattamento giuridico ». Più di recente la Corte, con sentenza n. 233 del 18 gennaio 1978 (8), ha ribadito che gli scatti sono esclusivamente previsti nei contratti collettivi, con la conseguenza che in materia domina sovrana l'autonomia contrattuale-collettiva, così potendo il contratto successivo variare *in peius* per i lavoratori la precedente regolamentazione.

Viceversa, con la sentenza che qui si pubblica, la Cassazione giunge inaspettatamente alla conclusione opposta, reputando illegittime quelle regolamentazioni convenzionali che fanno decorrere l'anzianità di servizio utile, ai fini degli scatti di anzianità, da una determinata età, non rilevando l'anzianità di servizio maturata in precedenza, in quanto ciò si tradurrebbe in una violazione del principio di parità retributiva per i minori. La Corte giunge a siffatta conclusione formalmente non rinnegando quanto affermato nelle precedenti pronunce, al contrario sforzandosi di comprovare la coerenza al principio già ritenuto nei modi di cui mi sforzerò di dire criticamente in prosieguo.

Il pronunciato è, presumibilmente, destinato a far testo, d'ora innanzi, presso i giudici di merito. Per quel singolare fenomeno che è registrabile nella giurisprudenza del più recente periodo e che mi pare di aver registrato in qualche altro mio scritto, nella temperie spirituale dei tempi, le sentenze di vertice di segno « progressivo » chiudono in pratica il problema. Ben diverso è il destino dei pronunciati di segno conservatore: rispetto a questi è viceversa normale la « ribellione » dei giudici, *pardon*, sottordinati. Di qui l'eccezionale importanza del *dictum* del quale conviene dire adeguatamente, seppur nella ferma convinzione

(7) V. la nota, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1916 a commento della sentenza n. 4177.
(8) V. in *Foro it.*, 1978, I, 589.

d'andar donchisciottescamente combattendo contro i mulini a vento, sol perché merita sempre spendere qualche parola per salvare l'anima.

2. Potrei e dovrei limitarmi a dire della questione di cui specificatamente a questa sentenza. Ma posto che scrivo (e non da oggi e non solo in quest'occasione, invero) nello stato d'animo dell'eroe immortalato da Cervantes, nella convinzione che c'è ben poco da fare contro gli *idola* del momento, mi consento il lusso (chiedendone venia all'editore dati i costi sempre più proibitivi della carta e del resto) di concedermi, sempre nell'esclusivo intento di salvare l'anima, talune considerazioni critiche sulla prima questione sopra riepilogata, sulla illegittimità, onnimamente ritenuta per ormai consolidata giurisprudenza e per soverchiante colendissima dottrina, delle deteriori tariffe retributive per i lavoratori minorenni. Già che ci siamo, tanto vale completare il discorso.

La Costituzione garantisce ai minori parità retributiva. Ma sarebbe stato ragionevole fare preciso e coerente riferimento all'esatta formulazione del principio e nel contempo tener conto della giustificazione storica del medesimo in termini di protezione sociale. Storicamente la norma volle preordinare il definitivo superamento della spinta, naturale nello sviluppo selvaggio della rivoluzione industriale, all'utilizzazione delle « mezze forze » in condizioni di supersfruttamento. L'intento risulta palese dal comma 3 dell'art. 37 Cost. proprio perché qui, nel contempo, è dettato l'imperativo di una speciale tutela per il lavoro minorile assieme al principio di parità retributiva (9). Sennonché questa seconda regola è in funzione della parità di lavoro; dal che deriva, se si vuol essere fedeli alla norma, che il minore non ha automaticamente diritto allo stesso salario del lavoratore maggiorenne, ma solo ed in quanto, certo secondo una valutazione media di massa, sia in grado di fornire, e fornisca, una prestazione identica per qualità e quantità.

In tutta la discussione che si fa da decenni in ordine alla realizzazione del principio di parità, stupisce che non si sia considerato che i precetti di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 37 Cost., proprio per la loro formulazione consentono, in ipotesi, che donne e minori percepiscano, in quanto tali, una retribuzione inferiore in riferimento a quella dei lavoratori maschi maggiorenni, se ed in quanto si reputi che le « categorie » particolarmente protette non forniscano un lavoro eguale a quello di riferimento. Come è stato detto nella più convincente dottrina « ... è fatto divieto di considerare *a priori* la donna meno produttiva dell'uomo », cosicché, ai

(9) Invece Miscione, *Nota*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 463 parla, discutibilmente, di « ... una protezione di modesto valore, anche storicamente ».

fini dell'invocabilità del principio di parità « ... si rende necessario verificare in concreto la quantità e qualità di lavoro esercitato » (10). È inibito retribuire aprioristicamente donne e minori in misura inferiore sol perché tali, come di fatto è avvenuto nella lunga e dolorosa storia della costruzione capitalistica. Al contrario, differenze retributive si giustificano se ed in quanto in concreto si stimi non sussistente il presupposto della parità di lavoro. Non a caso si è detto autorevolmente (11) che ben possono i contratti collettivi distinguere le retribuzioni secondo il rendimento medio valutabile al livello di massa.

Rispetto all'orientamento giurisprudenziale che si è consolidato, con l'affermazione che, ai fini dell'applicabilità del principio di parità, deve aversi solo riguardo alla posizione di lavoro « in sé » in termini di qualifica o di mansione, colpisce la drastica arbitrarietà del discorso forzatamente riduttivo e, nel contempo, l'automatica invalidazione delle tariffe un tempo sindacalmente convenute. Si è trattato, nel complesso, di una forzatura e rispetto al testo costituzionale e, soprattutto, rispetto ai dati della realtà sociale. Concettualmente non può negarsi che la quantità del lavoro, cioè il rendimento, obiettivamente rileva, in ipotesi determinando la non parità del lavoro a parità di posizione formale. Di fatto, nelle realtà di lavoro per lungo tempo acquisite, notoriamente e di frequente donne e minori sono stati utilizzati in lavori quanto meno pesanti. Checché si dica, non si può negare il dato storico, a livello di costume e di civiltà di massa, che in quest'area occidentale (altri potrebbe aggiungere, cristiana), nei più disparati ambienti ed ancor prima della rivoluzione industriale, *di norma* la gente ha sempre avuto, nel rapporto di lavoro subordinato e fuori, un occhio di riguardo per organismi ritenuti generalmente più deboli; senza negare, ovviamente, tragiche e desolate realtà, talora di bestiale sfruttamento (12) che però, spesso, significatamente hanno determinato scandalo e commosso la pubblica opinione, con ciò stesso emergendo la valutazione egemonica di massa. Da noi (ripeto ed insisto, per evitare interessati fraintendimenti: di massima), anche nelle condizioni dure del lavoro contadino, a modello barbarico dell'uomo oziante, perché disponibile per le arti superiori della guerra e della caccia e della donna quale animale di fatica, era general-

---

(10) V. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, 468.

(11) V. Paladin, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, n. 14.

(12) E ancor oggi talora si parla di mercato dei fanciulli e degli adolescenti nel Sud. Per la situazione nelle campagne di un tempo v. le testimonianze raccolte da N. Revelli, *Il mondo dei vinti*, Torino, 1977.

mente superato. E da noi non sono nemmeno maturate finora le felicità del socialismo « reale » che vede, a quanto si dice e con beffa atroce del destino, le donne solitamente utilizzate nei lavori più pesanti, dell'edilizia ed altrove.

Come dissi in un recente dibattito congressuale (13), tutto questo trova conferma in una cronaca relativa ad un esperimento di attuazione della parità a livello operaio e in una grande fabbrica del Nord, riferito, con compiaciuta soddisfazione, nella rivista della nostra massima centrale sindacale (14). Si è narrato, infatti, che in quella fabbrica le donne hanno dato corso volontariamente all'esperimento, mettendosi allo stesso livello degli uomini in una data lavorazione; più precisamente si è scritto che « questo dipende in larga misura da una modifica apportata alla lavorazione in seguito a una richiesta delle operaie, che consiste nella riduzione del peso delle bobine che servono alla confezione, che sono state diminuite di 15 chili ... ». Ottimo l'esperimento e ben venga (non ho nulla in contrario!) il volontariato di massa delle lavoratrici, sull'onda del dilagante femminismo, per porsi nei fatti al medesimo livello degli uomini. Ma osservo che, prima di quella modifica volontariamente indotta, sul dato obiettivo del diverso peso sostenuto nella lavorazione, con tutta probabilità si giustificavano le eventuali differenze retributive.

Del resto l'interrogativo di fondo torna proprio in relazione ad un disposto della recentissima legge n. 903 del 9 dicembre 1977 sulla parità di trattamento per la donna. Per il penultimo comma dell'art. 1 della legge si potrà, in sede di contrattazione collettiva (15), determinare mansioni « particolarmente pesanti » da inibire alle donne. Potrà verificarsi, in ipotesi, una differenziazione di lavori, in sé qualitativamente eguali in termini formali di qualifica, tra lavori pesanti e meno pesanti, i secondi affidabili indifferentemente a lavoratori dell'uno e dell'altro sesso e i primi solo ai maschi; e su questo presupposto ben potranno aversi differenze retributive giuridicamente ineccepibili.

Il succo del discorso sta qui: innanzi a tariffe differenziate poste nella contrattazione collettiva, e quindi col consenso delle organizzazioni sindacali di parte lavoratrice, l'illegittimità della differenziazione in ragione del principio di parità avrebbe potuto comprovarsi solo dimo-

---

(13) V. Assoc. Ital. Dir. del Lav., *La disciplina giuridica del lavoro femminile*, Atti del convegno di Abano Terme, aprile 1977, Milano, 1978, 96.

(14) V. M.L. Mirabile, *Un esempio di parità*, in *Rass. sind.* n. 13 del 7 aprile 1977, 9.

(15) V. il commento di Treu, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, 786, spec. n. 5 e n. 6.

strando in concreto l'inattendibilità della valutazione intersindacale dell'inferiore rendimento medio delle lavoratrici, implicita nella determinazione retributiva; detto altrimenti, avrebbe dovuto comprovarsi che le parti sindacali avevano aprioristicamente deciso di pagare meno le donne in quanto tali. Al contrario la giurisprudenza, invece di attenersi ad una impostazione rigorosa, ha optato per un'operazione d'astrattismo (semplificante i dati ben più complessi della realtà), valutabile sostanzialmente in termini di ideologia giuridica, in senso deteriore. In linea di pura logica l'operazione non regge, sol perché pone deliberatamente da parte l'ostacolo formale della rilevanza del rendimento ai fini della valutazione della parità di lavoro e salta il dato concreto dell'esperienza. La riprova si ha nel fatto che tutti i discorsi fatti in realtà cincischiano innanzi all'ostacolo insormontabile del rendimento; sarebbe interessante e dilettevole una rassegna delle pseudo-argomentazioni in proposito, come caso classico di ideologismo alle corde.

Con questo, non mi permetto di pronunciare una condanna radicale e senza appello dell'operazione compiuta. La realtà sociale è sempre molto complicata e v'è anche spazio per valutare positivamente, secondo un giudizio di valore sugli svolgimenti dell'esperienza giuridica, costruzioni e soluzioni di per sé, in termini rigorosi, inficiate. Ed anche qui potremmo fare svariate osservazioni, che accenno di volata. Probabilmente, in sede giurisprudenziale, non v'era altro modo per poter far passare la « precettività » dei principi costituzionali di parità. Nelle aule di giustizia, in lontananza inevitabile dagli ambienti di lavoro, possono dedursi solo dati normali di facile acquisizione: poniamo qualifica e mansioni formalmente considerati. Assai più difficile è farvi penetrare, all'insegna del rendimento, a ritmo autentico e pulsante della vita lavorativa e le massime di esperienza che sono, viceversa, nella personalità medesima degli operatori aziendali e sindacali. Come sempre, il diritto non è la vita e può celebrare i suoi trionfi solo nel formalismo ideologizzante ed astrattizzante. D'altro canto, secondo l'astuzia della storia, è stato un modo anche questo per far passare la causa della parità nel modo più vero ed autentico; inducendo le donne ai medesimi lavori come presupposto reale per rivendicare la parità dei diritti, secondo un processo che ha avuto per il momento un significativo e pur parziale riconoscimento nella legge n. 903 del 1977, soprattutto incidendo in parte nella precedente legislazione vietamente protettiva. Ed è un processo ancora in corso verso ulteriori traguardi.

3. È certo che la concretizzazione del principio di parità a favore dei minori pone interrogativi ancor più pesanti. Il dato d'esperienza dal

quale è imprescindibile partire è che, in tutti i mestieri, chi è alle prime armi è naturalmente di minore redditività, in misura ovviamente diversa secondo le caratteristiche e la complessità della prestazione. È pure massima di esperienza che il minorenne è, per definizione, novizio all'esperienza lavorativa. Tutto questo ben avrebbe potuto comportare, di massima, una valutazione di legittimità delle tariffe retributive differenziate, sindacalmente previste.

Né mi si opponga, com'è accaduto in qualche causa, che questa spiegazione non è sostenibile, in quanto, se questa fosse stata la chiave, i contratti avrebbero dovuto generalmente prevedere tariffe ridotte per i lavoratori alla prima esperienza di lavoro, a prescindere dall'età; per dedurne che, al contrario, le inferiori tariffe minorili avevano esclusivamente la loro ragion d'essere in una deliberata, e discriminatoria, volontà di pagare meno i giovani in quanto tali. A mio avviso si tratta di un sofisma. La situazione del maggiorenne alla prima esperienza di lavoro è eccezionale rispetto alla norma, mentre a livello di massa la gente che si affaccia al lavoro è normalmente minorenne. Non v'è da stupirsi che, a livello di determinazioni normative astratte, si abbia riguardo alla normalità. L'argomento ha il medesimo, nullo, valore che, nella polemica di un tempo sull'odiosa discriminazione dell'adulterio femminile, aveva quello di chi opponeva, alla ricorrente giustificazione della *turbatio sanguinis*, il caso della donna sterile; come se, di norma, le donne non fossero capaci di amplessi produttivi.

In realtà poteva sostenersi che, all'epoca, in sede sindacale si regolamentava in sostanza nel medesimo ordine d'idee spesso seguito, senza che ne siano derivate contestazioni, dal legislatore. Stupisce, ad esempio, che i giudici, nel valutare la questione, non abbiano tenuto conto della regolamentazione della loro carriera iniziale. Tutti sanno che, all'incirca nei primi vent'anni, i magistrati possono essere indifferentemente destinati alle funzioni di giudice di tribunale, di pretore, di sostituto procuratore; eppure in questo periodo, malgrado la sostanziale identità delle funzioni, cambia la « qualifica » e varia corrispondentemente il corrispettivo: uditori con funzioni, aggiunti giudiziari, magistrati di tribunale. Ritengo che il legislatore sia stato mosso dalla ragionevole considerazione, a livello di massa, che il lavoro del magistrato relativamente anziano è più utile rispetto a quello del meno anziano, specie in termini qualitativi; volendosi maggiormente compensare quelle doti di equilibrio, di temperanza, di buon senso che solo col tempo e con l'esperienza (fatta dolorosamente a spese degli utenti) possono maturare. Ognuno che bazzichi le aule di giustizia sa, spesso per propria disavventura, quanto possa essere pericoloso lo zelo, talora il fanatismo, dei giovani,

anche se intellettualmente dotati e preparati. Nello stesso ordine d'idee, con consimili ed opportunamente variate considerazioni, avrebbe potuto ritenersi di massima la legittimità delle ridotte tariffe minorili.

Per altro verso è di per sé incerta la *nozione di minori*, cui può farsi riferimento in sede di applicazione della regola di parità. Non a caso in questa giurisprudenza la questione è stata assai dibattuta ed ha tormentato anche gli scrittori (16). Qui c'è una sostanziale differenza tra le due « categorie » costituzionalmente protette, giacché il sesso è un dato di natura, mentre in riferimento all'età, non appena sia varcata la soglia segnata, e la relativa corrispondenza al dato naturalistico del pressoché completo sviluppo dell'organismo umano, dall'età di ammissione al lavoro, l'assetto è per definizione artificiale o convenzionale. In particolare, se ancora si tiene conto dell'origine o della causale storica del principio posto nel comma 3 dell'art. 37 Cost. (inibizione dello sfruttamento delle « mezze forme »), il discorso diventa ancor più problematico. Indubbiamente non pare appagante il riferimento alla maggiore età nel senso della piena capacità d'agire, vuoi in relazione alla superata regola del ventunesimo anno vuoi in relazione alla pur precedente anticipazione al diciottesimo anno ai sensi dell'art. 3 c.c. (17), proprio perché qui siamo sul diverso piano della capacità in senso giuridico-formale. Se si vuole, la regola di parità ha come presupposto di fatto la prestazione del lavoro da parte di un soggetto verso il quale si può addurre pretestuosamente, a ragione del deteriore trattamento salariale, la minore redditività naturalisticamente derivante dalla non completa idoneità fisica. In quest'ordine d'idee il ventenne può ritenersi di piena idoneità al lavoro, almeno nelle attività operaie, cioè maggiorenne; e forse si potrebbe in molte situazioni scendere ancora più in basso. In sintesi, il discorso è reso arduo dall'intrecciarsi inevitabile di indicazioni di diverso piano e segno; e qui abbiamo un disposto che presuppone, d'altro canto, un ben preciso contesto e che persegue una ben specifica finalità, quella di assicurare anche al minore, cioè al soggetto di non ancora sviluppata idoneità fisica al lavoro, lo stesso trattamento dell'adulto, se in concreto capace del medesimo lavoro. Tutto questo trova conferma in altri dati del recente diritto. Posso ricordare, ad esempio, l'art. 23 della legge 8 marzo 1975, n. 39 anticipatrice, in generale, della

---

(16) V. Scognamiglio, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, 105-106.

(17) V., in riferimento al diciottesimo anno, Pret. Torino, 28 maggio 1975, cit. e Trib. Milano 12 aprile 1977, in *Dir. lav.*, 1977, 2, 195. In dottrina v. Angiello, *Aumenti periodici di anzianità e parità di trattamento*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 467.

piena capacità ai diciottenni e per il quale, ai fini degli ordinamenti previdenziali, assistenziali e pensionistici, resta ferma la precedente regola del ventunesimo anno; per dire, ad esempio, che tutto questo non rileva, proprio perché qui venivano in questione altri assetti ed altre ragioni. Piuttosto merita ricordare il d.p.r. 15 aprile 1977, n. 367 di modifica del d.p.r. 17 giugno 1975, n. 479 contenente norme di esecuzione all'art. 9 della legge 17 ottobre 1967, n. 977 sulla tutela del lavoro dei minori; con questo testo essendosi aggiunta alla formula « minori di età » (infradiciottenni), le parole « e dei giovani dai 18 ai 21 anni di età ». Con quest'ultimo provvedimento dovrebbe concludersi che, a prescindere dall'assetto in punto di capacità meramente giuridica, nell'ordinamento del lavoro la soglia della minore età a fini protettivi resta quella del ventunesimo anno, con una valutazione legale preclusiva in sede di determinazione della mezza forza minorile. E poiché l'art. 37/3 Cost. accomuna, a fini di protezione, tutela per le condizioni ambientali, di lavoro in sé e tutela retributiva a parità di lavoro, potrebbe argomentarsi per la generalità dello scaglione del ventunesimo anno a questi fini, in maniera del tutto disancorata rispetto alla regola relativa alla capacità d'agire in senso giuridico.

Quanto ho detto, pare poi trovare una significativa conferma nella diversa formulazione dei commi 1 e 3 dell'art. 37 Cost.; nel primo caso la norma riferisce direttamente alla donna lavoratrice il diritto alla parità retributiva, nel secondo si legge che è la « Repubblica » che deve garantire ai minori, a parità di lavoro, la parità di trattamento. Certo perché, al fine, la nozione di minore non è agevolmente identificabile *in rerum natura*, occorrendo, viceversa, una positiva determinazione convenzionale. Dopo di che, pur se siamo sempre nella zona della protezione minorile (in ipotesi, per quanto prospettato, fino al ventunesimo anno), resta decisivo, a presupposto della parità di trattamento corrispettivo, la parità di lavoro, per ritenere la quale può giuocare, in riferimento all'attività specifica in concreto, il dato naturalistico dell'idoneità fisica altrimenti ritenibile. Cioè l'idoneità meramente fisica in astratto rispetto a *quel lavoro* è dato eventualmente concorrente e non trascurabile al fine di valutare, in concreto, la legittimità delle ridotte tariffe retributive, una volta superato il periodo d'inserimento al lavoro ragionevolmente determinato.

Una giurisprudenza più rigorosa avrebbe dato corso, in ipotesi, a valutazioni più puntuali, bandendo determinazioni puramente discriminatorie in violazione del principio costituzionale e non disattendendo quelle differenze che fossero obiettivamente e ragionevolmente giustificate nei termini accennati. Il risultato complessivo che è invece derivato

dalla scelta compiuta è esattamente agli antipodi rispetto alle previsioni costituzionali. Posto che la Carta collega la parità di trattamento alla parità di lavoro, aver avuto esclusivo riguardo alle posizioni di lavoro formalmente identificate ha comportato l'automatica illegittimità di tutte le tariffe ridotte; ne consegue che il minore è oggi pagato come il maggiorenne, quale che sia il suo rendimento, eventualmente ridotto. Il risultato clamoroso, a livello di massa, attesta dell'esistenza di un vizio originario di impostazione.

4. Dopo la lunga parentesi, torno alla questione specifica di cui alla sentenza. Come ho premesso, la Corte si è premurata di affermare la (pretesa) coerenza con le pronunce di fine 1976: « Il Collegio non ritiene di doversi discostare, specie per quanto attiene alle premesse di ordine generale, da questo indirizzo giurisprudenziale ... ». Sennonché, continua la sentenza, « nella specie, peraltro, non sussiste il presupposto della riconosciuta legittimità delle clausole normative in questione, e cioè una obiettiva situazione di differenziazione dovuta all'età, dal momento che la differenza retributiva si fa unicamente discendere dall'età, in sé e per sé considerata, e quindi, in modo chiaramente discriminatorio ». Detta in questa maniera, il lettore può ricavare l'impressione che, nelle prime e nell'attuale pronuncia, il principio di massima ritenuto sia rimasto il medesimo, sol che nell'ultima situazione il medesimo sarebbe ininvocabile per obiettiva diversità della situazione.

In realtà le cose stanno del tutto diversamente e la Corte, se è certamente libera di mutare quando voglia indirizzo, non può certo pretendere di assumere una coerenza di giurisprudenza che, di fatto, non sussiste. La Corte di fine 1976, nel lungo *excursus* compiuto sull'altra e diversa questione della contingenza, ebbe esattamente presente la regolamentazione ricorrente degli scatti di anzianità e giusta la quale rileva, come ho detto, l'anzianità di servizio maturata a decorrere da una certa età, non contando invece l'eventuale anzianità di servizio precedente, accumulata, se così può dirsi, in periodo « minorile ». La fattispecie è, quindi, *esattamente identica* nelle due occasioni giurisprudenziali, nel 1976 in chiave motiva rispetto ad una diversa questione, qui come diretta materia del contendere. E resta che, allora, la Corte reputò legittima quella regolamentazione, basata su una valutazione in senso obiettivo dell'età ed oggi è giunta, pur vanamente protestando la non corrispondenza del caso al principio, alla conclusione esattamente opposta. Allora la Corte disse sostanzialmente che è ben possibile prevedere nella contrattazione elementi retributivi collegati al dato obiettivo dell'età, come un dato di fatto; oggi si dice l'esatto contrario. Il lettore che voglia

rendersi conto di questo, non ha che da confrontare il brano sopra riportato e quello estratto dalla sentenza n. 4177 del 1976 riferito nel primo paragrafo di questa annotazione. Allora la Cassazione disse « ... che non implicano violazione del precetto costituzionale quelle clausole salariali ... che, di fronte a situazioni obiettive di differenziazione dovute ... all'età ... prevedono articolazioni retributive », venendo in sostanza ad affermare che ben possono aversi scale retributive unicamente collegate al dato dell'età. Se è lecito esemplificare a fini di completo chiarimento, potrebbe dirsi che, per la Corte del 1976, non sarebbe inibito introdurre convenzionalmente un elemento retributivo per i lavoratori che abbiano compiuto trent'anni di età e per l'anzianità di servizio successiva.

Oggi, viceversa, si dice il contrario e dovrebbe dirsi, per coerenza, illegittima la clausola poco sopra ipotizzata. Aggiungasi che l'affermazione centrale di quest'ultima sentenza, identificabile nel brano riportato, è praticamente senza costrutto. Dire, infatti, che non sussiste il presupposto di un'obiettiva situazione di differenziazione dovuta all'età, allorquando la differenza retributiva si fa discendere unicamente dall'età, significa praticamente, a parte la contraddizione in termini, negare proprio che la contrattazione collettiva possa considerare l'età come un dato per congegnarvi sopra, parzialmente, trattamenti retributivi. Significa, cioè, dire l'esatto contrario del 1976. Per altro verso ancora una volta abbiamo in materia, a parte la presentazione volutamente equivoca nell'intento di comprovare una coerenza che non sussiste, una conclusione totalitaria semplificatrice. Scorrendo frettolosamente, il lettore può cavare l'impressione che ben possono esservi, in teoria, clausole salariali rapportate al dato anagrafico dell'età, purché l'elemento oggettivo giustificante non si riduca solo all'età; ma potrebbe essere indotto a scervellarsi per inventare formule retributive a parere della Cassazione ineccepibili. In realtà la disciplina finora largamente corrente per gli scatti di anzianità, si distingueva, e poteva distinguersi solo per il fatto di attribuire rilevanza all'anzianità di servizio a decorrere da una certa età, escludendo l'anzianità « minorile ». In ipotesi ci può essere solo questo e quindi non v'è spazio per la distinzione e la casistica che la Cassazione, per mera formulazione verbale dettata per il solo amore alla coerenza, vorrebbe suggerire. Di guisa che tanto valeva dire, più semplicemente, che gli scatti di anzianità ben possono esservi purché ai fini dei medesimi rilevi l'intera anzianità di lavoro fin dalla prima assunzione in servizio.

Sorprende poi che la Corte non abbia ritenuto di dover approfondire (salvo un cenno fugace come si riscontra, del resto, nella generalità delle sentenze) il punto della ragion d'essere degli scatti; giacché un'adeguata considerazione in questi termini avrebbe potuto indurre ad una diversa

conclusione. In realtà qui andiamo sostanzialmente per intuizione. Oltretutto non constano indagini storiografiche sulle prime realizzazioni contrattuali in materia, per cercare di fissare secondo quale comune intenzione dei contraenti si sia voluto l'istituto (a parte la probabile influenza del modello del pubblico impiego). Ho detto, non a caso, delle prime realizzazioni perché certamente, da un dato momento innanzi, ha operato, nel confronto tra le varie categorie, la pura e semplice volontà d'imitazione, nell'intento di conseguire vantaggi già ad altri riconosciuti. Generalmente si dice che gli scatti hanno la loro ragion d'essere sia nella constatazione che l'anzianità di servizio comporta maggiore idoneità al lavoro e quindi maggiore redditività che è giusto premiare, sia perché i medesimi operano come incentivo alla durata del rapporto, cioè alla fedeltà all'impresa. Valutando obiettivamente l'incidenza dell'istituto si può essere genericamente d'accordo; né pare il caso di esagerare mettendo l'accento in esclusiva sull'una o sull'altra spiegazione (18). Può anche aggiungersi che il sistema degli scatti, in quanto operano a decorrere da una certa età e sono contenuti in un numero massimo, obiettivamente opera in agevolazione dei lavoratori di mezza età alle prese coi problemi conseguenti alla sistemazione familiare, al problema della casa, della nascita e dell'educazione dei figli; anzi è significativo, in termini di volontà « attuale » del sindacalismo, che, nelle idee in circolazione per la riforma dell'istituto all'insegna della riduzione dei c.d. « automatismi », si insista in particolare su questo, affermandosi in sostanza che incrementi retributivi collegati esclusivamente all'età hanno senso solo nella fascia d'età che si esaurisce verso i quarant'anni. In definitiva, forse concorre tutto questo coacervo di spiegazioni.

In realtà ci troviamo innanzi ad un trattamento retributivo del tutto singolare, collegato alla durata nel tempo del rapporto e con motivazioni complesse che solo parzialmente e indirettamente sono collegate alla maggiore produttività del lavoro. Tanto che la regolamentazione ne è, notoriamente, la più varia, con sensibili differenze tra le categorie, con diversità notevoli tra operai ed impiegati, nel numero massimo previsto, per quanto attiene al sistema di calcolo. Tanto che si insiste molto, da parte sindacale, per una riforma razionalizzante (19). È un istituto, così,

---

(18) Invece enfatizza l'incentivo alla durata del rapporto, negando la valutazione della maggiore produttività del lavoro, Angiello, *op. cit.*, argomentando dal fatto che la predeterminazione del numero massimo degli scatti avvalorerebbe l'assunto; ma evidentemente la capacità non aumenta indefinitamente, anzi può presumersi che a partire da una certa età, e almeno nelle attività più spiccatamente materiali, vada declinando.

(19) V. Lama, *Intervista sul sindacato*, Bari, 1976, 83 ss.

irriducibilmente convenzionale-artificiale, venuto fuori largamente secondo la logica dei rapporti di forza.

Se tutto questo è vero, non si vede assolutamente come e perché fosse inibito alla contrattazione di regolamentare gli scatti nel modo che la Cassazione ha ritenuto di dover invalidare. Ritorno all'esempio che ho già fatto e che mi pare decisivo: perché mai sarebbe illegittima una clausola, deliberatamente voluta nell'intento di agevolare i lavoratori nella loro difficile prima sistemazione familiare, riconoscente scatti retributivi solo per anzianità di servizio decorrente da una determinata età, poniamo da ventitrè anni?

La prevalente giurisprudenza di merito, che ha argomentato la legittimità degli assetti contrattuali dal carattere integrativo degli scatti rispetto alla base retributiva, ha colto nel segno. Sostanzialmente si è voluto dire che porsi un problema di rispetto del principio di parità retributiva per i minori ha senso quando viene in giuoco il trattamento minimo, per proporzionalità alla qualità e alla quantità del lavoro e per sufficienza rispetto alle esigenze elementari della persona, costituzionalmente garantito; quando, soprattutto, è in giuoco la proporzionalità tra lavoro e trattamento corrispettivo. Quando siamo oltre questa soglia minima, il problema non ha più senso; specie allorquando sono in questione trattamenti ulteriori variamente previsti e congegnati nella libera contrattazione sindacale, secondo indici di riferimento liberamente assunti. E qui c'è solo da leggere molte pregevoli pronunce.

Infine, come si è giustamente rilevato a commento di altra pronuncia (20), la conclusione ritenuta dalla Cassazione è fuori tempo. Proprio nel momento in cui l'istituto è in discussione, sopravviene pronuncia ulteriormente mortificativa dell'autonomia contrattuale; salvo che, ancora una volta soccorrendo l'astuzia della storia, questo non serva vieppiù ad argomentare le ragioni, per altro verso convincenti, per il superamento definitivo di un trattamento non strettamente collegato alla produttività del lavoro. È anche una pronuncia che, per l'autorevolezza della Corte destinata a piegare il diverso orientamento dei giudici di merito, ancora una volta è destinata ad incidere pesantemente (con l'aiuto del disposto sulla rivalutazione, anche retroattiva, dei crediti di lavoro), sulla dissestata economia nazionale. Anche questo in corrispondenza alle esigenze dei tempi!

---

(20) V. Silvagna, *Nota*, in *Lavoro e prev. oggi*, 1977, 806.

## 42.

## SUL LICENZIAMENTO PER ECCESSIVA MORBILITÀ

Da anni la dottrina e la giurisprudenza di merito sono divise in ordine alla licenziabilità o non del lavoratore in prevalenza assente per brevi malattie periodiche, con saltuari periodi di presenza al lavoro.

Il fenomeno è, per chiunque abbia qualche dimestichezza con le realtà aziendali, imponente e diffuso; talora con situazioni estreme ed esemplari di soggetti che, nell'arco dell'anno, sono presenti al lavoro solo per poche decine di giornate distanziate. Ne deriva, per l'impresa, l'impossibilità di poter fare qualsivoglia ragionevole affidamento sulla prestazione lavorativa.

Le tesi in contrasto possono agevolmente riassumersi, secondo le opposte prospettazioni tra gli operatori e gli avvocati, quasi in termini di un gergo *ad hoc*. Da una parte si sostiene la licenziabilità per giustificato motivo « oggettivo » ai sensi dell'art. 3 legge 15 luglio 1966, n. 604: a prescindere dal superamento o no del periodo di comporto contrattualmente previsto, la situazione dovrebbe essere valutata, si dice, nel suo complesso, come intrinsecamente pregiudizievole per il buon funzionamento dell'organizzazione di lavoro. In contrario si assume, invece, la non licenziabilità almeno fin quando non sia superato il periodo previsto ed assumendosi che da ogni singolo episodio morboso impeditivo scatterebbe autonomamente un correlativo comporto; col risultato che ben potrebbe il lavoratore sempre evitare il licenziamento sol che avesse cura di ripresentarsi al lavoro poco prima della scadenza del periodo previsto nel contratto collettivo. La giurisprudenza di merito è equamente divisa tra l'una e l'altra tesi. Né mancano formulazioni di principio « intermedie »; ad es., da varie parti si sostiene che deve aversi riguardo alla relativa facilità o no di sostituzione del lavoratore in ragione della specializzazione o no della specifica prestazione di lavoro dedotta in contratto, tenendosi conto anche, quindi, delle dimensioni aziendali (1).

In realtà, in queste contrapposte prospettazioni si ravvisano, a mio

---

(1) V., anche per completi riferimenti, la nota di Meucci, *Risoluzione del rapporto*

parere, diversi equivoci, massimamente quello di impostare il problema in termini di esaurimento del comporto. Rispetto ad ogni singola breve malattia seguita dall'immediata ripresa del lavoro non può farsi, per definizione, questione di rispetto o no della regola del comporto, semplicemente perché, sopravvenuto il rientro in azienda, la tutela imposta dall'art. 2110 c.c. ha avuto pieno corso in armonia all'andamento naturale, proprio perché il periodo di sospensione, imposto per legge e nei limiti determinati in contratto, è stato felicemente superato. D'altro canto, anche se non si può negare che, nell'immediatezza, il fenomeno si presenta diversamente a seconda delle dimensioni dell'impresa e in riferimento alla diversa specializzazione del lavoratore, non pare che, in definitiva, possano costruirsi, in quest'ordine di idee, diversi principi di diritto. Ancor quando si tratti di semplice manovalanza, è da ritenere che il rapporto di lavoro abbia la sua ragion d'essere, o causa in senso giuridico, nella normalità della prestazione lavorativa nel tempo e nella ragionevole attesa del creditore di questa normalità.

A fine del 1977, con la sentenza n. 5752 del 29 dicembre (2), la Cassazione, affrontando per la prima volta il problema, si pronunciò, invero in poche righe sbrigative, per la licenziabilità ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604. Sennonché, a fine del 1978, è sopravvenuta altra pronuncia della Corte, la n. 5165 del 10 novembre (3), di netto e formale dissenso rispetto al principio di diritto enunciato nella sentenza dell'anno precedente. La decisione è stata in genere accolta come una doccia fredda dai sostenitori della licenziabilità e, reciprocamente, come autorevole avallo per la tesi contraria. In realtà, leggendo attentamente la pronuncia, peraltro non del tutto perspicua almeno in taluni essenziali passaggi, non pare che possa giungersi frettolosamente alla conclusione sopraindicata e il discorso risulta assai più complesso; con la possibilità, anche, di spiegare il pronunciato in riferimento alla prospettazione del caso specifico.

Risulta infatti dalla sentenza che, in quella lite, si dava per pacifico *inter partes* il non superamento del periodo di comporto secondo la previsione contrattuale-collettiva, probabilmente per l'equivoco di cui ho detto innanzi. Su questa premessa pacifica *di fatto*, è del tutto comprensibile che la Corte abbia cassato la sentenza di merito nella quale si era ritenuta la giustificatezza del licenziamento pur non essendo giunto a

---

*per eccessiva morbilità e rilevanza del periodo di composto*, in *Lavoro e prev. oggi*, 1978, 1012.

(2) V. in *Foro it.*, 1978, I, 2378.

(3) V. in *Foro it.*, *loc. cit.*

compimento il comporto e a prescindere da questo; affermandosi, al contrario, l'imprescindibilità e l'impegnatività in ogni caso della disciplina contrattuale della situazione. Invero non è inibito alle parti sindacali contrapposte di disciplinare nei contratti collettivi il comporto per malattia nei termini pretesi di maggior tutela e garanzia per il lavoratore subordinato; nel senso che da ogni singolo episodio morboso debba decorrere un autonomo comporto e non possa per nessun verso procedersi ad una valutazione globale dei modi di svolgimento della collaborazione lavorativa nel tempo per apprezzarne l'utilità o no per l'impresa. Al contrario, ben possono le parti collettive disporre esplicitamente nel senso da ultimo indicato o anche congegnare la disciplina in termini tali da rendere implicitamente inevitabile la conclusione. Questione d'interpretazione del contratto, *quaestio facti*.

Piuttosto merita considerare in quali termini la Corte ha ritenuto di poter formulare il principio di diritto per il giudice di rinvio e, soprattutto, in quale ordine d'idee ha ritenuto, in generale, di poter impostare il problema. Il principio di diritto è così formulato: « Le conseguenze sul rapporto di lavoro subordinato delle assenze per malattia sono quelle previste dall'art. 2110 c.c. e dalle fonti regolatrici del rapporto stesso cui rinvia il comma 2 della norma e quindi, di regola, dai contratti collettivi. Ove si deduca come motivo di licenziamento del lavoratore la c.d. « eccessiva morbilità », senza superamento del periodo di comporto, il giudice di merito non può sottrarsi al dovere di esaminare la disciplina in concreto applicabile al rapporto circa l'incidenza delle assenze per malattia sul rapporto stesso e può sotto altri profili ritenere legittimo il licenziamento solo ove escluda che la fonte regolatrice abbia sussunto la fattispecie in quelle inquadrabili nell'istituto del comporto ». In sostanza, e qui deve di necessità concordarsi, il giudice di merito non può pretermettere la disciplina contrattuale-collettiva nella sua obiettiva portata, secondo l'interpretazione che ritenga di doverne dare in applicazione dei canoni ermeneutici enunciati nell'art. 1362 ss. cc. Può tuttavia il magistrato, ed è questa l'affermazione di rilievo della Corte, ritenere legittimo il licenziamento, eventualmente ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604, ove, in sede interpretativa, ritenga di dover giungere alla conclusione che la fattispecie specifica, quella dell'eccessiva, reiterata morbilità, non sia stata in realtà considerata nel contratto collettivo.

Ma, soprattutto, conta l'ordine d'idee nel quale la Corte ha ritenuto di poter valutare, in generale, il fenomeno deprecato. Nella parte motiva, infatti, la Cassazione ha ribadito una conclusione già ritenuta in precedenti pronunce: quella che, per la valutazione dell'esaurimento o no del periodo di comporto, deve di necessità procedersi alla somma delle

successive assenze, per un « giusto contemperamento » tra le parti contrapposte e per evitare che, altrimenti ritenendo in accettazione dell'impostazione « atomistica », si debba giungere a conseguenze abnormi. Infatti ben potrebbe verificarsi la conseguenza, che la Corte definisce *aberrante*, del lavoratore che, premuratosi di riprendere almeno formalmente servizio nell'imminenza della scadenza del comporto, possa poi, poco dopo, allontanarsi di nuovo per malattia: « ... se fosse lecito per il lavoratore astenersi, sia pure per causa a lui non imputabile quale è la malattia, dal fornire la sua prestazione per un numero indefinito di cicli, senza mai effettuarne il superamento, con altrettante e sia pur brevi interruzioni, si arriverebbe all'assurda conseguenza che la durata delle malattie potrebbe in realtà protrarsi indefinitamente oltre il termine massimo di comporto previsto dalla contrattazione collettiva ».

Basta leggere questi passaggi per rendersi conto che la Cassazione si è resa del tutto consapevole della portata sociale del fenomeno e dell'impossibilità di addossare alle imprese lo svolgimento di rapporti caratterizzati dalla normalità della non presenza al lavoro, in termini sostanziali di peso assistenziale. In questo senso la pronuncia non può essere certo richiamata dall'opinione, a mio avviso, falsamente progressiva; da quell'opinione, cioè, che, dilatando a dismisura il diretto impegno di protezione sociale nell'impresa e a carico dell'impresa, mostra pertinacemente di non volersi rendere conto delle obiettive esigenze della controparte e della non corrispondenza all'utilità sociale del mantenimento in essere di rapporti di lavoro caratterizzati dalla normalità della non-presenza al lavoro (4).

Secondo la Corte, pertanto, il rimedio pare *prima facie* identificarsi nella somma dei vari periodi di assenza ai fini della determinazione del periodo massimo di comporto e c'è, nella sentenza, come un suggerimento ai giudici di merito nell'auspicare che le determinazioni contrattuali possano leggersi in tal senso. Sennonché c'è da chiedersi in qual senso possa aver corso questa somma e soprattutto quale possa essere, all'uopo, il tempo di riferimento nello svolgimento complessivo del rapporto di lavoro. Per ragioni di equità e di buon senso mi pare di dover escludere la tesi estrema della valutabilità, al fine, dell'intero rapporto nel tempo, per le conseguenze inique e per altro verso egualmente aberranti cui si potrebbe giungere. Se un lavoratore, putacaso, nel secondo anno della sua attività lavorativa nell'impresa cade gravemente

---

(4) Come esempio eminente degli umori di questa parte dell'opinione V. Romagnoli, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, 2ª ed, Bologna-Roma, 1979, *sub* art. 5.

malato e resta assente per alcuni mesi e poi riprende a lavorare, riverificandosi al settimo anno un'analoga vicenda, escludo nettamente che possa procedersi alla somma in tanto arco di tempo, per considerazioni di buon senso che mi risparmio e al di là della lettera e dello spirito delle previsioni contrattuali. Escludo altresì che la Cassazione, ipotizzando il rimedio, abbia avuto presente l'ipotesi qui formulata. Al contrario è evidente che la Corte ha considerato la ben diversa ipotesi di episodi morbosi brevi e reiterati, ravvicinati nel tempo, cioè il fenomeno quale è solitamente inteso, anche nella pubblicistica extragiuridica, come eccessiva morbilità. Residuando tuttavia, una volta prescelta questa soluzione, la difficoltà obiettiva di determinare ragionevolmente, una volta esclusa l'intera carriera lavorativa, il tempo di riferimento del lamentato fenomeno. Ed è questo, invero, il *rebus* che con la sentenza del 1978 resta aperto.

A questo punto merita registrare quale riscontro ha finora avuto il principio di diritto, enunciato nella sentenza n. 5165, nella giurisprudenza di merito. Mi pare degna di particolare segnalazione l'elaborata pronuncia 3 febbraio 1979 del Tribunale di Vicenza (5), emessa rispetto ad una situazione verificatasi nell'industria metalmeccanica privata, con assenze, nell'anno, tra il 45% e il 65%, proprio perché qui si è ritenuto di valutare in coerenza ed in applicazione del pronunciato della Suprema Corte. Quei magistrati, valutando in termini d'interpretazione del contratto collettivo specifico, sono giunti alla conclusione che il medesimo disciplinò il comporto unicamente in riferimento all'identica malattia determinante, anche nella particolare ipotesi della ricaduta. Hanno viceversa escluso che il contratto regoli la diversa situazione della ravvicinata reintegrazione delle assenze per diverse malattie ed hanno ritenuto di poterla valutare, quindi, alla stregua della regola del giustificato motivo obiettivo. Sono giunti alla conclusione della giustificazione del licenziamento, tenendo conto, nel caso concreto, dell'entità, progressivamente crescente nel tempo, delle assenze nonché, soprattutto, dell'accertata cronicità di alcune malattie lamentate, tale da rendere ragionevolmente prevedibile anche per il futuro la normalità della non-presenza al lavoro. Ne consegue, per impossibilità sopravvenuta parziale della prestazione, il « ... diritto di rifiutare una prestazione resa con modalità che creano scompensi o guasti apprezzabili nella struttura tecnica e organizzativa dell'azienda, intesa come entità dinamica che si autostruttura permanentemente ». In quest'ordine d'idee il Tribunale ha anche ragionevolmente

---

(5) V. in *Lavoro e prev. oggi*, 1979, 975, con nota di Meucci.

respinto l'eventualità della possibile somma di periodi di malattia eccessivamente distanziati nel tempo e nell'intero arco di svolgimento del rapporto nell'impresa, ancora secondo la delimitazione implicitamente risultante dalla sentenza n. 5165 del 1978 della Cassazione; ha anche aggiunto che « non è determinante il preciso calcolo dell'incidenza in percentuale delle assenze », non potendosi indicare in materia una « misura fissa », tutto dovendosi risolvere in termini di valutazione in concreto rispetto all'andamento di quello specifico rapporto.

Questo è, nell'obiettivo di una rapida messa a punto, lo stato della questione, con la notazione finale che, in tanta tormentata diatriba, essa resta, per più versi e per profili delicati, aperta. La constatazione positiva che può farsi è che la più sensibile giurisprudenza, ivi compresa quella della Cassazione nelle due pronunce apparentemente d'opposto segno, ha avvertito la dimensione autentica del fenomeno e si è resa conto della necessità, per imperativo dell'utile sociale, di darvi una risposta congrua, vuoi in termini di adeguata interpretazione obiettiva dei patti contrattuali-collettivi, vuoi altrimenti.

Per quanto mi riguarda, sono in tranquilla coscienza per la tesi della licenziabilità. Allorquando un rapporto si va svolgendo nella normalità della non presenza al lavoro, ne vien meno la ragion d'essere, cioè la causa in senso tecnico-giuridico come funzione economico-sociale. Il riferimento alla regola del giustificato motivo obiettivo, sotto il particolare profilo del nocumento al regolare funzionamento dell'organizzazione di lavoro, è di rigore. Certo possono emergere casi umani degni di attenzione e della massima sollecitudine; per il rimedio corretto mi permetto di ricordare quanto sta scritto nell'art. 38 Cost.

43.

# SEI SENTENZE E DUE ORDINANZE IN MATERIA DI PRESCRIZIONE PER DIRITTI DEI LAVORATORI

Se il venerando istituto della prescrizione intende rispondere, fin dai primi vagiti dell'esperienza giuridica, all'insopprimibile esigenza sociale di certezza nei rapporti giuridici per il solo trascorrere del tempo, è noto che da noi, nella materia del lavoro, dopo la « rivoluzionaria » sentenza n. 63 del giugno 1966 della Corte costituzionale e dopo i diversi successivi pronunciati della medesima Corte, nei tormentati e contrastanti svolgimenti applicativi della giurisprudenza ordinaria, nella netta spaccatura della dottrina e sotto il peso degli opposti interessi, siamo in piena babele. Sopravviene oggi, su relazione e col ben noto stile del giudice di più recente nomina che non aveva mancato di pronunciarsi in sede dottrinale (v. Andrioli, in *Riv. giur. lav.*, 1976, 2, 265), questo imponente complesso di decisioni. La prima domanda che comprensibilmente, d'istinto, *quisque de populo* si pone è, appunto, quella se da tanto complesso possa risultare appagata la naturale esigenza di certezza, con un pronunciato finalmente risolutivo, quale che ne sia la portata. Cercherò di leggere sul filo di questo interrogativo.

La Corte venne da diverse parti reinvestita della questione, in riferimento a diverse norme indicate come meritevoli del controllo di costituzionalità, in diversi contesti e in varie prospettazioni. In proposito una lettura dei « fatti », meglio degli svolgimenti processuali, è estremamente interessante. Venne anche riproposta la questione di legittimità dell'art. 2948, n. 4, c.c., sulla quale la Corte già si pronunciò nella prima sentenza del 1966, posto che per qualche giudice, in riferimento a quanto la Corte medesima aveva ritenuto di poter « precisare » nella tanto bistrattata sentenza n. 174 del 1972, la legislazione limitativa dei licenziamenti, quale risulta oggi dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (statuto dei lavoratori), non eliminerebbe affatto, come da molte parti si dice (v., per riferimenti, la mia nota in *Mass. giur. lav.*, 1976, 586), quello stato di soggezione del lavoratore in costanza di rapporto che giustificò la pronuncia n. 63. Al che la Corte ha agevolmente risposto (v. la

sentenza n. 43) che se tale era l'opinamento nel merito del magistrato, alla stregua di siffatto convincimento costui doveva semplicemente risolvere il caso e non sollevare, viceversa, incidente di costituzionalità.

La considerazione dei casi è, su questo terreno, importante per appurare e vagliare gli umori di determinati settori della magistratura ordinaria, per quanto attiene alla valutazione delle caratteristiche dei diversi rapporti di lavoro e per tracciare, al fine specifico, la linea distintiva tra rapporti garantiti e no. Ad es., secondo quanto risulta dalla sentenza n. 40, per il giudice del lavoro del Tribunale di Cosenza non potrebbe ritenersi veramente stabile o garantito il rapporto d'impiego dei funzionari delle Casse di risparmio. Il contratto collettivo contempla la dispensa dal servizio e la destituzione, senza però predeterminare situazioni sostanziali che giustificano siffatti provvedimenti disciplinari. Orbene nei contratti di questa categoria, fin dall'epoca corporativa (contratto del 1941 integrato, senza modificazioni sul punto con la convenzione 14 ottobre 1953, all'epoca non sussistendo autonoma contrattazione collettiva per i funzionari accumunati con la generalità degli impiegati), la dispensa dal servizio è prevista in due casi: allorquando il soggetto abbia accumulato per tre volte note di qualifica di fine anno non positive e quando sia incorso per due volte nella sanzione della sospensione. Ed è ben noto come i provvedimenti disciplinari minori siano in sé impugnabili giudizialmente così come sono impugnabili, come in più occasioni ha affermato la giurisprudenza, le note di qualifica o giudizi di fine anno. Viceversa la destituzione è possibile quando, mutuandosi la definizione della giusta causa contenuta nella legge impiegatizia del 1924, il funzionario incorra in una mancanza che non consenta la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto. Si tratta di una formula di derivazione legislativa e di comune applicazione in uno strabocchevole contenzioso, nonché di particolare rigore. Adoperando, infatti, la parola « mancanza », si richiede la rimproverabilità o l'imputabilità del fatto in termini di dolo o di colpa grave, in superamento della concezione oggettiva della giusta causa. Inoltre, sopravvenuto lo statuto dei lavoratori con l'art. 18, l'eventuale valutazione negativa, da parte del giudice, deve sfociare, per adoperare l'espressione della Corte, nella reintegrazione del lavoratore ingiustificatamente rimosso nella posizione giuridica preesistente (v. Cass. 9 dicembre 1977, n. 5343, in *Dir. lav.*, 1978, 2, 238), ben oltre la tutela meramente risarcitoria resa possibile, ai sensi della legge n. 604 del 1966, nel contesto del regime « debole » del licenziamento illegittimo, caratteristico di quel primo intervento legislativo.

Da diverse parti, ponendosi la questione per le pretese non direttamente patrimoniali e all'insegna di un ritenuto canone di coerenza, si

sollevò anche il problema della legittimità o no della norma sulla prescrizione ordinaria decennale (art. 2946 c.c.) non toccata dai precedenti pronunciati. Singolarmente la questione venne pure proposta in termini di confronto tra impiego privato e pubblico, assumendosi una posizione deteriore, in violazione del principio d'eguaglianza, nel secondo in comparazione col primo, sempre in riferimento alla regola della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto ritenuta sulla base delle precedenti sentenze della Corte. Si vedano in proposito le ordinanze n. 52 e, specialmente, n. 51, quivi richiamandosi il giudice *a quo* al dovere di esaminare seriamente il punto della rilevanza o no della questione di costituzionalità « con riferimento alla singola controversia di lavoro e senza indulgere ad inutili astrazioni », specie allorquando emerge *ex actis* la possibilità di risolvere nel merito la lite, magari per questioni pregiudiziali assorbenti. Dove, oltre alle giuste perplessità dei giudici costituzionali sul merito di questo opinabile confronto tra i due rapporti anche per stabilire anzitutto il modello di riferimento, poteva dirsi più perentoriamente che un siffatto incidente di costituzionalità pare di scarso costrutto allorquando si deve giudicare nella zona privatistica o quanto meno a regolamentazione privatisitica.

Quanto sopra premesso, in rapide pennellate, per individuare il contesto del contenzioso, merita cercare di riassumere le affermazioni centrali della Corte, quali risultano dalle diverse decisioni finali o interlocutorie, nel tentativo di rispondere all'interrogativo d'inizio.

1. In primo luogo, posto che nella diatriba giurisprudenziale e dottrinale la questione è stata di frequente impostata in termini di impossibile reviviscenza della situazione normativa *ante* 1966 dopo la dichiarazione d'illegittimità di quell'anno e malgrado la sentenza n. 174 del 1972, v. a questo proposito la mia nota (in *Mass. giur. lav.*, 1973, 313), merita registrare quanto sul punto pregiudiziale ha detto la Corte. Nella sentenza n. 40 si legge che il giudice *a quo* « ... sollecita dalla Corte l'interpretazione, con autorità vincolante per gli altri giudici, della sentenza del 1966 e di due delle altre sentenze che l'han seguita. Senonché siffatto compito non spetta alla Corte, tra i cui provvedimenti necessariamente tipici non si annovera né può annoverarsi l'accertamento del contenuto di precedenti sue sentenze, una sorta cioè di provvedimenti di secondo grado, del quale oggetto immediato non è la disposizione o il gruppo di norme impugnabili ma altra sua sentenza ». Cioè, del tutto correttamente, la Corte assume che non possono aversi sentenze d'interpretazione autentica di precedenti pronunce; donde la conclusione d'inammissibilità, in diverse di queste sentenze, delle questioni a suo tempo risolte: *ne bis in idem*. È questa una prima affermazione di grande

importanza almeno teorica e che trascende l'occasione specifica, ponendosi all'attenzione degli studiosi della giustizia costituzionale in generale.

2. In secondo luogo la Corte ha detto cose importanti in ordine ai criteri d'interpretazione dei suoi pronunciati, dopo il pregiudiziale rifiuto a rimetterli in questione. Nella sentenza n. 41 si legge che « ... anche ad ammettere... che il dispositivo della sentenza n. 63 del 1966 debba leggersi avulso dalla motivazione, la norma di diritto, che sorge dal connubio tra le tre disposizioni, dichiarate parzialmente illegittime, e il dispositivo, non può reputarsi di grado superiore alla legislazione che l'ha seguita, e tale da esimere gli operatori pratici, che a vari livelli sono chiamati ad intenderla e ad applicarla, dal coglierne in tutto o in parte l'incompatibilità a stregua dei criteri dettati nell'art. 12 disp. prel. c.c. ».

Nella sentenza n. 42 si legge che dell'universo normativo che nel suo complesso l'operatore è chiamato ad interpretare e ad applicare « ... fan parte i dispositivi di pronunce di fondatezza di questioni di legittimità costituzionale rese dalla Corte, nel senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione espressa da questa Corte nella motivazione delle pronunce medesime », con evidente parafrasi dell'art. 12 preleggi. Cioè i pronunciati della Corte, per la loro natura oggettivamente normativa, vanno interpretati, *sempre*, nella inscindibile connessione di dispositivo e di motivazione, adattando i criteri ermeneutici dettati per la legge. Anche questa è un'affermazione *generale* della massima importanza al di là dell'occasione. Probabilmente dovrà indurre a rimeditare quanto finora si è variamente scritto, nella tormentata ed entusiasmante vicenda della giustizia costituzionale, sia per quanto attiene alla schematizzazione dei diversi tipi di pronunce, sia in ordine alla loro oggettiva portata.

Combinando quanto si è registrato al primo e al secondo punto, ne viene fuori, conclusivamente, un risultato *nel contempo di metodo e di merito.* La Corte si rifiuta di riprendere in esame questioni già decise e sollecita l'operatore ad intendere i suoi pronunciati nella loro oggettiva portata normativa, imponendosi la valutazione dei medesimi, sistematicamente, nell'intero contesto risultante anche dalla successiva legislazione. I giudici costituzionali hanno « fatto quadrato » attorno a *tutta* la loro precedente giurisprudenza in materia, dalla sentenza n. 63 del 1966 alla n. 115 del 1975, richiamando ancora una volta l'operatore all'obbligo di tenerla integralmente presente nell'universo giuridico. Si tratta di una implicazione di eccezionale importanza generale, al confine estremo del sindacato giurisdizionale di costituzionalità quale oggettivamente possibile nell'ordinamento e nei rapporti tra questo potere e quello legislativo. I ripensamenti cui possono essere indotti gli studiosi di teoria

generale sono ancora facilmente prevedibili; né possono indulgere nei limiti di questa nota a caldo. Preferisco andare oltre schematizzando anche nel merito.

3. In terzo luogo la Corte ha ribadito che la « regola » della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto *allo stato* può ritenersi, in ipotesi (v. *infra*), solo nella zona delle possibili pretese salariali del lavoratore e non per la generalità dei diritti. Ciò si deduce dalla pronuncia di infondatezza « nei sensi di cui in motivazione » della questione di costituzionalità della norma sulla prescrizione ordinaria decennale (art. 2916 c.c.) in materia di lavoro. Ho detto « allo stato », perché in realtà la questione è stata valutata in termini di reale attinenza alla controversia nell'ambito della quale il magistrato ordinario ritenne di poterla sollevare. In proposito si leggono nelle due sentenze considerazioni di rilievo assai pertinenti e che esigono che si dica qualcosa in relazione alla « riscoperta » della prescrizione decennale nella nostra materia e negli ultimi anni, massimamente per quanto attiene al c.d. diritto « alla qualifica ».

Ne dirò in totale spregiudicatezza, posto che sono fedele all'imperativo *amicus Plato, sed magis amica Veritas*. La prescrizione ordinaria, doppia rispetto a quella quinquennale dettata per le retribuzioni, è stata riscoperta, dal lato degli interessi offesi a seguito della svolta del giugno 1966, proprio a seguito del sopravvenire della regola della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto e nella considerazione che, viceversa, sull'art. 2946 non c'è stata finora pronuncia d'illegittimità; eccependosi spesso « quanto meno » la decennale, allorquando il lavoratore viene a rivendicare un superiore inquadramento con tutte le conseguenze. E questa tesi ha avuto talora riscontro, anche in sentenze della Cassazione, in riferimento, appunto, al diritto « alla qualifica ».

Ma qui occorre intendersi circa la zona, in sé ristretta, di quel diritto. Se il lavoratore rivendica un superiore inquadramento, occupando da sempre ed anche allo stato una posizione di lavoro che, per le mansioni di fatto espletate, dovrebbe essere qualificata ad un superiore livello, una questione di prescrizione in ordine al conseguimento della posizione superiore non si pone neppure, proprio perché il dipendente lavora tuttora in quel posto ed è sempre possibile una pronuncia da valere in futuro; semmai potrà operare in parte, per il passato, la prescrizione quinquennale per gli arretrati retributivi. Invece, nell'ipotesi che il lavoratore abbia occupato per più di tre mesi una superiore posizione di lavoro senza acquisirla definitivamente, in violazione dell'art. 2103 c.c., venendo dopo un certo tempo rimandato in una posizione deteriore, può correttamente dirsi che per la pretesa sul superiore inquadramento vale

la prescrizione decennale rispetto al momento di acquisizione del diritto. Questa mi pare la zona ristretta in cui può correttamente parlarsi, al fine specifico, di diritto alla qualifica. Orbene, nei casi di cui alle sentenze n. 40 e n. 41, discutendosi a rapporto di lavoro ormai estinto, non v'era oggettivamente più spazio per una pronuncia ricognitiva della superiore qualifica, potendosi solo fare questione di trattamenti economici. Nella sostanza la Corte, pur formalmente protestando di non poter evadere dai suoi compiti istituzionali, ha colto nel segno, chiedendosi se, in ragione dell'avvenuta cessazione del rapporto, v'era spazio per invocare un bene della vita diverso da quello del vile denaro.

Piuttosto, se le sentenze n. 40 e n. 41 debbono leggersi, per questa parte, nella chiave indicata, non è agevole capire perché si sia preferita una pronuncia d'infondatezza « nei sensi di cui in motivazione » ad una decisione interlocutoria di restituzione al giudice ordinario ai fini della deliberazione della rilevanza (come si è fatto, del resto, con la sentenza n. 45). È ben noto, tuttavia, come tra le varie formule terminali escogitate per la definizione dei procedimenti innanzi alla Corte vi sia molta flessibilità, al di là di alcuni punti fermi, in una zona dai contorni incerti.

4. In quarto luogo, nel riconfermare tutta la sua precedente giurisprudenza, la Corte ha ribadito, nelle diverse pronunce, che ai fini della regola della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto, deve distinguersi tra rapporti « garantiti » e no, anche nel settore privatistico o, in riferimento ad enti pubblici, regolamentazione privatistica del rapporto di lavoro. Per rendersi conto dell'ampiezza della zona rispetto alla quale è inderogabile distinguere alla stregua di quella regola, basta considerare l'estrema varietà delle situazioni che sono emerse in questi incidenti di costituzionalità. In particolare, quelle che risultano dalle ordinanze n. 51 e n. 52, con diversissima qualificazione formale della parte datoriale e con assai diverse regolamentazioni sostanziali dei correlativi rapporti di lavoro: Casse di risparmio, Rai TV, Stefer (autoferrotramvieri), diverse imprese puramente private, federazione dei consorzi agrari, Atac, Banco di Napoli... In tutte queste situazioni, per la logica intrinseca del provvedimento interlocutorio, si assume che la questione resta aperta e che i giudici *a quo* debbono scomodarsi ad approfondirla in riferimento al principio sostanziale riconfermato.

Il fatto medesimo che la Corte ha ribadito la regola sostanziale nei termini indicati e con portata « universale » ha precise implicazioni logiche, nel senso del rigetto dell'opposta tesi universalistica ed estremistica, largamente emersa nella giurisprudenza degli ultimi anni e talora assunta in dottrina, giusta la quale, dato lo svolgimento reale del rapporto di lavoro, non sarebbe razionale voler distinguere tra rapporti

garantiti o no. Mi riferisco alla tesi secondo la quale, ad es., nemmeno il più rigoroso ed effettivo regime limitativo della possibilità di licenziamenti arbitrari potrebbe valere per concludere in ordine al superamento dello stato di soggezione del lavoratore in costanza di rapporto (per riferimenti v. le mie note citate); ad es., perché il dipendente potrebbe essere indotto a non rivendicare il rispetto dei suoi diritti accarezzando l'idea di indurre il datore di lavoro a concedergli una promozione. Questa tesi estrema comporterebbe in definitiva, e tanto è stato in effetti sostenuto, che in ogni caso e sempre la prescrizione non dovrebbe correre in costanza di rapporto, quali che siano le garanzie sostanziali e processuali rispetto alla vicenda massima del licenziamento arbitrario.

È evidente che la Corte, per il fatto stesso che ha ribadito la regola (qui da assumersi di massima, rinviandosi per ora un più approfondito discorso di merito), ha respinto la concezione del lavoratore *naturaliter* alienato e sminuito, almeno per qualche verso ed irriducibilmente, nello svolgimento del rapporto; proprio perché assume che già oggi possono identificarsi rapporti garantiti. Ci si può chiedere, fondatamente o no, se il vigente regime limitativo dei licenziamenti secondo lo statuto dei lavoratori valga ai fini di ritenere il rapporto adeguatamente garantito. Ma, proprio ponendosi questo interrogativo, si viene ad ammettere che la garanzia deve essere rinvenuta, per quanto attiene alla possibile conservazione del rapporto rispetto all'arbitrio massimo della parte datoriale, su questo terreno e non oltre. La Corte implicitamente assume che anche nell'attuale sistema economico-sociale è possibile una sistemazione dei rapporti di lavoro con svolgimento dei medesimi in libertà ed autoresponsabilità reciproche, attuandosi per il meglio il messaggio di liberazione sociale della Costituzione. E non può non consentirsi, a mio avviso, con questa autorevolissima indicazione sul piano civile.

5. Ribadita la distinzione di fondo di cui sopra, la Corte ha altresì ripetutamente affermato che spetta istituzionalmente al giudice ordinario valutare di volta in volta, in specifico riferimento al dato rapporto e alla sua regolamentazione, se trattasi di rapporto garantito o no. Nella sentenza n. 41, dopo aver ricordato che, per la n. 74 del 1972, deve ritenersi che un rapporto sia « stabile » allorquando sussiste una predeterminazione sostanziale delle ipotesi di possibile estinzione del rapporto medesimo e allorquando, soprattutto, alla disciplina sostanziale si accompagni la possibilità di ottenere giudizialmente, in caso di licenziamento illegittimo, la reintegrazione nella *posizione giuridica* preesistente, i giudici costituzionali sollecitano quelli ordinari ad un esame approfondito sulla base della disciplina del rapporto, sia essa di derivazione regolamentare o contrattuale collettiva. Da notarsi che nel caso,

nel processo donde venne l'incidente di costituzionalità, rispetto ad un rapporto ormai estinto con l'Enel, si faceva questione di superiore inquadramento, con conseguenti pretese economiche, per una situazione verificatasi nell'impresa poi nazionalizzata; derivandone, per la Corte, la particolare impegnatività dell'indagine rispetto ad una pretesa latente dal 1939 al 1962 e dovendosi anche tener conto dell'avvenuta modifica della norma di legge in tema di posizione di lavoro (art. 2103 c.c.) avutasi con l'art. 13 dello statuto dei lavoratori ed entrata in vigore alcuni anni prima dell'estinzione del rapporto. Di conseguenza, nella sentenza n. 42, si legge che non spetta alla Corte verificare le valutazioni dei giudici di merito in ordine alla ricorrenza della duplice situazione indicata nella sentenza n. 174, ai fini della qualificazione del rapporto come garantito. Ancora nella sentenza n. 44 si ripete che non compete alla Corte controllare se i giudici ordinari intendono « nel senso conforme alla legge, alla quale soltanto sono, ai sensi dell'art. 101 Cost., soggetti, la duplice condizione, chiaramente puntualizzata nella sent. n. 174 del 1972 ».

Rispetto all'ultima precisazione si può essere colpiti, almeno a prima impressione e salvo quanto dirò poi, dal richiamo all'art. 101 Cost., quanto meno isolatamente considerato. Può esservi spazio per ricamare al quanto. Potrebbe intendersi così: nel nostro ordinamento c'è ormai, anche e soprattutto in ragione del complesso delle pronunce della Corte, una regola sostanziale che impone ai giudici di distinguere tra rapporti garantiti o no in ragione della sussistenza e dell'intensità del regime limitativo del licenziamento non giustificato. I giudici non possono, almeno in linea di principio, prescindere da questa regola, pena la violazione della legge cui sono soggetti. In pratica, se si è ben capito, questo parrebbe suonare condanna di quella giurisprudenza che negli ultimi anni si è rifiutata di adeguarsi alla sentenza n. 174 del 1972 della Corte protestando l'impossibilità di far rivivere una norma che la Corte medesima avrebbe dichiarato irrimediabilmente illegittima, e quindi cancellato dall'ordinamento, con la prima pronuncia del 1966.

Ancor di più, anche per questo verso la Corte riafferma che, al fine di distinguere tra rapporti garantiti e no, deve aversi esclusivamente ritardo al regime del licenziamento. Non è possibile argomentare altrimenti per lo stato naturale di soggezione del lavoratore nello svolgimento del rapporto in termini tali che, in pratica, comporterebbero l'irrevocabilità della regola della non decorrenza della prescrizione in corso di rapporto. È la condanna del (facile, troppo facile) « sociologismo » da strapazzo che contraddistingue la giurisprudenza « ribelle » alla delimitazione della regola della non decorrenza della prescrizione in

costanza di rapporto risultante dal complesso delle pronunce costituzionali. È la riaffermazione che, superandosi il « sociologismo » a sbocco qui scontato, deve aversi solo riguardo alla regolamentazione giuridica, ancora una volta in salutare recupero di libertà e autoresponsabilità.

6. Senonché, con le sentenze n. 42 e n. 44, si è aperto un notevole spiraglio ancora suscettivo di determinare una contrapposizione nel contenzioso ordinario riproponendo, ad altro livello, lo scontro tra gli opposti orientamenti anche ideologicamente ispirati. Infatti, dopo avere ognora riaffermato la distinzione tra rapporti garantiti e no, la Corte dichiara che non spetta ad essa « ... se sia da stimare "vera" la reintegrazione nel posto di lavoro ove si neghi la esecutorietà forzata della sentenza che tale reintegrazione ordini, così come ben potrà il Parlamento approvare leggi che pongano punti fermi nel tutt'altro che univoco contesto » definito, nella n. 42, « in perpetuo » e, nella n. 41 « in irrefrenabile divenire ».

Qui c'è il vero salto qualitativo tra le decisioni depositate nel giugno 1979 e il complesso delle precedenti. Nella sentenza n. 174 del 1972 la Corte ritenne di poter ancorare la stabilità del rapporto, giustificativa della decorrenza della prescrizione secondo la regola ordinaria (art. 2935 c.c.), al regime di cui all'art. 18 statuto dei lavoratori come necessaria integrazione della legge n. 604 del 1966. Il disposto statutario garantisce la possibilità della piena reintegrazione del lavoratore ingiustificatamente licenziato nella posizione *giuridica* preesistente, come la Corte ha oggi riepilogato nella sentenza n. 41. Né può esservi dubbio in proposito: la sentenza *ex* art. 18 ripristina a favore del lavoratore la situazione giuridica preesistente sol perché, segua o no l'effettiva reintegra in servizio, il datore di lavoro resta obbligato per le retribuzioni in ragione della persistenza del rapporto.

Ora, invece, la Corte fa un passo indietro e lascia aperto il problema se possa ritenersi autentica reintegrazione quella che può comportare, al massimo, l'obbligo retributivo, dovendosi escludere, secondo quello che ha sempre affermato la più ragionevole giurisprudenza nell'accordo della migliore dottrina, la possibilità di esecuzione forzata della pronuncia giudiziale (sui termini del problema v., da ultimo, D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979). Potranno così aversi contrastanti esiti di giurisprudenza ordinaria alquanto curiosi. Se, in ipotesi, generalmente si converrà che può parlarsi di vera reintegra solo in quanto la pronuncia del giudice sia suscettiva di esecuzione coattiva, i giudici ideologicamente « moderati », che escludono siffatta possibilità, dovrebbero giungere alla conclusione che l'art. 18 statuto dei lavoratori non serve a garantire appieno il lavoratore e quindi non si giustifica la

decorrenza della prescrizione in corso di rapporto. Sarà interessante vedere, viceversa, la conclusione cui riterranno di poter pervenire quegli altri giudici che ammettono, almeno fino ad un certo punto (ad es., facendo accompagnare in fabbrica il lavoratore dall'ufficiale giudiziario ed ingiungendo, come talora è avvenuto, la disponibilità del cartellino di presenza ecc.), l'eseguibilità coattiva della sentenza.

Il punto è che, come letteralmente risulta dalle sentenze della Corte, entrambe le opposte operazioni di valutazione del regime del licenziamento sono realizzabili in svolgimento della regola generica ora ribadita, secondo la distinzione tra rapporti garantiti o no. La regola generica, riconfermata in questa occasione, sarà suscettiva di opposta applicazione rispetto al regime *ex* art. 18 dello statuto, nell'ambito delle competenze istituzionali della giurisprudenza ordinaria.

In ragione di questa riserva di competenza per la magistratura ordinaria c'è, tuttavia, da chiedersi se la medesima esclusivamente si spieghi in termini di « doverosità istituzionale ». Cioè c'è da stabilire se i giudici costituzionali credano veramente allo spiraglio che così hanno aperto oppure se, al contrario, sul piano formale si sia imposta la considerazione che, in definitiva, in ordine alla valutazione della sussistenza di un regime di stabilità, la parola ultima non può non restare al giudice ordinario.

Probabilmente, per dar senso a tutto il discorso in questa faticosa ricostruzione, la risposta deve essere di necessità del secondo tipo. Non v'è dubbio, infatti, che la « svolta » di cui alla sentenza n. 174 del 1972 ebbe significato solo in quanto qualcosa era avvenuto nell'ordinamento, per larga parte delle situazioni, in ragione del più recente regime limitativo dei licenziamenti di cui all'art. 18. Se non fosse avvenuto questo qualcosa, se il regime fosse stato anche all'epoca, e universalmente, quello del recesso *ad nutum ex* art. 2118 c.c., quella sentenza del 1972 non avrebbe avuto senso né dimensione reale nella concreta esperienza storica. Solo in questa chiave l'intera e tormentata vicenda ha valore.

Certo può comprendersi, forse anche in termini di compromesso politico all'interno della Corte (questo inducendo a concedere il « contentino » di rito) che, stringendo, si sia dovuto operare una delimitazione di riserva istituzionale, puntualizzandosi formalmente quanto è fuori da tutta la logica dell'operazione. La riprova che, una volta enunciata la regola della necessaria distinzione tra rapporti garantiti e no, lo sbocco è, per quanti accettino la « svolta » del 1972, inevitabile, si ha del resto con gli svolgimenti tormentati della giurisprudenza ordinaria prima dei recenti pronunciati della Corte costituzionale. Ed infatti, dopo la sentenza

n. 1268 del 1976 delle S.U. della Cassazione che suscitò tante polemiche, a quel principio si è poi adeguata anche la sezione lavoro della Cassazione. Con sentenza n. 3541 del 12 luglio 1978 (in *Foro it.*, 1978, I, 2752), la Corte ha ragionevolmente precisato che la prescrizione non corre in pendenza di un rapporto non di ruolo, giacché la premessa minima dell'opposta conclusione (esigente un conclamato regime di stabilità) è che sussista un rapporto formalmente accettato come lavoro subordinato da parte del preteso datore. A tanto non può giungersi quando, al contrario, si tratti di un rapporto volutamente « fuori organico » in ragione della pretesa datoriale a qualificarlo come autonomo (nel caso si trattava della situazione del c.d. « accertatore esterno » della Siae). Nella stessa sentenza la Cassazione ha affermato la piena decorrenza della prescrizione nello svolgimento dei rapporti stabili, accettando pienamente la regola di principio ora ribadita dalla Corte costituzionale. In conclusione, se il discorso deve essere concreto, suscettivo di operabilità nella concretezza dell'ordinamento e con precise implicazioni, il regime di garanzia che sussiste è quello dell'art. 18 statuto dei lavoratori e come tale deve di necessità considerarsi.

Indubbiamente, in ragione della riserva istituzionale operata, la parola ultima resta alla giurisprudenza ordinaria. La cosa, a parte la risposta che consente all'interrogativo inizialmente posto (abbiamo o no certezza dopo questo complesso di decisioni?) è, se si vuole, eticamente apprezzabile. Non potranno i giudici ordinari dire semplicemente che la prescrizione in costanza di rapporto è regolata dall'art. 18 perché in tal senso ha deciso la Corte costituzionale. No: la Corte ha lasciato ancora uno spiraglio aperto per tutte le elucubrazioni. Personalmente mi auguro che la conclusione prevalente sia quella « di ragione » sostenuta nei miei scritti precedenti citati. Non sto a ripetermi.

7. Resta l'appello finale, contenuto nelle sentenze nn. 42 e 43, all'eventuale intervento legislativo nella zona della controversa eseguibilità coattiva della sentenza *ex* art. 18. È da precisare quale possa essere lo spazio concreto di siffatto intervento, in un sistema economico-sociale che è strutturalmente basato sull'impresa, privata o pubblica, a regolamentazione privatistica tradizionale dei rapporti di lavoro e nel quale, quindi, come è generalmente riconosciuto, lo svolgimento di tali rapporti esige indefettibilmente la collaborazione datoriale quotidiana. Tanto hanno dovuto riconoscere anche quei teorici che ammettono, almeno uno ad un certo punto, l'eseguibilità coattiva della sentenza; cioè fino al punto in cui è possibile, almeno apparentemente, porre in essere alcuni presupposti esterni oltre i quali quella collaborazione resta problematica.

Mi pare assai facile l'identificazione del filone dottrinale sotto la

suggestione del quale è stato lanciato l'appello al Parlamento. Si tratta di quella dottrina che auspica variamente la previsione di sanzioni, anche penali, per garantire che il soggetto obbligato si acconci, *malgré*, al reinserimento effettivo del licenziato in azienda; v. in proposito, autorevolmente, da ultimo Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1104. E qui il discorso diverrebbe puramente politico, in termini di sostanziale compatibilità di questi svolgimenti con la logica del sistema, nei termini già accennati acutamente in dottrina (v. Guarino, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977, spec. 63 ss.), ed esorbita da questa nota volta solo a cercare di puntualizzare i non facili passaggi di queste decisioni della Corte.

Certo è che l'intera vicenda della prescrizione per i diritti dei lavoratori è stata del tutto singolare, nella giurisprudenza della Corte, specie ove se ne consideri l'inizio nel 1966 e questa conclusione. Nel 1966, innanzi ad una normativa che non dava alcun peso alla particolare posizione del lavoratore nello svolgimento del rapporto all'epoca universalmente risolubile *ad nutum* (il che poteva essere eccessivo), la Corte ritenne di poter sostanzialmente legiferare argomentando da massime di esperienza, dai fatti ricorrenti della vita. Oggi, può dopo aver riconfermato di massima una regola che ha senso solo sul presupposto di fatto che ormai per larga parte dei rapporti di lavoro vige il regime di garanzie che culmina nell'art. 18 statuto dei lavoratori, non si è ritenuto, tuttavia, di poter dire una parola realmente chiara e risolutiva, in ragione dell'assunta impossibilità di invadere la zona di competenza della magistratura ordinaria. I fatti della vita contarono in una situazione sulla quale il legislatore aveva, in gran parte a torto, serbato il silenzio. Svolte radicali e decisive nell'ordinamento formale non possono, invece, essere assunte in pieno nella valutazione dei giudici costituzionali. O meglio, fu possibile nel 1972, non nel giugno 1979: o perché tutto è in perpetuo e irrefrenabile divenire o perché, come sempre si è detto, *habent sua sidera lites*.

# 44.

# DIRIGENTE D'IMPRESA O D'AZIENDA (*)

SOMMARIO: 1. Nozione ed evoluzione della categoria. — 2. Assunzione e contratto a termine. — 3. Trattamenti particolari dei dirigenti. — 4. Applicabilità dello statuto dei lavoratori. — 5. Risoluzione del rapporto. — 6. Tutela previdenziale.

1. Le difficoltà intrinseche di identificazione della figura del dirigente d'impresa o d'azienda, già rilevate dal compianto PETRACCONE nella voce édita in quest'opera nel 1960, sono andate vieppiù accrescendosi in quest'ultimo quindicennio, almeno apparentemente ponendo in piena crisi la definizioe da tempo elaborata, invero con sforzo non occultabile, nella giurisprudenza e corrente almeno nelle massime delle rassegne. Anche la dottrina manualistica, pur doverosamente tesa a dar corpo, possibilmente in termini unitari, al disposto (art. 2095) del diritto positivo, di tutto questo è ben consapevole.

Così si afferma che la figura è evanescente (1) e che è vano cercare di definire l'indefinibile (2).

Il dato di base dell'esperienza che generalmente si adduce a spiegazione di questa radicale crisi d'identificazione, è costituito dalla prolificazione della categoria avvenuta, a ritmo crescente, negli ultimi decenni. Il fenomeno è, invero, registrato da tempo, così come da tempo si è ben consapevoli delle implicazioni che il medesimo ha rispetto alle più antiche configurazioni; si veda, ad es., la voce pubblicata in *Enc. dir.*, a

---

(*) Pubblico qui, debitamente autorizzato, la voce di aggiornamento scritta per il *Novissimo digesto italiano*. Di recente ho ripreso il tema della procedura arbitrale d'impugnativa del licenziamento nello scritto *Arbitrato rituale o irrituale nelle controversie di lavoro*, in *I processi speciali*, Studi offerti a V. ANDRIOLI dai suoi allievi, Napoli, 1979, 221; v. ivi completi riferimenti alla più recente giurisprudenza e dottrina, in particolare al libro di MANNACIO, *Il licenziamento dei dirigenti*, Milano, 1979. Per quanto attiene alla tutela previdenziale si tenga conto dei progetti di riforma pensionistica, in cantiere nella viva opposizione della categoria.

(1) Così CORRADO, *op. loc cit.*

(2) V. MASSART, *op. cit.*

metà degli anni '60, dall'A., il Pergolesi, che dedicò al dirigente uno studio monografico nel bel mezzo dell'esperienza corporativa. Dalle informazioni cortesemente fornitemi da esponenti del sindacalismo dirigenziale consta che i dirigenti dell'industria ammontano oggi a circa quarantamila; quelli del credito (sindacalmente accomunati, in genere, ai funzionari) a circa dodicimila; quelli delle assicurazioni a circa millequattrocento; quelli del commercio a circa seimila; quelli dell'agricoltura ad un migliaio, senza contare quelli delle municipalizzate e degli enti pubblici: con un complesso, quindi, di circa settantamila unità.

Da questa realtà, caratterizzata dalla presenza nell'impresa di una pluralità di soggetti sindacalmente e contrattualmente definiti dirigenti, nonché, di conseguenza, dal fatto che vi sono diversi livelli (o gradi) nella categoria, in concreta subordinazione di quelli inferiori rispetto ai superiori, deriva la crisi della più remota concezione del dirigente quale *alter ego* dell'imprenditore, immediato collaboratore di questi posto al vertice estremo della gerarchia aziendale, sottoposto solo alle direttive generalissime del medesimo ed investito della pienezza dei poteri, direttivo e disciplinare su tutto il personale sottordinato, con ampia e sostanziale autonomia di determinazioni.

Cosicché chi scorra le riviste di giurisprudenza, ha, almeno *prima facie*, l'impressione che questa arranchi, con sforzi e contorcimenti, facendo appello ai più labili indizi, nel seguire la ben più complessa realtà degli organigrammi aziendali e degli assetti contrattuali collettivi. Così come molte volte si ha l'impressione che il riconoscimento d'appartenenza alla categoria dirigenziale sia in realtà meramente nominalistico, in termini di attribuzione convenzionale di un determinato trattamento economico e normativo, ma senza effettivo esercizio di funzioni autenticamente direttive. Tanto più che vi sono, nella realtà e nella contrattualistica, figure di confine rispetto alle quali tracciare una linea esatta è, di fatto, disperante. Ciò dicasi dell'impiegato di prima categoria con funzioni direttive generalmente previsto nei contratti collettivi stipulati per i lavoratori non dirigenti (operai ed impiegati) (3). E nel settore del credito abbiamo i funzionari, quale categoria intermedia o cuscinetto, di norma sindacalmente organizzati con i dirigenti. Non a caso si è avuto di recente, nella nostra dottrina, un radicale ripensamento critico con la monografia di Tosi.

Per altro verso, all'estremo opposto, al livello superiore della gerar-

---

(3) Sulla distinzione tra dirigente ed impiegato con funzioni direttive v., ad es., Cass. 16 marzo 1967, n. 589, in *Mon. giur. lav.*, 1967, 1819; Cass. 9 agosto 1963, n. 2254, in *Foro it.*, 1964, 1, 111; Tirrò, *Nota*, in *Giur. merito*, 1975, I, 210.

chia aziendale spesso si dubita della configurabilità o no del rapporto di lavoro subordinato (ovviamente dirigenziale) rispetto a chi pare ed è investito, quale amministratore, della funzione direttiva decisiva nella politica e nelle scelte aziendali; tanto che il capitolo della giurisprudenza sulla possibilità, ad es., di considerare lavoratore subordinato l'amministratore delegato, è ormai copioso (4).

Come primo approccio giova, intanto, procedere ad una sommaria descrittiva della giurisprudenza (5). In primo luogo è acquisito, com'è ovvio, che le difficoltà d'identificazione si prospettano, avuto riguardo alla bipartizione interna dell'art. 2095 c.c., soprattutto per il dirigente amministrativo, la questione ponendosi ben altrimenti per il dirigente *tecnico* (6). Infatti per chi abbia nell'impresa essenziali e decisive responsabilità per quanto attiene alla direzione tecnica in senso stretto, non è indispensabile, fatta salva l'ipotesi possibile della somma delle due competenze nella persona, l'investitura, in particolare, di poteri direttivi in senso vasto e sul restante personale; qui siamo al livello, spesso, dell'alta specializzazione e vale, soprattutto, il valore intrinseco delle mansioni.

Per il dirigente *amministrativo*, fermo che il riconoscimento d'appartenenza alla superiore categoria è fondamentalmente demandato alla valutazione del giudice di merito di per sé incensurabile, se congruamente motivata, nel giudizio di legittimità (7), possiamo registrare alcune ovvie e ripetute affermazioni « di contorno ». Non conta la qualifica formale attribuita o in uso, rilevando, invece, le mansioni in concreto svolte qualitativamente valutate (8); cosicché se il lavoratore ha esple-

---

(4) V. Petino, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1968.

(5) Per casi di specie, v. Cass. 6 giugno 1975, n. 2280, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1430, per la negazione della superiore categoria al preposto al centro meccanografico; Cass. 18 aprile 1975, n. 1502, in *Foro it. Rep.*, 1975, voce *Lavoro (rapp.)*, n. 326, non è dirigente il preposto alla sede secondaria di una banca quando difetti il potere disciplinare e nei rapporti coi clienti sia tutto predisposto; Trib. Venezia 19 febbraio 1975, in *Orient. giur. lav.*, 1975, 333, rispetto al direttore di un centro raccolta e distribuzione; App. Perugia 2 dicembre 1969, in *Rass. giur. Enel,* 1970, 177, per il preposto alla sezione « misure elettriche » di un'azienda elettrica; App. Firenze 24 gennaio 1964, in *Giur. tosc.*, per il direttore di succursale di cassa di risparmio; App. Torino 29 luglio 1961, in *Giur. it.*, 1961, I, 2, 793; Cass. 17 ottobre 1960, n. 2777, in *Foro it., Rep.*, 1961, cit., n. 312 per il comandante delle guardie giurate per la vigilanza agricola, da ultimo v., per il responsabile della programmazione, Trib. Milano 30 marzo 1977, in *Orient. giur. lav.*, 1977, 446.

(6) V. Cass. 18 aprile 1975, n. 1497, in *Foro it.*, 1976, I, 435; Corrado, *op. loc. cit.*

(7) V. Cass. 17 giugno 1974, n. 1795, in *Foro it.*, *Rep.*, 1974, voce cit., n. 309.

(8) V. Cass. 9 aprile 1973, n. 1006, in *Foro it., Rep.*, 1973, voce cit., n. 530; App.

tato mansioni di per sé non dirigenziali in corrispettivo del trattamento esattamente corrispondente secondo qualificazione adeguata in applicazione della contrattazione vigente per la generalità dei lavoratori non dirigenti, non varrà a fondare ulteriori pretese la denominazione per caso in uso nell'ambiente di lavoro; salvo che non possa comprovarsi un patto migliorativo volto a riconoscere a chi dirigente non è, il trattamento della superiore categoria. Né, per il riconoscimento della categoria, è necessario il possesso di un titolo di studio o requisiti di elevata cultura (9). Né è decisivo, in un senso o nell'altro, il conferimento di poteri rappresentativi verso i terzi, giacché da una parte al medesimo può accompagnarsi una rigida predeterminazione nella sfera interna dei poteri (10) e, dall'altra, il formale potere esterno non è tipico della posizione dirigenziale, potendo esso accompagnarsi a minori posizioni di lavoro ed anche al semplice commesso (11). Naturalmente vanno tenute presenti anche la consistenza e la complessità dell'azienda (12), in genere avendo corso il lavoro dirigenziale nelle imprese medio-grandi, pur se, per giudicare dell'importanza, non è decisiva la consistenza del personale impiegato, imprese non trascurabili potendosi avere, in ragione delle possibilità consentite dalla tecnologia, con relativa scarsità di addetti, con una connotazione che va tenuta presente specie quando sia in giuoco la direzione tecnica. Né si può dimenticare la situazione del tutto peculiare dell'agricoltura dove, in ragione dell'entità del complesso aziendale, il fattore può venire inquadrato in tutte le tre categorie dell'art. 2095 c.c. Per altro verso la giurisprudenza ha avuto occasione di precisare che la posizione dirigenziale non viene meno sol perché talune essenziali decisioni (ad es., in tema di ampliamento o di costruzione di impianti o di fissazione dei prezzi di vendita) sono riservate all'imprenditore (13).

*In positivo* pel riconoscimento della categoria si richiede che il dirigente sia preposto, con poteri sostanziali, all'intera impresa o quanto

---

Bologna 10 dicembre 1959, in *Riv. dir. lav*., 1960, 2, 201. Né è decisiva la circostanza di aver ottenuto, nel periodo corporativo, l'iscrizione nell'albo dei dirigenti agricoli: Cass. 9 maggio 1962, n. 915, in *Riv. dir. lav.*, 1963, 2, 132.

(9) V. Cass. 15 luglio 1964, n. 1900, in *Foro it*., 1964, I, 1338.

(10) V. Trib. Genova 12 maggio 1967, in *Prev. soc.*, 1969, 205; App. Milano 9 luglio 1968, in *Mon. trib.*, 1968, 1189 con nota di Alibrandi.

(11) V. Santoro Passarelli, *op. cit.*, 99. In generale v. P. Sandulli, *Prestazione di lavoro subordinato e attività di rappresentanza*, Milano, 1974.

(12) V. Cass. 25 gennaio 1973, in *Foro it., Rep.*, 1973, voce cit., n. 531; App. Firenze 17 gennaio 1971, in *Giur. tosc.*, 1971, 224.

(13) V. Cass. 18 aprile 1975, n. 1497, in *Foro it.*, 1976, I, 435.

meno a reparti essenziali ed autonomi della medesima (14); ma si precisa che non basta la preposizione, in sé, a uffici importanti o anche a più uffici (15), giacché dalla posizione impiegatizia con funzioni direttive si passa a quella dirigenziale sol quando si sia preposti a ripartizioni essenziali con poteri decisivi e, soprattutto, con conseguente partecipazione alla determinazione dell'orientamento generale delle politiche dell'impresa, dove, evidentemente, è decisiva la circostanza di far parte dello « stato maggiore » con ulteriori funzioni operative di svolgimento. Così, volendo riassumere, mai è decisiva una data collocazione in senso formale, dovendosi aver riguardo ad una valutazione specifica della concreta posizione di lavoro; in quest'ordine d'idee essendo possibile una diversa conclusione anche per il direttore di stabilimento (16).

Per un lungo periodo ebbe sindacalmente corso una soluzione semplificatrice e spiccia, ponendosi nei contratti collettivi la clausola condizionante l'applicabilità dei medesimi al riconoscimento formale della categoria proveniente dall'impresa e ulteriormente avvalorato dall'iscrizione all'organizzazione sindacale specifica. Ma questo espediente meramente *convenzionale* fu sempre vivacemente discusso in dottrina e in giurisprudenza, nell'ambito dell'ordinamento corporativo e dopo, per ragioni comprensibili. Giacché, se la nozione di dirigente è accolta nell'ordinamento generale e se in questo ambito se ne deve elaborare, pur in difetto di una definizione, una declaratoria sostanzialistica, il riconoscimento dovrebbe aver corso ogni volta che di fatto si abbia sostanziale esercizio delle funzioni; secondo il principio che dalle mansioni concrete, valutate nella loro qualità, si risale all'inquadramento nelle previsioni normative. Certo la questione si presenta in termini diversi quando è in giuoco l'applicabilità di un contratto collettivo « di diritto comune »; in questo ambito non essendo inibito alle parti di liberamente predeterminare l'ambito di applicabilità del contratto; fermo che ne può risultare, in ipotesi, una situazione alquanto confusa, col riconoscimento della categoria ai fini di legge e non a quelli di contratto. E si deve far ricorso alla impostazione sostanzialistica, discostandosi da quella convenzionale, allorquando, in pratica, il contenuto del contratto collettivo di diritto comune si è trasformato, per imperio di legge, in normativa legislativa, come puntualmente avvenne anche per i contratti dirigenziali a seguito della legge 14 luglio 1959, n. 741 (17).

---

(14) V. Cass. 24 novembre 1971, n. 3412, in *Foro it.*, 1972, I, 2200.
(15) V. Cass. 17 febbraio 1966, n. 502, in *Foro it.*, 1966, I, 1767.
(16) V. Cass. 14 maggio 1962, n. 1008, in *Foro it.*, *Rep.*, 1962, voce cit., n. 291.
(17) Sulla discussa soluzione convenzionale un tempo generalmente praticata v.,

Negli ultimi anni l'assetto contrattualistico è radicalmente mutato.

In taluni contratti resta la soluzione convenzionale; v., ad es., il contratto 10 gennaio 1974 per i dirigenti dei consorzi agrari, quelli del 21 febbraio 1970 e del 28 luglio 1970 rispettivamente per i dirigenti della federazione consorzi agrari e dei consorzi di bonifica. Viceversa nei più importanti contratti, e massimamente in quello dell'industria, si è esplicitamente accolta la soluzione sostanzialistica, enunciandosi la declaratoria. Ad es., per il contratto dei dirigenti industriali dell'aprile 1975, « sono dirigenti i prestatori di lavoro per i quali sussistono le condizioni di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. e che ricoprono nell'azienda un ruolo caratterizzato da un elevato grado di professionalità, autonomia e potere decisionale ed esplicano le loro funzioni al fine di promuovere, coordinare e gestire la realizzazione degli obiettivi dell'impresa. Rientrano sotto tale definizione, ad esempio, i direttori, i condirettori, coloro che sono posti con ampi poteri direttivi a capo di importanti servizi o uffici, gli institori ed i procuratori ai quali la procura conferisca in modo continuativo poteri di rappresentanza e di decisione per tutta o per una notevole parte dell'azienda. L'esistenza di fatto delle condizioni di cui sopra comporta l'attribuzione della qualifica e quindi l'applicabilità del presente contratto ». Per il contratto 2 dicembre 1975 per i dirigenti delle assicurazioni la qualifica « spetta a coloro che siano preposti al funzionamento dell'impresa o di notevoli parti di essa, con effettivi poteri discrezionali e di iniziativa e con funzioni responsabili di rappresentanza », contemplandosi nell'esemplificazione i direttori, i condirettori, i vicedirettori, i procuratori con mandato generale continuo e i titolari di dipendenze principali in economia. E questo passaggio venne salutato, a cavallo degli anni '70, come una grande conquista della categoria.

Infine nel settore del credito comprensivamente inteso (contratto 18 febbraio 1974 per il credito e contratto 6 febbraio 1975 per le Casse di risparmio), c'è una soluzione che può dirsi per qualche verso intermedia; si afferma che il contratto va applicato nei confronti di coloro che sono « come tali », cioè come dirigenti, qualificati, ma in allegato sono elencati i posti dirigenziali esistenti presso ogni istituto.

---

da ultimo, Cass. 18 aprile 1975, n. 1497, cit.; Trib. Torino 7 febbraio 1973, in *Not. giur. lav.*, 1973, 578, che riconosce la validità della soluzione medesima ai fini dell'applicabilità del contratto collettivo, diversamente ponendosi la questione ai fini del principio costituzionale della retribuzione sufficiente; Cass. 18 luglio 1972, n. 2454, in *Foro it.*, 1973, I, 437; Cass. 10 ottobre 1970 n. 1932, in *Foro it., Rep.*, 1971, voce cit., n. 313; App. Napoli 11 febbraio 1964, in *Orient. giur. lav.*, 1964, 441; Cass. 9 agosto 1963, n. 2254, in *Foro it.*, 1964, I, 111.

Fondamentalmente la declaratoria sostanziale dei più importanti ed ultimi contratti corrisponde al nucleo essenziale della definizione elaborata, con tutti gli ondeggiamenti e le riserve menzionate, dalla giurisprudenza e a questa spetta, ovviamente, la parola decisiva in termini di prudente valutazione delle posizioni di lavoro in concreto; in ogni caso richiedendosi al minimo la preposizione, con poteri decisori effettivi, ad una ripartizione autonoma dell'azienda con la partecipazione all'alta elaborazione della politica del tutto. Né può escludersi che, in concreto, si debba giungere alla negazione della categoria dirigenziale, eventualmente prospettandosi l'invocabilità dei contratti per trattamento migliorativo convenuto *ad personam*. Ed è qui che puntualmente si inserisce il ripensamento critico da ultimo prospettato nella citata monografia di Tosi, nel rifiuto di impostazioni aprioristiche generalizzate e del dommatismo preconcetto talora risultante dalle massime e nell'auspicio di tenere adeguatamente conto dell'evoluzione delle strutture organizzative aziendali a livello direttivo e del carattere eterogeneo e variabile della classe manageriale, nonché del processo di decentramento della gerarchia; con la conclusione finale ed operativa che ben potrebbe aversi scarto, in ipotesi, tra la qualificazione del rapporto in applicazione del contratto collettivo e ai sensi di legge (cosicché in concreto, ad es., il lavoratore da ritenersi dirigente per il contratto, potrebbe non esserlo in rigorosa applicazione della nozione formulabile nell'ordinamento generale, con conseguente applicabilità della disciplina limitativa del licenziamento).

In realtà, come mette ripetutamente in rilievo Tosi, è da ricordare che il capoverso dell'art. 2095 c.c. rinvia per la determinazione dei requisiti di appartenenza alle diverse categorie di lavoratori « in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura dell'impresa », alle norme corporative, *id est*, nell'attuale situazione sindacale, alla contrattazione collettiva (oltre che alle leggi speciali).

Il legislatore del codice ha rinunciato ad una definizione aprioristica, generale ed astratta destinata a valere per qualsivoglia ramo di attività. Al contrario, certo rendendosi conto che ogni ramo della produzione e ogni particolare tipo d'impresa ha caratteristiche peculiari, ha rinviato alle leggi speciali e, soprattutto, alla contrattazione di categoria; invero solo con specifica considerazione delle caratteristiche di determinati ambienti di lavoro è possibile individuare realisticamente le posizioni di lavoro intrinsecamente direttive. La garanzia di « obiettività » del procedimento determinativo fa così corpo con gli stessi sviluppi dell'autonomia contrattuale collettiva, nella dialettica del rapporto di forza tra imprenditorialità e sindacalismo dei prestatori di lavoro.

È quindi nella contrattazione che vengono fondamentalmente determinate le posizioni dirigenziali; specificatamente come individuazione, in determinate imprese, di quelle posizioni di lavoro la destinazione delle quali implica di per sé esercizio di essenziali mansioni direttive nonché partecipazione o all'elaborazione delle scelte dell'impresa o decisive responsabilità operative di svolgimento. Da questa precisazione della portata delle previsioni contrattuali, derivano precise conseguenze semplificatrici; tutte le volte che, con varia modalità, si abbia in questa sede la formale individuazione di una data posizione di lavoro come dirigenziale, la questione è definitivamente risolta senza possibilità di ulteriori contestazioni in qualsivoglia direzione. Ciò dicasi nell'ipotesi che la declaratoria contrattuale esemplifichi (ad es., i direttori, i condirettori, i vicedirettori, come si è visto sopra); nell'ipotesi che le posizioni dirigenziali siano elencate in allegato al contratto; nell'ipotesi, infine, che la valutazione della posizione come dirigenziale avvenga in un secondo momento in sede di conciliazione in sede sindacale di una controversia. La terza ipotesi merita un cenno specifico. Ad es., per l'ultimo comma dell'art. 1 contr. coll. 1975 per i dirigenti industriali, eventuali controversie in ordine al riconoscimento della categoria debbono essere trattate *in primis* in sede conciliativa sindacale per chi aspira alla superiore categoria. È evidente, nella logica di quanto sono venuto dicendo, che eventuali concordanze, in un senso o nell'altro, delle parti sindacali contrapposte nella valutazione di posizioni di lavoro determinate hanno un valore risolutorio anche per il giudice; nel senso che sono preclusive per la situazione specifica e debbono essere tenute presenti per tutte le situazioni esattamente eguali a quella sindacalmente delibata, avendo poi un innegabile valore per la valutazione di altre posizioni prossime o simili. Proprio perché siffatte valutazioni derivano dagli svolgimenti contrattuali-collettivi cui la legge rinvia.

La questione resta così scoperta, e demandata alla valutazione del magistrato, quando non c'è classificazione, elencazione, valutazione sindacale specifica; quando si tratta di qualificare la specifica posizione di lavoro in applicazione della definizione astratta contrattuale; dove tuttavia le esemplificazioni in concreto, comunque risultanti sindacalmente, hanno un ineliminabile valore orientativo, nel senso che di queste si dovrà tener conto nella valutazione delle situazioni « scoperte ». È evidente, infatti, che l'area di valutazione sarà pur sempre quella in cui incide, rispetto ad un determinato tipo d'impresa, la regolamentazione collettiva. Tutto questo comporta la rinuncia ad ogni tentativo di definizione generale valida per tutti gli ambienti e la proponibilità del dato

giurisprudenziale, anche in termini di precedenti invocabili, nell'area più ristretta delle diverse categorie.

Con questo anche il dato della proliferazione della categoria generalmente addotto a spiegazione della crisi d'individuazione della medesima, può essere diversamente apprezzato. Può intanto ritenersi che la prolificazione corrisponda ad esigenze oggettive di sviluppo delle attività, secondo la crescente complessità delle tecnologie e l'affinamento delle strutture ai fini decisori ed operativi, conseguendone raffinate specializzazioni delle posizioni di lavoro (18). Di qui l'incremento quantitativo, la distribuzione interna della dirigenza a vari livelli, la più specifica e puntuale considerazione di tutto il complesso umano richiesto, a livello dirigenziale, per il buon andamento delle attività. Dopo di che, se questa ipotesi ricostruttiva è fondata, è dubbio il tentativo di voler « spezzare » l'unitarietà della posizione dirigenziale a tutti i fini, assumendo che chi è dirigente per contratto può non esserlo ai fini di legge ed in riferimento a specifiche normative di legge. Se può concedersi che nella zona, invero non trascurabile, non adeguatamente coperta da previsioni esemplificative della contrattualistica in senso vasto, ci si può per avventura imbattere in chi del dirigente ha solo il nome, così imponendosi al magistrato rigorose valutazioni in applicazione delle declaratorie contrattuali (dove si richiedono, in genere, elevati poteri decisionali), è da ritenere che una consimile evenienza possa solo eccezionalmente verificarsi.

Può concedersi, com'è inevitabile, la patologia casistica, apparendo viceversa dubbio il tentativo di un quasi programmatico spezzamento per tipo e tipo a livello di massa. Ancora una volta si tratta di non scivolare nell'astrattismo dovendosi tener conto di tutti i dati che giuocano nella valutazione delle posizioni di lavoro nei concreti ambienti. Sul piano della concretezza, tutto in complesso vale: la declaratoria astratta del contratto, le esemplificazioni e le elencazioni ivi contenute, le determinazioni sindacali in sede di procedure per la soluzione di liti d'inquadramento, le similarità delle posizioni e, al limite, anche il dato dell'affiliazione sindacale e quello del trattamento praticato nell'impresa, specie se la situazione abbia avuto pacificamente corso per anni. Giacché anche affiliazione e corrispondente trattamento possono costituire indici non trascurabili dell'apprezzamento di quella posizione di lavoro, in con-

---

(18) V. Tosi, *op. cit.*, 81; Ghera, *op. loc. cit.*, che rileva come molte volte i dirigenti non abbiano autentico potere direttivo, ma solo esperienze particolarmente affinanti: « Tali prestazioni di lavoro... si pongono nel mercato delle qualifiche, in una condizione di tale preminenza da chiedere ed ottenere il riconoscimento di questa posizione che comporta un trattamento naturalmente privilegiato ».

creto, in quella determinata impresa. Le operazioni di squalificazione del rapporto (spesso fatte *ad hoc* dopo la risoluzione e al fine di sommare ai benefici di trattamento normativo ed economico ottenuti in svolgimento del medesimo, quello della garanzia di legge contro il non giustificato licenziamento) debbono essere di necessità riguardate con sospetto, pur se astrattamente proponibili ed anche destinate talora, su adeguati presupposti di fatto da valutare con rigore, al successo.

2. Per la legge (art. 4 r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825) il dirigente può essere assunto pattuendosi la prova per un periodo non superiore a sei mesi e nello stesso senso dispone il contratto collettivo 1975 per i dirigenti industriali. Invece il contratto collettivo 25 febbraio 1975 per i dirigenti dell'agricoltura, al pari del contratto 28 luglio 1970 per i dirigenti dei consorzi di bonifica ed enti consortili, in svolgimento della possibilità offerta alla contrattazione di categoria nell'art. 2096 c.c., prevede l'automaticità della prova; nel senso che, fatta salva la possibilità della pattuizione in contrario in sede di contratto individuale, il rapporto deve intendersi di norma costituito con la speciale pattuizione. Diversi contratti (del settore commerciale 18 dicembre 1975; delle municipalizzate; del credito 18 febbraio 1974) consentono la prova solo per i dirigenti di « nuova assunzione », dovendosi propendere per interpretare il disposto nel senso che la prova non è ammessa allorché il dirigente è estratto, per promozione, dallo strato superiore degli impiegati già in servizio nell'impresa, come esplicitamente dispone l'art. 89 cont. coll. 6 febbraio 1975 per i dirigenti delle Casse di risparmio, la prova giustificandosi solo per coloro che vengono assunti *ex novo* provenendo dall'esterno; tanto che, certamente in quest'ordine di idee attinente al modo normale di selezione nella superiore categoria, il contratto per i dirigenti delle assicurazioni 2 dicembre 1975 esclude *tout court* la possibilità della pattuizione. Dovrebbe escludersi, così, che « nuova assunzione » equivalga a « prima assunzione » nella categoria, di guisa che il patto non sarebbe possibile nei confronti di colui che in qualità di dirigente abbia già prestato servizio altrove; la lettera consentendo a rigore, nella sua intrinseca equivocità, questa seconda interpretazione che non avrebbe, però, giustificazioni razionali. In verità è solo nei confronti della persona già conosciuta nell'impresa, seppur in altra inferiore posizione di lavoro, e di norma selezionata in ragione della buona attitudine in concreto rivelata, che il patto di prova può risultare non necessario o superfluo.

Si discute in giurisprudenza in ordine alla *prorogabilità* o no del periodo di prova, come talora è previsto nei contratti collettivi. Talora ci si è pronunciati per la negativa, sul presupposto che sia tuttora vigente,

per quanto attiene alla possibile durata massima del periodo (qui semestrale, come ho detto), la disciplina limitativa di cui all'art. 4 della legge impiegatizia del 1924 e nell'ipotesi che le parti intendano, ovviamente, prorogare oltre il semestre (nei limiti di questo periodo massimo la questione non si pone) (19). In senso contrario si è argomentato dal fatto che l'art. 2096 c.c., a differenza della legge impiegatizia sul punto ritenuta implicitamente abrogata, non determina durate massime (20). E sulla questione dell'abrogazione o no della legge del 1924 sul punto c'è dissenso in dottrina e in giurisprudenza (21). In ogni caso detta questione può porsi solo per i dirigenti in quanto esclusi dalla disciplina limitativa dei licenziamenti; infatti, in ogni caso, per la generalità dei lavoratori, superato il semestre dall'inizio del rapporto, diventa applicabile la disciplina limitativa indicata (art. 10 della legge n. 604 del 1966).

Per l'art. 4 della legge 18 aprile 1962, n. 230 « è consentita la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato, purché di durata non superiore a cinque anni, con i dirigenti amministrativi e tecnici, i quali possono, comunque, recedere da essi trascorso un triennio e osservata la disposizione dell'art. 2118 c.c. » (cioè l'obbligo del preavviso) (22). Si interpretò il disposto (23) nel senso della sua esclusiva inerenza alla possibile durata massima del contratto a tempo e al riconoscimento della facoltà di recesso del dirigente, superato il triennio; con la conseguenza che, per tutto il resto, dovrebbe aver corso la disciplina limitativa di cui alla legge n. 230, in particolare per quanto attiene all'identificazione, tassativa per la medesima legge, delle situazioni che consentono la predeterminazione *ab initio* della durata del contratto. Ma questa tesi, angusta e non corrispondente alla peculiarità dirigenziale, è stata giustamente respinta (24), mettendosi in rilievo la totale autonomia della previsione rispetto all'intero contesto della legge

---

(19) V. App. Milano 10 luglio 1970, in *Mon. trib.*, 1471, 311.

(20) V. App. Milano 30 maggio 1969, in *Mass. giur. lav.*, 1969, 317; Trib. Milano 26 settembre 1968, *ivi*, 1968, 496.

(21) V. Miglioranzi, *Nota*, in *Dir. lav.*, 1973, 2, 3.

(22) Sulla questione di diritto transitorio, v. Zanini, *Il contratto di lavoro a tempo determinato per i dirigenti*, in *Dir. lav.*, 1962, I, 333.

(23) V. Montuschi, *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 901, n. 6. Il contratto collettivo 14 novembre 1972 per i dirigenti agricoli contiene (art. 3) una singolare previsione dapprima parendo richiedere, per la stipula del contratto, una giustificazione sostanziale e specifica e poi richiamando la normativa « formale » di legge.

(24) V. Magrini, *Il contratto di lavoro a tempo determinato con i dirigenti*, in *Lav. sic. soc.*, 1964, 81.

del 1962; nel senso di una totale deroga al sistema limitativo del contratto a termine soprattutto perché non si richiede giustificazione sostanziale di sorta dell'apposizione del termine. Più precisamente, come ha sottolineato MAGRINI, l'art. 4 ha voluto formalmente legittimare la prassi largamente diffusa di contratti a relativo lungo impegno nel tempo, nel contempo riconoscendo la possibilità di recesso del dirigente oltre il triennio a tutela della libertà di costui e nello stesso ordine d'idee in cui il legislatore del 1865 (art. 1628) intese proscrivere i contratti di lavoro di lunga e indeterminata durata. Cosicché, in ragione della facoltà di recesso del dirigente oltre i due anni, il contratto in concreto vale solo come garanzia per il medesimo circa la durata dell'occasione di lavoro.

Quest'interpretazione è stata accolta in una recente pronuncia della Cassazione (25) che ha coerentemente ammesso la possibilità della rinnovazione consensuale del contratto al di là delle limitazioni poste, in riferimento alla generalità dei lavoratori, nell'art. 2 della legge n. 230.

Si discute se al dirigente il premio di fine lavoro, di cui all'art. 5 cap. della legge n. 230 e ragguagliato all'ammontare dell'indennità di anzianità altrimenti spettante, competa anche in caso di licenziamento per giusta causa o in caso di dimissioni rassegnate dopo il triennio e prima della scadenza del contratto (26). A rigore vi sarebbero serie argomentazioni per la negativa, potendosi mettere l'accento sul fatto che un « premio » si giustifica solo allorché il contratto abbia avuto utilmente attuazione secondo l'intesa delle parti. Ma la conclusione pare di difficile accoglimento, allo stato dell'opinione diffusa che sostanzialmente equipara il premio all'indennità di anzianità (anche per la finalità perseguita dalla legge di togliere incentivo, per questo verso, alla pattuizione del termine) ed è influenzata dalla concezione dell'immancabilità del trattamento di fine rapporto.

3. In questo paragrafo il lettore non può attendersi una trattazione organica degli svolgimenti del rapporto. Tanto sarebbe, oltretutto, superflo perché, di norma, tutto refluisce nella disciplina del « comune » rapporto di lavoro; anche se, almeno al livello superiore della dirigenza, lo schema formale della subordinazione subisce, com'è inevitabile, gli adattamenti imposti di fatto dalla realtà di uno specifico rapporto nel quale la subordinazione, come in genere si dice, o si attenua o si atteggia

---

(25) V. Cass. 19 novembre 1976, n. 4357, in *Orient. giur. lav.*, 1977, 536.

(26) V. CORRADO, *Manuale*, cit., 507 ss., per la soluzione negativa; MAGRINI, *op. cit.*, n. 6, che ammette la spettanza del premio in caso di recesso anticipato, pur riconoscendo che la questione è opinabile rispetto alla lettera della legge.

peculiarmente. Al contrario qui si dirà per semplici cenni e senza un filo organico impossibile, di talune peculiarità emerse, nell'ultimo quindicennio, o nella contrattazione collettiva o nella giurisprudenza nonché di qualche spunto interessante emerso in dottrina.

Com'è noto ai dirigenti non si applica né la disciplina limitativa dell'orario di lavoro (art. 1 cap. r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692) né quella sul riposo domenicale e settimanale (legge 22 febbraio 1934, n. 370).

Anzi, secondo l'interpretazione dei testi normativi finora prevalente, ma di recente posta in discussione (27), l'esclusione varrebbe, almeno per l'orario di lavoro, non solo per i dirigenti in senso stretto, ma per il personale direttivo in accezione più vasta (28), ivi compresi, soprattutto, gli impiegati con funzioni direttive; ferma in ogni caso la possibilità di determinazioni rigide in sede contrattuale (29). Di siffatto assetto si è fatta questione di legittimità costituzionale, anche in riferimento al disposto dell'art. 36/2 Cost. che pone il principio della riserva di legge in tema di durata massima della giornata lavorativa per la generalità dei rapporti di lavoro. La questione è stata ritenuta infondata dalla Corte costituzionale (30), rilevando i giudici della Consulta che le esigenze intrinseche alla disciplina limitativa possono essere automaticamente e direttamente appagate dai dirigenti in ragione dei loro poteri di iniziativa e di autonomia, anche considerando che la loro attività è spesso *naturaliter* discontinua, non potendosi d'altro canto stabilire per la medesima vincoli normali e costanti di orario; non potendosi infine trascurare l'entità del trattamento corrispettivo. Tuttavia nella sentenza si è precisato che deve pur sempre ritenersi un limite quantitativo globale per la tutela della salute, in tal modo aprendosi la possibilità di adeguato sindacato, se del caso, da parte del giudice. In tal modo la Corte ha contemperato, in termini tuttavia di difficile determinazione in concreto, la peculiarità della situazione coi principi d'ordine pubblico che ispirano questa parte della legislazione sociale; ammesso che, ove si tratti di rapporto autenticamente dirigenziale, vi sia spazio in concreto per l'insorgere di contestazioni giudiziarie in pendenza del rapporto medesimo. Di fatto il problema non ha molta consistenza, proprio perché il dirigente

---

(27) V. Pret. Milano 8 gennaio 1974, in *Riv. giur. lav*., 1975, 2, 206; App. Catania 31 luglio 1958, in *Giur. sic.*, 1960, 472; in tal senso pare che debba intendersi la non perspicua pronuncia della Cass. 14 ottobre 1976, n. 3454, in *Foro it.*, 1977, I, 1269.

(28) V. Cass. 8 ottobre 1973, n. 2516, in *Riv. giur. lav.*, 1973, 2, 702.

(29) V. Cass. 27 marzo 1970, n. 853, in *Foro it.*, *Rep.*, 1970, voce cit., n. 351. Per il contratto collettivo 18 dicembre 1975, per i dirigenti commerciali, l'orario non è rigidamente determinato, ma « tende » ad essere quello della generalità del personale.

(30) V. C. Cost. 7 maggio 1975, n. 101, in *Foro it*., 1975, I, 1608.

è di norma in grado di autodisciplinare i tempi della sua prestazione appagando le esigenze fondamentali della persona.

In considerazione dei poteri d'autodeterminazione del dirigente, la giurisprudenza in genere afferma (31) che potendo costui disporre in materia di ferie, la mancata utilizzazione del diritto non comporta la invocabilità dell'indennità risarcitoria. Tuttavia in qualche caso si è fatta riserva dell'ipotesi che l'interessato comprovi l'impossibilità di abbandonare il servizio per esigenze aziendali (32). Ma qui evidentemente deve rilevare la stratificazione gerarchica interna della categoria, l'affermazione ricordata potendo valere solo per i dirigenti di massimo livello e non per quelli dei gradi inferiori.

In ordine alla possibilità di trasferimento, i recenti contratti si adeguano alla regola posta nell'art. 13 statuto lavoratori della sussistenza di comprovate giustificazioni tecnico-produttive (v. art. 13 cont. coll. industria 1975) (33). Ma nel settore commerciale il contratto collettivo condiziona il provvedimento nei confronti dei dirigenti che abbiano superato il cinquantacinquesimo o il sessantesimo anno, rispettivamente se donne o uomini, al consenso dell'interessato.

Dal punto di vista retributivo, è da rilevare che nei recenti contratti collettivi è stato introdotto (v. art. 4 cont. industria) un meccanismo di variazione automatica correlato all'aumento del costo della vita, questa « scala mobile » avendo particolari tecniche di svolgimento.

È da ricordare però che di norma la categoria è stata toccata dalla recente legge (10 dicembre 1976, n. 797) che ha bloccato, temporaneamente, l'erogazione degli scatti di contingenza ai lavoratori con reddito più elevato (sei e otto milioni), imponendone l'accantonamento in buoni del tesoro non negoziabili. In giurisprudenza il capitolo più nutrito attiene all'annosa e discussa questione della spettanza o no degli scatti di anzianità previsti per gli impiegati e ciò in riferimento alla clausola dei contratti collettivi che rinvia, per quanto non esplicitamente previsto e disposto, alla regolamentazione dell'inferiore categoria (34).

---

(31) V. Cass. 24 marzo 1965, n. 484, in *Foro it., Rep.*, 1965, voce cit., n. 491; Cass. 17 agosto 1963, n. 2331, in *Foro it.*, 1964, I, 214.

(32) V. Cass. 18 ottobre 1975, n. 3390, in *Foro it., Rep.*, 1975, voce cit., n. 319; v. anche Cass. 24 marzo 1965, n. 484, in *Riv. dir. lav.*, 1966, 2, III; App. Ancona 28 gennaio 1965, in *Orient. giur. lav.*, 1966, 117.

(33) Sulle conseguenze della mancata accettazione del trasferimento v. Zambrano, in *Orient. giur. lav.*, 1975, 469.

(34) V., da ultimo, Cass. 14 ottobre 1976, n. 3452, in *Foro it.*, 1977, I, 1272.

In dottrina v. Longo, *op. cit.*; Pucci, *Nota*, in *Mass. giur. lav.*, 1972, 600; Caccin, *Il trattamento economico dei dirigenti aziendali*, in *Dir. lav.*, 1975, 1, 125.

Si va introducendo nei recenti contratti una clausola di salvaguardia in caso di « responsabilità civile e/o penale connessa alla prestazione » (art. 14 cont. coll. industria). Secondo la clausola citata « ogni responsabilità civile verso terzi per fatti commessi dal dirigente nell'esercizio delle proprie funzioni è a carico dell'azienda »; le spese per procedimenti penali insorti in relazione all'esercizio delle funzioni sono a carico dell'azienda, con facoltà del dirigente di scegliere un legale di sua fiducia; il rinvio a giudizio non costituisce « di per sé » (cioè automaticamente) giustificato motivo di licenziamento e « in caso di privazione della libertà personale il dirigente avrà diritto alla conservazione del posto con decorrenza della retribuzione »; le garanzie e le tutele sono escluse in caso di dolo o colpa grave accertati con sentenza passata in giudicato. Non può tacersi l'importanza e la gravità di questa previsione vuoi per i delicati profili interpretativi che ne derivano anche ad una prima lettura vuoi per implicazioni di più vasto respiro; nell'immediatezza il disposto garantisce al dirigente la mancanza di nocumento nella pendenza del giudicato accertativo del dolo e della colpa grave. Ci si può chiedere quale curiosa situazione insorga quando si trovi ad essere parte lesa del delitto l'entità datrice di lavoro, e la prospettiva accresce le perplessità nell'ipotesi che la previsione si estenda, ad es., al settore delle Casse di risparmio.

Per quanto attiene all'indennità di anzianità, è da ritenere, malgrado talune opinioni in contrario a suo tempo prospettate, che valga anche per il dirigente il disposto di cui all'art. 9 della legge 15 luglio 1966, n. 604, giusta il quale il diritto sussiste quale sia la causa d'estinzione del rapporto, anche nei casi di dimissioni volontarie e di licenziamento per giusta causa secondo quanto dettava *olim* l'art. 2120 c.c. Ora la questione può considerarsi sostanzialmente superata; in particolare la Corte costituzionale (35) ha dichiarato illegittimo il d.p.r. 2 gennaio 1962, n. 483 per la parte in cui trasformava in norma di legge la clausola del contratto collettivo del 1948 escludente il diritto all'indennità per i dimissionari.

Sempre in tema di indennità di anzianità, è da rilevare che diversi contratti (art. 24 cont. coll. industria; cont. commercio 1975) affermano il principio dell'anzianità c.d. « generica » e non specifica, contando tutta l'anzianità di servizio in senso lato, anche quella maturata in categorie inferiori (36); escludendosi così per adoperare la pur discutibile schema-

---

(35) C. Cost. 20 gennaio 1971, n. 7, in *Foro it.*, 1971, 1, 490.

(36) Ancora per l'anzianità generica v. il contratto collettivo dei dirigenti assicurativi che però (art. 26) aggiunge: « sempreché non sia intervenuta una risoluzione o liquidazione del rapporto precedente all'atto della promozione a dirigente ».

tizzazione formale corrente, che il passaggio alla superiore categoria integri automaticamente gli estremi di una « novazione » del rapporto. Così rispetto a questa categoria di vertice non si fa la questione che è ancora per qualche verso aperta rispetto alla generalità dei lavoratori.

Nella più recente esperienza non c'è traccia vistosa di approfondimenti in ordine alla « qualità » della collaborazione richiesta al dirigente nello svolgimento del rapporto. Al massimo possiamo registrare alcune prospettazioni di segno contrario, di evidente ascendenza ideologica. Così un A. (37) afferma che al dirigente si richiede un grado più elevato di diligenza e di fedeltà, mentre altri vivacemente contesta (38). Sarebbe interessante indagare sulla giurisprudenza in questa chiave, pure se la medesima pare troppo scarsa per poterne cavare documenti ed inequivocabili giudizi di valore.

4. In linea di massima, non distinguendo la legge, ai dirigenti si applica lo statuto dei lavoratori di cui alla legge 20 maggio 1970, n. 300.

Così nei più recenti contratti collettivi è prevista la costituzione delle « rappresentanze sindacali aziendali » di categoria che possono convocare assemblee della categoria medesima ai sensi dell'art. 20 dello statuto (mentre i dirigenti non possono partecipare alle assemblee degli altri lavoratori). In tal senso si vedano, ad es., i contratti del 1975 per i dirigenti delle assicurazioni e per i dirigenti industriali; secondo il regolamento datosi dai dirigenti di quest'ultimo settore (39), la costituzione della r.s.a. è di competenza del sindacato previa designazione degli associati nell'impresa e fermo che sono ineleggibili quei dirigenti che rappresentano la proprietà anche nei confronti della categoria specifica, come il direttore generale o quello principale.

Nel settore delle municipalizzate le r.a.s. dirigenziali hanno, per contratto, possibilità di interloquire nelle formulazioni delle scelte aziendali e relative alla gestione dei servizi; previsione che può essere letta nel generale movimento partecipativo in corso.

I contratti dispongono in genere per la trattenuta dei contributi associativi sulle retribuzioni, su delega scritta del socio; previsione che può valutarsi di dubbia legittimità (ammesso che abbia pratica consi-

---

(37) V. Ardau, *op. cit.*

(38) V. Tosi, *op. cit.*, 191.

(39) V. *Dirigenti Industria*, settembre 1976, e ivi notizie sulla diffusione delle r.s.a. che, alla data del 30 aprile 1976, risultavano costituite in 378 unità produttive rispetto alle 900 all'uopo rilevanti (è da precisare che le rappresentanze si costituiscono laddove vi siano almeno dieci dirigenti).

stenza il problema) secondo l'opinione ritenuta in ordine al requisito della segretezza richiesto nell'art. 26 dello statuto (40).

Tuttavia è comprensibile che il problema dei limiti d'applicabilità dello statuto si ponga in termini sostanziali per l'irriducibile peculiarità della situazione. Tutto ammettendo, resta pur vero che i dirigenti sono destinati ad impersonare l'impresa e che, in particolare, sono destinati a rappresentarla nei confronti della generalità dei lavoratori, così trovandosi in posizione di Giano bifronte. In quest'ordine d'idee l'assunto che i dirigenti ben potrebbero aderire ai sindacati delle confederazioni generali dei lavoratori (41), suscita perplessità; a parte il fatto che generalmente queste confederazioni inibiscono statutariamente l'affiliazione di chi rappresenta il capitale.

Infatti c'è radicale contraddizione tra la partecipazione al sindacalismo « generale » dei lavoratori e la posizione intrinseca dirigenziale; di guisa che, semmai ed in ipotesi, codesta partecipazione potrebbe essere valutata come indice eloquente di non appartenenza al nucleo dirigenziale. Non a caso una dottrina assai più cauta e realistica (42) ha posto il problema in radice, chiedendosi se a favore dei dirigenti sussista la garanzia della « libertà d'opinione » di cui all'art. 1 statuto lavoratori.

Del resto posizioni d'incompatibilità possono emergere ben al di là della categoria dirigenziale, prospettandosi anche per i lavoratori delle categorie inferiori ed anche con qualifica e con mansioni modeste.

È evidente, ad es., che il lavoratore sindacalmente attivo, componente della r.s.a., non può pretendere di rimanere nella segreteria della direzione generale, imponendosi un mutamento del posto di lavoro.

Una particolare problematica può porsi, con specifico riferimento alla categoria dirigenziale, in ragione del disposto relativo alle mansioni *ex* art. 13 statuto del 1970; precisamente rispetto alla previsione che limita lo *ius variandi* « a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte ». Se il dettato è preso alla lettera, secondo, del resto, un'autorevole interpretazione (43), potrebbe ritenersi, ad es., che ove un'impresa abbia temporaneamente provveduto per la direzione generale con la persona di grado più elevato in servizio, magari in mancanza di meglio sul momento, gli sarebbe poi inibito di preporvi persona più qualificata

---

(40) V. Dell'Olio, in *Commentario statuto dei lavoratori*, diretto da Prosperetti, Milano, 1975.

(41) Tosi, *op. cit.*, 234.

(42) V. Fois, in *Commentario statuto dei lavoratori*, diretto da Prosperetti, *sub* art. 1, n. 3. e n. 8.

(43) V. Persini, in *Dir. lav.*, 1971, 1, 16.

assunta dall'esterno ed avente pienezza di requisiti professionali. Ove la norma dovesse essere intesa come gravida di queste implicazioni, è evidente che ne risulterebbe pregiudicata la possibilità di provvedere nel modo migliore, di volta in volta, per la direzione aziendale; e se ne potrebbe dedurre, quanto meno, una questione di legittimità costituzionale non manifestamente infondata. Proprio perché l'eccesso di garantismo rischia di assolvere ad una funzione reazionaria. D'altro canto problemi consimili possono porsi in altre evenienze. Si faccia il caso dell'assorbimento di un'impresa in altra: potrà opporsi in senso ostativo l'assetto dirigenziale già in essere nell'impresa minore assorbita? Poiché tanto non pare accettabile nella logica di questi movimenti reali, se ne deve concludere che, a livello della categoria dirigenziale, la norma garantistica delle mansioni pone una peculiare problematica non ancora adeguatamente meditata.

5. I dirigenti sono esclusi per legge dalla disciplina limitativa dei licenziamenti, posto che questa si applica (art. 10 della legge 15 luglio 1966, n. 604) solo agli impiegati e agli operai (e dovendo ritenersi che il legislatore abbia voluto escludere pudicamente, a contrario, la massima categoria, la disciplina in questione deve ritenersi applicabile ai funzionari). Naturalmente, per le cose dette nel primo paragrafo e nei limiti della prospettazione ivi operata, può ammettersi che al fine non valga in via decisiva la qualifica formale, allorché il magistrato ritenga che non sussistano i requisiti minimi di appartenenza alla categoria, come è emerso in un caso particolarmente eloquente (44).

Di questa esclusione si è fatta questione di legittimità costituzionale in riferimento al principio d'eguaglianza; ma la Corte costituzionale l'ha dichiarata infondata con sentenza 6 luglio 1972, n. 121 (45), argomentando dalla natura eminentemente fiduciaria del rapporto e mettendo in rilievo che a favore dei dirigenti sussistono ben altre sostanziali garanzie. In realtà delle due argomentazioni convince appieno la prima, mentre la seconda è dubbia. È del tutto comprensibile che, nei confronti di un personale destinato ad operare immedesimandosi con l'impresa, questa

---

(44) V. Pret. Genova 15 giugno 1974, in *Foro it.*, 1974, 1, 2855; nel caso il preteso dirigente provvedeva, sotto altro dirigente, alla verifica della regolarità formale dei contratti e ai conseguenti obblighi fiscali e di pagamento, senza alcun impiegato in sottordine e in una situazione complessiva aziendale di dirigenza inflazionata.

(45) In *Foro it.*, 1972, 1, 2730. In dottrina v. Massari, *op. cit.*; Pera, in *Orient. giur. lav.*, 1972, 129; Riva Sanseverino, in *Mass. giur. lav.*, 1972, 274; Toffoletto, *ivi*, 1970, 424; Tosi, *op. cit.*, 132 ss.

possa assai relativamente decidere della permanenza o no del rapporto e non possa applicarsi, quindi, la disciplina limitativa in discorso (*a fortiori* il regime eccesivamente rigido del licenziamento illegittimo di cui all'art. 18 statuto lavoratori); una diversa regolamentazione colpirebbe a morte la libertà dell'impresa. Qui detta legge, in sostanza, la natura delle cose, segnando piaccia o no, il destino della categoria.

Meno convince la seconda spiegazione, in realtà in gran parte mistificatoria. Probabilmente, quando nella generalità dell'opinione si fa leva sulle « altre garanzie » (non bene specificate nella pronuncia dei giudici costituzionali), si intende dire che i dirigenti sono già adeguatamente tutelati specialmente in ragione dell'elevato trattamento retributivo. Senonché, rispetto all'eventualità del licenziamento *ad nutum*, la potenza del dirigente è spesso di carta, destinata com'è a venir meno in ipotesi per un mero capriccio immotivato della controparte; in una vicenda, decisiva spesso sulla sorte della persona, nella quale non c'è, per legge, tutela di sorta. Cosicché la rispettabilità intellettuale induce ad abbandonare questo argomento e a ripiegare, se si vuole con brutalità, sul primo (46).

---

(46) Per una tutela, seppur differenziata, della categoria, v. Magrini, *op. cit.*, n. 7; Simi, *op. cit*. La questione può essere vista nel più ampio contesto di una valutazione critica del nostro diritto del lavoro di recente autorevolmente proposta: v. Giugni, *I contratti proteggono chi ne ha meno bisogno*. L'A., prendendo spunto dalla recente indagine parlamentare sulla giungla retributiva, rileva, a ragione, che vi sono posizioni di lavoro ingiustificatamente superprotette (in contrasto con l'utile sociale, dico io), mentre sussiste la grande fascia del lavoro emarginato e sfruttato; e rileva che in questo vi sono precise responsabilità della dottrina che, sulle orme del padre fondatore Lodovico Barassi, ha costruito il diritto del lavoro sulla nozione meramente formalistica di subordinazione che poi ha giuocato nel senso della superprotezione. Non è certo nei limiti di questa nota che si può affrontare tanto impegnativo discorso. Ma già ora possono farsi talune riserve. Certo vi sono talune precise responsabilità della dottrina. Ad es., di quella (e mi risparmio nomi ben noti ed autorevoli) che ha pertinacemente sostenuto che i passaggi di categoria non infirmano l'unitarietà del rapporto di lavoro ai fini dell'indennità di anzianità; senza rendersi conto che una cosa è liquidare il dirigente o l'impiegato superiore in base ai periodi di esatta appartenenza alla superiore categoria, altra cosa è doverlo considerare nel superiore inquadramento, per una sorta di *fictio iuris*, fin dai suoi primi vagiti nell'azienda. E giova ricordare che è dottrina di stampo progressivo. Ma non si vede come il diritto del lavoro potesse costruirsi, in sede d'individuazione del rapporto base, in termini diversi da quelli storicamente verificatisi. Oltre tutto, se, come l'A. ammette, il disegno superprotettivo di settori privilegiati fu del legislatore (legge impiegatizia, come è certo), la dottrina si è adeguata, come è doveroso, alla legge. Il fatto centrale è che andiamo verso la società generalmente salariata, all'interno di questa dovendosi distinguere, come disse un sociologo francese, salariati di direzione, di amministrazione e di esecuzione; cosicché qui è la base materiale dei conflitti « interni » di classe, come chiave centrale della nuova situazione.

Per altro verso garanzie relative, oltre la legge, possono aversi per contratto collettivo. Il contratto del credito del 1974 ribadisce il recesso *ad nutum* per i dirigenti di massimo livello e anziani, mentre per quelli di grado inferiore è introdotta la regola del giustificato motivo (potendosi discutere se all'ingiustificatezza del licenziamento possa conseguire la pronuncia del giudice *ex* art. 18 statuto lavoratori nel senso della reintegra in servizio, posto che, almeno alla lettera, la norma si riferisce alle situazioni regolate nella legge n. 604 del 1966; cosicché, se il dubbio fosse fondato, sarebbe possibile solo il risarcimento dei danni). Viceversa i dirigenti delle Casse di risparmio hanno da decenni le più ampie garanzie; il licenziamento è possibile solo a titolo disciplinare, per destituzione ove consti, come nella legge impiegatizia del 1924 e con distacco letterale dalla formulazione dell'art. 2119 c.c., una « mancanza » che non consenta la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto; e potendosi porre anche qui il problema del regime della destituzione non giustificata.

In diversi contratti collettivi recenti (industria, assicurazioni, municipalizzate) è stata accolta una soluzione che sostanzialmente mutua quella a suo tempo seguita negli accordi interconfederali per i licenziamenti nell'industria. Il licenziamento può essere impugnato innanzi ad un collegio arbitrale che, ove ritenga la mancanza di giustificazione, deve liquidare al licenziato un'indennità supplementare ragguagliata tra un minimo e un massimo di mensilità di servizio, con aumenti secondo scaglioni di età.

Si discute se questa procedura arbitrale sia vincolante per le parti.

Ritengo che al quesito si debba rispondere negativamente giacché nella più recente legislazione processuale del lavoro (v. artt. 4 e 5 della legge 11 agosto 1973, n. 533) è stato affermato il principio della non vincolatività, appunto, delle procedure convenzionalmente previste, avendo la parte piena facoltà di adire il giudice ordinario; cosicché deve ritenersi che il dirigente licenziato possa far ricorso al pretore giudice del lavoro, questi potendo liquidare, in caso di ritenuta non giustificazione del licenziamento, l'indennità risarcitoria. Per altro verso, ovviamente, anche l'impresa non può essere costretta alla procedura e può evitarla secondo una libera scelta (v. del resto art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300), potendo discutersi circa le modalità di traduzione di questa scelta, se basti, cioè, la semplice opposizione all'arbitrato o sia invece necessaria l'azione in giudizio per l'accertamento della giustificazione del

licenziamento (47). Ma questa impostazione non è pacifica, taluni obiettando l'inscindibilità, per assetto contrattuale, della regola sostanziale (giustificazione del licenziamento) e degli svolgimenti procedurali, mentre io ne sostengo la piena scindibilità logica, cosicché sarebbe impossibile per il magistrato ordinario liquidare la penale (48). È evidente che *electa una via, non datur recursus ad alteram* e, una volta instaurata la procedura arbitrale, non sono possibili ripensamenti (49).

L'esperienza arbitrale è troppo recente e scarsa per trarne indicazioni di rilievo in termini di criteri di valutazione della giustificazione del licenziamento, fermo che l'onere della prova grava sull'impresa. Soprattutto perché di norma si preferisce conciliare in termini economici innanzi ai collegi (50). È da augurarsi che le decisioni di merito possano incrementarsi, proprio perché così potrebbero enuclearsi, per via di creazione giurisprudenziale come avvenne coi probiviri agli albori del nostro diritto del lavoro, una serie di regole sostanziali in tema di giustificato motivo (51).

Dal dato del dirigente è pacifico che questi nel contratto a tempo indeterminato e nel contratto a termine superato il triennio, può dimettersi in piena libertà, rispettato l'obbligo del preavviso (52). È da rilevare il disposto del contratto collettivo dirigenti industriali giusta il quale (art.

---

(47) V., nel secondo senso, Coll. arb. Milano 11 dicembre 1976, in *Foro it.*, 1977, I, 1825; nel caso il datore di lavoro aveva radicato il processo innanzi al giudice ordinario prima dell'udienza arbitrale.

(48) V. Tosi, *Nota*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, 2, 821; Mannacio, *La disciplina collettiva del licenziamento dei dirigenti di aziende industriali*, in *Informatore Pirola*, 1975. Il contratto collettivo 1975 per i dirigenti commerciali afferma esplicitamente (art. 22) che il collegio è costituito ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge 11 agosto 1973, n. 533.

(49) V. Coll. Arb. Naz. Dirigenti Assicurazioni 9 giugno 1976, in *Riv. giur. lav.*, 1976, 2, 821, con la nota citata di Tosi. Nello stesso senso e nel caso di cui alla precedente decisione, v. Pret. Roma 11 gennaio 1977, in *Foro it.*, 1977, 1, 1313.

(50) Il contratto collettivo 1975 dirigenti commerciali specifica, ancora all'art. 22, che il verbale di conciliazione ha il valore riconosciuto alle conciliazioni sindacali nell'art. 411 c.p.c. nuovo testo. E non può negarsi che la conciliazione avviene sostanzialmente in sede sindacale.

(51) Sulla giusta causa e sul giustificato motivo rapportati alla particolare posizione dirigenziale, ammettendosi la rilevanza anche di comportamenti formalmente esterni al rapporto quanto meno per il dirigente « autentico », v. Tosi, *op. cit.*, 182 ss. Per casi concreti, v. Coll. Arb. Milano 10 dicembre 1973, in *Orient. giur. lav.*, 1974, 461; Trib. Milano 13 marzo 1975, in *Dir. fall.*, 1975, 2, 919, quivi escludendosi, ai fini della spettanza del preavviso, che sia giustificato il licenziamento disposto per avere il dirigente presentato domanda di fallimento della società a seguito della mancata percezione dello stipendio da alcuni mesi.

(52) Circa la legittimità della clausola contrattuale che consente al datore di

12), in caso di trasferimento di azienda il dirigente può dimettersi, entro centottanta giorni, senza obbligo di preavviso; la clausola spiegandosi nella valutazione che il mutamento dell'imprenditore può aver determinato una situazione che il lavoratore può reputare, in piena libertà, incompatibile con la prosecuzione del rapporto. Ed è da ricordarsi che il determinarsi, per il dirigente, di una situazione lesiva della dignità e del prestigio già acquisiti costituisce, secondo un'esemplificazione classica della letteratura, giusta causa di dimissioni (53).

6. Per quanto attiene alla tutela previdenziale abbiamo una situazione complessa ed intrinseca nel nostro sistema, complessivamente meritevole di una globale ristrutturazione razionalizzatrice.

Per quanto attiene alla forma previdenziale che, per la generalità dei lavoratori, di massima fanno capo all'INPS, specialmente ai fini dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità e la vecchiaia, è da dirsi che, pure di massima, anche la tutela previdenziale dei dirigenti fa capo a questo nostro massimo ente previdenziale, in difetto di speciale strutturazione. Invero, com'è noto, ai fini delle assicurazioni obbligatorie in discorso la tutela consegue comunque sussista il rapporto di lavoro subordinato in senso formale, essendo superato da tempo il sistema del massimale retributivo un tempo operante e giusta il quale al di là di un certo livello delle retribuzioni non sussisteva obbligo assicurativo. Sennonché per talune sottocategorie di dirigenti, determinate assicurazioni sono gestite da enti diversi; ne deriva che l'INPS opera in generale per le categorie senza ente speciale e per le forme assicurative non gestite altrimenti (54).

In concreto, per i dirigenti *industriali* opera l'INPDAI, ora fondamentalmente regolato dalla legge 15 marzo 1973, n. 44 e dal relativo regolamento di cui al D.P.R. 8 gennaio 1976, n. 58. L'ente provvede per l'invalidità, la vecchiaia, i superstiti (il resto, disoccupazione, t.b.c., assegni familiari ecc. fa capo all'INPS). La normativa specifica segue di massima quella generale dell'INPS. Da rilevare che è contemplata la prosecuzione volontaria dell'assicurazione nell'ipotesi che il dirigente assuma cariche sociali che determinano la perdita del requisito della subordinazione. Sono regolati i rapporti tra l'assicurazione generale INPS e quella INPDAI, ad es., con possibilità di riscatto della prima ai fini della seconda. Un particolare trattamento di favore sussiste per i

---

lavoro, in caso di dimissioni del dirigente, di esonerare questi dal preavviso, v. Cass. 5 luglio 1974, n. 1965, in *Foro it.*, 1974, 1, 2643.

(53) V., da ultimo, Trib. Firenze 17 gennaio 1964, in *Orient. giur. lav.*, 1965, 218.

(54) V. Campapiano, *La previdenza sociale*, Roma, 1971, 77.

dirigenti delle miniere. Sono previste diverse età di pensionamento (la norma è quella del 65° anno) nonché un assegno per disoccupazione tecnologica al 57° o al 52° anno.

Nel settore dell'*agricoltura* i dirigenti sono accomunati agli impiegati ed opera l'ENPAIA (legge 29 novembre 1962, n. 1655) che provvede per la previdenza, l'indennità di anzianità nonché, e merita segnalarlo, per gli infortuni e per la malattia. Opera il principio d'automaticità, ma solo per gli infortuni, le malattie e la parte del fondo di previdenza afferente ai rischi di morte e di invalidità permanente. Di massima (fatta soprattutto eccezione per il settore agricolo) i dirigenti non sono assicurati presso l'INAIL per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, poiché la legge prevede questa tutela solo per gli operai e per gli impiegati che siano esposti al rischio specificamente preso in considerazione. Ma spesso vi è adeguata protezione per contratto collettivo. Ad es., per il contratto dirigenti industriali (art. 11) in caso di infortunio e di malattia da causa di servizio il dirigente ha diritto alla conservazione del posto con pieno trattamento retributivo fino alla guarigione o alla constatata invalidità permanente impeditiva del lavoro; inoltre è obbligo del datore di lavoro stipulare una polizza assicurativa che garantisca sostanziose prestazioni, ad es., in aggiunta al normale trattamento di liquidazione in caso di morte, una somma a favore degli aventi diritto pari a cinque annualità della retribuzione di fatto.

Per la tutela contro le malattie, non sussiste la tutela che fa capo all'INAM e questo per l'origine storica di questo istituto risultante, secondo la legge istitutiva del gennaio 1953, dalla fusione delle precedenti casse di malattia previste sulla base della contrattazione collettiva corporativa per i lavoratori « comuni » e non per i dirigenti (55). Solo per i dirigenti agricoli opera, come ho detto, l'ENPAIA che a suo tempo non venne assorbito dall'INAM. Nel Trentino-Alto Adige operano le casse di derivazione austroungarica; per i dirigenti del settore pubblico l'ENPEDEP. Per gli altri dirigenti vi sono fondi speciali, in genere, in quanto previsti nella contrattazione di categoria e vigono spesso accordi sempre stipulati in sede sindacale. Di fatto la tutela che ne deriva è di norma alquanto sostanziosa. D'altro canto questa situazione è in corso di superamento e di assestamento con il servizio sanitario nazionale nel quadro della tutela predisposta per tutti i cittadini; passaggio che tuttavia genera grossi problemi e, in una certa misura, resistenze.

---

(55) V. Chiappelli, *L'assicurazione sociale di malattia*, Milano, 1969, 229, 251, 359, 361 ss.

45.

# UN LIBRO ED UN DIBATTITO SULLE FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO

Il diritto del lavoro si caratterizza, da sempre, per la coesistenza delle fonti in funzione regolatrice dei rapporti, nell'intreccio tra legge e contratto collettivo e tra contratti collettivi stipulati a diversi livelli. In teoria ne viene fuori non « un » problema centrale ma « il » problema o il problema dei problemi, quale è quello, appunto, di individuare un possibile criterio per la risoluzione degli eventuali conflitti tra fonti di diversa derivazione, ove le medesime differiscano in termini di concreti trattamenti. La questione si trascina irrisolta nell'esperienza postcorporativa, identificandosi praticamente con quella, pure irrisolta, dell'assetto razionale ed organico del nostro diritto sindacale, in ragione dell'inattuazione della Costituzione.

Fino a poco tempo fa si è trattato, di massima, di un problema essenzialmente *teorico*, senza significativi riscontri nel contenzioso. Fino a qualche anno fa, prima dell'insorgere della crisi economica, la pratica tendeva all'indefinito miglioramento dei trattamenti economici e normativi per i lavoratori: la contrattazione collettiva era, almeno nel suo complesso, più vantaggiosa rispetto ai minimi garantiti per legge, così come il contratto aziendale in genere avvantaggiava rispetto al contratto nazionale di categoria. Il problema restava così aperto solo alle innocue diatribe dei dottori, nel silenzio dei repertori di giurisprudenza.

Insorta la crisi, i nodi stanno venendo al pettine. In sede giudiziaria i magistrati del lavoro sono costretti ad individuare la fonte regolatrice del rapporto di lavoro (tra le diverse in teorico conflitto) o debbono pronunciarsi sulla legittimità di talune regolamentazioni, nell'assunto o preteso contrasto con normative di livello sovrastante. Citando alla rinfusa dalla più recente giurisprudenza, si possono ricordare diverse situazioni. Si è posto il problema dei rapporti tra le leggi contratto a suo tempo emanate in svolgimento della legge Vigorelli del 1959 e i successivi contratti collettivi. Si è stati costretti ad optare tra contratto nazionale di categoria e contratto aziendale. Si è discusso della legittimità o no

di talune regolamentazioni di legge a carattere regressivo, adottate per pressanti esigenze nell'ambito del diritto c.d. dell'« emergenza », il tutto sboccando in uno pseudo pronunciato della Corte costituzionale (1).

In piena attualità, l'associazione dei giuslavoristi ha tenuto quest'anno il suo annuale convegno, svoltosi in Arezzo nei giorni 15 e 16 maggio, sul tema dei « rapporti tra contratti collettivi di diverso livello », introdotto con un'ampia ed approfondita relazione del prof. Mario Grandi. Non si è trattato di un'iniziativa isolata. Vi sono altri segni dell'improcrastinabilità del problema, certo destinato a porsi al centro del dibattito dottrinale che ad Arezzo si è appena avviato con alcuni meditati interventi (menziono, tra i tanti, Cessari, Dell'Olio, Suppiej). C'è un articolo di Santoro Passarelli *junior* (2). È in distribuzione in questa settimana una consistente monografia di Giuseppe Ferraro (3) che organicamente tratta, appunto, il problema delle fonti, nei rapporti tra ordinamento statuale e intersindacale, e specificatamente tra i diversi livelli di contrattazione. Di qui lo spunto ad alcune considerazioni che non pretendono certo di essere conclusive su una problematica non facilmente risolvibile nell'assenza di dati precisi in diritto positivo; con largo margine, quindi, di rischio per ogni tentativo, nel mero intento di un contributo « provvisorio » nel primo dibattito a caldo.

Merita cominciare, proprio per la maggiore ampiezza della visuale, dal libro, serio e brillante, del giovane professore napoletano, specie per quanto vi è prospettato, con assunti suggestivi, in ordine ai rapporti tra legge e contrattazione collettiva. In sintesi, secondo Ferraro, tra legge e contratto collettivo non v'è affatto, secondo quanto tradizionalmente si è ritenuto, rapporto « gerarchico », sibbene rapporto libero, non condizionato da fonte sovrastante a fonte sottostante. Più precisamente, per quanto attiene al trattamento dei rapporti di lavoro, Costituzione e leggi fondamentalmente si limitano ad enunciare i diritti, rimettendo poi, per la quantificazione, alla contrattazione collettiva, questa risolutivamente disponendo in ordine alla misura dei medesimi. Ne deriva che, di massima, il contratto può ben derogare alla legge e che essenzialmente vale la fonte ultima nel tempo, quando almeno non si debba far ricorso al principio della specialità.

---

(1) V. il mio scritto *L'indennità di anzianità dalla Consulta al referendum*, destinato agli Scritti in onore del prof. Tito Carnacini e in *Giust. civ.*, 1981, 2, 171.

(2) V. *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1980, 617.

(3) V., con un singolare, « impossibile » titolo, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981.

Proprio perché siamo appena agli inizi di un dibattito che tutti ci impegnerà nel prossimo futuro e data l'assoluta novità di queste prospettazioni rispetto alla tradizione, voglio evitare nella sbozzatura valutazioni di consenso o di dissenso che non sono improvvisabili. Mi limito a constatare la suggestività dell'assunto e come il medesimo possa almeno *prima facie* apparire nella logica della ragione politica della sussistenza di regolamentazioni, di massima inderogabili almeno a livello di autonomia privata « individuale », in funzione protettiva del lavoro. Se la ragion d'essere di quella normativa di legge è la protezione inderogabilmente imposta a quelle che altrimenti sarebbero le spinte spontanee nella società civile e a favore della parte più debole del rapporto di lavoro, parrebbe di molto buon senso concludere che la situazione si pone assai diversamente rispetto al contratto collettivo. Di fronte a questo contratto, stipulato col determinante consenso delle organizzazioni rappresentative del lavoro sulla base del processo associativo di questo fattore, parrebbe ingiustificato opporre la supremazia vincolante della legge. La conclusione, diversa da quella tradizionale, sarebbe nella logica dell'intervento protettivo della legge, non avendo senso l'invocazione di questa, come ostacolo rigido per ulteriori svolgimenti, allorquando nella concretezza sociale la parte lavoratrice sia in grado di autodifendersi.

Resta tuttavia che in qualche occasione il patrio legislatore ha mostrato di voler regolare i rapporti tra la legge e l'autonomia contrattuale collettiva in termini diversi, nel senso che la seconda può derogare alla prima solo per introdurre trattamenti migliorativi per i lavoratori, con tutte le difficoltà, ben note, che ne derivano circa la valutazione *in melius* o *in peius*. È da ricordare, soprattutto, il comma 3 dell'art. 7 della legge n. 741 del 1959; dove il « principio » venne enunciato, singolarmente e nella sostanza, non nell'ambito dei rapporti tra legge in senso proprio e contratti collettivi, ma tra le leggi-contratto e i successivi contratti (cioè, nella sostanza, tra successivi contratti), in misura in verità esorbitante rispetto alla finalità politica perseguita nel senso della generale obbligatorietà dei contratti « di diritto comune ». Ne è derivato un effetto potenzialmente paralizzante dei successivi sviluppi della contrattazione, perché quelle leggi contratto sono, al massimo, dello scorcio degli anni '60 e possono risentire per più versi l'usura del tempo.

La giurisprudenza, per salvare la più recente e adeguata normativa contrattuale (pur se in alcune parti, isolatamente considerate, peggiorativa rispetto a quelle formalmente di legge) ha fatto talora ricorso, non senza difficoltà, all'*escamotage*, invero realistico e di molto buon senso, di considerare la disciplina contrattuale messa in questione come nel com-

plesso migliorativa (4). Dopo di che, in presenza di disposti del tipo, in termini di politica del diritto ci si trova innanzi ad un'alternativa facilmente riassumibile: o considerarli come espressione di un principio generale (impeditivo dell'impostazione svolta nella monografia di Ferraro) o valutarli come disposti specifici (e quindi di stretta interpretazione o eccezionali) non estensibili oltre i luoghi dove sono enunciati. Ancor quando sia possibile il secondo corno dell'alternativa, resta sempre l'ostacolo ad una ristrutturazione univoca, universalmente proponibile, in ordine all'assetto complessivo delle fonti.

Naturalmente sul piano del discorso di Ferraro non qualsiasi contratto collettivo vale, ma solo quello che risulti stipulato, nell'ambito della categoria, da sindacati rappresentativi. Ed infatti tutta la prima parte del libro è dedicata alla sistematica dell'attuale situazione sindacale in termini giuridici. Ferraro poggia tutto sul « sistema » sindacale « di fatto » quale risulta dalla varia legislazione e, specialmente, dallo statuto dei diritti dei lavoratori del 1970; un sistema che si basa sull'operosa presenza delle tre confederazioni generali ritenute maggiormente rappresentative. La teorica delle fonti ha in questo il suo necessario, indispensabile presupposto per così dire istituzionale, in un ordine d'idee che è ben comprensibile.

In questa sede non è importante disquisire ancora una volta sulla legittimità o no di questo sistema sindacale « di fatto ». Importa, invece, constatare che in questo recente periodo quel sistema scricchiola, è in crisi, l'unità sindacale federata è in dubbio; e più o meno apertamente si vocifera di una possibile, prossima rottura anche formale. Leggendo le pagine di alto livello di Ferraro, seguendo passo dopo passo l'eccellente argomentare, l'osservazione insistente che accompagna il lettore, in questo inizio del 1981, non è, se così può dirsi, di tipo giuridico-formale, bensì « fattuale »: tutto bene, ma se si dividono? Se, putacaso, l'unità dovesse in effetti frantumarsi e si tornasse, in ipotesi, alla contrattazione « separata » non rara nella prima metà degli anni '50, *quid* sul piano giuridico e specificatamente sul piano dei problemi qui esaminati? Una bella costruzione, insomma, ma condizionata alle vicende politico-sindacali nella cronaca o, se si vuole, nella storia.

C'è poi da considerare che la teoria di Ferraro non pare universalmente proponibile; può valere rispetto alla legislazione del lavoro di segno tradizionale, a finalità protettiva della parte più debole del rapporto, non rispetto a taluni interventi legislativi del più recente periodo

---

(4) V., ad es., Cass. 16 giugno 1977, n. 2516, in *Mass. giur. lav.*, 1979, 16 e con mio commento *ivi*, 457.

adottati, nel contesto del diritto c.d. « dell'emergenza », per delimitare i trattamenti di lavoro nel massimo. Qui siamo in presenza di una legislazione che può dirsi d'*ordine pubblico economico*, adottata non per garantire al minimo il lavoro, sibbene per contenerne il costo per un assunto superiore interesse pubblico. Rispetto a *questa* legislazione non pare accettabile la tesi della libera derogabilità per successivi contratti collettivi, proprio perché non può ammettersi che l'autonomia contrattuale collettiva, e più in generale quella privata, abbia corso in contrasto con le valutazioni di pubblico interesse. Qui siamo innanzi ad una normativa di *diverso segno* politico. Non può ammettersi, ad es., che successivi contratti dispongano in violazione di precisi disposti di legge (5).

Sennonché è bene ricordare che, per questo verso, non c'è angustiante problema proponibile in giurisprudenza. Per i giudici la disciplina contrattuale in ipotesi contrastante con norme legislative d'ordine pubblico economico non può assolutamente aver corso, non è invocabile come trattamento migliorativo. Il problema, in pratica, è solo di rapporto di forza tra organizzazioni sindacali e Stato disciplinatore delle cose economico-sociali. La possibilità della programmazione economica va riferita alla libertà sindacale e, soprattutto, al diritto di sciopero, specie dopo la declaratoria di legittimità, da parte della Corte costituzionale, dello sciopero d'imposizione economico-politica. O il sindacalismo riesce a piegare lo Stato ad una diversa scelta con conseguente mutamento della legislazione o questa resta in piedi. In ragione dell'assoluta contrarietà alla legge non si pone per il magistrato, fin quando la normazione d'ordine pubblico resta, alcun particolare problema.

Per quanto attiene, in particolare, ai rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, già largamente esaminati nella monografia di Ferraro, nell'impossibilità di dire qui adeguatamente dell'approfondita relazione di Grandi al convegno aretino, mi limito a qualche considerazione su alcuni momenti rilevanti del discorso.

Un primo punto essenziale, in riferimento alla contrattazione a livello d'impresa, riguarda la controversa qualificazione delle rappresentanze sindacali aziendali. Per Grandi è da escludere, secondo la legislazione statutaria del 1970, che queste rappresentanze possano considerarsi come « organi » del sindacato: dovendo invece considerarsi come espressione autonoma delle basi.

In verità, il materiale normativo non è così univoco come si assume,

---

(5) Invece Ferrero, ad es., *op. cit*., 439 testo e nota 88, registra semplicemente la possibilità.

considerandolo nella sua portata oggettiva. Senza voler dimenticare il travaglio anche ideologico che soffrì l'incerto legislatore del tempo e le alternative di principio che egualmente si scontrarono nella più vasta opinione tra spontaneismo anarcoide programmatico o no, se la formula dell'art. 19 dello statuto è nel complesso evasiva, resta però, ad es., l'inciso dell'art. 20 della legge: e qui, limpidamente, la r.s.a. altro non è, in definitiva, che il sindacato in azienda.

A tutto concedere, il materiale normativo è ambivalente; tale, però, da consentire anche (in termini di politica del diritto e in superamento delle conclamate perplessità del legislatore storico) una ricostruzione organica ed istituzionale. Dal 1970 molta acqua è passata sotto i ponti e lo spontaneismo pare per più versi superato. Anche in materia di rappresentanze per la tutela della salute *ex* art. 9 dello statuto, l'ultimo grido è quello, meditato e responsabile, della Cassazione che, rifiutando l'avanguardismo iniziale dei pretori milanesi, ha ricostruito in termini di « comunità di rischio » e di conseguente necessaria investitura del mandato (6).

Grandi considera poi la tesi della supremazia del contratto nazionale di categoria come meramente sociologica ed ideologica. Ed anche qui possono nutrirsi dubbi. A mio avviso il rifiuto dell'assunto (*id est* il pur opinabile tentativo di comprovare, al contrario, la proponibilità « giuridica » o giuridicamente corretta della tesi) può aver corso ove, ancor prima di discettare sullo specifico problema oggetto di quell'importante relazione, si risalga a monte, tenendo conto di come e perché, per quale via, l'attuale contratto collettivo c.d. « di diritto comune » sia « riconosciuto », in quanto tale, nel nostro ordinamento.

Da sempre siamo tutti convinti che, anche nella situazione d'inattuazione della Costituzione, il contratto collettivo c.d. « di diritto comune » persegue un interesse meritevole di tutela (art. 1322 c.c.). In Costituzione esso è considerato in una struttura preordinata addirittura a garantirne, su certi presupposti, la generale obbligatorietà. L'art. 39 ha come presupposto logico la valutazione positiva del contratto collettivo, del fatto che la regolamentazione delle condizioni di lavoro derivi, in superamento del *diktat* imprenditoriale, dall'incontro di volontà con le organizzazioni rappresentative del lavoro (7). Tanto è vero che, in epoca lontana, prima del nuovo testo dell'art. 2113 c.c. che risolve positiva-

---

(6) V. Cass. 5 dicembre 1980, n. 6339, con mia osservazione, in *Giust. civ.*, 1981, I, 289.

(7) V., anche per i necessari riferimenti, B. Balletti, *Contributo alla teoria della autonomia sindacale*, Milano, 1963.

mente il problema, una parte della dottrina aveva argomentato dal disposto costituzionale anche l'inderogabilità del medesimo contratto (8).

Ma la Costituzione non si riferisce genericamente al contratto collettivo, sibbene al *contratto nazionale di categoria* (che però, nel sistema basato sul principio di libertà sindacale, liberamente si autodetermina).

La norma costituzionale non è indifferente al livello della contrattazione. Colloca invece al centro il contratto nazionale, probabilmente per favorire una regolamentazione uniforme, nel minimo, delle condizioni di lavoro, avendo riguardo alla diversa qualità e quantità di esso in un contesto dato. In quest'ordine d'idee è possibile una spiegazione giuridica della supremazia del contratto nazionale e può aver corso, su questa base, il tentativo di mettere ordine nell'intrico delle fonti.

(8) V. R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, I, Torino, 1965, spec. 427.

46.

# MOBILITÀ DEI LAVORATORI E DISCIPLINA DEL COLLOCAMENTO (*)

Il tema di questo undicesimo congresso venne prescelto, nella primavera scorsa, su suggerimento dell'on. prof. Domenico Napoletano, nella convinzione del nostro compianto Presidente che la nuova legge sul collocamento e sulla mobilità dei lavoratori sarebbe stata approvata dal Parlamento in tempo utile rispetto a quest'assise. Egli pensava che il Centro avrebbe potuto provocare un primo utile dibattito, una prima sgrossatura esegetica su una legge fondamentale, ancor fresca di stampa, così come si era fatto nel 1970 rispetto allo statuto dei lavoratori e, nel 1973, rispetto alla legge sul processo del lavoro.

Nel momento in cui scrivo (agosto) la legge non c'è e il testo della nuova regolamentazione non è stato nemmeno licenziato da uno dei rami del Parlamento, come abbiamo pensato possibile per alcune settimane.

Lavoro su un testo, ancora parzialmente monco e da rifinire almeno formalmente, che la Commissione Lavoro della Camera ha approvato alla data del 7 maggio. Per il momento, a quanto mi è stato detto, la proposta giace innanzi alla Commissione Bilancio dove qualche autorevole parlamentare ritiene che una normativa di tanta importanza non possa essere approvata in commissione, come finora si riteneva possibile, ma debba di necessità essere portata in aula. Se la premessa maggiore del discorso è indubitabile, è però evidente che l'eventuale accoglimento della conclusione apre la prospettiva di tempi assai lunghi ed incontrollabili. Ammesso, invece, che si torni al primitivo disegno e che la Camera approvi in commissione, tanto potrà avvenire solo alla ripresa postferiale. Quindi, nella migliore delle ipotesi, all'epoca del congresso

---

(*) Relazione dell'A. all'XI Congresso Nazionale del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro (Prato, 9-11 ottobre 1981), sul tema: « La mobilità dei lavoratori e la disciplina del collocamento ».

avremo un testo che dovrà percorrere tutto l'*iter* necessario nella seconda Camera.

Di questo, cioè dello stadio d'avanzamento dei lavori in sede parlamentare, va tenuto adeguatamente conto per spiegare il taglio particolare di questa relazione; del quale dirò fra poco, dopo aver succintamente riepilogato i precedenti, anche questo parendomi di una qualche utilità per suggerire quale potrebbe essere la dimensione utile del dibattito.

Della necessità di una profonda, radicale riforma del sistema del collocamento della manodopera, larga parte della pubblica opinione è convinta da molti anni, nella constatazione del fallimento, o quanto meno della inadeguatezza della normativa posta nella legge del 1949. Tanto fu anche nella consapevolezza del legislatore « statutario » del 1970 che nell'impossibilità di una riforma organica, ritenne quanto meno indispensabile introdurre, all'ultimo momento e di straforo, la « miniriforma » di cui agli artt. 33 e 34 della legge n. 300. Puntò le carte sulla possibile partecipazione alla gestione del sistema, a livello decentrato, delle organizzazioni sindacali nonché sul rafforzamento del principio giusta il quale, di norma, gli avviamenti al lavoro dovrebbero aver corso con la richiesta numerica. Ma subito si disse, da parte della generalità dei commentatori, che la miniriforma in sé non poteva risolvere niente, proprio in quanto parziale e delimitata.

Sopravvenuta la nuova, perdurante stagione della crisi, venne anche, dal 1977 in poi, la complessa e contorta legislazione sulla mobilità del lavoro come rimedio compromissorio delle crisi occupazionali. Era così intensa la tensione, talora, tra vecchia normativa formalmente posta ed espedienti viceversa escogitati (per accordi tra le parti sociali e con conseguenti interventi *ad hoc* del legislatore, per superare talune drammatiche situazioni aziendali) che ne derivarono, in qualche caso, taluni processi di rilievo, ed anche un famoso incidente di costituzionalità.

Esso si concluse con la declaratoria, da parte della Corte, della « non sacralità » della regolamentazione già posta, in ordine alla sorte dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento d'azienda. Per non dire, poi, di alcuni clamorosi processi penali intentati a carico di responsabili di massime imprese, per smaccate violazioni della legge del 1949 e della normativa antidiscriminatoria di cui allo statuto dei lavoratori.

Tutto questo parve porre con forza, in termini di indilazionabilità, il problema di una nuova, organica e razionale regolamentazione, se non altro per mettere ordine nell'intrico di una normativa generale superata e di diverse composite normative speciali. Nella prospettiva della riforma si agitarono le idee più varie: ad es., quella di procedere programmaticamente in via sperimentale, tentando nuove tecniche e nuovi criteri per

l'incontro dell'offerta e della domanda; oppure quella, variamente proposta da parte imprenditoriale e da parte socialista, di costituire una « agenzia del lavoro », chiamata ad amministrare la sorte della manodopera espulsa dalle aziende in crisi, e ai fini di nuovi inserimenti.

Nello scorcio del 1979 venne presentato dal Governo alla Camera il disegno di legge n. 760 sugli esperimenti pilota in tema di avviamento al lavoro. Con decreto legge n. 624 dell'11 dicembre si dispose in tema di collocamento, di mobilità e di integrazione salariale. In sede parlamentare maturò l'intesa politica di non convertire il decreto legge e di unificare nella trattazione la materia e del medesimo e del disegno di legge n. 760, ricavandone una disciplina unitaria da approvarsi con la massima celerità possibile in commissione.

Già nella primavera dell'anno scorso il testo pareva ormai completo e d'imminente approvazione; tanto che il prof. Carinci ritenne di poter provocare presso l'università di Bologna, il 28 marzo 1980, un convegno nel quale fummo relatori il collega Ghera ed io. Al contrario, la proposta è andata poi avanti con lentezza e con dissensi, interni ed esterni fino al testo che è poi stato approvato, come ho detto, alla data del 7 maggio u.s. Esso presenta alcune notevoli variazioni in meno rispetto a quello che pareva suscettivo di approvazione nella primavera del 1980.

Merita darne conto, per l'essenziale, perché anche questa registrazione può servire a dipingere il tono, se si vuole « più smorzato » o meno incisivo, della riforma che pare oggi possibile.

In primo luogo verrà meno, a quanto mi si assicura, il disposto (art. 41) che già provvedeva in tema di licenziamenti collettivi, grosso modo attenendosi all'indicazione, in materia, della Comunità Europea e del quale ha scritto F. Fabbri (v. in *Contrattazione*, 1981, 34) dandone per scontata, invece, la definitiva approvazione. L'« infortunio » va ricordato per ammonizione di tutti noi, a cominciare dall'estensore di questa relazione, posto che incidenti del tipo possono ripetersi nelle prossime settimane, se la proposta verrà ripresa in sede parlamentare (a parte quello « totale », e possibile, del pratico accantonamento del tutto).

Manca, nel testo attuale, il disposto che già imponeva, per il « recesso » per esito negativo della prova, la comunicazione per iscritto, a pena d'inefficacia, nonché l'enunciazione dei motivi e che già sollevò l'irata reazione, sulle colonne di *Il Sole-24 Ore*, di Felice Mortillaro. Non si prevede più alcuna « sanzione » per il fatto della mancata assunzione del lavoratore avviato, così lasciandosi aperto il problema notoriamente controverso. E neppure si prevede, per le liti derivanti dall'applicazione della legge, la competenza del giudice del lavoro; leggendosi nei

resoconti parlamentari dell'impossibilità di devolvere alla competenza giurisdizionale ordinaria l'impugnativa di atti amministrativi.

Consta (v. P. Ichino, *Il collocamento pubblico come strumento per il controllo del mercato di lavoro: appurato per un dibattito*, in *Dem. dir.*) che il testo allo stato approvato incontra la disapprovazione delle parti sindacali contrapposte, ovviamente per valutazioni di segno contrario. La parte imprenditoriale lamenta l'eccessività delle restrizioni alla libertà di scelta e, in particolare, la rigidità dei criteri previsti per la formazione delle liste di mobilità, nonché la non pariteticità delle svariate commissioni previste. La parte sindacale dei lavoratori denuncia l'eccessività delle eccezioni al « principio » della richiesta numerica e, in particolare, lo scarso ruolo delle regioni, la mancanza di collegamento col collocamento agricolo, l'assenza di sanzioni per il rifiuto di assunzione. Cosicché se è vero, come risulta dalla degenerazione del sistema costituzionale-politico del recente periodo, che oggi sono di massima possibili solo quelle leggi che incontrino previamente un sufficiente consenso delle parti sociali contrapposte, la prospettiva di questa riforma dovrebbe ritenersi, almeno nei tempi brevi, piuttosto incerta.

Un segno del possibile, totale decesso della riforma va ravvisato nel fatto che il partito che è il secondo in termini di consistenza parlamentare (e quindi è in grado di paralizzare ogni proposito di legiferare) ha, in via di avanzata elaborazione, una proposta di legge per l'istituzione del « servizio nazionale del lavoro ». Questa proposta del PCI si caratterizza su alcuni punti, a mio avviso, per eccessività; ad es., perché mancherebbe una diretta individuazione nella legge delle situazioni di possibile richiesta nominativa, prevedendosi (art. 25) che « i limiti della facoltà di assunzione mediante richiesta nominativa » siano specificati nel regolamento da adottarsi da parte del consiglio regionale del SNL (e quindi con possibili variazioni regione per regione).

La medesima proposta si caratterizza tuttavia, nel suo complesso, per la sua organicità e razionalità nello svolgimento dei principi posti, in una fattura tecnica assai più apprezzabile nel confronto col testo elaborato in sede parlamentare. Non è che i comunisti siano tecnicamente più bravi degli altri. Le leggi « malfatte » (per riprendere l'espressione che corse in una famosa polemica poststatutaria) sono tali, in genere, non per imperizia congenita dei fabbricatori, ma perché di faticoso compromesso nella controversa ispirazione: la « tecnica » fila ottimamente sol quando vi sia dietro l'omogeneità ideologica e politica ispiratrice.

Posto che debbo fondamentalmente attenermi alla proposta « ufficiale » siccome quella con maggiori probabilità, in ipotesi, di venire in

essere, non posso dilungarmi, come sarebbe altrimenti interessante e doveroso su quella visibilmente alternativa del massimo partito d'opposizione. Noto soltanto, per l'importanza del punto, che si provvede compiutamente per l'ipotesi che il datore di lavoro non reputi idoneo il lavoratore avviato (art. 33), potendo egli chiedere la revoca dell'avviamento; se l'istanza è respinta, corre immancabilmente l'obbligo di assunzione, la cui inosservanza comporta una sanzione amministrativa e la corresponsione al lavoratore di una indennità risarcitoria, da determinarsi tra un minimo di quattro e un massimo di dodici mensilità di retribuzione. Si rifiuta con notevole realismo e nel contempo dimostrando autentica capacità di governo, la soluzione estremistica, ben argomentabile tecnicamente invero, della configurabilità giuridica del rapporto, comportando la continuità formale del medesimo la permanenza, *sine die* di massima, dell'obbligo retributivo.

D'altro canto è bene tenere presente che all'interno del PCI non pare che vi sia, su punti essenziali di principio, unità di vedute. Ciò è dimostrato dall'importante saggio, poco sopra citato, dell'on. Ichino che tanta parte ha avuto nell'elaborazione della proposta « ufficiale ». Egli ha presentato il suo contributo come voluta sollecitazione per un dibattito all'interno del partito e, più in generale, del movimento sindacale ed operaio, nel tentativo, invero realistico e ben motivato, di ridimensionare l'idea-forza della richiesta numerica come centrale, in un sistema « pubblico » di avviamento al lavoro e per prospettare in termini radicalmente diversi la funzione del servizio deputato a favorire l'incontro dell'offerta e della domanda.

Nel processo di ripensamento critico delle opposte vedute, va ricordato che quest'idea-forza non è caduta dal cielo. Essa è sempre stata, per qualche verso e nobilmente, nella tradizione del sindacalismo italiano e, specificamente, nelle realizzazioni (nel prefascismo) del leghismo della Valle Padana. E se deve farsi credito alle indagini storiografiche di Giuseppe Are esse furono, nella situazione del primo dopoguerra, fra le inevitabili cause della *débàcle* innanzi alla reazione squadristica degli agrari.

Resta, tuttavia, che il problema si pone diversamente sul piano della legge e su quello degli accordi sindacali.

Per tutto questo cerco di dare a questa relazione un particolare « taglio », con l'augurio che vi sia corrispondenza nel dibattito. L'ipotesi di un primo contributo esegetico rispetto ad un testo quanto meno di sicura approvazione è superata nei fatti. Conviene, invece, considerare questo nostro incontro come un'ennesima occasione di confronto critico sui problemi nella prospettiva legislativa, con l'apporto costruttivo di

operatori di varia collocazione; con l'augurio che ne sortisca quel relativo avvicinamento di posizioni che possa servire, per quel poco che contiamo, a superare gli ostacoli ad una « vera » riforma. E quando dico « vera » riforma alludo anche, se non soprattutto, ad una normativa che sia non tanto « scrivibile » sulla carta ma suscettiva di operare, senza rimanere inapplicata come la legge del 1949 che ci sta alle spalle e come tante leggi del recente periodo.

Il testo che mi è stato fornito e sul quale ho lavorato consta, se non ho sbagliato mettendo in fila i diversi *bis, ter* ed anche *quater* (e computando anche il n. 28 che sussiste secondo una notazione a margine, ma che non vide), di n. 58 articoli: un « vero e proprio codice », ha scritto Miscione (in *Giur. it.*, 1981, I, 2, 543), diviso in cinque titoli (collocamento ordinario; esperimenti pilota; mobilità; integrazione salariale e servizi di pubblica utilità; disposizioni finali e transitorie). Ma del codice, pur piccolo, v'è, se si vuole, la quantità, non la qualità; non c'è, né poteva esserci per definizione, quella scioltezza tecnica, anche in termini d'incisività letteraria, che un codice contraddistingue nello svolgimento logico e lineare di chiare idee ispiratrici; al contrario si ha, qui (sempre per necessità d'impossibile univocità politico-ideologica) una normazione che, come quella oggi corrente, è complessa, tortuosa, a carattere accentuatamente « regolamentare ». Né difettano talora, per dirla con Giovanni Tarello (v. *Materiali*, 1981, 160), previsioni di « mera formula », cioè di tale ambiguità, nello sforzo di contenere gli opposti, che la reale portata precettiva è rimandata, nella tenzone di opposti orientamenti, alle determinazioni degli organi di applicazione.

Per chiarire la portata della divisata disciplina secondo le intenzioni del legislatore, è bene tener conto dell'art. 48 (« da spostare alla fine del titolo », si legge *a latere*): « Le norme contenute nella legge 29 aprile 1959, n. 264, e successive modificazioni ed integrazioni, comprese quelle previste dal titolo I della presente legge, restano in vigore fino all'emanazione di nuove norme generali in materia di collocamento ». Cioè, specificandosi che per quanto non viene formalmente toccato resta la legge del 1949 con le successive modifiche comprese quelle di cui alla legge ora progettata, si viene a dire che nemmeno questa è la legge « definitiva ». « La legge », se così posso esprimermi tra virgolette, come almeno pensata sul momento e da chi la fa come buona e quindi destinata a rimanere *rebus sic stantibus*, verrà (forse, se teniamo conto dei tempi di questa riforma parziale) all'inizio del 2000!

Se si pon mente che il primo titolo modifica, largamente, la precedente normativa e che poi segue un secondo titolo dedicato ad esperimenti pilota (cioè a sistemi di collocamento da farsi, in via sperimentale,

con diversi criteri rispetto a quelli or ora introducendi), si potrebbe dire che il tutto è complessivamente pensato in termini di una totale sperimentazione; si andrà per tentativi, nell'immediato futuro, e con la legge ora modificata e con altri eventuali criteri, dal tutto e dal diverso volendo presumibilmente cavare lezioni d'esperienza delle quali possa farsi tesoro per la *lectio* definitiva di domani.

E qui conviene subito dire, appunto, del secondo titolo sugli esperimenti pilota (artt. 16-19). Per impulso del ministro potranno aver corso, in aree delimitate e per la durata di un triennio (prorogabile di un anno), esperimenti « per valutare, con il concorso delle parti sociali, la rispondenza di eventuali diversi criteri di gestione del mercato del lavoro », con l'utilizzazione di personale specializzato *ad hoc* proveniente da altre amministrazioni, nonché « di esperti in possesso di elevata professionalità e di pluriennale comprovata esperienza nel campo delle politiche del lavoro ». È anche previsto l'intervento di « agenzie del lavoro » non ben definite, qui apparendo di straforo, grosso modo quali strutture agili di tipo manageriale, nel tentativo di superare il modello arcaico della burocrazia tradizionale. Secondo la formula proposta dalla federazione sindacale unitaria, ma che ha ottenuto il parere negativo della Commissione per gli affari costituzionali nell'astensione dei parlamentari comunisti, dovrebbe qui attuarsi « in via sperimentale, secondo i principi di cui al presente titolo, la gestione flessibile della normativa sul collocamento e sulla mobilità, sentite le parti sociali e nell'ambito di direttive emanate dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, su proposta delle Commissioni regionali ».

Come ho accennato, presso la Commissione affari costituzionali vi sono state opposizioni e perplessità; tanto che, a quanto mi è stato detto, il testo definitivo dovrebbe essere di conseguenza « ripulito ». Ed in verità, a prescindere dalle lodevoli intenzioni, possono nutrirsi fondati dubbi di legittimità, non parendo ammissibile che la libertà contrattuale dei privati possa risultare compressa o regolamentata non per previsioni di legge, ma per determinazioni altrimenti adottate.

Il dubbio non avrebbe avuto ragion d'essere ove, in ipotesi, si fosse progettata l'esperimentazione in aree determinate di un servizio del collocamento ispirato al modello britannico del « governare senza imporre vincoli », esposto di recente in un contributo di P. Ichino; con strutture volte a favorire, senza poteri impositivi, l'utile incontro della domanda e dell'offerta, con una serie di interventi coordinati, in generale e nei casi individuali, sul piano della previa formazione professionale.

Grosso modo quest'idea, veramente rivoluzionaria nel nostro sistema rispetto alla tradizione, circola tra le righe di queste previsioni, ma

senza sviluppi coerenti, anzi a mezza strada tra il vecchio e il possibile nuovo; non dovendosi dimenticare che « ... la sperimentazione può essere uno strumento pericoloso se viene usato con criteri elettoralistici, o disastroso se cade sotto il dominio di una burocrazia scettica » (così GIUGNI, *Lavoro sommerso*, in *La Repubblica* del 4 aprile 1980).

In ordine al *collocamento ordinario* (titolo primo) vi sono numerose ed importanti innovazioni delle quali non si può dar conto compiutamente nei limiti di questa relazione. Soprattutto, e per più versi, la nuova disciplina vuole visibilmente discostarsi dal modello tradizionale, piattamente burocratico e a finalità, di fatto, meramente assistenziali, attribuendo alle strutture un ruolo attivo per favorire l'*utile* incontro della domanda e dell'offerta, sostanzialmente nel reperimento dell'uomo giusto per il posto giusto. Il che suppone, ovviamente, non tanto e non solo un mutamento radicale di mentalità, ma la disponibilità, nel servizio, di competenze professionali adeguate sul versante delle imprese e su quello dei lavoratori, nonché di mezzi materiali sufficienti; del che c'è traccia, qua e là, in questa normativa; restando, come sempre, aperto l'interrogativo sulle possibilità realizzatrici.

Il ruolo attivo del servizio emerge, comprensibilmente, fin dalle prime battute: « All'atto della prima iscrizione nelle liste di collocamento — recita l'art. 9 — e, ove sia ritenuto opportuno, in occasione della successiva conferma o reiscrizione, oppure su iniziativa del lavoratore interessato, viene effettuato un *accertamento preliminare*, con il lavoratore stesso, al fine di registrarne aspirazioni, attitudini, specie e grado di qualificazione o specializzazione professionale, tenute presenti anche le esigenze di armonizzazione con i sistemi di classificazione professionale adottate nell'ambito comunitario, ed eventuali disponibilità per particolari tipi di rapporto di lavoro o di mansioni... nonché per la frequenza di corsi di formazione professionale », prevedendosi anche la possibilità di avviare l'aspirante all'impiego a corsi di formazione. In tal modo il lavoratore dovrebbe risultare nelle liste non già con indicazioni generiche, ma con concreta specificazione delle attitudini; ovviamente il lavoratore medesimo ha diritto di conoscere i dati secondo i quali viene classificato e può ricorrere contro la classificazione. I lavoratori hanno l'obbligo di rinnovare l'iscrizione ogni trimestre, pena la cancellazione dalla lista che può essere revocata « in casi di comprovato grave impedimento a rendere la dichiarazione » (art. 11-*ter*). Per l'art. 9-*bis* la sezione circoscrizionale deve indagare in ordine all'effettività dello stato di disoccupazione, essendo all'uopo istituita un'anagrafe dei disoccupati; chi risulti titolare di rapporti di lavoro « anche irregolari » o eserciti diverse attività lavorative o imprenditoriali, viene convocato e, tenendosi

conto della natura dell'attività svolta, si procede « alle opportune modifiche delle registrazioni e della loro classificazione ai fini dell'avviamento al lavoro ». In sostanza il soggetto colto « in fallo » può saltare di « classe » ai fini della precedenza per l'avviamento. Al fine è da dire che, per l'art. 10, gli iscritti nelle liste sono divisi in tre classi che « costituiscono ordine di precedenza all'avviamento al lavoro »: *prima classe* disoccupati o occupati a tempo parziale con orario non superiore a venti ore settimanali o titolari di contratto a termine di durata non superiore a quattro mesi; *seconda classe* occupati; *terza classe* pensionati. « La commissione regionale fissa uniformi criteri di valutazione degli elementi che concorrono alla formazione delle graduatorie tenendo conto del carico familiare, della situazione economica e patrimoniale del lavoratore, nonché dell'anzianità di iscrizione nelle liste, secondo gli orientamenti generali assunti dalla commissione regionale per l'impiego. A tal fine deve essere in ogni caso prevista per i coniugi entrambi disoccupati, sino all'avviamento al lavoro di uno di essi, l'attribuzione dell'intero punteggio per i figli a carico ».

L'*assunzione diretta*, però con l'obbligo, sanzionato in via amministrativa, di comunicare le avvenute assunzioni, è prevista (art. 6): 1) nel vasto settore dei datori di lavoro non imprenditori; 2) nel settore pubblico latamente inteso (enti pubblici economici) allorquando si assuma per pubblico concorso; 3) per il coniuge, i parenti e gli affini non oltre il terzo grado; 4) per il personale con qualifica dirigenziale.

La *richiesta nominativa* è vastamente ammessa (art. 7): 1) per ristrette categorie di lavoratori altamente specializzati (art. 34 statuto dei lavoratori), dovendo opportunamente provvedersi al rinnovo della classificazione ogni tre anni; 2) per i lavoratori con funzioni direttive e di concetto 3) nelle *piccole imprese* che occupino non più di dieci dipendenti o se artigiane, non più di dodici, non dovendosi considerare gli apprendisti; si aggiunge, con formula a mio avviso incomprensibile che malamente traduce l'intento che ho creduto di intravedere, che « quando della stessa unità produttiva siano titolari più società tra loro di fatto collegate, il suddetto limite è riferito ai dipendenti dell'unità produttiva unitariamente considerata »; 4) per il personale destinato a svolgere mansioni di vigilanza o di guardia giurata o mansioni di custodia di beni aziendali ovvero implicanti maneggio di denaro e valori, quando per tali mansioni è prevista una specifica indennità; 5) per i giovani di età inferiore a 26 anni provenienti da corsi di formazione professionale; 6) per « categorie di lavoratori destinati ad attività di produzione ovvero di servizi essenziali ai fini della integrità e dell'affidabilità di infrastrutture rilevanti per la sicurezza dello Stato », dovendosi in materia prov-

vedere con decreto del Presidente del consiglio dei ministri su proposta del ministro, sentiti il comitato per le informazioni e la sicurezza e le organizzazioni sindacali più rappresentative. Inoltre « sono fatte salve le norme di legge in materia di assunzioni di particolari categorie di lavoratori concernenti particolari settori produttivi »; evidentemente non c'è stata possibilità di procedere ad una completa ricognizione di queste situazioni speciali e, quindi, di pronunciarsi *ex professo* sulla sorte delle medesime. Da rilevare, essendo il punto di una certa importanza, che « la richiesta nominativa di nulla osta per l'avviamento deve contenere le stesse indicazioni previste per la richiesta numerica ».

Il *passaggio diretto* del lavoratore da impresa ad impresa è ammesso (art. 8) a condizione che il precedente rapporto di lavoro sia stato costituito da almeno dodici mesi, potendo il ministro ridurre, per particolari settori, il limite temporale, che non è richiesto allorquando il precedente rapporto sia stato instaurato su richiesta numerica (qui si ritiene la possibilità di elusioni scalzate in radice) o quando si versi in una situazione di possibile richiesta nominativa. È ben noto come, in ordine a queste previsioni, vi siano forti opposizioni radicaleggianti; sennonché Ichino ha dimostrato, a mio avviso convincentemente, nel saggio citato all'inizio, che l'inibizione di questa possibilità contrasterebbe con la naturale aspirazione degli occupati al miglioramento della loro posizione: in particolare ne verrebbe colpita la forza contrattuale nei confronti dell'impresa, se il lavoratore dovesse ritenersi inchiodato per sempre all'occasione di lavoro inizialmente ottenuta, senza prospettiva di poter passare liberamente altrove.

Le *richieste numeriche*, al pari, si è visto, di quelle nominative, debbono contenere (art. 11) « la descrizione delle mansioni cui adibire il lavoratore nell'ambito dell'organizzazione aziendale (quante ridondanze!), l'indicazione della qualifica o profilo professionale e del livello o fascia professionale, l'unità dove si effettua (*rectius*: dovrà effettuarsi) la prestazione lavorativa e il trattamento economico-normativo ». La previsione mi pare di una certa importanza posto che, secondo la concezione che mi è cara in punto di costruzione del processo costitutivo del contratto nel sistema del collocamento (con tutte le conseguenze che logicamente ne derivano) ad una richiesta siffatta potrebbe attribuirsi il valore di una vera proposta di contratto, con tutte le conseguenze appunto; e probabilmente il legislatore potrebbe saltare il fosso statuendo formalmente in tal senso. Dovrebbe completare per quanto necessario; ad es., richiedendo l'indicazione dell'eventuale periodo di prova cui si intende subordinare l'assunzione definitiva, nonché del proposito di dar corso alla visita medica per il controllo dell'idoneità

generica e specifica (a proposito, perché non profittare dell'occasione per regolamentare in modo conforme al principio posto nell'art. 5 statuto dei lavoratori?).

Per spezzare ancora una lancia nella direzione ideale cui ho accennato, deve riconoscersi che tutte queste indicazioni hanno senso non solo nell'ambito specifico (per l'individuazione da parte dell'ufficio dei soggetti adatti ad accogliere la richiesta (v. *infra*) nonché per le valutazioni degli interessati) ma possono anche averlo sul piano della relazione contrattuale instauranda; per un verso richiamando, ad es., il disposto di cui all'art. 96 disp. att. c.c. e per altro verso fissando *ab origine* il luogo di prestazione del lavoro in riferimento, poi, alla regola dettata per il trasferimento nell'art. 13 dello statuto.

La necessaria indicazione anche del trattamento economico-normativo offerto al lavoratore potrebbe essere intesa nel senso del superamento di quanto è disposto nell'u.c. dell'art. 14 della legge n. 264 del 1949, laddove è scritto (con formula, com'è noto, di dubbia costituzionalità) che l'ufficio deve accertarsi che le condizioni *offerte* (sottolineo, non a caso, questa parola) siano conformi alle tariffe e ai contratti collettivi, ma la conclusione è dubbia, stante la finale salvezza, già vista, della legge del 1949 per le parti non specificatamente innovate.

In ordine alla procedura per l'evasione delle richieste numeriche dispone l'art. 11-*bis*. La sezione circoscrizionale provvede alla convocazione dei lavoratori disponibili, in possesso dei requisiti professionali richiesti secondo l'ordine della graduatoria, indicando il rispettivo punteggio e la posizione ivi occupata; all'uopo procedendosi con affissione in apposito albo « e con ogni altro mezzo idoneo ». I lavoratori convocati possono scegliere, ovviamente seguendosi l'ordine di graduatoria, tra le diverse occasioni offerte; potendo far valere il titolo di studio solo in quanto il medesimo sia stato formalmente richiesto in funzione della prestazione attesa (ma nell'ipotesi è sennato ritenere che siano convocati solo coloro che siano in possesso del titolo richiesto). Se il lavoratore convocato non si presenta per due volte consecutive senza giustificato motivo o declina l'occasione professionalmente adeguata, ne consegue la cancellazione dalla lista e la decadenza dal diritto all'indennità di disoccupazione ordinaria.

Nei settori non industriali hanno precedenza nelle assunzioni i lavoratori che già hanno operato per l'azienda con contratto a termine per attività stagionale, nonché nelle punte stagionali di cui alla legge n. 598 del 1979, a condizione che abbiano manifestato la volontà di avvalersi di questo diritto (ovviamente, la persona può non essere disponibile

per il contratto a tempo indeterminato, specie in un'epoca in cui è vasta l'offerta per impegni a tempo parziale o delimitati nel tempo).

È strumentale al ruolo attivo attribuito dalla legge al servizio pubblico del collocamento, l'obbligo di informazione a carico delle imprese ribadito, in riferimento alla legge n. 628 del 22 luglio 1961, nell'art. 5-*bis*, con la possibilità ulteriore di « disporre indagini particolari su aspetti specifici del mercato del lavoro », potendo le imprese provvedere tramite le associazioni sindacali di categoria. Codesto ruolo attivo della struttura pubblica si traduce essenzialmente nella possibilità di stipulare, con la singola impresa o con un raggruppamento di imprese « una convenzione... nella quale siano stabiliti i tempi delle assunzioni, le qualifiche e i requisiti professionali ed attitudinali dei lavoratori da assumere, i corsi di formazione professionale ritenuti necessari, da organizzare d'intesa con la regione ». In sostanza la legge intende favorire, utilmente, una sorta di programmazione nel tempo delle assunzioni e pone, al fine, un incentivo non trascurabile, prevedendo (art. 13) che nella convenzione in discorso (che può contemplare misure tendenti a promuovere l'occupazione femminile e giovanile nonché l'ammissione a brevi periodi di formazione professionale sul posto di lavoro) sia disposto, « in deroga alle norme in materia di richiesta numerica, l'eventuale facoltà di assumere con richiesta nominativa una quota di lavoratori non superiore ad un terzo del totale dei lavoratori per i quali sarebbe prevista la richiesta numerica »; la medesima possibilità di richiesta nominativa conseguendo automaticamente alla formazione professionale sul posto di lavoro.

Infine il titolo primo prende in considerazione, per i giovani tra 15 e 29 anni, il contratto di formazione e lavoro (art. 14: v. anche, esplicitamente nella previsione di rapida approvazione del disegno n. 760 e con superamento del contratto di apprendistato di cui alla legge del 1955, la proposta di legge n. 2009 presentata alla Camera, il 18 settembre 1980, da alcuni parlamentari comunisti tra i quali il compianto nostro Presidente, in *Riv. dir. lav.*, 1980, 3, 58). Con l'art. 11-*quater* si provvede in ordine al lavoro dei *detenuti*, in raccordo alla speciale normativa (l'on. M.L. Galli ha proposto, v. *Informazioni parlamentari e legislative dell'Intersind*, 1981, I, 151, l'istituzione di una sezione circoscrizionale presso ogni penitenziario).

Per quanto attiene al *contenzioso* rispetto a tanti ed incisivi poteri dell'amministrazione e per le imprese e per i lavoratori, non si può adeguatamente dire nei limiti di questa relazione; menziono solo che, formalmente, per l'art. 15, avverso i provvedimenti della commissione o della sezione circoscrizionale è ammesso ricorso alla commissione provinciale per l'impiego, con minute indicazioni procedurali. Nelle more di

questa procedura, nonché « di ogni altra procedura anche di natura giudiziaria », « gli avviamenti al lavoro producono il loro effetto sino all'eventuale loro annullamento o revoca. Qualora l'atto di avviamento sia invalido, si applica quanto disposto dall'art. 2126 c.c. ». Per l'u.c. dell'art. 15 « non può essere disposta la sospensione degli avviamenti al lavoro ai sensi dell'art. 219 c.p.p. »; il legislatore, visibilmente « scottato » da talune iniziative, ritenute esorbitanti, del terzo potere negli ultimi tempi, ha voluto impedire la « rivisitazione », come è di moda dire, dell'articolo del codice di procedura penale. Il che è politicamente interessante nel momento in cui la magistratura, specie requirente, è « nell'occhio del ciclone » anche per fervida iniziativa di qualche nostro autorevolissimo collega.

Segue nel terzo titolo la nuova disciplina sulle procedure per la *mobilità* dei lavoratori, in un complesso alquanto farraginoso che certo darà spunto ad un notevole contenzioso; e qui conviene ricordare che, nella seduta della Commissione lavoro del 12 novembre 1980 (v. *Informazioni*, cit., 1980, I, 1275), il Presidente NAPOLETANO, da buon giurista maturato nelle aule di giustizia, fece appello alla necessità di perfezionare al massimo la chiarezza e la perfezione tecnica del testo in elaborazione, deplorando, in particolare, la lunghezza chilometrica degli articoli, a diecine di commi, oggi in uso (tanto che, per una seria valutazione dell'incremento quantitativo della legislazione, non basta più contare il numero delle leggi o degli articoli nel tempo, ma sarà corretto sommare le battute). Disciplina che, in questa rapida sintesi, considererò non tanto sul piano del rappporto, *rectius* dello *pseudo* rapporto di lavoro artificialmente mantenuto dalla legge con l'impresa in crisi o in processo di ristrutturazione, quanto sul piano del mercato di lavoro, nella prospettiva di ricerca di nuova occupazione; ricordandosi che questa nuova disciplina deriva, fondamentalmente, dalla constatazione del pressoché totale fallimento, per ineffettività, di quella precedente derivata dalla legge n. 675 del 1977 sulla riconversione industriale.

Sono previste procedure in sede aziendale (art. 21) nonché in sede regionale (art. 21-*bis*), con la necessaria consultazione delle istanze sindacali contrapposte ed in precisi termini, per la determinazione dell'eccedenza della manodopera. L'impresa procede quindi alla formazione della lista aziendale di mobilità (art. 21-*ter*), individuando i lavoratori secondo i criteri concordati coi sindacati; o, in difetto di preventivo accordo, tenendo conto della minore anzianità aziendale, del minore carico di famiglia, della minore età nell'ambito delle qualifiche per le quali si verifica l'eccedenza e rispettando in ogni caso la legge n. 903 del 1977 sulla parità femminile; attenendosi anche ai criteri integrativi even-

tualmente stabiliti dalla commissione regionale per l'impiego. La lista va trasmessa alla commissione regionale, con suddivisione per qualifica o livello o fascia professionale; indicando, inoltre, le altre mansioni eventualmente svolte in precedenza, l'anzianità di permanenza presso l'impresa, l'età, il carico familiare e la località di residenza. La lista deve essere affissa in azienda in luogo accessibile a tutti. Avverso l'iscrizione il lavoratore può far ricorso alla commissione regionale.

La commissione regionale compila una lista *unica* dei lavoratori in mobilità, distinguendo, in base ai dati forniti dall'impresa, per qualifica e livello o fascia professionale, coi dati relativi all'età, al carico familiare e alla residenza, registrando le eventuali diverse attitudini professionali o disponibilità (evidentemente manifestate dal lavoratore) per mansioni diverse rispetto a quelle svolte in precedenza; iscrivendosi d'ufficio coloro che godono del trattamento speciale di disoccupazione (art. 23).

Sennonché, poi, la lista unica regionale viene disaggregata dalla commissione regionale in *liste circoscrizionali di mobilità* (art. 24) « tenuto conto delle località di residenza... della situazione occupazionale locale e delle necessità qualitative e quantitative di manodopera delle imprese », il lavoratore può essere inserito nella lista di una circoscrizione diversa da quella nel cui ambito risiede, se ha manifestato la sua disponibilità « o comunque quando ciò sia ritenuto opportuno ai fini del collocamento ». Le commissioni circoscrizionali procedono alla formazione della *graduatoria*, in applicazione dei criteri dettati nell'art. 10 per il collocamento ordinario.

Viene poi l'operazione politicamente e sindacalmente più difficile: la c.d. *armonizzazione* delle liste di mobilità con le liste ordinarie di collocamento (art. 24-*bis*), cioè, in concreto, la ripartizione degli avviamenti al lavoro tra gli iscritti all'una e all'altra lista, dovendo i datori di lavoro *riservare* ai lavoratori in mobilità la percentuale corrispondente alla ripartizione nelle assunzioni. Tale ripartizione deve effettuarsi ogni trimestre dalla commissione circoscrizionale « tenendo conto in primo luogo del rappporto tra gli iscritti nella lista in mobilità e quelli di cui alla prima classe della lista ordinaria (disoccupati reali o assimilati); nonché delle caratteristiche dei diversi settori produttivi, della corrispondenza tra le qualifiche o fasce professionali dei lavoratori disponibili nelle due liste e quelle richieste dalle imprese, dell'esigenza di salvaguardare i precedenti livelli occupazionali della manodopera femminile in mobilità e degli eventuali criteri particolari stabiliti dalla commissione regionale per l'impiego ». Aggiungasi che nella valutazione di consistenza della prima classe della lista del collocamento ordinario, non si deve tener conto dei lavoratori che hanno un'anzianità di iscrizione inferiore a sei

mesi (cioè i giovani che si affacciano per la prima volta sul mercato del lavoro, sono ricacciati sempre più indietro).

V'è di più: « Le commissioni regionali per l'impiego, anche in deroga ai limiti stabiliti dal precedente comma 4 e alle norme relative al collocamento ordinario, possono altresì disporre l'avviamento dei lavoratori in mobilità presso determinate aziende, a seguito di accordi direttamente intercorsi tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le aziende interessate ». Così quanto concordato sindacalmente può avere [a]ssoluta precedenza. L'art. 25 chiarisce appieno quanto del resto già risulta dal comma 3 dell'art. 24-*bis*, specificando che i lavoratori in mobilità « concorrono... a tutte le occasioni di lavoro » offerte dalle imprese, nonché dagli enti pubblici nei casi in cui questi procedano non per concorso. Il che significa che la percentuale riservata deve rispettarsi riguardo alla totalità delle assunzioni (per richiesta numerica o nominativa ed anche per assunzione diretta, forse). La commissione regionale può far concorrere anche lavoratori di altra circoscrizione. Solo « qualora singole richieste di assunzione riguardino posti di lavoro corrispondenti a qualifiche o fasce professionali non possedute da alcun lavoratore iscritto nella lista di mobilità, può essere disposto, anche in deroga ai criteri di ripartizione di cui ai commi precedenti, l'avviamento di un lavoratore iscritto nella lista ordinaria » (art. 25, comma 4).

La commissione regionale può farsi promotrice di corsi di riqualificazione professionale per i lavoratori in mobilità (art. 27). Il lavoratore che non frequenti il corso o che non accetti l'offerta d'impiego professionalmente adeguato rispetto alle mansioni in precedenza espletate, in una unità produttiva posta entro il limite massimo di 50 chilometri dalla residenza o raggiungibile in 60 minuti coi mezzi pubblici di trasporto, decade dai benefici dell'integrazione salariale *et similia* (art. 26, comma 4) e la dichiarazione di decadenza costituisce giustificato motivo di licenziamento da parte dell'impresa « di provenienza » (art. 26, comma 6). Ma non si capisce bene, o meglio si capisce anche troppo bene tra le righe, quale sia la sorte del rapporto di lavoro « d'origine » per il lavoratore che sia risultato non utilmente inseribile in altro posto di lavoro. Secondo il comma 1 dell'art. 25, il lavoratore che non abbia superato il periodo di prova presso altre aziende (di possibile « arrivo », per così dire), viene reiscritto « al massimo per due volte » nella lista di mobilità con la stessa posizione di graduatoria ricoperta al momento dell'avviamento al lavoro « ed è reintegrato nella posizione giuridica precedente ». Non solo: la commissione circoscrizionale può disporre, col voto favorevole di tre quarti dei suoi componenti, anche per una terza reiscrizione « quando, sentito il lavoratore interessato e i datori di lavoro

presso i quali è stato avviato, ritenga che l'esito negativo della prova non sia addebitabile a scarso impegno del lavoratore ».

Viene altresì reiscritto il lavoratore che sia stato giudicato non idoneo alla specifica attività a seguito di visita medica effettuata nel rispetto dell'art. 5 statuto dei lavoratori. È probabile che anche in questi casi estremi di constatata nuova incollocabilità, il lavoratore « ritorni » all'impresa « d'origine », in ragione della formula generale dell'art. 27-*bis*: « Quando sia stata avviata la procedura di mobilità e non si sia verificato l'avviamento al lavoro, il lavoratore, al termine del periodo di integrazione salariale, e comunque non oltre il ventiquattresimo mese dal suo inizio, in virtù del mantenimento del rapporto di lavoro con l'azienda di appartenenza, rientra nell'azienda stessa... salvo che l'azienda sia stata alienata o chiusa, o che sia in corso una procedura fallimentare »; restando salve, per le situazioni eccettuate, « ulteriori procedure e clausole più favorevoli previste da accordi sindacali ».

Si noti che il rientro avviene « con la possibilità di essere adibito anche a mansioni diverse da quelle da ultimo espletate, ma professionalmente ad esse equivalenti, senza alcuna diminuzione della retribuzione », con una formula sostanzialmente rispettiva dell'art. 13 statuto dei lavoratori e quindi inutile; quando al contrario, in questa ipotesi di rientro, parrebbe più razionale consentire la degradazione professionale se inevitabile nella concretezza della situazione aziendale; essendo logico, come ha ricordato Ichino riepilogando esperienze estere, che la tutela della professionalità si attenui nel tempo in contropartita del beneficio del mantenimento dell'occupazione. Resta l'impressione di cui ho detto; che, cioè, anche l'irrimediabilmente incollocabile possa rientrare, salvo che l'impresa d'origine non sia in grado di autonomamente comprovare la giustificatezza del licenziamento in ragione proprio dell'improseguibilità del rapporto, almeno nel rispetto della posizione professionale già acquisita.

Infine l'art. 22 ripete nella sostanza quanto già acquisito da ultimo in questa legislazione speciale in tema di *trasferimento d'azienda* che consegua all'accertamento dello stato di crisi ai sensi della legge n. 675 del 1977: i lavoratori in mobilità « restano alle dipendenze dell'alienante ai soli fini della concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale »; la medesima dichiarazione di crisi aziendale vale come disdetta ai sensi dell'art. 2112 c.c. derivandone la risoluzione del rapporto e la novazione del medesimo per quelli assunti dall'acquirente « in via prioritaria » come la legge medesima detta.

Resta da valutare nel complesso, dal punto di vista giuridico e non solo giuridico, questa peculiare legislazione e questa singolare posizione

dei « lavoratori in mobilità »: e su questo avrà ampio corso, immagino, il nostro dibattito. Tutti sappiamo per quali particolari ragioni e vie si è giunti a questa sistemazione; fondamentalmente per l'impossibilità, non di diritto, ma *pratica* dei licenziamenti collettivi, cioè delle riduzioni di personale quand'anche esse siano obiettivamente giustificate, dato il rapporto di forze in campo sindacale e il generale contesto politico-sociale nell'Italia poststatutaria e almeno nell'area delle imprese medio-grandi; congiungendosi questa impossibilità pratica con gli effetti, spesso perversi, dell'integrazione salariale. In questo contesto l'espediente della collocazione in mobilità, che ora si ritenta con l'auspicio di concreti risultati, può essere anche positivamente valutato, come l'unico rimedio faticosamente escogitato tra le parti sociali contrapposte per liberare per questa via, al termine di una complessa e faticosa procedura, le imprese già in crisi e sulla via del risanamento, della manodopera eccedente, cercando di collocare questa, utilmente, altrove. Ma tutte le costruzioni del legislatore incontrano un limite, quello che è inesorabilmente imposto dalla verità in senso naturalistico e storico, attraverso un processo intellettuale (e quindi doveroso) che al ristabilimento della verità medesima è preordinato, con acquisizioni che per altro verso possono giuocare nell'esperienza giuridica.

Il lavoratore in mobilità *è un lavoratore disoccupato*, sol perché nell'impresa di partenza, cui artificialmente la legge ancora lo mantiene legato, non c'è possibilità di utilizzare proficuamente la sua prestazione, un disoccupato cui la legge assicura privilegi, riserve, preferenze rispetto, in particolare, ad altri disoccupati: a quelli che, come i giovani, si affacciano sul mercato del lavoro; a quelli che (essendo già stati occupati nelle minori entità produttive dove non opera né la legislazione limitativa dei licenziamenti né il contropotere politico-sindacale) sono stati messi sul lastrico senza possibilità di utili contestazioni. È giuridicamente ammissibile, in riferimento al principio costituzionale di eguaglianza, che una certa cerchia di disoccupati sia più privilegiata di altri? Mi limito a porre l'interrogativo, che mi pare veramente di fondo.

In ragione del tema specifico del congresso, pochi cenni, infine, per mera connessione, al titolo quarto della proposta in tema di integrazione salariale. In tema di trattamento ordinario, dopo l'art. 29 che dispone in punto di competenza per la concessione, l'art. 30 ribadisce quali siano, secondo la tradizione legislativa in materia (largamente disattesa nella pratica), i presupposti dell'intervenuto (certezza della riammissione in servizio dei lavoratori), mentre l'art. 30-*bis* pone limiti di durata nel tempo, così come fa l'art. 32 per il trattamento straordinario, con una riduzione progressiva sempre nel tempo. All'erogazione del trattamento

deve provvedere direttamente l'INPS in caso di accertata impossibilità del datore di lavoro (art. 31). Per l'art. 35 « nel periodo di godimento del trattamento... il lavoratore non può svolgere alcuna attività lavorativa subordinata o autonoma, pena la decadenza dal trattamento *per le giornate di lavoro effettuate* », con una previsione di dubbia realizzabilità nell'impossibilità di efficaci controlli e per l'omertà generale. Infine le commissioni regionali possono disporre per l'utilizzo temporaneo dei lavoratori in integrazione « per opere o servizi di pubblica utilità, ovvero, quali istruttori, per iniziative di formazione professionale ». Ma, nella prima previsione, c'è un grosso limite, perché l'utilizzo deve aver corso « in attività non incompatibili con la loro professionalità ».

In sostanza si pone ancora il « principio » (che vorrei dire « sacrale » nella concreta esperienza) dell'impossibilità di ritorni indietro. In questa Repubblica, pur fondata sul lavoro, la gerarchia sovraordinata dei mestieri e delle professioni è intoccabile in termini d'accentuazione feudale di *status*. Eppure per questa via sarebbe, volontà politica della comunità aiutando, il rimedio principe; che se fosse organizzabile veramente un'armata del lavoro, pubblicisticamente disponibile, per tutti i lavori di pubblica utilità necessari, specie a salvaguardia del patrimonio naturale avviato a sicura rovina in questo Paese nel quale la natura era stata già dominata per fame di secoli, un'armata cui fosse possibile destinare tutta la manodopera eccedente, senza trattamenti assistenziali di sorta in ragione di (inesistenti) rapporti di lavoro, le distorsioni e gli abusi di massa cesserebbero d'incanto e tutti si industrierebbero di trovare, con buona volontà, utile occupazione altrove, piuttosto di finire in quei servizi.

47.

# LE RIFORME DA RIFORMARE NEL DIRITTO DEL LAVORO (*)

Nell'Italia repubblicana il diritto del lavoro ha avuto un imponente sviluppo quantitativo e qualitativo; tanto che, sotto molti aspetti ed almeno formalmente, il nostro ordinamento è spesso considerato all'avanguardia (o, secondo opposta valutazione ideologica, alla retroguardia). Ma da qualche tempo ci troviamo in un momento critico dello sviluppo, tale da richiedere, almeno secondo una parte dell'opinione, un necessario, completo ripensamento.

È probabile che, d'impulso, molti siano indotti ad ascrivere il diffuso convincimento di cui sopra all'insorgere, nella seconda metà degli anni '70 e per la sopravvenienza della crisi economica, del c.d. « diritto dell'emergenza »; derivandosi appunto da questo fenomeno di base quella necessità di « riadattamento » di cui è scritto nel più recente corso di diritto sindacale, dovuto a due giuristi militanti a sinistra (1). La stagione della crisi singolarmente induce a rimeditazioni critiche ed autocritiche, in qualche modo avvertite anche a livello di massa. Ma credo che le vicende particolari degli ultimi anni abbiano solo favorito, in maniera invero salutare, l'emergere del problema. La crisi ha reso

---

(*) Questo saggio è stato scritto nel maggio del 1982 per un volume collettivo sulle « riforme da riformare » nell'Italia promosso dalla Fondazione Einaudi, con destinazione naturale anche al pubblico non specialista; il che spiega l'impostazione e il tono. Probabilmente può essere di qualche interesse anche per « gli addetti ai lavori », nella discussione apertasi in particolare col congresso giuslavoristico della primavera 1982, gli atti del quale stanno per essere pubblicati da Giuffrè. Naturalmente per alcune parti va letto tenendo conto delle parziali novità introdotte dal legislatore nel recentissimo periodo o in corso di introduzione (faticosa e combattuta) a seguito dell'accordo tripartito del 22 gennaio 1983, specialmente per quanto attiene al mercato del lavoro, al contratto a termine, al controllo delle assenze per malattia. Sui problemi del collocamento va poi segnalato il libro di P. Ichino, *Il collocamento impossibile*, Bari, De Donato, 1982, che testimonia di un profondo processo autocritico nella sinistra tradizionale e nel sindacalismo « ufficiale » (27 marzo 1983).

(1) V. Ghezzi e Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1982, 33.

indilazionabile la presa di coscienza, ha accelerato il processo, ma il medesimo era ed è, fondamentalmente, nella « natura delle cose ». È nella logica naturale dell'esperienza sociale e giuridica che, dopo fasi tumultuose nell'insorgere di un nuovo diritto in corrispondenza ad esigenze reali, segua il momento del riordinamento organico e sistematico. Questo momento sarebbe, prima o poi, di necessità sopravvenuto.

I giuslavoristi paiono in genere consapevoli di questo. Non a caso il loro recente congresso nazionale, tenutosi a Bari a fine aprile 1982 non è stato un congresso di tipo tradizionale, con un tema monografico.

A Bari, in termini di politica del diritto o puramente politici, si è discusso, sulla base della relazione di Giugni, sulla prospettiva generale del diritto del lavoro negli anni '80. A me pare che, nel dibattito, l'appello del relatore a ripensare e risistemare l'intera materia — al fine di conseguire « socialità nell'efficienza », cioè il massimo possibile di protezione sociale, della condizionante vitalità del sistema produttivo — sia stato largamente raccolto. Non sono mancate posizioni di retroguardia specie da parte di giuristi di affiliazione comunista. Diversi, infatti, hanno espresso il timore che, attraverso la grande operazione riformistica delineata, possa passare una sorta di restaurazione conservatrice. È il minimo che ci si poteva attendere. Dopo anni ed anni nei quali tutto è andato, almeno sulla carta, all'insegna dell'indefinito progresso nei trattamenti di lavoro, nella convinzione della progredibilità costante del sistema produttivo, è naturale che molti non siano preparati alla svolta necessaria e che insorgano preoccupazioni e timori. L'avvenire dirà, specialmente in ragione degli sviluppi della complessiva situazione politica, quale potrà essere il punto di assestamento. Sul terreno delle condizioni sociali di un popolo, paiono impensabili operazioni di mera restaurazione dello *status quo ante* in senso grettamente conservatore ed è possibile che si imbocchi, finalmente, la soluzione ragionevole del giusto mezzo.

Occorre anche constatare, come si è fatto nella relazione Giugni, che il nostro complessivo diritto del lavoro è oggi un coacervo di stratificazioni normative introdotte in epoche di diversa, e talora opposta, ispirazione ideologica. Vi sono regolamentazioni che risalgono all'età liberale prefascista: ad es., la perdurante distinzione dei lavoratori per categorie (operai ed impiegati) risale a questo remoto periodo. V'è anche la normativa d'ispirazione corporativa, nel codice o altrove. Poi è venuta la legislazione della prima stagione, centrista-moderata, della Repubblica alla quale hanno fatto seguito le essenziali riforme dell'età della « contestazione ». E dopo, il vario diritto dell'emergenza o della crisi.

Nella situazione postfascista — qui specificatamente presa in esame

e valutando per grandi linee — può dirsi che è stato tutto un succedersi di interventi, in un processo incrementatosi nel tempo. A misura che la situazione economico-sociale si è messa in movimento (col definitivo affermarsi dell'industrializzazione, sconvolgente l'equilibrio statico della vecchia Italia a prevalenza agraria) il diritto del lavoro è venuto progressivamente inverandosi formalmente nel senso della realizzazione autentica del programma sociale di rinnovamento di cui alla Costituzione.

Al di là della normativa del codice sono venute, per innovare, estendere, garantire effettivamente, innumerevoli leggi speciali, alcune delle quali di fondamentale rilievo.

Non sono mai mancate, rispetto a questo processo, voci critiche d'appello ad una normazione organica e ragionata; vi sono stati giuristi che si sono fatti portatori di tali esigenze, propugnando, ad es., la regolamentazione a tavolino e dall'alto, con l'aggiornamento del codice o con leggi base (2). Alle origini, un quarto di secolo fa, fu facile replicare autorevolmente, con adeguata sensibilità storica, che, al contrario, la rinnovazione, il perfezionamento, l'estensione del diritto passavano di necessità — sotto il premere della varia pressione sociale occasionalmente registrabile — attraverso singoli e specifici interventi (3).

Ma nella storia, nel suo vario divenire, tutti i momenti sopravvengono per la logica fisiologica della crescita dell'organismo. Ed ora, proprio perché si fa appello alla razionalizzazione, è venuto il momento se non del codice, almeno delle leggi organiche. Proprio perché si è tanto costruito a spezzoni o monconi, è giunta finalmente l'ora di tirare i remi in barca. Sono passati trentasette anni dalla fine del conflitto e l'urgere delle esigenze ci ammonisce che dovremo metterci risolutamente all'opera, per non correre il rischio di farci sorprendere inattivi alla vigilia del mezzo secolo e di quale mezzo secolo. Non a caso da qualche tempo il tema della riforma del codice è pienamente assunto nella dottrina più sensibile (4).

Non è certo nell'ambito di queste considerazioni introduttive che si può dar compiutamente conto delle caratteristiche complete della normativa in esame. Nella prospettiva di un globale ripensamento nel segno della razionalità, solo qualche ulteriore notazione di base mi pare importante. Molti interventi vennero adottati al fine di stroncare pratiche vanificatrici di elementari e comprensibili aspettative dei lavoratori; ma

---

(2) V. Mazzoni, in *Dir. econ.*, 1958, 5.

(3) V. Santoro Passarelli, in *Dir. econ.*, 1958, 19.

(4) V. G. Ferraro, *Prospettive di revisione del libro quinto del codice civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, I.

spesso, sotto il peso della denuncia, nella calibrazione della normativa si è passato molte volte il segno, mortificando esigenze obiettive dell'impresa e sacrificando, così, l'imperativo dell'efficienza produttiva.

Sovente, specie nella stagione della contestazione, la normativa ha avuto il torto di ridursi all'affermazione di principi in sé sacrosanti, ma con mancanza di adeguati ed equilibrati svolgimenti, cosicché nella riforma si è determinata nel contempo obiettivamente, la base dell'abusivismo di massa. Ciò dicasi, in particolare, dello statuto dei lavoratori del 1970. Questa è, propriamente, la storia delle riforme « malfatte ». Oltre a questa c'è quella, celebratasi con la tecnica delle leggine, della non controllata *estensione* di interventi e provvidenze al di là del luogo naturale originariamente pensato e giustificato, ad es., la vicenda dell'integrazione salariale è, in parte, in questa chiave. C'è poi la storia delle riforme omesse, delle cose che avrebbero dovuto farsi per la completezza e la reale efficienza del tutto e che non si sono fatte, pericolosamente lasciando l'edificio sulla sabbia. Talora, specie per il diritto sindacale si è trattato di riforme mancate contro la doverosa attuazione di precetti costituzionali, perché *politicamente impossibili*; restando tuttavia, come dato obiettivo, che tutto il capitolo delle fonti, e massimamente quello della contrattazione collettiva, è tuttora avvolto nella nebbia.

L'incompletezza e la disorganicità hanno singolarmente favorito per più versi lo sbizzarirsi della giurisprudenza, costituzionale e no, in funzione di sostanziale supplenza. Il diritto vivente è ormai da noi di essenziale e determinante formazione giurisprudenziale, proprio perché di massima il materiale normativo che i giudici hanno dovuto svolgere ed applicare è tale da richiedere, con la sua lacunosità e malformazione, un notevole apporto d'integrazione per larghi versi creativa; secondo scelte, nel merito apprezzabili o no, ma sempre, per caratteristiche istituzionali, politicamente irresponsabili.

Il titolo del saggio e la sua collocazione possono far pensare al tentativo di delineare una legislazione « perfetta », in luogo o in alternativa a quella « imperfetta » presa in esame. Non può negarsi che il problema si ponga anche in questi termini ed evochi la possibile responsabilità del legislatore. Ma non si tratta solo di ottenere possibilmente buone leggi.

Il fattore decisivo è, invece, quello del costume sociale, della *moralità sociale a livello di massa*.

Probabilmente l'illusione illuministico-legislativa, secondo il metro dei grandi pensatori sociali del '700, è possibile sol quando — secondo la concezione vetero-liberista dello stato minimo — la legislazione sia voluta e pensata in termini di minimo intervento del pubblico nel sociale.

Solo nell'ambito di una concezione che commette l'utile sociale al libero dispiegamento degli egoismi individuali — e quindi predica il minimo intervento esterno rispetto a questo libero giuoco di natura — è possibile accarezzare l'idea della buona legislazione. Forse perché il buono si coniuga solo col poco.

Le cose cambiano radicalmente quando, viceversa, si pensa in termini di necessario, largo intervento del pubblico a fini di emancipazione anche sociale, come oggi è universalmente ammesso. Il sistema di larghe provvidenze dall'alto esige per definizione (affinché gli interventi abbiano corso nel perseguimento di precise finalità) il concorso corrispondente dei beneficiati e della generalità, secondo valori di moralità media corrispondente.

È per questo che è bene mettere in guardia contro l'illusione che tutto sia condizionato all'adozione di leggi serie e razionali, in luogo di quelle lacunose e pessime correnti; contro l'illusione, ad es., che basti cambiare lo statuto dei lavoratori del 1970 per ottenere il superamento di tutti i mali. Riforme ragionevolmente pensate possono rappresentare molto, ma non possono risolvere alla radice. Oltre alla legge, occorrono apporti equilibrati della magistratura. Occorre, soprattutto, un adeguato costume sociale di media correttezza. Senza questo fattore decisivo non serviranno né leggi né interpretazioni giurisprudenziali: un costume generalmente corrotto tutto inevitabilmente corrompe, al di là delle intenzioni. Determinante, quindi, è la *moralità repubblicana* a livello di massa.

È ora che la media dei cittadini riscopra, mazzinianamente, valori e principi del vivere sociale.

In questo saggio, l'idea ispiratrice è quella della necessità di un ripensamento globale del diritto del lavoro. Occorre dare particolare risalto alle responsabilità legislative per eliminare dalla legislazione vigente (fermo il perseguimento degli obiettivi sociali) irrazionalità, disfunzioni e quanto ingiustificatamente contrasta con le esigenze obiettive del sistema produttivo nell'interesse generale; superando, in particolare, eccessi di tutela socialmente controproducenti. Prenderò in esame (seguendo in prevalenza l'ordine cronologico a partire dai primi anni della Repubblica, in uno spaccato ovviamente unilaterale) una serie di normative in atto, per comprovarne, appunto, i vizi complessivamente denunciati. Evitando astratte problematiche, cercherò di analizzare nella loro concretezza le situazioni, scegliendo in maniera appropriata.

Ne lascerò da parte alcune, pure di essenziale rilievo, in quanto esorbitanti dai confini del diritto del lavoro « in senso stretto »; o meglio, dai confini naturali del rapporto conflittuale diretto tra lavoro e impresa.

Perciò non dirò nulla del settore della previdenza sociale, dove il problema della riforma si trascina da decenni, di legislatura in legislatura, e di governo in governo, nel contrasto vivacissimo degli interessi e delle diverse impostazioni di fondo. Per le stesse ragioni, non parlerò della sistemazione del pubblico impiego a coronamento del processo di sindacalizzazione in atto da circa quindici anni ed in riferimento al progetto di « legge-quadro » in corso di elaborazione parlamentare. L'ambito di riferimento resta, fondamentalmente, quello dei rapporti di lavoro nella impresa, con qualche deviazione operata al solo fine di comprovare alcune delle affermazioni fatte in queste pagine introduttive.

1. *Il collocamento della manodopera*. — Nell'economia e secondo le finalità di questo saggio, il tema del collocamento della manodopera — secondo la normativa ancora formalmente vigente (legge 29 aprile 1949, n. 264) — dovrebbe essere esaminato *ex professo* a lungo, in misura sproporzionata rispetto al piano della trattazione. Come caso di legge malfatta, o meglio di legge di fatto non corrispondente alle finalità perseguite, abbiamo qui, infatti, una situazione esemplare.

Da sempre si è denunciato che, con siffatta normativa, il servizio pubblico di formale monopolio nel mercato del lavoro non funziona. Ciò trova corrispondenza nella scarsezza del contenzioso, veramente inusitata nell'esperienza giuridica e tale per la sua pochezza posta in raffronto con l'importanza della materia da avvalorare la conclusione ricorrente tra le parti sociali e nell'opinione pubblica. Ad es., in un solo caso, almeno a quanto consta dalla giurisprudenza edita, il pubblico ministero ha agito, siccome il codice civile consente (art. 2098), per la declaratoria d'annullamento del contratto di lavoro stipulato in supposta elusione della disciplina di legge, ed è interessante registrare che l'azione ebbe esito negativo in ragione di una discutibile impostazione giuridica — adottata visibilmente *pietatis causa* (5) — perché il magistrato non ha osato togliere il posto di lavoro a chi bene o male, frodando o no, l'aveva ottenuto. Negli ultimi anni si sono avuti alcuni clamorosi processi penali nei quali la sistematica e programmata violazione della normativa di legge è apparsa in misura impressionante, pur nella prospettazione imprenditoriale che la medesima era l'unica concreta alternativa all'impossibilità dei pubblici uffici di corrispondere, con puntualità e regolarità, alla richiesta di manodopera (6).

---

(5) V. Pret. La Spezia 30 novembre 1978, in *Foro it.*, 1979, I, 546.
(6) V., ad es., Pret. Milano 27 maggio 1978, in *Foro it.*, 1979, 2, 65.

Il discorso può essere utilmente abbreviato sol perché, della inadeguatezza della legge del 1949 c'è, per così dire, il riconoscimento ufficiale.

A conclusione di un *iter* particolarmente travagliato, il 15 ottobre 1981 la competente commissione della Camera ha approvato, in sede legislativa, il disegno di legge di riforma n. 760 portante « norme in materia di servizi dell'impiego, di mobilità dei lavoratori e di integrazione salariale ed effettuazione di esperimenti pilota in materia di avviamento al lavoro ». La riforma è, quindi, passata al Senato dove, a quanto consta, ancora giace in posizione di stallo, per perduranti contrasti sulle linee ispiratrici tra le forze politiche e sindacali, e all'interno di esse. Così il discorso deve farsi complessivamente anche sul tentativo in cantiere, su questa riforma per ora incompiuta, che non va avanti perché scarsamente convince; in una prospettiva che è ancora quella dell'ennesimo progetto lacunoso in partenza e, quindi, già scarsamente persuasivo. Di qui l'opportunità di riprendere, in sintesi, le linee della legge ancora formalmente vigente.

La legge del 1949 venne adottata dalla maggioranza centrista dell'epoca, dopo le elezioni del 1948, nell'intento di sottrarre il servizio di collocamento alla gestione sindacale « di fatto » affermatasi in molte regioni nel dopoguerra, ad opera della CGIL e con largo dominio, quindi, del partito comunista. Il servizio venne demandato, in regime di monopolio pubblico, agli uffici del lavoro, sancendosi il principio che, di massima, le assunzioni al lavoro debbono essere operate dai medesimi, con criteri di imparzialità nella distribuzione delle occasioni di lavoro. Chi aspira a trovare lavoro o a cambiare occupazione, deve iscriversi nelle liste tenute dagli uffici. Per assumere manodopera, i datori di lavoro vi si debbono rivolgere indicando la categoria e la qualifica richiesta. L'ufficio dovrebbe avviare nel rispetto di una graduatoria fatta in valutazione comparativa dello stato di bisogno, argomentato da diversi dati (assunzione *numerica*). In tal guisa, l'incontro tra la domanda e l'offerta dovrebbe avvenire impersonalmente. In realtà la legge ha sempre previsto larghe situazioni di possibile assunzione *nominativa*, per le posizioni di lavoro qualificate e specializzate o per posti di fiducia; con possibilità, quindi, di indicare il lavoratore desiderato.

Ben presto ci si rese conto della parzialità e dell'inadeguatezza del sistema, vuoi per le larghe esenzioni al principio delle assunzioni numeriche (che aveva dalla sua la tradizione del leghismo socialista, per la manodopera non qualificata specialmente nelle campagne), vuoi perché, in generale, non forniva effettive garanzie per l'utile incontro della domanda e dell'offerta. Un sistema efficace d'intermediazione nel mercato del lavoro esige, infatti, che l'ufficio possa veramente garantire

l'avvio al lavoro secondo le obiettive esigenze delle imprese, verso manodopera in possesso dei requisiti professionali richiesti. Più in generale, il mercato del lavoro funziona utilmente se vi sono condizioni adeguate d'incontro tra manodopera qualificata e le precise richieste delle imprese. Viceversa, nel sistema vigente, l'assunzione numerica non dà garanzie di questo tipo. La gente si iscrive nelle liste o sulla base del titolo di studio formalmente acquisito o per sue mere attestazioni di capacità.

L'ufficio non svolge alcun ruolo attivo per controllare capacità ed attitudini. Niente assicura al minimo l'impresa, bisognosa di personale di quella data qualificazione, che venga avviato il soggetto utile, l'uomo adatto per quel posto. Donde il tentativo, universalmente perseguito, di sottrarsi alla disciplina vincolistica, di andare ricercando direttamente la manodopera necessaria e di mettersi poi a posto, formalmente, con le richieste per imposizione pubblica.

Nella sostanza e nel suo corpo centrale il sistema introdotto con la legge del 1949, nell'Italia ancora stagnante e alla vigilia del decollo industriale, soffriva di questo vizio d'origine. Poteva funzionare al massimo, in una corretta gestione burocratico-assistenziale, solo per la manovalanza in senso puro, per le occasioni di lavoro rispetto alle quali chiunque è fungibilmente collocabile; e dove, appunto, è possibile l'avviamento al lavoro secondo il punteggio dello stato di bisogno, del carico familiare *et similia*. Basta che la richiesta di manodopera si collochi appena ad un livello superiore, in riferimento a specifiche attitudini professionali, perché il sistema assistenziale non funzioni e si apra la strada all'elusione, nella comprensibile connivenza di imprese e di lavoratori. Anche il lavoratore qualificato impara ben presto che il posto adeguato deve cercarselo da sé, se vuole evitare il probabile esito negativo, altrimenti, della prova.

Il problema si ripropose, in modo defilato, nelle ultime battute dell'elaborazione dello statuto dei lavoratori nel 1970: forse perché, genericamente, nel convulso andamento dei lavori parlamentari, tutti gli aspetti e i profili della disciplina del lavoro venivano enunciati a spezzoni, disorganicamente; forse perché, specificatamente, in quel medesimo torno di tempo, con la legge 11 marzo 1970, n. 83, si era provveduto, con una certa organicità, per la regolamentazione del collocamento agricolo. Ne venne fuori, con gli artt. 3 e 34 dello « statuto », quella che fortunatamente si chiamò (7), nello scetticismo generale, la « miniriforma »; in realtà, invece,

(7) V. L. Montuschi, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1972, 466 ss.

con la riproposizione di idee alquanto vecchiotte. Con l'art. 34, infatti, si limitò ulteriormente la zona della possibile richiesta nominativa all'area dei lavoratori (non dei soli impiegati) di concetto, nonché a quella di ristrette categorie di lavoratori « altamente specializzati », da individuare in un successivo provvedimento regolamentare. La formula, però, almeno letteralmente, ignorava — in sacrificio di elementari esigenze di sicurezza, anche costituzionalmente delibabili (8) — le posizioni di lavoro elementari ma ad elevata fiduciarietà (come per il personale di custodia e di vigilanza); posizioni, invece, considerate nel collocamento agricolo. Non è la prima volta che si constata come l'ordinamento spesso proceda a spinte non coordinate, in modo schizofrenico, ignorando o invece menzionando la medesima situazione secondo i settori e per meri impulsi occasionali; oppure, com'è egualmente grave, per mere dimenticanze.

Con l'art. 33, invece, la rivitalizzazione del servizio venne ricercata consentendosi, presso le istanze periferiche, la gestione sindacale a mezzo di commissioni composte, in maggioranza, da rappresentanti del sindacalismo dei lavoratori: con una composizione così squilibrata nel pubblico ufficio che, non a torto, ha determinato qualche perplessità in dottrina (9). A dodici anni dalla miniriforma mancano, a quanto consta, studi accurati su questa partecipazione del sindacalismo in termini effettuali; non si sa affatto se il servizio operi o no in senso migliore, laddove questa presenza c'è. Se il sistema ancora vigente è stato complessivamente condannato per la sua inefficienza, si può dedurre che le cose non sono cambiate granché con questa partecipazione: probabilmente perché, almeno in parte, è scarsa la disponibilità dei sindacalisti a passare dalle astratte parole d'ordine alla tediosa gestione del quotidiano; essenzialmente perché a niente vale, in sé, sostituire alla gestione burocratica quella sindacalizzata, se resta immutato l'impianto generale e tutto deve risolversi, ancora una volta, secondo il vecchio modello.

In prosieguo, sul vecchio e fatiscente tronco del collocamento ordinario si inseriscono le esperienze, anch'esse faticose e contorte, delle liste dei lavoratori in *mobilità*, nell'ambito degli interventi previsti dalla legge 12 agosto 1977, n. 675 sulla riconversione industriale. Non è facile esporre, in sintesi, questa diversa realtà. In breve può dirsi che il fenomeno trae sostanzialmente origine dal fatto che, da molti anni ormai — almeno nell'area delle imprese medio-grandi — i licenziamenti per

---

(8) V., per riferimenti, Pera, in Assanti e Pera, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, 404.

(9) V., in generale, G.C. Perone, *Partecipazione del sindacato alle funzioni pubbliche*, Padova, 1972, spec. 274 ss.

riduzione di personale sono « praticamente » impossibili. Sotto il peso di enormi condizionamenti politico-sindacali (derivanti da tutto l'ambiente imbevuto della stantia ideologia populistico-assistenziale di massa) alle imprese è reso impossibile liberarsi del personale esuberante per la via diritta.

Il rimedio compromissorio è, invece, quello del massiccio ricorso (in pratica senza limiti) all'integrazione salariale ordinaria e straordinaria: peculiare risposta italica al fenomeno della sostanziale disoccupazione (10).

La legge sulla riconversione industriale del 1977 ha formalizzato, in maniera contorta ed oscura, tutto questo (11). Nella zona dell'intervento si è creato, in pratica, un mercato preferenziale del lavoro, a favore dei dipendenti delle imprese in crisi e « cassaintegrati » e verso quelle che, sempre in quella zona, hanno possibilità di occupazione. Se poi il tentativo di utile inserimento altrove non riesce, non si capisce bene quale sia la situazione e se sia possibile o no il licenziamento, una volta verificatosi il ritorno alle imprese « di partenza » (12). In effetti si è determinata una gerarchia nei possibili sistemi di avviamento al lavoro e, quindi, tra disoccupati. Vi sono disoccupati prioritariamente protetti rispetto a quelli « comuni »; e rispetto, specialmente, ai giovani in cerca di prima occupazione. Tutta la costruzione è confusa, ed è intrinsecamente difficile mettervi ordine.

Nello stesso torno di tempo esplodeva anche il problema dell'*occupazione giovanile*. Si affacciavano sul mercato, in una situazione di difficile assorbimento, masse ingenti di giovani. Frutto dell'esplosione demografica del dopoguerra, spesso privi di titoli professionali adeguati e in possesso solo di quelli rilasciati con estrema facilità dalle scuole attuali, sono normalmente disponibili, per pregiudizio corrente di massa, solo per lavori relativamente qualificanti, quanto meno a livello impiegatizio. Con una legislazione che ha operato temporaneamente e che ebbe inizio con la legge 1° giugno 1977, n. 285 (13), si intese ancora una volta favorirne l'utile inserimento con la tecnica dell'avviamento preferenziale al lavoro.

---

(10) V. M. Cinelli, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Milano, 1982.

(11) V. L. Mariucci, *I licenziamenti « impossibili »: crisi aziendali e mobilità del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1360.

(12) V. Ass. it. dir. lav. sic. soc., *Innovazioni nella disciplina giuridica del mercato del lavoro*, atti del convegno di Chianciano, aprile 1979, Milano, 1980.

(13) V. G.C. Balandi, *La legge sulla occupazione giovanile*, Milano, 1978.

Si tentò nel contempo di incentivare, con benefici specialmente contributivi, ma di modesta entità, la richiesta imprenditoriale.

Si introdusse una nuova figura di contratto, quello di formazione e lavoro; si agevolarono variamente le esperienze cooperativistiche, specie in agricoltura, nonché in lavori di pubblica utilità.

I risultati di questa temporanea legislazione di emergenza furono, nel complesso, modesti; di tangibile è rimasto, soprattutto, l'inserimento di alcune aliquote nel facile settore della pubblica amministrazione. Per altro verso, si è riproposto integralmente il problema di un'adeguata preparazione professionale di massa, nonché quello della sopravvivenza o dell'adeguamento — in armonizzazione con la nuova figura contemplata dalla legge n. 285 — della vecchia regolamentazione dell'apprendistato, di cui alla legge 19 gennaio 1955, n. 25 (14).

Nel tentativo di innovare, mettendo ordine in tutta la contorta situazione, maturavano nei più disparati ambienti (del sindacalismo, del mondo imprenditoriale, dei politici e degli studiosi) idee molto diverse per l'adeguata soluzione di tutti i problemi connessi (collocamento, formazione professionale, situazione specifica delle aziende in crisi). In particolare emergeva, ma con diversità d'impostazioni e di contenuti, l'idea di un'*agenzia del lavoro*, di una struttura di tipo manageriale (seppur inquadrata nel pubblico) volta a gestire attivamente (cioè in senso non burocratico) il mercato del lavoro (15).

Il disegno di legge n. 760, che ora giace al Senato, è venuto fuori da tutto questo, nel faticato coordinamento delle varie proposte di partenza e di quelle altrettanto faticosamente mediate nell'elaborazione della Camera. Ne do qui una rapida notizia (16). Il testo approvato dalla Camera è distribuito in 68 articoli, sotto sei titoli: norme in materia di collocamento ordinario, esperimenti pilota in materia di avviamento al lavoro, norme sulla procedura per la mobilità dei lavoratori, norme sulla garanzia del salario (integrazione salariale) (17), norme organizzative e finanziarie, norme finali e transitorie.

---

(14) V. M. Napoli, in *Commentario alla Costituzione* di Branca, *Rapporti economici*, I, Bologna-Roma, 1979, 19 ss.; *Regione e politica del lavoro* a cura della Regione Emilia-Romagna, Bologna, 1982 e ivi in particolare, a p. 83, la relazione di Carinci.

(15) V. G. Giugni, *Agenzia del lavoro toccata e fuga*, in *La Repubblica*, 17 dicembre 1980, 10; in generale Dell'Aringa, *L'agenzia per la mobilità della manodopera*, Milano, 1981.

(16) V., per maggiori particolari, la mia relazione *Mobilità dei lavoratori e disciplina del collocamento*, all'undicesimo congresso nazionale del Centro Studi Diritto del Lavoro D. Napoletano, Prato, ottobre 1981, in *Lav. prev. oggi*, 1981, 1733.

(17) Sulla progettata nuova disciplina dell'integrazione v. M. Cinelli, *I « provve-*

È da rilevare che, ufficialmente, questo progetto di legge non intende affatto essere la riforma « definitiva », ma l'aggiornamento e il perfezionamento (invero in sé trascurabile) della legge del 1949, conservando i fondamenti della medesima. Resta, così, la distinzione di fondo tra richiesta numerica e nominativa, seppur con notevole liberalizzazione della seconda (ma questo incontra la vivace opposizione di alcuni settori del sindacalismo). In particolare, si prevede (art. 15) la possibilità di convenzioni tra imprese e commissioni circoscrizionali per l'impiego, con la programmazione delle assunzioni nel tempo e con la contropartita di un allargamento della possibile richiesta nominativa.

C'è di più. Per il secondo titolo (esperimenti pilota) « a cura del Ministero del lavoro e della previdenza sociale sono effettuati esperimenti pilota in materia di avviamento al lavoro della manodopera secondo le modalità di cui al presente titolo, per valutare, con il concorso delle parti sociali, la validità di eventuali diversi criteri di gestione del mercato del lavoro » (art. 22/1). In altre parole (anche oltre il carattere generale della riforma, pensata come non definitiva e quindi come programmaticamente sperimentale) entro ed oltre la « miniriforma » vi potranno essere altri non ben identificati esperimenti, affidati a gestioni *ad hoc*, visibilmente per ricavarne precisi elementi effettuali ai fini della futura e definitiva riforma. In sostanza, ed ammesso che la legge vada in porto, procediamo di esperimento in esperimento.

Intanto, in pieno superamento del sistema originario, l'esperimento ha del tutto corso nelle zone terremotate della Campania e della Basilicata, in base alla legge n. 140 del 16 aprile 1981 (18). Per appagare quella larga parte dell'opinione che ravvisa nella regionalizzazione il toccasana di tutti i mali, si è interamente affidata la responsabilità e il governo del servizio alle commissioni regionali per l'impiego. Esse si avvalgono, come strutture operative, di agenzie per l'impiego: « I criteri e le procedure di iscrizione dei lavoratori nelle liste per il collocamento ordinario e per la mobilità interaziendale e di avviamento al lavoro degli stessi, possono essere modificati o sostituiti dalle commissioni regionali per l'impiego, con delibera motivata, al fine di rendere detti criteri e procedure maggiormente rispondenti alle esigenze straordinarie della ricostruzione e dello sviluppo economico delle regioni Campania e Basilicata ». Il proposito è stato quello di una strutturazione agile e

---

*dimenti per la garanzia del salario » nel disegno di riforma del collocamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, I, 511.

(18) V. G. Oliviero, *La riforma del collocamento nelle regioni terremotate: struttura e funzioni della commissione regionale per l'impiego*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, I, 521.

flessibile del servizio, senza uno stretto condizionamento di normative, al fine di consentire ogni utile occasione d'incontro tra domanda ed offerta.

Non ho elementi per giudicare i primi esiti di questa sperimentazione.

Si può constatare solo che la medesima ha corso nel perdurante conflitto d'impostazione delle parti sociali contrapposte, mirando il sindacalismo dei lavoratori — come persona assai esperta ha detto (19) — a restringere al massimo le possibilità di assunzione nominativa, nella comprensibile opposizione della parte imprenditoriale.

Il nodo di fondo resta sempre quello originario, nella contrapposizione tra una soluzione rigida e vincolistica o no, tra una soluzione « facile » e quella, invece, « funzionale ». La soluzione facile (secondo tradizione, ma possibile solo nell'area — sempre più ridotta — della manodopera generica non qualificata) è quella che pone l'accento sull'esigenza pregiudiziale dell'equa distribuzione delle occasioni di lavoro, per bandire ogni discriminazione di sorta e favorire i soggetti di volta in volta risultanti più bisognosi, col sistema dell'avviamento « numerico ». La soluzione seria e funzionale dovrebbe essere quella di garantire la sussistenza di un reale *servizio* a disposizione della domanda e dell'offerta, procurando effettivamente l'incontro per i posti di lavoro, secondo i requisiti professionali all'uopo indispensabili, senza vincolismi mortificanti di sorta.

In quest'ordine d'idee, facendo tesoro della pluridecennale esperienza di fallimento, non può negarsi che, nel disegno di legge n. 760, vi siano almeno alcune utili indicazioni. Ad es., per quanto attiene all'iscrizione nelle liste di collocamento (art. 12), si bandisce il vieto sistema finora praticato dell'iscrizione a domanda, secondo la qualificazione asserita dal soggetto: « All'atto della prima iscrizione nelle liste di collocamento e, ove ritenuto opportuno, in occasione della successiva conferma o reiscrizione, oppure su iniziativa del lavoratore interessato, viene effettuato un accertamento preliminare, con il lavoratore stesso, al fine di registrarne aspirazioni, attitudini, specie e grado di qualificazione o specializzazione professionale... Le sezioni circoscrizionali possono altresì, qualora il lavoratore non possegga una qualifica professionale, accertarne la disponibilità a frequentare appositi corsi ».

E qui, appunto, il problema. Quando si parla di un servizio attivo del collocamento, si allude a strutture che non si limitino alla registrazione passiva delle aspirazioni e al tentativo di appagarle quando se ne presenti

---

(19) V. A. D'Harmant François, *Riflessioni sull'applicazione della legge 16 aprile 1981, n. 140 nel quadro di una politica attiva dell'impiego*, in *Dir. lav.*, I, 416.

l'occasione. Al contrario, servono strutture che conoscano esattamente le esigenze effettive del mercato, che sappiano orientare gli aspiranti anche attraverso la necessaria acquisizione dell'idoneità professionale e riescano veramente a procurare, per quelle determinate richieste, i soggetti adatti.

È evidente che, proprio per questo, non può esservi una regolamentazione generale, astratta e rigida: come se fosse veramente possibile calare in un modello unico le multiformi caratteristiche del mercato, ignorando le diverse realtà tecnologiche e locali.

Mentre in queste due regioni procedono faticosamente, tra polemiche e tensioni nuovi esperimenti, la riforma batte il passo per il peso di alternative di principio non risolte a livello della classe dirigente sindacale e politica, con divisioni che passano all'interno delle varie centrali ed anche all'interno dei partiti. In questo senso, vanno attentamente considerate le recenti tensioni tra vecchie e nuove tendenze nello stesso mondo comunista, dove non manca qualche voce che reclama una radicale svolta culturale, contro il pertinace proposito di mantenere ancora il principio dell'assunzione numerica (20). Si richiamano varie esperienze straniere, tutte basate sulla « volontarietà » del servizio a disposizione degli interessati (ancora una volta l'Italia è un *unicum* nel mondo); e si mette n rilievo che, specie in considerazione della trasformazione tecnologica in atto, la zona di possibile assunzione numerica è fatalmente destinata a ridursi: donde l'ammonimento a premunirsi soprattutto di un servizio efficiente e non meramente impositivo, se non si vuole continuare a cozzare contro la realtà.

Ancora una volta i « riformisti » sono pienamente consapevoli del *cul de sac* nel quale ci troviamo. Nella recente conferenza socialista di Rimini si è discusso anche del collocamento. In un servizio giornalistico (21) leggo: « Con la stessa tecnica Giugni affronta il problema del collocamento. Oggi le aziende possono segnalare agli uffici di collocamento solo quanti lavoratori desiderano e con quali qualifiche. È una pratica, però, in gran parte inutile e burocratica, che viene spesso elusa con la complicità dei lavoratori. E allora Giugni dice: sospendiamo per mesi queste norme e diamo agli industriali la possibilità di assumere direttamente la gente in tutte quelle province dove non esistono grossi problemi di avviamento al lavoro. Poi si vedrà. Con l'aria di dire: poi si vedrà che il collocamento attuale non funziona e che è meglio una

---

(20) V. P. Ichino, *Collocamento pubblico e mercato del lavoro*, in *Dem. dir.*, 1981, n. 6, 88.

(21) V. a cura di G. Turani, in *La Repubblica*, 2 aprile 1982, 7.

struttura che dia più libertà alle imprese. Sembra uno scherzo ma si tratta di una "rivendicazione" che gli industriali portano avanti da anni e alla quale il sindacato ha sempre detto testardamente di no ».

2. *Le assunzioni obbligatorie*. — La legge non si limita ad escludere o a condizionare la scelta del lavoratore da assumere, nell'ipotesi che l'impresa liberamente decida di dar corso al rapporto di lavoro, così come avviene nel collocamento ordinario. Ulteriormente è anche imposto, nel sistema delle assunzioni obbligatorie (legge 2 aprile 1968, n. 482), di instaurare il rapporto con soggetti ritenuti degni di particolare protezione sociale, con l'immissione forzata nel lavoro: si tratti di invalidi (di guerra, per servizio, del lavoro, civili, sordomuti ecc.) o validi (orfani, profughi, vedove di invalidi). Qui il soggetto è obbligato a dar vita al contratto e le assunzioni debbono aver corso in una non trascurabile proporzione: il quindici per cento per le imprese che occupino più di trentacinque dipendenti.

Anche questa è una normativa che — pur avendo positivamente superato, e a ragione, il vaglio del giudizio di costituzionalità in sé (22) — ha dato luogo ad un nutrito contenzioso, nella comprensibile resistenza degli obbligati ad utilizzare soggetti, spesso, di ridotta capacità lavorativa e, quindi, difficilmente inseribili. Si tratta di vedere se ed in quale misura, per spaccati determinati di questo contenzioso, queste resistenze possano avere un fondamento di ragione. Talune questioni potrebbero superarsi con adeguate interpretazioni giurisprudenziali; invece, hanno spesso corso applicazioni di segno contrario. Anche qui gioverebbe individuare le possibili, ragionevoli scelte del legislatore, supponendone l'illuminazione.

La cerchia dei soggetti protetti, infatti, si è andata allargando nel tempo, in modo non del tutto convincente. Già nel primo dopoguerra, e per sacrosante ragioni, si tutelarono gli invalidi di guerra. Nel 1947, per motivi altrettanto comprensibili, la protezione fu estesa agli invalidi del lavoro. Da ultimo, sono stati presi in considerazione anche gli invalidi « civili », cioè tutti coloro che hanno contratto l'invalidità non per causa di guerra o di servizio o di lavoro, ma per i più vari fatti della vita o quelli che sono menomati sin dalla nascita. Rientra nelle previsioni di legge anche lo scavezzacollo, lesionato in incidente stradale per sua colpa. Ed è ben noto come sia scandalosamente facile, specie nelle regioni meridionali, ottenere il riconoscimento ufficiale di invalidità.

---

(22) V., in generale, L. Montuschi, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano, 1967; Pera, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1970.

Per i soggetti validi, doverosamente protetti all'origine per una particolare situazione di bisogno (orfani, profughi ecc.) non è chiara, per così dire, l'estensione temporale della tutela; se essa, cioè, si protragga per tutta la vita, quasi in termini medievali di uno *status* irrevocabilmente acquisito. Mi spiego. Si è dato il caso di un soggetto che, orfano di guerra dal 1942, dopo una brillante carriera fino alla pensione come funzionario di banca, insisteva per l'assunzione obbligatoria al lavoro vantando il vecchio titolo. Il pretore romano prese, come suol dirsi, cappello e ne fece una questione di legittimità costituzionale — respinta dalla Corte (23) — fondatamente dubitando della legittimità di una legge che non porrebbe limiti temporali alla tutela.

La questione avrebbe potuto risolversi, forse, in via interpretativa, affermando che la protezione ha senso per il primo avviamento al lavoro, in via prioritaria rispetto ad altri, ma non nei termini di un beneficio spendibile vita natural durante. In questo senso pare esprimersi l'art. 13 della legge 26 dicembre 1981, n. 763, sulla normativa organica per i profughi, prendendo in considerazione, ai fini specifici, i soggetti che siano *disoccupati*. Ma vi è spazio per un intervento generale di chiarificazione da parte del legislatore, auspicabile per tutte le situazioni nelle quali si è constatata la possibilità che la doverosa protezione degeneri nell'abusivismo o nell'abnormità.

Deve poi constatarsi che la percentuale d'obbligo (nella misura del quindici per cento della manodopera occupata) è assai consistente; superiore — pare — a quella media degli altri Paesi industrializzati. Vi sarebbe spazio per un intervento chiarificatore della legge, superando un contrasto di giurisprudenza in corso da anni. Si discute, infatti, se le imprese possano o no considerare come rientranti nella quota d'obbligo quei lavoratori, dipendenti da tempo, che siano divenuti invalidi in corso di rapporto (come spesso si verifica per l'usura nel tempo, specie a livello operaio) e che eventualmente abbiano ottenuto il riconoscimento formale da parte dell'INPS.

La giurisprudenza di merito è, sul punto, profondamente divisa. Per la Cassazione possono contare solo i soggetti formalmente avviati, come invalidi *ab origine*, dall'ufficio competente (24). L'impresa si troverebbe, così, costretta ad assumere soggetti sconosciuti, di difficile inserimento

---

(23) V. Corte cost. 19 giugno 1981 n. 104, in *Giur. cost.*, 1981, I, 886, con mia nota *Ragione e benevolenza sull'assunzione obbligatoria degli orfani di guerra.*

(24) V. Cass. 3 ottobre 1981, n. 5210, in *Foro it.*, 1981, I, 2372 e ivi riferimenti alla giurisprudenza contrastante.

lavorativo (v. *infra*) e a licenziare lavoratori provetti, conosciuti da anni, e come tali proficuamente utilizzabili, seppure in misura ridotta.

Per rendersi conto della posta in giuoco e della sua enorme portata economica, basti dire di un caso esemplare, quale risulta da una pronuncia giudiziaria (25): all'Italsider di Taranto (siamo nel Sud!), che deduce di aver già alle sue dipendenze ben 4652 invalidi, è stato ingiunto di assumere altre 1658 persone di ridotta capacità lavorativa.

C'è poi il problema — gravissimo e sempre riproposto nelle aule di giustizia — della difficile collocabilità al lavoro degli invalidi. In primo luogo, c'è la situazione degli invalidi psichici. Secondo una ragionevole interpretazione (26), questi soggetti non avrebbero titolo all'assunzione obbligatoria, e la legge li prenderebbe in considerazione solo ai fini di provvidenze economiche. Ma altri giudici sono di parere contrario; alcune pronunce gridano vendetta contro il buon senso, imponendo la collocabilità di poveri relitti umani, capaci di fare qualcosa solo se costantemente assistiti (27).

Sono diffuse le opposizioni imprenditoriali, nella deduzione dell'assoluta inutilizzabilità dei soggetti avviati. Infatti la legge esclude dal beneficio « coloro che abbiano perduto ogni capacità lavorativa o che, per la natura e il grado della loro invalidità, possono riuscire di danno alla salute e alla incolumità dei compagni di lavoro e alla sicurezza degli impianti ». Malgrado questa precisa indicazione di legge (che esigerebbe un'adeguata valutazione della capacità generica al lavoro, nonché dell'utile inseribilità in quel concreto contesto lavorativo) difetta assolutamente un organico sistema preventivo di accertamenti e, soprattutto, di previo addestramento per un possibile uso delle residue capacità.

Chi aspira al collocamento obbligatorio viene inserito nelle liste sulla base di generiche attestazioni dell'ufficiale sanitario e per residue attitudini, personalmente vantate. Gli uffici avviano al lavoro « sulla carta », senza correlativa valutazione del soggetto e dell'ambiente nel quale dovrebbe essere inserito; e il contenzioso è commesso ad organi di medici che, in genere, nulla sanno in concreto delle situazioni lavorative.

È questo il problema di fondo del preteso « sistema », nella program-

---

(25) V. Pret. Taranto 11 aprile 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 1253.

(26) V., ad es., Pret. Torino 19 marzo 1980, in *Not. giur. lav.*, 1980, 456.

(27) V., ad es., Pret. Abbiategrasso 22 settembre 1980, in *Orient. giur. lav.*, 1980, 788, 788, trattandosi nel caso di un soggetto « affetto da una grave forma di oligofrenia su base cerebropatica, intendendo per oligofrenia un'insufficienza globale delle funzioni psichiche e, in particolare, dell'intelligenza ». Vale leggere compiutamente questa pronuncia per la completa descrittiva del caso e per il modo disinvolto col quale il magistrato ha disatteso le risultanze della consulenza tecnica.

matica latitanza dello Stato dai suoi preventivi compiti elementari. Non a caso una dottrina, particolarmente attenta, ravvisò giustamente qui il profilo cruciale — anche in termini di legittimità costituzionale — della normativa (28); poiché non è, in ogni caso, corretto un « sistema » meramente burocratico-assistenziale. E di recente un tribunale amministrativo ha sollevato questione di costituzionalità in questi termini (29).

Nonostante ciò, sebbene niente garantisca in partenza della concreta idoneità dell'invalido, vi sono molte resistenze ad ammettere la possibilità del patto di prova, come valutazione in concreto della residua capacità lavorativa. Una parte notevole della giurisprudenza si è sempre dichiarata contraria a questa possibilità, allegando che il patto di prova non avrebbe senso rispetto a un soggetto invalido e quindi relativamente incapace: l'impresa dovrebbe prenderlo, per definizione, così come è, a costo di non fargli fare niente! Ed ancor oggi, dopo che la Cassazione ha finalmente ammesso la possibilità del patto, almeno per l'accertamento dell'attitudine collaborativa malgrado l'invalidità, la questione resta incerta e vi sono notevoli resistenze (30).

Come per il collocamento ordinario, il problema non è risolvibile in termini di mera normativa impositiva. Si richiede invece tutta una concreta strutturazione di servizi operanti per il recupero lavorativo dei soggetti menomati, e per l'avvio al lavoro sol quando questi abbiano comprovato un'adeguata riconversione professionale nei limiti delle loro residue capacità.

3. *La legge sugli appalti della manodopera*. — La nostra legislazione (legge 23 ottobre 1960, n. 1369) giustamente pone il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro (31). Vieta, cioè, che le imprese si procurino la manodopera necessaria attraverso meri intermediari fittizi cui sia fittiziamente riferito il rapporto, in modo da risparmiare, per quanto possibile, sul costo della forza lavoro. È un divieto tradizionalmente posto nelle legislazioni. La sanzione è partico-

---

(28) V. E. Ghera, *L'assunzione obbligatoria degli invalidi civili e i principi costituzionali circa i limiti all'autonomia privata in materia di iniziativa economica*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, 421.

(29) V. Tar Lombardia 9 aprile 1980 e 18 giugno 1980, rispettivamente in *Lav. prev. oggi*, 1981, 382 e in *Dir. lav.*, 1981, 2, 121.

(30) La Cassazione ha ribadito in quali limiti sia possibile il patto di prova con la sentenza 6 gennaio 1981 n. 68, in *Foro it.*, 1981, I, 310. In senso contrario v. Pret. Firenze 19 gennaio 1980 e Pret. Brescia 6 novembre 1979, *ivi*, 1981, I, 567.

(31) V., in generale, su una linea di totale mortificazione dell'autonomia privata, O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979.

larmente incisiva: « I prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni ».

Ma la legge va ben oltre e considera negativamente, o penalizza, l'ipotesi che l'impresa « principale » faccia ricorso ad altre autentiche imprese, commettendo loro determinate opere o servizi. Secondo l'art. 3 della legge n. 1369 del 1960 (escluse certe situazioni d'eccezione di cui all'art. 5 e nelle quali si è visibilmente fuori dal normale ciclo produttivo ordinario dell'impresa « principale ») « gli imprenditori che appaltano opere e servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia o di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, sono tenuti in solido con quest'ultimo a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti ».

È ben possibile, quindi, rivolgersi ad imprese specializzate operanti nel mercato, con propria collocazione di categoria sindacale e con corrispondente specifica contrattazione collettiva. Ma se, in ipotesi, il trattamento spettante ai lavoratori dipendenti dell'impresa « principale » è superiore a quello altrimenti previsto per i dipendenti dell'impresa appaltatrice, questi hanno diritto *medio tempore* al trattamento migliore; ne rispondono, in solido, le due imprese. La giustificazione ufficialmente addotta fu quella che sarebbe inammissibile trattare diversamente lavoratori operanti « fianco a fianco » nel medesimo ambiente di lavoro. Ma fu una giustificazione speciosa. In tutti gli ambienti di lavoro ognuno lavora a « fianco » o vicino ad altri che ha per la specificità del suo apporto lavorativo, diverso trattamento in più o in meno.

Per una parte dell'opinione sindacalmente ispirata, si dovrebbe persino andare oltre la riportata previsione di legge e pervenire a un radicale divieto di ricorso all'appalto. In questa direzione si muove, sostanzialmente, la disciplina di importanti contratti collettivi. Secondo questa concezione, si dovrebbe delineare, aprioristicamente o in astratto, una sorta di ciclo naturale del tipo d'industria, una volta per tutte; e non ci si dovrebbe più discostare da codesto ciclo naturale produttivo.

È una concezione difficilmente accettabile. L'esperienza dimostra che la vita produttiva procede sempre per progressive specializzazioni nelle combinazioni operative, secondo libere scelte di volta in volta adottate per ragioni tecnologiche, di mercato, o variamente economiche; nell'esercizio, oltretutto, della libertà dell'iniziativa economica costitu-

zionalmente garantita (art. 41). La legge non può artificialmente intervenire in questi processi, non può distruggere dall'alto la libertà costituzionale in discorso.

Sul dibattuto tema del decentramento produttivo vi sono sintomi di salutare ripensamento, sia nell'opinione che nella recente dottrina. Si afferma che deve distinguersi nettamente tra i fenomeni puramente negativi (tendenti ad eludere, soprattutto, la normativa di protezione del lavoro) e le esigenze, positivamente apprezzabili, di specializzazione produttiva (32). Se nella generalità del mercato opera un certo tipo di impresa (che ha una sua collocazione precisa in senso sindacale e contrattuale) non si vede perché mai ai dipendenti di una singola azienda, temporaneamente utilizzati in appalto presso altra impresa, debba essere praticato, sempre temporaneamente, un superiore trattamento. Non muta, in effetti, la qualità intrinseca del lavoro. E i contratti collettivi (temporaneamente disapplicati in ragione dell'appalto contingente) sono pur sempre quelli cui il giudice fa riferimento, ai sensi dell'art. 36 Cost., per la determinazione del giusto salario per i dipendenti di imprese non sindacalmente affiliate.

4. *Il contratto di lavoro a termine*. — Un tempo gli imprenditori abusavano particolarmente della possibilità di assumere con contratti a termine, in particolare per risparmiare il trattamento di fine rapporto, all'epoca non previsto per questi contratti. La pratica era resa formalmente possibile dal testo dell'art. 2097 c.c. del 1942. Esso richiedeva alternativamente, per la stipulazione di questo contratto, o la specialità del rapporto o l'atto scritto; cioè nella seconda ipotesi, un requisito puramente formale. Accadeva che dei lavoratori restassero in posizione precaria per anni, sebbene la norma del codice contenesse la clausola generale che pone il divieto di eludere la normativa sul rapporto a tempo indeterminato.

Anche sulla base dei dati acquisiti dalla commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori, si volle reagire, comprensibilmente, con la legge 18 aprile 1962, n. 230. Essa adottò la tecnica della indicazione tassativa delle situazioni legittimanti lo speciale contratto: attività stagionali (specificate in un ulteriore testo regolamentare); sostituzione di un lavoratore, temporaneamente assente con diritto alla conservazione del posto (ad es., per servizio militare o per malattia); « esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e predeterminati nel

(32) V. E. Ghera, *Il lavoro nell'impresa minore: piccola impresa, artigianato, lavoro a domicilio*, in *Dir. lav.*, 1981, I, 315.

tempo aventi carattere straordinario od occasionale »; « lavorazioni a fasi successive che richiedono maestranze diverse, per specializzazioni, da quelle normalmente impiegate e limitatamente alle fasi complementari od integrative per le quali non vi sia continuità di impiego nell'ambito dell'azienda »; nelle scritture del personale artistico e tecnico della produzione di spettacoli. Dopo di che sono venuti i guai tradizionalmente derivanti dall'uso di questa tecnica.

Di volta in volta si tratta di vedere se la situazione prospettata è riconducibile ad una delle ipotesi tassativamente previste dalla legge. In ragione degli orientamenti fortemente restrittivi della giurisprudenza (dato il principio di favore per il contratto a tempo indeterminato), c'è il rischio che la successiva contestazione possa comportare, appunto, il riconoscimento giudiziale della sussistenza del lavoro non a termine, con tutte le conseguenze: ho preso un lavoratore nella convinzione di doverlo tenere per pochi mesi, e me lo trovo in « pianta stabile » fin quando non sopravvenga un giustificato motivo di licenziamento.

È bene rendersi conto dell'incidenza notevolmente negativa dei giudici.

Ad es., per una parte della giurisprudenza, non sarebbe possibile assumere per la sostituzione temporanea di un lavoratore in ferie. La speciosa ragione formalistica è che qui non avremmo, tecnicamente, un'impossibilità della prestazione dell'impedito, cui tuttavia la legge conserva — almeno temporaneamente — il posto (il militare, il malato)! (33).

Secondo tale giurisprudenza, l'impresa dovrebbe tenersi un dipendente per tutto l'anno e per sempre, solo per averlo disponibile in quel mese in cui un altro sarà assente dal servizio.

Qualche volta si disattendono anche precise e ragionevoli previsioni del contratto collettivo. Ad es., il contratto per le Casse di risparmio consente l'assunzione a termine, nelle more del pubblico concorso per le assunzioni definitive; e un giudice (34), in termini formalmente ineccepibili, è pervenuto alla conclusione che la banca deve tenersi sempre gli uni e gli altri; e cioè sia i vincitori del concorso che quelli assunti in precedenza con contratto a termine.

Nella seconda metà degli anni '70, il legislatore ha cominciato a rendersi conto dell'angustia di questa disciplina. Con legge 23 maggio 1977 n. 266, la formula antica, relativa alla scrittura artistica, venne allargata. Si previde la possibilità di uno specifico contratto per *tutto* il personale da destinare « a specifici spettacoli ovvero a specifici pro-

(33) V. Cass. 24 ottobre 1980, n. 5733, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 747.
(34) V. Pret. Pisa 3 giugno 1980, in *Riv. giur. lav.*, 1980, 2, 1055.

grammi radiofonici o televisivi ». Ma il notevole contenzioso della Rai TV non accenna a scemare.

Solo con estrema fatica — motivata, in diversi ambienti, dalla strenua difesa del « garantismo » *perinde ac cadaver* (35) — si è giunti a prendere in considerazione le c.d. « punte stagionali » nel settore del commercio e del turismo. Oltre le attività propriamente stagionali (tipiche, soprattutto, dell'agricoltura) è ben noto come svariate attività subiscano un incremento in determinati periodi dell'anno o per l'afflusso turistico o perché, sotto Natale, la gente dispone di più denaro ed è portata, per tradizione, a spenderlo. È normale che si provveda a questi incrementi temporanei con assunzioni di personale occasionale. Sarebbe antieconomico gonfiare l'organico in misura permanente solo perché, in certi mesi, c'è più lavoro.

Tutto questo non sarebbe stato possibile nel vigore della legge n. 230 del 1962, proprio perché qui non si tratta di attività propriamente stagionali. Le imprese, di fatto, si abbandonavano a tale pratica contando sulle direttive liberalizzanti contenute in circolari ministeriali (i burocrati sono spesso più proclivi al buon senso). Ma negli anni caldi, incorsero nei fulmini della magistratura, specie di quella « milanese », i cui costanti indirizzi (come ebbe a dire una volta l'on. Andreotti) furono, insieme ad altri, all'origine di alcuni colossali disastri aziendali (Unidal ecc.).

Con un primo decreto legge (n. 876 del 3 dicembre 1977) in via temporanea, si ammise finalmente la possibilità del contratto a termine « quando si verifichi in determinati e limitati periodi dell'anno, una necessità di intensificazione dell'attività lavorativa cui non sia possibile sopperire con il normale organico », previa autorizzazione dell'ispettorato del lavoro e sentite le organizzazioni sindacali provinciali più rappresentative. La leggina venne prorogata diverse volte; e con la legge 26 novembre 1979, n. 598, la normativa è stata ulteriormente prorogata « fino all'entrata in vigore di una nuova disciplina legislativa in materia di collocamento » (cioè, come si è visto, alle calende greche).

L'intervento ha appagato elementari esigenze delle imprese, ma in modo condizionato e delimitato. È dubbio, ad es., che le banche possano provvedere con contratti a termine per l'incremento di lavoro, nei mesi estivi nelle località balneari o turistiche. Il giurista filisteo potrebbe sempre osservare che deve distinguersi tra le imprese propriamente turistiche e commerciali (le banche non lo sono) e l'incremento per ragioni turistiche dell'attività ordinaria.

Il contenzioso in materia permane vistoso, malgrado le recenti,

---

(35) V. Ass. it. dir. lav. sic. soc., *Il lavoro a termine*, atti del convegno di Sorrento, aprile 1978, su relazione di L. Montuschi, Milano, 1979.

piccole riforme. Ad es., si discute se, sotto la formula delle attività straordinarie o occasionali, possano rientrare gli incrementi temporanei dell'attività dovute a commesse del tutto eccezionali rispetto al normale livello produttivo. Recentemente la Cassazione (36) ha finalmente ammesso che un cantiere navale non può ragionevolmente essere costretto a tenere per sempre il personale occasionalmente assunto per una commessa straordinaria. E poiché all'esuberanza del personale si può, al limite, rispondere col licenziamento collettivo, non mi par giusto che, nella valutazione comparativa per la scelta degli operai da licenziare, vengano estromessi quelli provetti, da tempo in servizio, in luogo di quelli raccogliticci del momento.

C'è da chiedersi se non converrebbe mutare in radice la tecnica, abbandonando quella della previsione tassativa dei casi legittimanti per affermare, invece, il principio che l'assunzione a termine è possibile ogni volta che emerga una giustificazione obiettiva. Si demanderà, poi, la valutazione caso per caso alla sperabile prudenza dei magistrati.

Più in generale occorre dire (come ha sottolineato Giugni nella sua relazione barese) che finora il rapporto di lavoro è stato fondamentalmente pensato come rapporto esclusivo, a pieno tempo, a tempo indeterminato, con un orientamento restrittivo verso altre forme di utilizzazione della forza lavoro, a tempo o a tempo parziale. Anche qui emergono nuovi orientamenti. Si constata che c'è una larga fascia di persone (giovani, donne ecc.) largamente disponibili ad impegni di lavoro non pieni e non esclusivi. Il governo in carica ha formulato una proposta in tema di lavoro a tempo parziale, e la discussione sta fervendo su una possibilità che, a mio avviso, dovrebbe essere ovvia. Ognuno deve essere semplicemente libero di lavorare come e nella misura che preferisce. Nell'ordinamento c'è solo un problema di identificazione e specificazione dei trattamenti minimi inderogabili spettanti a chi lavora a tempo parziale, sia sul piano del rapporto (ad es., misura delle ferie) sia sul piano previdenziale. E non nego che qualche problemino da risolvere, con un poco di fantasia, ci sia: ma mai nella negoziazione della libera opzione di principio.

5. *Il divieto di licenziamento a causa di matrimonio*. — Un tempo era diffusa la pratica di licenziare le donne a seguito di matrimonio. Ad esso, infatti, normalmente consegue la gravidanza e la conseguente sospensione dell'attività lavorativa, per la protezione comprensibilmente accordata dalla legge. La pratica si accentuava nei confronti delle impie-

(36) V. Cass. 26 marzo 1980, n. 2022, in *Foro it.*, 1980, I, 1924.

gate perché per esse, all'epoca, non erano mutualizzati gli oneri economici per gravidanza e puerperio, a differenza di quanto si verificava per le operaie. Della correttezza giuridica di questo fenomeno si fece gran questione in dottrina, insistendosi in particolare sulla libertà elementare della persona, nonché sul favore costituzionalmente ravvisabile per la famiglia.

La legge 9 gennaio 1963, n. 7, ha inteso reagire, in primo luogo rimuovendo l'incentivo, e mutualizzando gli oneri economici di gravidanza e puerperio anche per le impiegate. E poiché vigeva ancora, prima della legge n. 604 del 1966, la piena libertà di licenziamento, si pose anche un drastico divieto al licenziamento per causa di matrimonio, presumendosi disposto per tale causale il recesso intimato nel periodo che va dalla richiesta di pubblicazioni ad un anno dopo la celebrazione del matrimonio. Il datore di lavoro può vincere la presunzione solo provando di aver disposto il licenziamento o per giusta causa o per cessazione dell'attività cui era addetta la lavoratrice. Le conseguenze della ritenuta violazione del divieto sono particolarmente pesanti: la lavoratrice ha diritto di essere reintegrata in servizio; pena, altrimenti, il diritto alla retribuzione e salva l'ipotesi di sue dimissioni qualificate, ai fini economici, come per giusta causa. Inoltre, per il periodo di illegittima estromissione, la donna ha diritto all'intero trattamento retributivo, anche se in ipotesi ha lavorato altrove, escludendosi così la soluzione meramente risarcitoria rispetto alla quale l'altra attività è ben rilevante.

Sopravvenuta la legislazione limitativa dei licenziamenti (v. *infra*), deve constatarsi che questo regime probabilmente pecca per eccesso di tutela rispetto a quello dei lavoratori « comuni », nell'ipotesi di licenziamento ingiustificato. In quest'ordine d'idee potrebbe esservi spazio per un intervento correttivo del legislatore, soprattutto perché non si vede perché mai debbano esservi oltre misura (v. ancora *infra*, n. 6) regimi differenziati del licenziamento non giustificato.

In primo luogo pare eccessivo che, come possibile ragione di licenziamento nel periodo di presunzione, sia prevista solo la giusta causa e non anche il giustificato motivo per quanto attiene alla valutazione del comportamento della lavoratrice: che è quanto si verifica per la generalità dei lavoratori. È altrettanto eccessivo — per sproporzionata tutela e improbabile violazione del principio d'eguaglianza (37) — che la lavoratrice in stato di gravidanza e puerperio possa essere licenziata (ai sensi

(37) Così la questione non venne esattamente vista da Corte cost. 5 marzo 1969, n. 27, in *Foro it.*, 1969, I, 545 e con mia nota in *Giur. cost.*, 1969, 374.

dell'art. 2 della legge 30 dicembre 1971, n. 1207) solo per colpa grave costituente giusta causa di risoluzione.

In secondo luogo la tutela è ancora una volta sproporzionata per eccesso, in ordine alle conseguenze del licenziamento illegittimo. Ai sensi dell'art. 18 statuto dei lavoratori (v. *infra*, n. 6) la declaratoria d'illegittimità del licenziamento comporta, per il periodo tra l'estromissione e la sentenza, solo il diritto al risarcimento del danno, con possibile deduzione dei guadagni altrove di fatto conseguiti. Qui, invece, e come si è visto, la lavoratrice ha diritto all'intera retribuzione, abbia o no lavorato altrove. È giustificabile questo diverso trattamento?

6. *La disciplina dei licenziamenti*. — Rispetto alla disciplina limitativa dei licenziamenti introdotta (fatta eccezione per le minuscole unità di lavoro) con la legge n. 604 del 15 luglio 1966 e perfezionata (almeno in un certo contesto quantitativo) con l'art. 18 statuto dei lavoratori, il giudizio complessivo rispetto alla finalità perseguita può essere largamente positivo, anche con convinta adesione dell'interprete. Lo scopo di bandire, per quanto possibile, il licenziamento arbitrario può dirsi, nel complesso, conseguito. Almeno nell'area regolata, la gente ormai sa (anche per le applicazioni che della legge ha fatto la giurisprudenza, talora con punte estremistiche da parte dei pretori « d'assalto ») che non si può licenziare *ad nutum*, come il codice del 1942 consentiva senza limitazioni, ma che si richiede la ricorrenza o di una giusta causa o di un giustificato motivo comprovabile al magistrato.

Il nostro regime in materia è, però, di accentuata complessità e non è facile aggirarsi in questo labirinto (38). Abbiamo, secondo quanto può riscontrarsi in giurisprudenza, ben tre regimi: 1) quello libero secondo il codice nelle più minuscole unità; 2) quello caratterizzato dall'applicabilità dell'art. 18 dello statuto, con stabilità reale e con ordine giudiziale di effettiva reintegra in servizio, altrimenti con pesanti conseguenze; 3) quello intermedio della c.d. « stabilità obbligatoria », di cui alla legge del 1966, applicabile nelle situazioni che possono dirsi quantitativamente intermedie, e comportante, in caso di accertata illegittimità del licenziamento, la comoda alternativa fra la riassunzione e il pagamento di una penale risarcitoria.

I concetti di giusta causa e di giustificato motivo sono controversi e controvertibili. La legge distingue tra diverse situazioni di licenziamento illegittimo (nullità per discriminazione ideologica, inefficacia per vizio di

(38) Rimando, per la completa esposizione e per i necessari riferimenti, al mio libro *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980.

forma, ingiustificatezza). Questo determina ulteriori problemi; e intanto si ignora quale sia il trattamento del licenziamento altrimenti illegittimo (ad es., per inosservanza del previo procedimento di irrogazione delle sanzioni disciplinari). Non è chiaro in quali termini debba essere risarcito il danno *ex* art. 18; si discute anche in ordine alla possibilità di esecuzione in via coattiva dell'ordine giudiziale di reintegra, ecc.

Sempre sulla premessa della relativa effettività della riforma, occorre saper distinguere tra i punti sui quali pare seriamente prospettabile un intervento chiarificatore della legge e tutto quanto, invece, è di necessità destinato a porsi nella problematica giurisprudenziale. L'ipotesi di una legislazione veramente esaustiva è per definizione improponibile e la vita del diritto si alimenta in gran parte, fecondamente, del continuo travaglio giurisprudenziale di adattare la norma astratta ai casi infiniti della vita. La questione pregiudiziale se ed in quale misura vi sia spazio per l'intervento della legge è sempre delicatissima e non è detto che vi si azzecchi.

Ad es., mi parrebbe incongruo invocare un intervento di legge per precisare le situazioni legittimanti il licenziamento. Il legislatore ha già fatto quanto possibile con le due definizioni e dell'art. 2119 c.c. e dell'art. 3 della legge n. 604. Se valga, poi, la nozione oggettiva o quella esclusivamente contrattuale della giusta causa, è questione di interpretazione commessa alla prudenza del giudice. Il legislatore, inoltre, si è di recente espresso allorquando (con la recente legge n. 17 del 25 gennaio 1982) ha attribuito rilevanza al fatto dell'appartenenza ad associazioni segrete, intendendo eloquentemente che non conta solo quanto attiene al regolare svolgimento del rapporto, in senso stretto (39).

I punti bisognosi di chiarimento legislativo mi paiono assai pochi. Indubbiamente è deplorevole che non si sappia bene se un determinato rapporto è soggetto o no alla disciplina limitativa e, in ipotesi, con quale regime sanzionatorio. Le parti debbono poter sapere con chiarezza quale sia la regola su questa essenziale vicenda del rapporto. La legge dovrebbe dire se i datori di lavoro non imprenditori siano soggetti o no al regime limitativo; e, soprattutto, dovrebbe fornire un criterio esauriente di identificazione di queste situazioni. Si dovrebbe poi chiarire quale sia il giuoco dei numeri in materia, ai fini dell'identificazione delle unità soggette: in quali termini stiano, in ipotesi, i 35 dell'art. 11 della legge n. 604 e i 15, viceversa, o i 5 dell'art. 35 dello statuto e se il limite discriminante ai fini dell'applicabilità del regime più ferreo, di cui all'art.

---

(39) V. la mia osservazione in *Noterelle di diritto del lavoro*, *II*, in *Giust. civ.*, 1982, I, n. 5.

18 dello statuto, debba essere veramente rapportato all'unità produttiva o, viceversa, alla consistenza dell'impresa nel suo complesso. Tutta materia di libere scelte politiche di opportunità.

Per altro verso, escluso sempre il limite « naturale » delle minuscole entità (solo dei visionari possono pensare all'applicabilità del regime limitativo nella cerchia domestica o nella piccola bottega, in lesione della libertà elementare della persona), non è pensabile che alla lunga diversi milioni di lavoratori italiani restino del tutto fuori del regime limitativo solo perché operano alle dipendenze delle piccole imprese, che sono così gran parte dell'economia nazionale. La situazione è certo censurabile in riferimento al principio costituzionale di eguaglianza.

Una situazione equilibrata potrebbe essere quella di dar corso, fuori dell'area delle imprese medio-grandi, al regime di « stabilità obbligatoria » tipo quello di cui all'art. 8 della legge n. 604, ponendo, a chi ha illegittimamente licenziato, l'alternativa tra la riassunzione e la penale risarcitoria.

È niente si oppone a che la penale sia rapportata ad un notevole numero di mensilità di retribuzione, elevando le misure contemplate nella legge del 1966 (da cinque a dodici) e senza gli abbuoni ivi previsti.

Esclusa la soluzione estrema della reintegra in servizio (qui scartabile per il carattere accentuatamente personale della relazione intersoggettiva) non v'è ostacolo alla sanzione economica, che può agire come efficace fattore dissuasivo. In questa linea è, del resto, la proposta della Federazione Sindacale Unitaria.

La legge potrebbe poi razionalizzare, unificando nel trattamento, tutte le situazioni di licenziamento illegittimo, come ho già detto nel precedente paragrafo a proposito del licenziamento delle donne per matrimonio e della lavoratrice madre. Potrebbe unificare anche al di là della tripartizione del vizio determinante *ex* art. 18 dello statuto, accorpando nel medesimo trattamento queste tre situazioni e tutte quelle comunque censurabili.

Forse v'è spazio per un intervento in tema di licenziamenti collettivi per riduzione di personale, ammesso che non si ritenga appagante la conclusione cui pare già giunta la prevalente giurisprudenza moderata, mettendo ovviamente da parte le consuete trovate degli estremisti in toga.

La linea prevalente pare assestata nel senso della insindacabilità delle scelte economiche determinanti e nel rigore per quanto attiene sia all'identificazione in concreto della fattispecie, sia alla sussistenza del nesso causale tra la decisione imprenditoriale di massima e conseguenti licenziamenti, sia alla scelta dei licenziandi. Se non erro, è il massimo cui

può giungersi nell'ordinamento. La legge potrebbe anche formalizzare, raccogliendo l'invito della Comunità Europea (40), le previe procedure di consultazione sindacale, con l'eventuale intervento di mediazione dei pubblici uffici: integrando, così, quanto è stato ormai acquisito in via giurisprudenziale.

Al limite, secondo quanto ho già scritto in riferimento alla proposta di un magistrato (41), niente s'oppone a che il potere vero e proprio di licenziamento, come potere unilaterale soggetto al successivo controllo del magistrato, sia espunto dall'ordinamento, commettendosi la decisione risolutoria alla previa autorizzazione di un organo imparziale. Il punto essenziale non sta qui, ma nella funzionalità del sistema. E di essa è lecito dubitare, almeno nella nostra esperienza: basta ficcare il pubblico da qualche parte perché le cose non funzionino più. Ma se fosse possibile ottenere in pochi giorni la previa autorizzazione, non vi sarebbero, almeno da parte mia, preoccupazioni di sorta.

Si è detto, di questa mia opinione, che il mio « serenamente » sta per « rassegnatamente » (42). Mi permetto di considerare la battuta come semplice espressione di quel livore ideologico che alquanto disturba l'intelligenza del collega. Certo i miei convincimenti sono ben diversi; ma non sono aduso a giocare con le parole e con le valutazioni. Ribadisco che, nella imprescindibile condizione della funzionalità *in concreto* della soluzione (e quindi, allo stato, decisamente osteggiandola), niente si oppone all'espropriazione di quel potere. Così come niente si oppone a che, superando gli angusti limiti di cui all'art. 7 dello statuto, si abbia tutta una gamma ben articolata di sanzioni per il lavoratore che venga meno ai suoi doveri (sia sul piano stretto del rapporto sia su quello previdenziale) fino a quella estrema del licenziamento per i soggetti irrecuperabili. Tanto è nella logica della situazione, quale sta progredendo, piaccia o no il punto di partenza. A me liberale (43) non piace, in linea di principio, né quello di partenza né quello d'arrivo. Ma, sul terreno della verità storica, non arretro innanzi alle implicazioni delle situazioni esistenziali.

7. *Lo statuto dei lavoratori.* — Il primo a parlare di uno « statuto »

---

(40) V. il mio articolo in *L'Italia e l'Europa*, 1975, n. 9, 84.

(41) V. Converso, *Lo statuto dei lavoratori*, in *Quale giustizia*, 1970, n. 2, 102.

(42) Così Romagnoli, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, 2ª ed., Roma-Bologna, 1981, *sub* art. 18, 82, nota 4.

(43) V. la premessa « ideologica » al libro su *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit.

dei lavoratori nei luoghi di lavoro fu, al congresso della CGIL del 1952, l'on. Di Vittorio. Eravamo nel momento più duro della reazione antioperaia e antisindacale dei padroni, ammantata da un anticomunismo viscerale, dopo la vittoria moderata del 1948. Nelle fabbriche i sindacalisti erano fortemente osteggiati, talora confinati in speciali reparti di isolamento (44); per i lavoratori v'era un clima generale di soggezione e sottomissione. Di Vittorio, che da buon sindacalista sapeva il fatto suo, fece riferimento ai principi e ai valori della Carta costituzionale per invocarne l'applicazione anche nello svolgimento dei rapporti di lavoro. Nel contempo, da altre parti si metteva l'accento sulla necessità di far entrare il sindacalismo nei luoghi di lavoro, quale contropotere al padronato, per rendere *effettivo* il diritto del lavoro. Si contrapposero, così, nel tempo (invero con una certa enfasi malposta) due linee: quella c.d. « costituzionalistica» e quella c.d. « sindacale » (45). Alcuni facevano leva appunto, sui diritti costituzionali immediatamente invocabili dalla persona; altri, invece, ravvisavano la garanzia della causa del lavoro soprattutto nella sovrapposizione, in parte espropriatrice, del potere collettivo sindacale.

Il progetto innovativo sull'assetto nei luoghi di lavoro venne ufficialmente ripreso dai governi del centro-sinistra (1964), auspice in particolare il vice-presidente del consiglio, on. Nenni. Erano anni tranquilli, sotto la saporosa presidenza dell'on. Moro. Una classe di governo lungimirante non avrebbe perso l'occasione di far giungere in porto, con equilibrio e buon senso, la grande operazione riformistica (46). Invece la montagna partorì solo il topolino della modesta legge sui licenziamenti del 1966.

Venne poi l'immensa ondata contestataria del 1968-69, con l'offensiva di massa dal basso nei luoghi di lavoro e anche ad opera dei ceti impiegatizi. Si pose, così, frettolosamente mano alla riforma, a caldo, nel tempo peggiore e, quindi, nel modo peggiore. Una commissione, costituita dal ministro on. Brodolini, formulò un progetto relativamente delimitato e calibrato (47). Ma esso venne di gran lunga sopravanzato, proprio nell'aula del Senato (cioè della Camera che dovrebbe essere

---

(44) La pubblicistica del tempo e successiva è strabocchevole: v., ad es., Soc. Umanitaria, *Convegno nazionale di studio sulle condizioni del lavoratore nell'impresa industriale*, Milano, 1954.

(45) Per le contrapposizioni di principio generale v. già G. Giugni, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 369.

(46) V. Pera, *Lo statuto dei lavoratori nelle imprese*, in *Dir. lav.*, 1965, I, 143.

(47) V. *Storia interna dello statuto dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1970, 322.

della maggiore saggezza) dal coacervo informe e tumultuoso delle varie proposte. La legge andò gonfiandosi per strada, affrontando a spezzoni i temi più disparati: perfino una riforma parziale del collocamento (v. *supra*, n. 1), alla quale nessuno aveva inizialmente pensato.

Per rendersi conto, a dodici anni di distanza, del clima dell'epoca, basti dire che (innanzi a tanta imponenza di previsioni destinate a toccare, disorganicamente, gran parte di tutto il diritto del lavoro) la discussione senatoriale si concentrò sull'art. 1 del progetto, relativo al solenne riconoscimento della libertà d'opinione del lavoratore. Tutto questo, perché il progetto enunciava, come limite naturale all'esercizio dei diritti del lavoratore, che non si arrecasse pregiudizio al normale andamento dell'attività aziendale.

Del resto, come ebbi a dire in un infuocato dibattito all'associazione giuslavoristica a Perugia, nella primavera del 1970, in fabbrica si va « anche » per lavorare; e venni severamente redarguito dal relatore Mancini, che volle ricordarmi come questo fosse stato il tenore del manifesto affisso dagli industriali per le vie di Torino nel 1920 (48).

La formula limitativa non piaceva, perché in ragione di essa i padroni avrebbero potuto riprendersi con una mano quanto apparentemente si dava con l'altra: senza rendersi conto che la formula adoperata è rimasta pari pari, nell'art. 26 della legge, in relazione alla libertà di proselitismo e di collettaggio in fabbrica. Per uscire dall'*impasse*, il ministro dovette inventare la stramba formula del limite di rispetto della legge statutaria e della Costituzione: come se, di questa seconda enunciazione, vi fosse bisogno in una legge ordinaria. Ma era un modo indiretto, si disse, per ricordare che nella Costituzione c'è anche l'art. 41, cioè l'iniziativa economica garantita.

La legge andò alla Camera; ma qui passò senza variazioni di sorta, senza alcuna di quelle modifiche la cui necessità era stata ravvisata nella discussione. Bisognava fare subito e presto, senza tornare al Senato. Erano prossime le prime elezioni regionali e la classe di governo voleva presentarsi al popolo con questa grande realizzazione. Votarono quasi tutti i partiti, perfino i liberali. Si astennero comunisti e socialproletari, protestando che avrebbero voluto assai di più.

Oggi che i furori collettivistici del decennio postcontestazione paiono finalmente placati, e che propositi riformistici di vario tipo sono in circolazione, non è il caso d'insistere su questa brutta pagina della storia della Repubblica. Ma è bene ricordare, anche solo per riaffermare, da

---

(48) V. Ass. it. dir. lav. sic. soc., *La rappresentanza professionale e lo statuto dei lavoratori*, convegno di Perugia, maggio 1970, Milano, 1971.

parte di chi modestamente « non mutò con la stagione principi » che, oggi come allora, non si mettono affatto in discussione principi e valori formalmente affermati. Si discute solo degli svolgimenti e della calibratura dei diritti sul piano della legge, con l'occhio sempre vigile sulla realtà effettuale.

Giova ricapitolare a questo punto, in rapida sintesi, i contenuti di una legge tanto importante, e che certo è stata la (pessima) traduzione formale dei profondi mutamenti intervenuti, a cavallo del 1970, nei rapporti di lavoro e, più in generale, nella società italiana, specialmente nello spaccato sociologico tra vecchie e nuove generazioni. Lo statuto (49), partendo dalla premessa della piena affermazione della personalità morale del lavoratore nello svolgimento del rapporto, proscrive in primo luogo ogni forma di odioso controllo sull'attività lavorativa. Sottrae all'impresa la possibilità di controlli sanitari diretti sul lavoratore malato (art. 5).

Garantisce il lavoratore contro l'eventualità di arretramenti nella posizione di lavoro commessa; e garantisce anche per quanto possibile, la progressione verso l'alto, con la nullità d'ogni patto in contrario (art. 13).

Riconosce al singolo la più ampia libertà di attivarsi sindacalmente nei luoghi di lavoro (artt. 14, 26); e riconosce, in particolare, le entità costituite nell'ambito delle organizzazioni sindacali ritenute più rappresentative (rappresentanze sindacali aziendali) (art. 19). Conferisce a queste rappresentanze il potere di convocare le assemblee del personale, nella misura di dieci ore annue retribuite nell'orario di lavoro e *ad libitum* fuori orario (art. 20). I dirigenti delle r.s.a. sono particolarmente tutelati (art. 22) contro la possibilità di trasferimento. I medesimi (al pari dei lavoratori sindacalmente impegnati all'esterno o investiti di mandato pubblico) possono fruire di permessi, retribuiti o no, per lo svolgimento del loro mandato. L'art. 9 riconosce ai lavoratori il diritto di attivarsi, mediante loro non precisate rappresentanze, per la tutela della salute. Infine, ove il datore di lavoro tenga un comportamento antisindacale, lesivo dell'attività sindacale e del diritto di sciopero, è possibile dar corso ad uno speciale procedimento « sommario » innanzi al pretore, il quale deve, in ipotesi, ordinare la cessazione della condotta illegittima e rimuovere gli effetti.

Considerando l'impatto della legge in tutto il decennio che ci sta alle

---

(49) Rimando per le diverse questioni ai vari commenti alla legge. Oltre quelli già citati di Assanti e Pera e di Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, v. *Commentario dello statuto dei lavoratori*, diretto da Prosperetti, Milano, 1975; *Lo statuto dei lavoratori. Commentario* diretto da Giugni, Milano, 1979.

spalle, non v'è dubbio che, di massima, lo statuto è stato veramente la « magna charta » dei diritti dei lavoratori, nel senso della loro emancipazione dalle forme più vessatorie del dominio imprenditoriale. Ma nel contempo, per le malformazioni e le lacune di partenza (specie per la mancata, contestuale regolamentazione dell'esercizio del diritto di sciopero, protetto anche se non regolato come Costituzione impone); per il costume di massa, nel frattempo gravemente deterioratosi; per l'inadeguatezza atavica delle strutture, che avrebbe dovuto provvedere ai controlli sulle assenze per malattia; per l'orientamento deliberatamente sovversivo di una parte della magistratura, animata dall'ideologia dell'uso alternativo del diritto; per tutto questo, lo statuto è stato anche il facile salvacondotto dell'abusivismo generale. Le pretese più esose ed inique hanno potuto trovare, con l'aiuto di disinvolti interpreti, in questo e in quel frammento di legge la loro pezza d'appoggio.

Poi, come ho detto, i furori si sono, per varie incidenze, placati. Ad es., ci si è resi conto che l'assenteismo (già salutato, da parte dell'opinione, come una comprensibile forma di lotta anticapitalistica) è un male sociale, ed è educativo reagirvi. Ci si è resi conto che è impossibile far funzionare l'apparato produttivo con un'eccessiva rigidità nell'uso della forza lavoro. Si è dato atto che della pratica dei permessi spesso si abusa. La democrazia assembleare, promossa dai consigli di fabbrica nella calda stagione dello spontaneismo, ha fatto bancarotta quando si è constatata la crisi di rappresentatività reale di questi sindacati; e quando, in drammatiche vicende, taluni grossi boss — venerati per anni come portatori della verità ufficiale — sono stati violentemente contestati anche personalmente.

Oggi lo statuto non è più un tabù. Dalle più varie parti si ammette che le cose non vanno e che probabilmente qualcosa di quel testo può essere rivisto, aggiornato, corretto. In particolare, anche il giurista che ebbe gran parte nell'elaborazione della legge ha prospettato la possibilità di alcune modifiche (50): forme alternative di controllo, sindacalmente concordate, sui malati; estensione della procedura d'irrogazione delle sanzioni al licenziamento, con possibile sospensione cautelare; coordinamento delle rappresentanze costituite per la tutela della salute con quelle sindacali e con il servizio sanitario nazionale; accordi sindacali per la valutazione di equivalenza delle mansioni e modificabilità della posizione lavorativa, se all'atto partecipa il sindacato; chiarificazione sulla possibilità di esecuzione coattiva della pronuncia di reintegra

---

(50) V. G. Giugni, *Una proposta di revisione dello statuto dei lavoratori*, in *Lav. inf.*, 1982, n. 1, 3.

in servizio del licenziato; regolamentazione democratica delle assemblee; incentivazione del referendum; preventiva comunicazione dei dirigenti delle r.s.a., il cui trasferimento sia condizionato al nulla-osta sindacale; limitazione dei permessi almeno nell'area pubblica; trattenuta dei contributi associativi solo a favore dei sindacati che abbiano promosso regolamentazioni d'ordine democratico delle assemblee; accesso ai locali a disposizione delle r.s.a. dei sindacalisti esterni; estensione della regolamentazione dei licenziamenti alle minori unità in termini di tutela « obbligatoria ». Si tratta, come agevolmente consta dall'elencazione, di parziali modifiche « interne » nell'impianto generale della legge così come è.

Ancora una volta, nel tentativo di delimitare lo spazio utile di eventuali riforme legislative, occorre distinguere tra il documento « in sé » e le applicazioni che se ne sono fatte; tra la zona della normazione in astratto e quella dell'interpretazione. Di massima deve dirsi che, ogni volta, rispetto ad ogni disposto c'è sempre stata la possibilità di almeno due interpretazioni: una di ragione e una di follia. Finora, spesso, è prevalsa l'interpretazione folle. Proprio in ragione del generale ripensamento in corso, è possibile prevedere che d'ora innanzi si vada verso il giusto mezzo.

Non è poi pensabile che sia rimosso quanto ormai è irrevocabilmente acquisito, direi per il bene, nella società italiana e nella realtà delle relazioni industriali. Non è ipotizzabile la rimozione della normativa che inibisce controlli particolarmente odiosi sull'attività lavorativa; già oggi, del resto, le norme consentono questi controlli se ed in quanto risultino indispensabili.

C'è, invece, il problema veramente grosso dell'assenteismo e del suo contenimento. Ripeto ancora una tesi che ho più volte enunciato. Non credo alla soluzione dei controlli episodicamente provocati, comunque congegnati sul piano pubblico o per convenzione sindacale. Ad un fenomeno di massa, e perciò difficilmente controllabile, si può rispondere solo con misure di contenimento facilmente agibili. Il rimedio è quello della carenza di protezione economica per le malattie di breve durata.

La legge deve semplicemente stabilire che per esse, o meglio per il periodo iniziale (poniamo dieci giorni), ferma la conservazione del posto, non vi sono erogazioni economiche. La norma di ordine pubblico non deve essere rimuovibile con pattuizioni migliorative. Resta inteso che l'eventuale constatazione della non veridicità del preteso stato impeditivo può essere sanzionata, se del caso, anche col licenziamento, ove

sussistano gli estremi del notevole inadempimento agli obblighi contrattuali.

Non è pensabile la rimozione del contropotere sindacale nei luoghi di lavoro, proprio perché il medesimo assolve una decisiva ed ineliminabile funzione. Ma questo potere va istituzionalizzato in forme democratiche garantite, nel rispetto della libertà di tutti: dei singoli, dei gruppi e delle diverse centrali concorrenti. Occorre tornare al modello delle vecchie e gloriose commissioni interne; e a queste medesime commissioni, espressione ordinata del personale, vanno commessi i compiti relativi alla tutela della salute.

Non può eliminarsi, anzi va favorito, il raccordo pieno e sistematico delle organizzazioni sindacali esterne e delle commissioni interne con le basi rappresentate, soprattutto al fine di garantire una rappresentanza reale. Le assemblee nei luoghi di lavoro debbono aver corso, su convocazione dei sindacati e delle commissioni d'impresa: ma fuori dell'orario di lavoro. Nell'epoca degli orari di lavoro sempre più ridotti non ha alcun senso la previsione delle assemblee entro l'orario, né ha giustificazione l'aiuto artificialmente dato agli apparati con la garanzia retributiva.

La partecipazione deve essere spontanea e pagata in proprio. Sono einaudianamente veri e vitali solo i fenomeni collettivi che si alimentano dell'apporto libero e spontaneo della gente.

È giusto che i lavoratori sindacalmente impegnati e investiti di mandato pubblico, dispongano del tempo libero necessario per dar corso al loro mandato. Ma è inammissibile — ed è a mio avviso costituzionalmente scorretto — che questi permessi siano retribuiti a carico dell'impresa.

Paghi, se del caso, il sindacato attingendo alla massa della contribuzione trattenuta sulle retribuzioni.

È comprensibile che vi sia un procedimento giurisdizionale particolarmente rapido ed incisivo a tutela dell'effettività sindacale e dell'esercizio del diritto di sciopero; ma a tutela e a sanzione dell'attività sindacale ordinata e dell'esercizio legittimo del diritto di sciopero. In una visione equilibrata che eviti ogni deteriore demagogismo, è pregiudiziale la regolamentazione contestuale dei modi dell'azione di autotutela. Il problema, accantonato per decenni come una fissazione conservatrice, pare in via di revisione anche all'interno del mondo del lavoro; ci si va rendendo conto della necessità di una qualche limitazione, tanto che si registrano, nel recente periodo, interessanti tentativi di autoregolamentazione.

8. *Il lavoro a domicilio*. — Per completezza di trattazione, nell'or-

dine d'idee che muove il contributo, dedico qualche cenno alla disciplina del lavoro a domicilio, quale risulta dalla legge 18 dicembre 1973, n. 877 (51), modificata, per quanto alla nozione del fatto regolato, dalla legge 16 dicembre 1980, n. 858, a conclusione di una curiosa storia che ha portato a questo intervento d'interpretazione autentica (52). È ricorrente, infatti, l'affermazione che anche questa riforma, a suo tempo considerata essenziale, sarebbe fallita nella realtà della situazione.

La legge del 1973, nonostante le involuzioni espressive e la scarsa linearità del dettato, è una buona legge e non si vede che cosa potrebbe farsi di più sul *piano normativo*. Si tratta, essenzialmente, di un intervento volto ad impedire lo sfruttamento della forza lavoro, ancor quando sia utilizzata fuori azienda, nei locali di pertinenza del lavorante. All'uopo consta solo la *subordinazione tecnica*, cioè il lavorare, in forme rigidamente predeterminate, alla confezione del prodotto commesso secondo le caratteristiche richieste.

La legge si premura, anzitutto, che tutto abbia corso nel pieno rispetto delle esigenze di sicurezza, affinché la pericolosità della lavorazione non sia portata nelle case altrui. Il principio è quello del giusto salario: questo lavorante non deve costare meno del lavoratore interno, con conseguente e pressoché totale tutela previdenziale. Tutto qui. Certo le cose si complicano se, come si è fatto (53), si tenta di pervenire, in maniera ultronea, all'applicazione della legislazione limitativa dei licenziamenti, che qui non ha spazio; con una prospettazione, poi, profondamente contraddittoria rispetto alla conclamata tendenza verso la proscrizione di questo lavoro.

Il problema non è, quindi, di legge, ma soprattutto di coinvolgimento degli interessati ed anche di *polizia del lavoro*. Non ci sono riforme da fare, ma da attuare, passando dalle enunciazioni di principio alla faticosa prosa del quotidiano. Va garantita la libertà della gente di attivarsi, se vuole, in questo senso, specie per le donne che debbono conciliare lavoro ed impegni domestici. Ma l'ordinamento deve responsabilmente garantire la protezione sociale.

9. *Il processo del lavoro*. — Un cenno anche al processo del lavoro,

---

(51) V. G.G. Balandi, *La vecchia e la nuova legge sul lavoro a domicilio*, in *Riv. giur. lav.*, 1975, I, 581 e 1976, I, 17.

(52) V. O. Mazzotta, *Lavoro a domicilio: storia di una legge nata male e rappezzata peggio*, in *Foro it.*, 1981, 5, 41.

(53) V. M.V. Ballestrero, *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori al lavoro a domicilio*, in *Riv. giur. lav*., 1979, I, 317.

in termini di bilancio dopo quasi dieci anni, per farne ancora una volta salutare ammonimento a quanti sognano spesso di poter riformare il mondo a suon di leggi scritte sulle carte. Anche qui si ebbe nel 1973, intorno alla legge 11 agosto n. 533, grande enfasi e incredibile, o meglio inspiegabile entusiasmo. Si credette d'aver trovato l'uovo di Colombo, riscoprendo la parola d'ordine della scuola processualistica chiovendiana (« oralità, immediatezza, concentrazione »). Un processo rapido e concentrato demandato al pretore, su rigide prescrizioni formali nella fase introduttiva e da celebrarsi tutto in una sola udienza, consentendosi solo eccezionalmente il rinvio. Le parti contrapposte debbono subito completamente cantare dalle prime battute, dicendo di tutte le loro ragioni in fatto e in diritto. Si va all'udienza, si sentono le parti, si escutono i testi, gli avvocati trattano la causa: e poco dopo ecco la sentenza, pronunciata immediatamente nel dispositivo come nel processo penale. Che ne è di tutto questo, oggi?

Il bilancio è notoriamente assai magro. Indubbiamente i benefici d'ordine sostanziale, come la rivalutazione automatica dei crediti di lavoro, l'immediata esecutività della sentenza, sono di tal natura da non incontrare ostacoli di sorta. Ma per quanto riguarda il meccanismo processuale vero e proprio, è ben diverso. Resta il rigido regime preclusivo iniziale, perché il precetto di legge è tale da colpire direttamente gli interessati e da indurli all'osservanza per non incorrere nell'eccezione di controparte e nel rilievo del giudice; tanto specialmente prospettandosi per la parte convenuta. Ma per l'attività d'ufficio, è ben diverso.

Intanto, almeno secondo quanto si verifica in alcune grosse sedi, l'udienza viene fissata in partenza a molta distanza di tempo; magari un anno dopo o più rispetto al deposito del ricorso. Poi, all'udienza, le cose non sono così semplici come il fantasioso legislatore immaginava. È raro che il giudice possa riservare un'udienza ad una sola causa. Se lo fa, non è detto che finisca tutti gli incombenti necessari (qualche teste può mancare); oppure la mattinata od anche la giornata si rivelano, nel complesso, insufficienti. Finita l'istruttoria, è spesso naturale che patroni e giudice avvertano il bisogno di un attimo di riflessione, per riordinare i dati emersi e dare un filo logico alla discussione e alla possibile decisione. Menziono solo le cause più consuete dell'immancabile protrazione della procedura.

Con tutto ciò, resto dell'opinione che, per qualche non trascurabile verso, la situazione è migliorata. Nelle sedi più tranquille, dove operano magistrati di media laboriosità, la sentenza di primo grado si ottiene nel giro di pochi mesi: è un grandissimo successo operativo.

Ma se i tempi sono mediamente accettabili nelle fasi di merito, ben

diversa è la situazione per il giudizio di cassazione. Qui l'arretrato paurosamente si accumula e i ricorsi vengono discussi quattro-cinque anni dopo la radicazione del processo. È una situazione preoccupante che ha sollecitato nel marzo scorso, ad Ostia, un convegno promosso dal centro studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano (54). Vi influisce notevolmente il contenzioso previdenziale, specie per le pensioni di invalidità, e per le tante cause allegramente e sollecitamente promosse dai patronati.

Queste entità sono costituite per assistere gli assicurati nella definizione delle pratiche relative ai loro pretesi diritti. Ma sono finanziati con somme provenienti dalla contribuzione previdenziale, in proporzione alle pratiche trattate. Donde la corsa alla pratica, fatta talora — si dice — col trombone per le strade dell'immenso e derelitto Sud (55). Per rimediare a questa situazione da qualche parte si accarezza l'idea di alleviare la macchina giudiziaria, imponendo per queste liti (prevalentemente a contenuto medico-legale) la risoluzione in via arbitrale. Prospettazione singolare posto che, prima della riforma del 1973, vi fu un gran dibattito sull'alternativa « arbitrato o no »; e la parte « più progressiva » si batté in senso contrario, riuscendo vittoriosa in sede di riforma (56).

Questa esperienza dimostra che c'è un limite all'onnipotenza del legislatore, che possono esservi riforme del tutto vane. O meglio che le riforme sono possibili se alle previsioni astratte di legge seguono adeguate strutturazioni dei servizi. Non è pensabile che la massa del contenzioso del lavoro possa sbrigarsi in pochissime, concentrate udienze, se non vi sono uomini e mezzi anche materiali, se non vi sono giudici a sufficienza e ben distribuiti territorialmente; se mancano sale di udienza, se non vi sono dattilografi ecc. Il legislatore del 1973 ha anche previsto, ad es., la possibile registrazione su nastro del dibattimento. Nelle sedi in cui mi è capitato di andare in questi dieci anni, una sola volta ho visto adoperare lo strumento; ma solo per la buona volontà degli avvocati che lo fornirono.

10. *Il trattamento di fine rapporto*. — Il momento in cui scrivo (22

---

(54) Le relazioni di Montesano e di Pera sono in corso di pubblicazione rispettivamente in *Riv. trim. dir. proc. civ.* e in *Riv. dir. proc.*

(55) Ma talora i magistrati reagiscono coraggiosamente; v. la relazione di quelli napoletani in *Invalidità e assistenzialismo*, in *Foro it.*, 1982, 5, 28.

(56) V. Ass. it. dir. lav. sic. soc., in *Il nuovo processo del lavoro*, atti convegno Firenze, febbraio 1974, Milano, 1977, la relazione di M. Grandi, *La conciliazione e l'arbitrato*, 87.

maggio) non è il più adatto per affrontare in una rassegna quest'ultima situazione. La Camera dei Deputati, in conseguenza dell'ostruzionismo radical-missino, è ancora impegnata nella seduta fiume per cercare di approvare la nuova legge sul trattamento di fine rapporto, in tempo utile per far saltare la consultazione referendaria del 13 giugno p.v. Posso tuttavia dirne in un certo ordine d'idee. Non si tratta, infatti, di prendere in puntuale considerazione, per i contenuti, o la normativa vecchia che in questi giorni pare in via di superamento o quella ora in cantiere (57).

Mi pare, invece, di un certo interesse cercare di dimostrare che qui abbiamo una situazione, per altro verso esemplare, riguardo al modo nel quale possono farsi le riforme. Spesso avviene che vi siano due modi di affrontare i problemi: un modo serio, ma elettoralmente non redditizio nell'immediatezza; e un modo facile, perché non elettoralmente pregiudizievole, ma alla lunga rovinoso. La vicenda dell'indennità di anzianità è stata esemplare.

In un buon ordinamento del lavoro, penso che sia importante garantire al lavoratore tre cose: retribuzione equa e sufficiente in costanza di lavoro, buona pensione per la vecchiaia, sostanziosi trattamenti in caso di disoccupazione. Un trattamento di fine rapporto non ha, in quanto tale, alcuna ragionevole giustificazione. Non si deve dimenticare, infatti, che esso viene oggi spesso erogato all'atto del collocamento a riposo, a cui segue l'immediato pensionamento. Cosicché, nelle situazioni privilegiate caratterizzate in particolare dalla stabilità, il lavoratore sessantenne assomma indennità di anzianità, pensione generale INPS e pensione integrativa aziendale (predisposta per garantirgli, con la somma di questa e di quella generale, ad es., l'ottanta per cento del trattamento previsto nel tempo per i pari grado in servizio).

Alle origini (art. 2120 c.c.) l'indennità di anzianità non conseguiva sempre e automaticamente alla cessazione del rapporto. Per il codice, siffatto trattamento non spettava in caso di licenziamento per colpa o dimissioni volontarie. L'indennità assolveva così ad una precisa funzione, in un determinato ordine d'idee. Essa operava come incentivo per la continuità del rapporto e per la fedeltà del lavoratore: se ti comporti bene fino all'ultimo minuto, in caso di licenziamento ordinario avrai questa somma.

Vi erano certamente buone ragioni per eliminare questo trattamento, per la sua obiettiva incidenza paternalistica e reazionaria. Non

---

(57) Sulla nuova legge in corso di approvazione v. l'ottima relazione di R. De Luca Tamajo, *L'indennità di anzianità tra riforma e* referendum, ad un convegno promosso in Amalfi, il 14 maggio 1982, dal Centro naz. studi dir. del lav. D. Napoletano.

era probabilmente giusto tenere il lavoratore, per tutta la sua dipendenza lavorativa, sotto la spada di Damocle; non era giusto che un lavoratore ineccepibile per decenni, perdesse il trattamento per un incidente finale, magari per una parola irriguardosa detta al titolare.

Ancora una volta, specie nei tempi tranquilli ante-contestazione, si sarebbe dovuto avere il coraggio di imboccare la via diritta della soppressione pura e semplice dell'istituto; di colpire — è bene dirlo con estrema chiarezza — non fantomatici diritti quesiti di cui interessatamente sempre si parla, ma mere aspettative di fatto. Compiuta questa scelta, — i sindacati avrebbero potuto cercare di recuperare, per quanto possibile, sul piano retributivo, operando nel complesso per quell'assetto razionale di cui ho detto.

Si preferì, invece, la via facile della « generalizzazione » del trattamento, della sua immancabilità in ogni ipotesi di cessazione del rapporto (art. 9 della legge 15 luglio 1966, n. 604, sui licenziamenti). Ed ecco il *monstrum* per cui il lavoratore italiano ha, non si sa bene perché, una doppia retribuzione: una in costanza di rapporto, una alla fine (teorica della retribuzione differita).

L'operazione compiuta nel 1977 (dapprima con l'accordo interconfederale e quindi con la legge 31 marzo n. 91) per attenuare nell'immediatezza il costo del lavoro, data la pesante situazione economica (escludendo dal computo dell'indennità la contingenza successiva al 31 gennaio 1977, e avviando nel contempo l'istituto sulla via dell'onorata sepoltura) non è riuscita. Era, nella drammatica contingenza, l'inizio di un possibile processo di superamento dell'istituto.

Tutti si sono dati da fare per affossare il tentativo occasionalmente e concordemente messo in atto. I fervidi giuristi teorizzanti la natura retributiva dell'indennità, sostenuta ancor prima che il materiale normativo del codice oggettivamente consentisse questa conclusione, con il giuoco tradizionale dei bussolotti dell'apriorismo dommatico (58). I giudici costituzionali che, investiti della questione, risolsero il loro travaglio pervenendo ad una non-sentenza in senso giuridico (la riforma del 1977 per il momento sta bene perché il processo inflazionistico non ha ancora eroso questo trattamento; domani si vedrà e sta ai reggitori della cosa pubblica provvedere!) (59). I gruppi estremistici che, naturalmente interessati alla destabilizzazione del sistema, hanno promosso un *referendum*

---

(58) V. in particolare U. Natoli, *Anzianità (indennità di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

(59) V. Pera, *L'indennità di anzianità dalla Consulta al* referendum, in *Giust. civ.*, 1981, 2, 171.

ad esito scontato. Ancora una volta i giudici costituzionali, che avrebbero potuto bloccare la consultazione (potendosi ricavare dalla norma costituzionale il principio che il popolo non può decidere quando è direttamente e pecuniariamente interessato), non lo hanno fatto (60). Ora siamo al disperato tentativo di bloccare il referendum con la nuova legge, di così travagliata stesura anche per ragioni di coincidenti opposizioni al sistema.

Della nuova legge in cantiere ho ben poco da dire. Essendo io massimalisticamente abolizionista, constato che, ancora una volta, pare impossibile imboccare la via diritta. Ma in via subordinata, quanto ora si progetta è apprezzabile. Nei tempi lunghi l'onere economico ne risulta attenuato sol perché l'indennità non sarà più liquidata in riferimento all'ultima retribuzione per l'intera durata del servizio, avendosi la somma finale di tante annualità di « risparmio forzatamente accantonato ». In particolare, non avrà più spazio la vecchia e dibattuta questione della incidenza, ai fini, dei mutamenti di categoria in corso di rapporto (l'operaio che diventa impiegato ecc.). Per più versi, poi, direttamente o indirettamente, la nuova legge apre la prospettiva della progressiva erosione nel tempo dell'istituto, specialmente con l'intervento ulteriore della contrattazione collettiva, potendosi operare il trasferimento in termini di trattamento in costanza di rapporto. Nel giro di qualche decennio, autonomia collettiva collaborando, questo strano istituto, la cui vicenda pare oggi mettere in pericolo i supremi equilibri politici, potrà andare in progressivo letargo.

(60) V. Corte cost. 10 febbraio 1982, n. 26, in *Foro it.*, 1982, I, 620.

## 48.

## ECCESSIVA MORBILITÀ ED ACCERTAMENTI SANITARI (*)

Debbo tralasciare, a ragione della mia incompetenza, gli aspetti penali dell'assenteismo di cui ci ha parlato, credo assai bene, il Dott. Ferro e sui quali poi ci ha intrattenuti, sulla base di concrete esperienze, il Dott. Di Nubila. Faccio solo una considerazione di contorno.

Le iniziative penali, specialmente nei confronti dei medici, sono utili, meritorie; specialmente nel settore del pubblico impiego dove il fenomeno deprecato mi pare assai più grave. Leggiamo spesso nei giornali di iniziative del tipo, su impulso di amministrazioni pubbliche di vario colore; il che poi dimostra che tutte le forze politiche, una volta che abbiano responsabilità di governo, avvertono questo grave problema.

Certamente l'orientamento della magistratura conta sempre molto. E Di Nubila ci ha spiegato quale sia, significatamente, il suo orientamento a seconda che avverta o no puzza d'imbroglio. E certamente, qui come altrove, sarebbe stato importante che la nostra magistratura avesse avuto nel tempo linearità di orientamenti, senza quelle oscillazioni, da un estremo all'altro, che abbiamo potuto constatare nell'arco di tutto il dopoguerra, con perniciosi sbandamenti. Fino al 1970 siamo stati eccessivamente sotto il tallone del capitale. Dopo si è spesso passati, senza alcuna ragionevolezza, all'estremo opposto.

La stessa cosa possiamo ripeterla, ad es., per quanto attiene alle pensioni d'invalidità. Se abbiamo milioni di invalidi, contro ogni ragionevole valutazione, lo dobbiamo, fondamentalmente, a pronunce di giudici. Invece da qualche anno prevale, almeno in alcuni distretti, l'orientamento opposto; e abbiamo avuto, perfino, la pubblicizzazione di piattaforme restrittive di un « collettivo giudiziario », quello della pretura di Napoli. Di guisa che può temersi che chi, ora, chiede la pensione sia considerato, fino a prova del contrario, un criminale. Occorrerebbe sempre una più equilibrata valutazione delle opposte esigenze e una

---

(*) Pubblico qui, con alcune note, la relazione di sintesi tenuta, il 5 dicembre 1982, al convegno ideato e promosso, sul tema, dalla pretura di Viareggio.

migliore consapevolezza delle situazioni che si possono determinare nell'ambiente sociale.

Il nostro presidente, prof. NATOLI, ha ricordato il caso della « calciatrice », della giovane operaia che, avendo subito, com'era vero, una frattura al piede, in due occasioni disputò il campionato femminile di calcio. Posso dirne, perché mi sono interessato al caso come avvocato nel giudizio di legittimità (1). I giudici di merito esclusero concordemente la giustificazione del licenziamento, in quanto il medico curante dichiarò che effettivamente aveva consigliato alla paziente un poco di moto; dopo di che si valutò che la donna aveva al massimo, ma in piena buona fede, esagerato. Dissi al cliente che, trovandosi innanzi ad un accertamento del giudice di merito, non c'era niente da fare in cassazione. Ci trovammo d'accordo nell'esigenza politica di tentare, comunque, il ricorso; se non altro per far vedere al palazzaccio i fasti e i nefasti della nostra giurisprudenza. E i giudici supremi debbono aver compreso, se hanno compensato le spese. Sul piano politico, della battaglia da condurre oltre la punta del naso, vi sono delle cause che conviene perdere; perché, nelle situazioni disperate (e noi siamo stati per anni in situazione disperata, nell'impossibilità pressoché assoluta di poter far sentire certe ragioni) anche la puntigliosa propaganda nel caso spicciolo è utile. Tanto che, non a caso, proprio qui il prof. NATOLI è stato spinto a dire di questa pagina non edificante.

Ma non credo molto ai rimedi « spiccioli » al livello di massa e per arginare un fenomeno di massa. Ripeto, anche le iniziative giudiziarie servono. Possono, ad es., ridurre il grado d'irresponsabilità dei medici. Chi ha esperienza diretta delle situazioni aziendali, sa benissimo che la curva dell'assenteismo medio crolla se quel certo caso si è concluso con la valutazione di giustificazione del licenziamento; e, viceversa, s'innalza, se la pronuncia è stata contraria all'impresa. Così come oggi si legge ripetutamente che, insorta la crisi, alla Fiat solo chi è veramente impedito non va a lavorare.

Come ho detto spesso, un fenomeno di massa è adeguatamente contenibile non con defatiganti controlli, possibili solo in certe situazioni limite, ma con espedienti automatici di contenimento. Per il fenomeno incontrollabile delle « piccole malattie », di norma inafferrabili, conterebbe molto poter tornare alla carenza di tutela per un certo numero di giorni. Oppure conterebbe selezionare l'intervento protettivo, limitarlo a certe gravi malattie « qualificate », che richiedono certi interventi e certe

(1) V. Cass. 16 marzo 1982, n. 1712, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1509.

terapie. Se la persona dovesse sopportare in proprio, anche in termini di perdita secca del trattamento economico, il danno, queste malattie in larga misura scomparirebbero. Anche i lavoratori subordinati sopporterebbero di buon grado, come i lavoratori autonomi, come gli avvocati, i piccoli acciacchi, le piccole infezioni caratteristiche spesso ad una certa età.

In quest'ordine d'idee può essere positivamente apprezzata la recente proposta, che figura nel programma del nuovo governo dell'on. Fanfani, di devolvere il trattamento del primo giorno di malattia ai fondi previdenziali. Petrocelli ha osservato, *prima facie* non avventatamente, che questa soluzione espropriativa in danno dei lavoratori solleva qualche interrogativo di legittimità costituzionale; e me ne chiedeva, appunto, alcuni giorni fa un ministro del governo ancora in carica per l'ordinaria amministrazione. Risposi, improvvisando e senza aver la pretesa di risolvere in due battute un delicato quesito, che, probabilmente non sarebbe corretto esaminare isolatamente questa particolare misura. La medesima dovrebbe, invece, considerarsi nel contesto globale di tutte quelle adottate, sacrificando la generalità dei cittadini, al fine di superare la crisi; mettendo, ad es., in conto anche la sovrimposta del 9% che dovrebbe gravare sulle imprese e sui lavoratori non subordinati. Ricordavo, poi, che il ceto medio produttivo e delle professioni è certo in larga misura ancora evasore, ma non è per definizione, per condizione obiettiva, assenteista.

Anche in medicina sono ancor più ignorante. E tuttavia, anche qui, faccio alcune considerazioni esterne o « di contorno » all'impegnata relazione dell'amico prof. Angeli, nella quale mi ha soprattutto colpito la forte ed inusitata tensione morale. Noi tutti sappiamo qual è, in genere, il tono delle prese di posizione dei medici e delle loro entità rappresentative su questi problemi; e, in particolare, sulla possibilità di autentici controlli. Di massima questa pubblicistica, sostanzialmente « sindacalizzata » in difesa dei comportamenti della categoria, avalla la prassi corrente del certificato facile. Si dice sempre che la valutazione è intrinsecamente difficile, soprattutto perché di massima il sanitario non può non credere a quanto lamenta il soggetto. Ed invece la relazione Angeli è su tutt'altro tono, almeno per me assolutamente nuovo. Sennonché in qualche passaggio m'è parso di riscontrare una contraddizione. Si afferma che certi malesseri sono inevitabilmente subiettivi; dopo di che si insiste, tuttavia, sulla possibilità di una valutazione obiettiva. Sono da sottolineare, poi, altre importanti affermazioni. Ad es., la netta differenza che deve farsi tra malattia e l'incapacità lavorativa vera e propria. È una constatazione elementare, che tuttavia generalmente si dimentica

in questa disputa. Ad es., anche il raffreddore determina uno stato che consiglia qualche cura, qualche pasticca; ma, di massima, non è impeditivo del lavoro. E anche qui, come ho detto in diverse occasioni, socialmente c'è una differenza — se mi permettete vorrei dire di tipo zoologico — in ragione del ceto sociale di appartenenza. Gli autonomi, in genere, tirano innanzi malgrado questi piccoli disturbi. I subordinati possono consentirsi il lusso di essere assai più fragili; anche perché non passa loro per la mente che il conto debbono pagarlo tutti quelli che fanno parte della loro classe. Molto importante mi pare anche, nella relazione Angeli, il suggerimento — rivolto alle imprese — di meglio gestire la provocazione dei controlli, con l'intervento preventivo del sanitario. Egli può dare utili suggerimenti, sulla base della certificazione di parte inoltrata, in ordine all'individuazione dei casi meritevoli di approfondimento. Questa indicazione potrebbe aver corso diversamente: nelle grandi imprese, in via diretta; per il pulviscolo delle piccole imprese, in forme consorziate.

Resta la proposta Angeli di organizzare i controlli a livello collegiale, a mezzo di commissioni di sanitari. L'idea non è nuova. Ne ha parlato Giugni nella relazione al congresso di Bari sulle prospettive del diritto del lavoro negli anni '80, nonché in un successivo editoriale pubblicato in *Lavoro Informazione*. Procedure del tipo potrebbero essere di grande utilità *in fatto*; la valutazione collegiale dei sanitari, in quanto assistita da un elevato grado di autorevolezza, potrebbe, in gran parte dei casi, chiudere la questione nell'immediatezza. E debbo anche ricordare, rispetto all'art. 5 dello statuto, la proposta assai più ragionevole contenuta nella proposta Brodolini, quivi demandandosi il controllo a medici previamente individuati dalle organizzazioni sindacali contrapposte. Sennonché, secondo i principi ricavabili dalla normativa vigente ed apprezzabili anche in termini di costituzionalità, queste procedure non possono, per definizione, essere preclusive dell'eventuale esito giudiziale; così, eventualmente, commettendosi al magistrato (di massima sulla base della consulenza tecnica espletata in giudizio) la valutazione finale.

Per altro verso, questa prospettiva è mortificante, in quanto il processo è destinato a celebrarsi a molta distanza di tempo dalla situazione denunciata, di norma essendo venuto meno l'oggetto della valutazione. Semmai si potrebbe studiare la possibilità di un accertamento d'urgenza in sede e con garanzia giurisdizionale.

Entrando nel merito di questo nostro dibattito di due giorni, debbo cominciare, nell'ordine logico, dall'intervento della collega Bigliazzi Geri, svolto, con molta dignità, secondo una pregiudiziale di consapevole

utopia. Debbo cominciare di qui; perché se, in ipotesi, questa prospettazione fosse accoglibile, il problena risulterebbe automaticamente chiuso e non vi sarebbe spazio per le questioni che, invece, si pongono disattendendo tale impostazione di principio. Ne parlo con molto rispetto, perché questa « pregiudiziale » visibilmente risponde ad un profondo travaglio, nel contempo umano e scientifico. La tesi è, sostanzialmente, quella di una sorta d'intoccabilità del malato, in ragione della garanzia costituzionale del diritto alla salute. E qui la collega ha detto la sua battuta di critica morale alla logica del profitto. Ma il profitto è nella logica dell'impresa e quindi del sistema, perché esso si regge, con beneficio di tutti, su imprese vive ed operanti. Quando, nella Russia postrivoluzionaria, si passò alla nuova politica economica, il compagno Ilic esortò i contadini ad arricchirsi. Potrebbero esserci di conforto le esperienze del socialismo « reale » (cioè del socialismo unicamente esistente e forse unicamente realizzabile) per vedere come questi problemi siano stati risolti in quei Paesi dove domina (se dobbiamo credere alle ultime acquisizioni di Bettelheim, di cui ha detto di recente Aldo Natoli in *La Repubblica*), pur in un contesto radicalmente diverso, la logica produttivistica. Sia ben chiaro che io capisco benissimo — dal punto di vista umano, sul piano degli ideali astratti — queste posizioni nel fondo commoventi. Come quando (alcuni giorni or sono, in una risposta alla Fiat) Lama ha detto, su questo punto centrale della logica dell'impresa, che egli forse sbagliava dal punto di vista economico, ma tutta una certa e grande tradizione del movimento operaio e socialista lo portava d'istinto a rifiutarla.

Il fatto è che occorre fare i conti con la logica anche dura, spesso umanamente deludente, della vita. L'esperienza insegna che le imprese sono, anzi debbono essere imprese e non enti assistenziali. Alla mera assistenza deve provvedere, semmai, il sistema nel suo complesso, con i mezzi ricavati, soprattutto, dalle imprese vitali. E qui rispondo al collega Natoli sul punto della giustificazione del licenziamento, una volta superato il periodo di comporto *ex* art. 2110 c.c.; evidentemente la giustificazione consiste nel fatto obiettivo che, perdurando la malattia impeditiva, il lavoratore non è in grado di riprendere servizio.

Anche qui non possiamo limitarci al discorso « puramente » giuridico, ma dobbiamo tener conto della realtà in cui ci troviamo. Come ha ricordato Franceschini, abbiamo, purtroppo, una notevole aliquota di disoccupati, specie di giovani in cerca di prima occupazione. L'altro giorno il cancelliere tedesco ha detto, a Copenaghen, una cosa spaventosa: che nell'immediato futuro il giovane tedesco dovrà attendere circa otto anni prima di trovare lavoro. Spero che quell'uomo politico abbia

esagerato nelle previsioni; soprattutto perché non vorrei tradurre gli otto anni dei tedeschi nella misura corrispondente alla situazione italiana. Come possiamo permetterci, in questa situazione, una protezione eccessiva ed abnorme del malato, del soggetto ormai cronicamente inaffidabile in ordine alla normale continuità della prestazione lavorativa? Non è socialmente opportuno liberare le imprese dai pesi morti ed aprire possibilità di utile inserimento ai tanti che attendono invano?

Io credo, in generale, che per molte questioni potremmo avere risposte assai più razionali e funzionali se impostassimo i problemi nei termini più crudi della valutazione economica. Ad es., se riflettiamo al nostro bislacco « sistema » delle assunzioni obbligatorie e a tutti i guai che derivano dalla pretesa di voler inserire nelle imprese soggetti di scarsa attitudine, meglio converrebbe imporre alle imprese una corrispondente imposta di scopo ed organizzare, coi mezzi così ottenuti, laboratori a regia statale, con diretta responsabilità pubblica per quanto attiene alle possibilità di utilizzo di questi infelici.

Passo ora, dopo essermi sbrigato della pregiudiziale, al contributo essenziale emerso in questo conveguo, all'importante relazione del prof. Mazzotta. La divido, ai fini del mio discorso, in tre parti. Una prima parte, quella dei controlli, sulla quale ho da fare solo alcuni rilievi marginali. Una seconda parte, sulla quale sono largamente consenziente sull'impostazione di principio. La parte finale, rispetto alla quale sono nettamente in dissenso.

Per quanto attiene ai controlli, sono stato un poco stupito dall'osservazione del relatore, secondo la quale il certificato di malattia non servirebbe al lavoratore per assolvere all'onere di provare lo stato impeditivo. Non riesco ad immaginare quale altro strumento potrebbe avere a disposizione il lavoratore. Se sono malato, è naturale che mi rivolga ad uno di quei professionisti che hanno in materia una qualificazione pubblicisticamente attestata e quindi (in linea di massima e salva la prova del contrario) attendibile. Così come, in un diverso caso, si produce a sostegno delle proprie ragioni l'attestazione dell'ingegnere o del chimico.

Riguardo agli obblighi di comunicazione della malattia e di prosecuzione della medesima, spesso previsti nella contrattazione collettiva, poteva tenersi conto (ciò potendo influire nella ricostruzione generale) della ricorrente formulazione di queste clausole, quivi facendosi salva la situazione di un giustificato motivo impeditivo delle comunicazioni in discorso. Può verificarsi che il lavoratore sia colpito dalla malattia impeditiva in condizioni tali che non gli consentano assolutamente di comunicarla.

Mazzotta afferma, sulla scorta di una pronuncia della Cassazione, che il datore di lavoro può dar corso al controllo anche se non gli è pervenuta la comunicazione del lavoratore con allegata certificazione. Non sono d'accordo. L'art. 5 dello statuto afferma l'obbligo dell'entità pubblica di dar corso al controllo richiesto dal datore di lavoro. Si tratta di un controllo sulla veridicità o no della malattia. Il che presuppone, evidentemente, che il lavoratore abbia, appunto, allegato la malattia come fatto impeditivo. Viceversa non c'è obbligo dell'entità di attivarsi sol perché il lavoratore è assente, proprio perché l'entità non è, per la norma, polizia in tema di assenze giustificate o no dal lavoro.

Nella relazione si tratta poi, ampiamente, dello svolgimento di altra attività nel periodo ufficiale di malattia, del dovere del malato di adoperarsi per la sollecita guarigione in modo da poter essere in grado di prontezza lavorativa: discettandosi, poi, del più esatto incasellamento formale di queste situazioni. A me pare che, ai fini pratici, è la valutazione che può farsi (naturalmente in concreto o caso per caso) della circostanza della diversa attività, ai fini della conclusione sulla veridicità o no dell'impedimento addotto; dove, com'è ben noto, la questione dipende essenzialmente dal tipo di malattia denunciato e riscontrato in concreto. In generale direi che, in termini di politica del diritto, è utile rafforzare al massimo la rete dei doveri strumentali, di comunicazione e di certificazione, perché proprio costruendo una serie di prescrizioni formali si può arginare, in una certa misura, l'abusivismo.

Sono largamente d'accordo su quanto è detto nella parte centrale della relazione, in particolare in ordine alla strana vicenda legislativa che si è avuta (in rapida successione di interventi di segno opposto) per quanto attiene alle cose da dover comunicare al datore di lavoro; vicenda rispetto alla quale ho parlato, in *Giustizia civile*, di andamento schizofrenico nel nostro diritto. Come ha detto giustamente M., da una parte si vorrebbe la massima tutela della salute (conseguendone che il datore dovrebbe sapere completamente delle condizioni fisiche del dipendente); dall'altra si vuole impedire, all'insegna della riservatezza, che il datore sappia. Papaleoni ha ricordato, esattamente, come la ora vigente normativa mal si concili con quelle disposizioni dei contratti collettivi che prevedono il beneficio del prolungamento del comporto in caso di ricaduta nella medesima malattia; di guisa che, ai fini, l'impresa dovrebbe pur sapere di quali malattie ha sofferto il lavoratore nel tempo. Papaleoni ha poi ricordato la particolare situazione degli invalidi; ed anche qui ha ragione. A parte la questione in sé della legittimità del sistema delle assunzioni obbligatorie (a suo tempo giustamente respinta, a mio avviso, dalla Corte costituzionale) l'aspetto più critico e conturbante di

questo sistema sta nella circostanza che non vi è alcuna garanzia che siano avviati al lavoro soggetti che, pur invalidi, abbiano però un minimo relativo di sanità e di attitudine, anche se ridotta, alla prestazione lavorativa. È questo il discorso che fece con intelligenza, ed anche sul piano della legittimità, alcuni anni or sono, GHERA (2). Tanto che di recente un tribunale amministrativo (3) ha risollevato, in quest'ordine d'idee, la questione, investendone la Corte costituzionale; e ha messo l'accento sul fatto che l'avviamento obbligatorio al lavoro prende avvio da certificazioni assolutamente generiche degli ufficiali sanitari senza alcun riferimento alla concretezza degli ambienti di lavoro.

Sono d'accordo col relatore, ovviamente, sul valore non preclusivo della certificazione sanitaria di controllo. Secondo i principi, la parola ultima spetta al magistrato o meglio (diciamoci realisticamente la verità) di norma al consulente tecnico d'ufficio. Piuttosto potrebbe essere utile, in pratica, assicurare il contraddittorio tra le parti, sul piano tecnico, negli accertamenti precontenziosi. Nella prima esperienza poststatutaria, in qualche caso, tenta questa strada, richiedendo all'INAIL il controllo *ex* art. 5 e nel contempo designando per l'impresa un sanitario che avrebbe dovuto partecipare all'accertamento con il medico dell'ente. Il tentativo fallì sempre, non accogliendosi in sede burocratica le ragioni giuridiche, di un certo peso, che mi parevano proponibili. Eppure l'accertamento in contraddittorio tra i sanitari di parte, oltreché giuridicamente ineccepibile, potrebbe servire a chiarire subito la situazione senza ulteriori complicazioni. E vedo che, nelle diverse proposte in circolazione, sostanzialmente ci si muove in quest'ordine d'idee.

Passo al tema centrale nella possibilità del licenziamento per eccessiva morbilità, partendo dalla tesi del giustificato motivo obiettivo. Voglio fare un discorso estremamente chiaro. In passato io fui fermo sostenitore di questa tesi, e in linea di principio lo sarei ancora; ma poiché cerco sempre di essere pratico, dirò come e perché accetto ben volentieri la svolta delle Sezioni Unite.

Data l'accettazione della soluzione accolta dalle Sezioni Unite, non sto a ripetere per quali buone argomentazioni, a mio avviso, la specifica situazione è riconducibile alla formula del giustificato motivo obiettivo. La formulazione letterale dell'art. 3 della legge n. 604 consente appieno, come ha detto VALLEBONA, la conclusione. La norma prende in conside-

---

(2) V. *L'a.o. degli invalidi civili e i principi costituzionali circa i limiti all'autonomia privata in materia di iniziativa economica*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, 421.

(3) V. TAR Lombardia 9 aprile 1980, in *Lav. prev.*, 1981, 382 e 18 giugno 1980, in *Dir. lav.*, 1981, I, 121.

razione anche le esigenze attinenti al regolare funzionamento dell'organizzazione di lavoro; ed in questo ambito ben può valutarsi, in termini *obiettivi*, come disse già nei primi commenti la mia Maestra Riva Sanseverino (4), la particolare posizione della persona, la sua accertata inidoneità a prestare normalmente lavoro secondo codeste esigenze. Né vi è alcuna interferenza, come pure ha detto Vallebona, con il giustificato motivo in senso subiettivo.

Ma qui s'incontra l'orientamento del tribunale milanese, secondo la comunicazione del giudice Mannacio, di cui ci ha dato lettura il presidente Vittorio. Secondo la schematizzazione che ha fatto Mazzotta, questa tesi rientrerebbe in una distinzione interna ulteriore, nell'orientamento che richiama l'art. 3 della legge n. 604. C'è modo e modo di applicare questa norma; ad es., una parte della giurisprudenza l'ha applicata in termini sensibilmente diversi da quelli prospettati in questa comunicazione milanese.

Secondo la tesi milanese, ancor *dopo* il superamento del comporto (anche « semplice » *ex* art. 2110 c.c.) sarebbe necessario comprovare il giustificato motivo in concreto, con specifica valutazione della possibile utilizzabilità ancora del lavoratore. Grosso modo mi pare che il ragionamento sia questo: secondo il codice nel 1942, superato il comporto si può licenziare. Ma oggi, con la legge n. 604, per il licenziamento occorre pur sempre una giustificazione specifica in termini di ragionevole previsione o no, per il futuro, dell'utilizzabilità del lavoratore. Non sono d'accordo e mi pare di avere dalla mia la prevalente giurisprudenza; in particolare, quella della Cassazione. A mio avviso — per specifica previsione di legge — allorquando, superato il comporto, il lavoratore non sia in grado di riprendere il lavoro, con ciò stesso si integrano gli estremi della sufficiente giustificazione. Non mi pare che, in questa situazione, il problema si possa impostare altrimenti; valutando, in concreto, se (malgrado il perdurare dell'impedimento) in un futuro imprecisato il lavoratore sarà o no in grado di riprendere servizio. Né lui pare che si ponga la prospettiva, delineata da Vallebona, dell'interpretazione integrativa della normativa dei contratti collettivi sul comporto e di quella sui licenziamenti. Legge e contratti sono chiarissimi; superato il comporto si può licenziare. Naturalmente — forse è bene dirlo — il licenziamento non è obbligatorio! Nel senso che il datore di lavoro, coltivando sempre la speranza che in un prossimo futuro il lavoratore guarito possa tornare per un apporto ritenuto importante, può sopras-

(4) V. *Diritto del lavoro*, ed. X, Padova, 1967, 394.

sedere. Del resto molti contratti prevedono l'ipotesi del non licenziamento immediato, magari per affermare che ne deriva uno stato di sospensione senza particolari diritti del lavoratore; o magari per dire che il periodo di sospensione, così unilateralmente di fatto concesso, vale nell'anzianità di servizio a certi fini. Così come qualche contratto prevede il diritto del lavoratore ad un periodo ulteriore di aspettativa, superato il comporto.

Dopo sono venute le sentenze delle Sezioni Unite, con quell'effetto che il consigliere Fanelli ha registrato nella sua relazione: prima la giurisprudenza di merito era profondamente divisa sulla riferibilità o no al giustificato motivo obiettivo; dopo, singolarmente, il quadro cambia e quasi tutta la giurisprudenza si allinea al principio di diritto. Questo suona a lode della Cassazione, che ha trovato una strada a cui nessuno prima aveva pensato; con una soluzione che, ai fini pratici, è altamente accettabile. C'è stato veramente un salto qualitativo, come ha detto Di Nubila. Posso dire, senza alcuna piaggieria (tutti sanno che, se del caso, a torto o a ragione, non risparmio la critica alle pronunce della Suprema Corte) che queste sentenze costituiscono una grande pagina, nel senso migliore, della nostra giurisprudenza. La Corte ha preso le mosse da un'operazione di tipo filologico, in ordine al significato da attribuirsi alla parola « malattia » nell'art. 2110, ritenuta comprensibile anche dell'ipotesi del succedersi di più malattie. Non è la prima volta che la Cassazione fa della filologia socialmente utile. Ricordo quanto affermò, nei primi anni '70, in ordine al significato della parola « categoria » nel vecchio testo dell'art. 2120 c.c., sul problema della liquidazione dell'indennità di anzianità secondo scaglioni di appartenenza alle diverse categorie.

Perché soprattutto mi premuro delle implicazioni pratiche delle tesi astratte, la soluzione delle Sezioni Unite è senz'altro preferibile alla tesi del giustificato motivo obiettivo, e proprio per le ragioni che ha messo bene in rilievo Papaleoni: è una soluzione formale e, quindi, più spiccia e più funzionale.

Per rendersi conto di questa valutazione, dovremmo ricordare bene i termini della precedente giurisprudenza sul giustificato motivo obiettivo. Di questo ha parlato Fabbri, ma con una raffigurazione che veramente mi ha alquanto sorpreso. Fabbri ha detto che, prima della svolta, di massima la giurisprudenza procedeva disinvoltamente nella valutazione di giustificatezza del licenziamento, ai sensi della seconda parte dell'art. 3 della legge n. 604, premiando di norma le ragioni dell'impresa. Leggo sistematicamente le sentenze, a preferenza degli articoli, nella profonda convinzione che il diritto si trovi soprattutto (secondo il ben noto assioma della scuola realistica americana) nelle pronunce dei giu-

dici. Dalle mie letture avevo ricavato un'impressione assai diversa dalla raffigurazione che qui ha fatto Fabbri. Accettando di massima la tesi del giustificato motivo obiettivo, mi pare che quella giurisprudenza procedesse poi a diverse valutazioni « interne » ai fini della valutazione di giustificazione o no del licenziamento; teneva conto della dimensione in concreto dell'azienda e della possibilità o no di agevole sostituzione dell'assente, nonché della qualificazione o no del lavoratore, sempre in termini d'indispensabilità quotidiana di quel determinato apporto lavorativo. Tutte distinzioni interne che mi lasciavano assai perplesso. Perché poteva giungersi alla conclusione che, nell'impresa di grosse dimensioni, il licenziamento del manovale comune in pratica non era mai giustificato, perché questi poteva sempre starsene a casa, data la facilità di sostituzione con la squadra rimpiazzi. Ero perplesso perché a me pare che anche il contratto col più umile lavoratore abbia una sua giustificazione, una sua causa, in ragione della quale l'impresa ragionevolmente si attende che costui si presenti di norma al lavoro. Perché mai sarebbe stato stipulato il contratto? In una prima causa pilota, che io feci per una grossa azienda, si trattava di un lavoratore generico che, negli ultimi cinque anni, si era presentato al lavoro per non più di quindici volte nell'anno!

In sostanza, se la mia raffigurazione è fedele (a differenza di quella di Fabbri) quella giurisprudenza forniva un « cappello teorico », indicava una possibile strada percorribile, ma non garantiva affatto dell'esito, secondo le varie caratteristiche dell'impresa e del rapporto. Invece, con la soluzicue delle Sezioni Unite, non c'è bisogno di disquisire in ordine alle dimensioni dell'impresa, alla facile sostituibilità o no, alla posizione lavorativa specifica. È una questione semplicemente *di calendario* e quindi può funzionare: quale che sia l'azienda, quale che sia il tipo di rapporto, conta solo il superamento del comporto, sia pure per sommatoria in un arco temporale ragionevole. Cosicché, con questa giurisprudenza e con adeguati svolgimenti della medesima, si può avere maggior certezza nella gestione del rapporto. Dicendolo brutalmente, è di gran lunga preferibile che ogni mattina il capo del personale possa fare certi calcoli e valutare se vi sono o no gli estremi del licenziamento.

So bene che talora riaffiora, anche per questa situazione, l'idea di impostare il problema in termini di impossibilità sopravvenuta, distinguendosi poi in ordine alla più precisa casella in questa categoria. È una impostazione che periodicamente ritorna, per la malattia, per l'arresto e la carcerazione ecc. Così come, nel primo dopoguerra, si pose, da noi e altrove, il non trascurabile capitolo del contenzioso a proposito della sorte del rapporto dei c.d. « indesiderabili ». Rispetto a questo più

remoto capitolo, io ho sempre avuto l'impressione che il ricorso a quella normativa del codice civile si sia posto come inevitabile, in realtà per una circostanza di fatto: l'indesiderabile di fatto non si era più presentato in azienda per un lungo periodo, per la ragione eloquente che non vi era aria per lui; dopo di che, cambiato il clima, si ripresentava invocando il rapporto mai risolto dalla controparte. Ma, a parte questa spiegazione di quella giurisprudenza, in generale ho sempre avvertito come improponibile quella normativa per le peculiari caratteristiche del rapporto di lavoro come rapporto di durata. Cosicché mi è sempre parso che proprio la natura dello specifico affare escluda la ricorribilità alla normativa dettata per i rapporti obbligatori per così dire « comuni ». In questo rapporto, il lavoro mancato di oggi non può essere mai recuperato, ove la situazione si prolunghi. Per altro verso, è difficile ritenere che vi siano situazioni che comportino di per sé il venir meno del vincolo, essendo viceversa sempre necessaria la manifestazione di volontà. Ed è la conclusione cui è pervenuta di recente la Cassazione, per la carcerazione. Il recesso è sempre necessario, salvo valutarne poi la giustificazione, perché vi è sempre campo per libere scelte dell'interessato rispetto alle più varie situazioni. Come per la malattia, il datore di lavoro può restare sempre in attesa del lavoratore arrestato, vuoi perché vorrebbe poter disporre di quel collaboratore utile, vuoi eventualmente perché convinto dell'innocenza di quella persona: i motivi non contano. E così, rispetto all'impedimento derivante da malattia, il recesso è in ogni caso indispensabile.

Chiudo la parentesi per tornare alle sentenze delle Sezioni Unite. La Cassazione, dopo aver indicato la soluzione nei termini che tutti sappiamo, ha fatto una riserva che direi doverosa. Ha fatto salva l'eventualità, invero francamente teorica (al massimo i contratti tacciano), che il contratto collettivo abbia chiaramente adottato la soluzione che potremmo definire « atomistica », del comporto rapportabile solo alla singola malattia, con esclusione della sommatoria. In proposito c'è stato il discorso di Fabbri, che in verità non ho ben capito; ma mi è sembrato strano che egli prospetti perfino la nullità di clausole siffatte. Non sono di questa opinione: la gente ha la libertà d'impiccarsi; e può ben aversi una parte sindacale imprenditoriale così sprovveduta da accettare la soluzione atomistica. Non vedo perché il giudice possa infirmare un assetto contrattuale di maggior favore per il lavoratore.

Premesso tutto questo, debbo dire con decisione che non sono affatto d'accordo con la tesi centrale svolta nella relazione di Mazzot-

TA (5). Secondo il relatore tutto si risolverebbe, generalmente e totalmente, nel potere d'equità del giudice, esercitabile perfino laddove il contratto collettivo formalmente prevede il comporto per sommatoria. La relazione, dopo l'omaggio (per così dire, di facciata) al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, *praticamente* torna (nella individuazione dei parametri per il giudizio d'equità del giudice) alla tesi del giustificato motivo obiettivo. Si legge, infatti, a p. 49: « Sennonché proprio la riduzione dell'equità a strumento individualizzante e nel contempo il collegamento con la disciplina generale dell'impossibilità, conducono necessariamente verso l'adozione di criteri che assumano come punti di riferimento, oltre che la natura e gravità della malattia, la loro incidenza sulla continuità delle prestazioni, il loro (eventuale) collegamento con la nocività dell'ambiente, ma anche, per altro verso, la collocazione del lavoratore nel quadro del processo produttivo, le mansioni e la qualifica ricoperta, le dimensioni dell'impresa, elementi tutti che, necessariamente, identificano l'interesse del datore di lavoro al mantenimento del vincolo »; a parte l'idea, invero peregrina, che il magistrato dovrebbe sostituirsi alla valutazione del datore di lavoro in ordine alla convenienza della prosecuzione del rapporto.

Constato con soddisfazione che non sono il solo, in questo dibattito, a dissentire dalle gravi implicazioni della relazione. Ho ascoltato con molta soddisfazione quanto ci ha detto D'Antona, in quello che mi è parso l'intervento più convincente. In particolare D'Antona ha felicemente ricordato un'altra tecnica, talora seguita nei contratti collettivi al fine di procedere al comporto per sommatoria, disponendo in ordine alla valutazione anche delle malattie che si siano verificate in un certo intervallo di tempo rispetto all'ultima. Posso in questo senso ricordare, per ragioni professionali, il caso del contratto collettivo per le Casse di risparmio, per il quale rilevano anche le malattie che si siano verificate o si siano esaurite nel quadrimestre anteriore all'ultima.

Non v'è dubbio che le previsioni contrattuali del tipo menzionato poco fa, al pari di qualsiasi altra soluzione in termini formali di mero calendario, può prestarsi all'abuso. Vi può essere sempre il soggetto molto abile che può congegnare le assenze in modo tale da non raggiungere mai il limite del comporto per sommatoria. Ma questa non è una buona ragione per invalidare la normativa contrattuale, sollecitando in ogni caso il potere equitativo del giudice. Non possiamo trovare la soluzione perfetta nella normativa. Ma è altrettanto vero che la soluzione

(5) In corso di pubblicazione in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*

meno imperfetta, più funzionale, è quella, se volete semplicistica, di mero calendario. Presso le Casse di risparmio quel disposto che vi ho detto vige da alcuni decenni, e tutto sommato con comune soddisfazione.

Nei limiti di questa relazione di sintesi, non posso né voglio entrare nel discorso teorico che il relatore ha fatto molto bene — con la padronanza degli strumenti dommatici che gli è congeniale — ad es., in ordine alla particolare equità che qui viene in questione. Se mi consentite, vorrei rovesciare il discorso, con un criterio che forse farà rabbrividire il nostro Maestro Natoli. Vorrei ancora una volta, per il mio inguaribile empirismo, cominciare dalla coda, dalle implicazioni pratiche della tesi. Non possiamo assolutamente accettare che il giudice possa invalidare l'assetto contrattuale collettivo, eventualmente nel senso del comporto per sommatoria; perché saremmo di nuovo nelle mani delle imponderabili e imprevedibili valutazioni giudiziarie, senza alcuna àncora di certezza. Rientreremmo in pieno in quella giurisprudenza che le Sezioni Unite hanno positivamente superato (6).

---

(6) V. puntualmente, nell'ordine d'idee sostenuto da Mazzotta, Pret. Napoli 14 luglio 1982, in *Foro it.*, 1982, I, 2818, in riferimento al contratto collettivo per la SIP che formalmente prevede il comporto per sommatoria, in un caso in cui il lavoratore, visibilmente giuocando sugli archi temporali di successivo riferimento, malgrado la cospicua entità delle assenze, non era tuttavia licenziabile in stretta applicazione della normativa. Nella sentenza si rivendica con forza l'universalità del potere equitativo del giudice, quale che sia la disciplina contrattuale e in tutte le direzioni (anche nel senso dell'eventuale declaratoria d'illegittimità del licenziamento di chi abbia superato il comporto, quando il soggetto risulti ancora proficuamente utilizzabile nella prospettiva!). Nell'intento di conseguire comunque la giustizia del caso singolo, il giudice rifiuta espressamente ogni automatismo normativo e rivendica, qui al fine di stroncare evidenti pratiche abusivistiche giuocando sulle previsioni del contratto, l'autonoma valutazione del magistrato; contrapponendo ideologicamente garantismo « dinamico », culturalmente consapevole delle esigenze delle « relazioni industriali », al vieto garantismo « tradizionale ». A parte le lodevoli intenzioni (di cui è notoriamente lastricata la via dell'inferno), il mio dissenso è netto per le cose dette nel testo. A parte le considerazioni di stretto diritto in ordine all'insuperabilità del dato contrattuale, non è nemmeno vero che la libertà creativa del giudice caso per caso corrisponda alle esigenze reali delle imprese a livello di massa; dove, soprattutto, c'è esigenza di certezza per la gestione dei rapporti. Né è accettabile, con tutto il rispetto dovuto a questo magistrato fortemente impegnato, l'eccesso di protagonismo conclamato sia in questa pronuncia sia in altra sentenza 16 aprile 1981, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982 II, 768, dove i licenziamenti collettivi sono stati ritenuti insindacabili solo in quanto disposti per accordo sindacalmente intervenuto, con la riserva, ancora una volta evidentemente « di giustizia », che « naturalmente, l'accordo per comportare l'insindacabilità non deve appalesare vistose soluzioni vantaggiose per i lavoratori sì da far ritenere che da parte delle loro OO.SS. sia intervenuto uno "sviamento di potere" che inficia l'accordo stesso »! Cosicché anche in questa situazione l'arbitro sarebbe sempre il giudice, disattendendo gli accordi sindacali in tema di

Oltretutto, non mi pare consentito saltare l'ordine graduato delle « fonti », così come sono indicate nell'art. 2110: leggi speciali, norme corporative (cioè, oggi, contratti collettivi), usi ed infine l'equità. Non si può, se non si vuole violare la legge, pervenire in ogni caso all'equità saltando il contratto. Oltretutto, qui non si tratta di un qualsiasi contratto, ma del contratto collettivo, del contratto che è manifestazione tipica della libertà sindacale costituzionalmente garantita. Cosicché, ove si consideri questo, la tesi di Mazzotta mi pare anche costituzionalmente scorretta.

Per questo sono d'accordo, su questo punto centrale, con D'Antona, con Vallebona, con Fabbri. Sono d'accordo nell'obiettivo di politica del diritto: si tratta di percorrere la strada aperta dalla grande svolta delle Sezioni Unite; si tratta di andare avanti, perché ci sono ancora numerosi e grossi problemi aperti in sede di svolgimento di quel principio di diritto, verso valori di omogeneità nella valutazione delle situazioni, nel rispetto di quel bene alquanto antico (che, però, qui è stato invocato da diverse parti, perché risponde al comune interesse) che è la certezza del diritto.

Come ha ben detto Franceschini, ci troviamo, con questo principio di diritto, in una situazione ambigua, di incertezza. È il datore di lavoro che, intanto, deve licenziare a suo rischio e pericolo; mentre la valutazione equitativa del magistrato viene, di necessità, *dopo*. Donde la prospettazione, pur suggestiva, di Franceschini: aggirare l'ostacolo con una sorta di azione preventiva innanzi al magistrato, per sapere da questi se a suo avviso sussistono gli estremi del licenziamento. Azione che, allo stato, non mi pare possibile, proprio perché la legge affida già al datore di lavoro un potere, del cui legittimo esercizio può valutarsi solo *ex post*. Questo è un grosso inconveniente di fatto; tuttavia non dobbiamo esagerare, proprio in considerazione degli sviluppi storici del diritto del lavoro. *In parte qua* per questa delimitata situazione, torniamo in pratica ai probiviri. All'origine, a cavallo del secolo, non c'era normativa nel nostro diritto. Vi erano solo dei giudici galantuomini. Che dovevano risolvere le liti del lavoro con equità, cioè inventando di volta in volta, *ex post*, la regola ritenuta socialmente opportuna. Solo col tempo, moltiplicandosi i lodi per valutazioni uniformi di fatto in diverse situazioni,

---

licenziamento collettivo, ove ne risultassero visibili iniquità e storture. Sennonché la società italiana non ha affatto bisogno di questo protagonismo giudiziario che, al contrario, è oggi in pericolo esiziale ognora ricorrente. Dai magistrati ci si deve attendere, se mi si consente l'espressione (da prendere, naturalmente, con molti granelli di sale), non la giustizia, ma la legalità!

veniva fuori la normativa autentica di derivazione giurisprudenziale. Vuol dire che ora, per questa delimitata situazione, siamo generalmente, ancora, all'anno zero.

La registrazione dell'inconveniente suona, implicitamente, come appello alle parti sindacali contrapposte, sollecitando a colmare nei futuri contratti collettivi la lacuna eventualmente esistente nel contratto vigente, con la determinazione del comporto per sommatoria. E se questo è il senso di tutto il discorso, è evidente che non può accettarsi la tesi di Mazzotta, perché il potere universale di equità del giudice vanificherebbe la prospettiva di utili sviluppi contrattuali. Che senso avrebbe, infatti, qualsiasi determinazione convenzionale, se poi il magistrato può in ogni caso discostarsene?

Certo vi sono, come ho già accennato, diversi e gravi problemi di svolgimento della giurisprudenza inaugurata dalle Sezioni Unite Problemi che Mazzotta ha del tutto trascurato nella sua relazione, per implacabile coerenza teorica. È evidente, infatti, che chi sostanzialmente non accetta quel principio di diritto, è portato ad ignorare le questioni conseguenziali. Noto poi nella relazione, a p. 45, l'affermazione che le clausole del contratto metalmeccanico sarebbero chiarissime (la parola è perfino sottolineata) nel senso dell'esclusione di qualsivoglia rilevanza al comporto per sommatoria. E qui sono veramente sorpreso. La gran maggioranza dei magistrati italiani (ivi compresa la Cassazione) non è riuscita a vedere in questo contratto la chiarezza che vi scorge il relatore; e vi ha identificato, al contrario, una lacuna da colmare con una valutazione d'equità. Ed in verità io mi aspettavo che il convegno partisse, fondamentalmente, dal principio di diritto delle Sezioni Unite, per approfondire quei grossi problemi di svolgimento ulteriore cui ho accennato e sui quali la successiva giurisprudenza risulta profondamente divisa. Ancora una volta, come spesso m'accade (in ragione del consueto approccio « pratico » ai problemi) mi sono illuso.

Non mi pare che in questa ulteriore giurisprudenza si ponga il problema della determinazione della misura del comporto per sommatoria; realisticamente e correttamente i magistrati prendono la misura stabilita nel contratto per il comporto « secco ». Ed invero per questo aspetto non c'è, in realtà, lacuna nel contratto.

La lacuna esiste, invece, per la determinazione nell'arco temporale di riferimento per la sommatoria. E qui si scontrano due tesi opposte. Una prima tesi, che potremmo chiamare « formale », procede alla sommatoria nel periodo di vigenza del contratto collettivo operante al momento

del licenziamento (7). Questa tesi, pur ampiamente motivata da alcuni giudici, in particolare insistendo sul motivo della preventiva certezza nella gestione del rapporto, non mi pare approvabile. Arriveremmo a conseguenze assurde e veramente inique: il contratto collettivo scade il 31 dicembre, in prossimità di questa scadenza è vicino il compimento del comparto per sommatoria; ma sopravviene il 1° gennaio, tutti i precedenti si annullano e si riparte da zero. Come la mettiamo, poi, nell'ipotesi (oggi purtroppo attuale) del contratto scaduto e rinnovato solo a molta distanza? Forse verrebbe meno, se così può dirsi, l'istituto del comporto per sommatoria? A parte il rilievo che in numerosi contratti, ad es., in quello metalmeccanico, si tratta di una normativa sostanzialmente tralaticia da decenni. Questo singolare svolgimento non corrisponde affatto, formalmente, al principio di diritto nelle Sezioni Unite. La Cassazione, dando l'indicazione possibile per la determinazione equitativa del giudice di merito, ha detto che questi potrebbe determinare l'arco temporale di riferimento in un pericolo *pari* a quello della vigenza media dei contratti (solitamente triennali) o far ricorso ad altri ragionevoli espedienti (questa seconda indicazione amplissima è solitamente dimenticata). Come si vede, la Corte ha fatto riferimento al periodo medio di vigenza del contratto in senso sostanziale, dovendosi procedere a ritroso nel tempo rispetto al momento d'intimazione del licenziamento. Di guisa che appare preferibile la soluzione, appunto, « sostanziale » (8).

L'altro grosso problema, affrontato qui da Petrocelli, è quello della ricaduta; cioè se, ai fini del comporto per sommatoria, si debba o no tener conto anche del prolungamento letteralmente previsto nei contratti, nell'ipotesi di ricaduta nella stessa malattia. Anche qui la giurisprudenza risulta divisa. C'è un primo filone secondo il quale questo prolungamento dovrebbe aver corso per così dire automaticamente, nell'ipotesi; proprio perché si procede ad una determinazione equitativa, l'equità in sostanza consiglierebbe in questo senso (9). Secondo altra giurisprudenza, invece, si imporrebbe la conclusione del tutto contraria; ancora una volta (parrebbe, almeno, in alcune pronunce) in via automatica (10). Confesso che

---

(7) V., da ultimo, Trib. Forlì 20 aprile 1982, in *Foro it.*, 1982, I, 2818. *Ivi*, v. anche Trib. Napoli 31 marzo 1982, in riproposizione della tesi del giustificato motivo obiettivo, in ripudio del principio di diritto della Cassazione.

(8) V., ad es., Trib. Pisa 9 gennaio 1981 e 13 maggio 1981, in *Giust. civ.*, 1981, I, 595 e 2079.

(9) V., ad es., Pret. Treviglio 10 dicembre 1981, in *Orient. giur. lav.*, 1982, 140; Pret. Caserta 2 febbraio 1981, in *Riv. giur. lav.*, 1981, 2, 870; Pret. Salerno 2 febbraio 1980, *ivi*, 872.

(10) V., ad es., Pret. Milano 6 gennaio 1981, in *Orient. giur. lav.*, 1981, 731; Pret.

qui, pur riflettendo da tempo, non riesco ad avere idee del tutto chiare. Probabilmente potremmo cominciare a vedere meglio il problema, se ci fosse dato di poter sapere perché mai il contratto prevede il prolungamento nell'ipotesi di ricaduta nella stessa malattia, escludendosi invece la malattia diversa. Io non ho mai ben capito la *ratio* della previsione contrattuale. Ne ho chiesto spesso a qualificate persone che furono partecipi delle trattative di rinnovo, in occasione del quale si ebbe questa previsione, ma ne ho avuto risposte incerte e spesso contraddittorie. Purtroppo difettiamo degli atti preparatori dei contratti collettivi, non procedendosi alla verbalizzazione dei faticosi incontri. Ed è da tener conto dell'argomentazione solitamente addotta per giustificare la conclusione negativa: se il beneficio del prolungamento fosse qui automaticamente riconosciuto, si farebbe un trattamento per converso assai ingiusto rispetto ai lavoratori il cui *curriculum* per così dire morboso fosse diverso. In realtà qui siamo fuori della zona della lacuna contrattuale, che la Cassazione sollecita a riempire con la determinazione equitativa del giudice. Non si pone, qui, il problema della determinazione dell'arco temporale entro il quale può procedersi al comporto per sommatoria. Viene solo in giuoco la determinazione della *misura* del comporto medesimo. Si può osservare che non vi dovrebbe essere ostacolo all'applicazione del prolungamento, ove ricorra puntualmente l'ipotesi contrattualmente prevista. Può esservi il caso del lavoratore cronicamente soggetto a ricadute nella medesima malattia di cui costituzionalmente, a periodi alterni, soffre.

Deve poi constatarsi una ben comprensibile tendenza dei magistrati. Nell'esercizio del potere equitativo, sollecitato dalla Cassazione, si tende a discostarsi al minimo possibile dalla normativa contrattuale. E talora si legge apertamente, nella sentenza, questa linea di politica del diritto, nel conclamato intento di evitare ogni valutazione che possa apparire del tutto personale e quindi soggettivamente arbitraria. Da legalista convinto, alieno dal creazionismo giudiziario, rendo omaggio a questa propensione. Ad es., c'è stata una recentissima sentenza del pretore di Livorno (11) nella quale, in questo aperto ordine d'idee, si crede di aver trovato la soluzione non per arbitrio di giudice, ma, si afferma, in fedele applicazione della normativa contrattuale; in quanto, posto che il contratto metalmeccanico gradua la misura del comporto in ragione dell'an-

---

Aversa 29 gennaio 1981, in *Foro it.*, 1982, I, 843; Trib. Monza 10 febbraio 1982, in *Orient. giur. lav.*, 1982, 807; Trib. Napoli 31 marzo 1982, *ivi*, 1982, 875. Da ultimo, v. Pret. Pontedera 4 dicembre 1982, in causa Turrisi c. Piaggio, ined.

(11) La sentenza è in corso di pubblicazione in *Giust. civ.* con nota di Zoli.

zianità di servizio, l'arco temporale di riferimento per la collocazione del comporto per sommatoria deve ricavarsi semplicemente dai successivi scaglioni di anzianità. Sennonché a me pare che la soluzione possa funzionare per i lavoratori che, rispetto a quella normativa, hanno più ridotta anzianità; rispetto ai lavoratori di più elevata anzianità, oltre gli scaglioni previsti, mi pare che la determinazione equitativa inesorabilmente s'imponga.

C'è un altro punto che mi pare degno di considerazione e che riguarda la giurisprudenza torinese. Possiamo parlarne, perché abbiamo qui il consigliere Eula e l'accenno è così doveroso. Una grande azienda licenziò una lavoratrice che, da tre mesi, cessata l'ultima malattia, prestava regolarmente lavoro, valutando a tavolino compiuto il periodo di comporto per sommatoria. Il pretore reputò illegittimo il licenziamento (12). Successivamente, in altra sentenza, il consigliere Eula affermò che il datore di lavoro avrebbe, dopo il rientro in servizio, uno *spatium deliberandi* ch'egli ritenne di potere determinare, certo in via equitativa, in un mese (13). E questa conclusione (del possibile calcolo a tavolino, con il lavoratore ormai di nuovo in servizio) è stata ribadita di recente in altra sentenza del tribunale (14), quivi costuendosi una sorta di fattispecie autonoma per la specifica situazione. Non riesco a capire questo orientamento; perché il licenziamento per superato comporto presuppone che, superato il periodo, il lavoratore non abbia ripreso servizio, perdurando l'impedimento. Se tanto è pacifico per il comporto « secco », non vedo perché la cosa cambi per il comporto per sommatoria. Né si può opporre che si tratta pur sempre di licenziamento con preavviso; questo punto è stato spiegato molto bene nella relazione di Mazzotta. Ormai è una costante del nostro ordinamento che il preavviso sia riconosciuto (meglio, l'indennità sostituiva) ancor quando l'istituto in sé non abbia nella specifica situazione ragion d'essere; all'unico fine, in pratica, di garantire in ogni caso questa erogazione economica (15).

Alcune parole, infine, sull'ottima (a mio avviso) comunicazione di Silvestri sul caso dell'Alfa Romeo; anche se, in verità, io non avrei speso tanto per una questione che mi permetto di considerare ovvia, a costo di apparire banale. È evidente, come ho cercato di dire in una nota di

---

(12) V. Pret. Torino 11 marzo 1981, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1462.
(13) V. Pret. Torino 3 novembre 1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, 797, con nota di Tosi.
(14) V. Trib. Torino 24 dicembre 1981, in *Notiz. giur. lav.*, 1982, 159.
(15) Rimando al mio *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, 53.

commento ad una delle ordinanze milanesi (16) che, versando l'impresa in grave crisi ed essendo in giuoco la ripresa produttiva, siano trattenuti in servizio i lavoratori che più garantiscano della continuità della prestazione e siano invece posti in cassa integrazione i lavoratori sistematicamente assenti per malattia; oltre tutto permettendo a questi di potersi adoperare tranquillamente per la definitiva guarigione. Essendo, peraltro, chiaro che l'impresa non può decidere per sua insindacabile scelta; ma deve procedere con criteri obiettivi, che forse però non sono automaticamente quelli previsti per il licenziamento collettivo. A questo ci si arriva, come ho scritto, in via di « diritto naturale ». Ma il criterio dell'assenteismo anomalo ricorrente è un criterio obiettivo, del tutto giustificato nella situazione; significatamente accolto, in questa vicenda, dai sindacati maggiormente rappresentativi. E non è di buon gusto voler essere più realisti del re. Né mi convince il discorso che ha fatto Di Nubila, in chiave di possibile discriminazione del malato. Intanto non si può comparare la situazione di chi ha subito un infortunio sul lavoro. Chi è guarito dalle conseguenze dell'infortunio, è ormai stabilizzato ed è alla pari degli altri lavoratori, non è un malato in atto; semmai potrebbe porsi il problema, su altro piano, della residua idoneità al lavoro. Né calza il riferimento alla gravidanza; semmai, dovrebbe formulare l'ipotesi, per fortuna ormai rara nel costume sociale, della donna di eccessiva prolificità. Non si possono mettere insieme, in un calderone, situazioni assai diverse.

Ho finito. Spero di aver trattato tutti i punti che sono emersi in questo fervido dibattito; ribadendo il mio consenso alla svolta delle Sezioni Unite, nella sollecitazione del chiarimento dei problemi di svolgimento e nell'auspicio che i contratti collettivi della prossima tornata risolvano, con generale beneficio, il problema.

---

(16) V. *Le ordinanze milanesi per i « cassintegrati » dell'Alfa Romeo*, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2491.

49.

# I CONTRATTI DI SOLIDARIETÀ (*)

Per cercare di attenuare gli effetti della grave crisi industriale in corso, con la forte propensione alle riduzioni di personale e nel contempo con l'incapacità del sistema di assorbire la notevole disoccupazione giovanile (1), il nostro legislatore ha ritenuto, ispirandosi all'esperienza francese, di prevedere la possibilità dei contratti c.d. « di solidarietà ». Con la legge 19 dicembre 1984, n. 863 si è riusciti, finalmente, a convertire il d.l. 30 ottobre 1984, n. 726 dettante « Misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali ». Dico « finalmente », in quanto già in precedenza il governo presieduto dall'on. Craxi aveva emanato decreti legge che però, per l'asmatico andamento della macchina parlamentare così sovraccarica, non era stato possibile convertire nel termine costituzionale previsto.

Più precisamente si prevedono due tipi, assai diversi per finalità perseguita e quindi per causa giuridica, di contratti. Possiamo avere, per così dire, il contratto di solidarietà *difensivo* dell'occupazione in atto e il contratto *propulsivo*. Col primo viene imposta ai lavoratori dell'impresa in crisi — che hanno diritto, per contratto individuale (2), allo svolgimento del rapporto secondo l'orario normale pieno previsto (con conseguente « pieno » trattamento retributivo) — una riduzione dell'orario « al fine di evitare, in tutto o in parte, la riduzione o la dichiarazione di esuberanza del personale anche attraverso un suo più razionale impiego ». In altre parole si può cercare di superare la crisi, evitando soprattutto la riduzione dell'occupazione, con questo espediente d'emer-

---

(*) Giuseppe Pera è professore ordinario di diritto del lavoro all'Università di Pisa. Questo contributo è destinato agli studi in onore del prof. Alfredo J. Ruprecht promossi dalla facoltà giuridica dell'Università di Rosario.

(1) V., da ultimo, la dura intervista di Agnelli in *La Repubblica*, 3 gennaio 1985, 3, nonché la replica del segretario della Cisl Marini, *ivi*, 4 gennaio 1985, 9.

(2) Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1984, spec. 132 ss., nonché il secondo tomo della monografia in corso di pubblicazione.

genza, distribuendo il sacrificio fra tutti i lavoratori e con contestuale intervento della cassa integrazione guadagni.

Viceversa la riduzione dell'orario, con conseguente riduzione della retribuzione, può essere prevista in funzione dell'assunzione di nuovo personale; al fine sono previsti, a favore delle imprese disponibili, degli incentivi economici, con un contributo a carico della gestione dell'assicurazione contro la disoccupazione o con altri vantaggi alternativi sul piano della contribuzione previdenziale (contratto c.d. « propulsivo »).

Nel complesso, con queste previsioni legislative ha avuto parziale riconoscimento la rivendicazione da tempo coltivata con particolare valore da una delle nostre confederazioni sindacali maggiormente rappresentative, la Cisl, con la parola d'ordine « lavorare meno, lavorare tutti »; questo inscrivendosi nella generale propensione del sindacalismo dell'Europa occidentale alla riduzione degli orari di lavoro nella seconda metà degli anni '80. Ma è opportuno tenere ben distinti, secondo la schematizzazione sopra proposta, i due tipi di contratto: sia perché la problematica giuridica, per gli specifici contenuti (che qui non interessano) ed in generale, è assai diversa; sia perché, soprattutto, nelle due situazioni sarà probabilmente assai diversa la problematica sociale sul piano delle « relazioni industriali ». È prevedibile, infatti, che la propensione dei lavoratori al contratto propulsivo sia di gran lunga meno consistente, secondo la logica predominante degli egoismi. Col contratto « difensivo » si para un pericolo potenzialmente incombente su tutti, si salva il posto di lavoro. Altra è la prospettiva quando si tratta di regredire rispetto alle posizioni acquisite, a favore dei disoccupati. Indubbiamente le organizzazioni sindacali dei lavoratori non potranno non tener conto degli umori delle basi rappresentate. Per il sindacato quello che soprattutto conta, comprensibilmente, è il rapporto con le masse organizzate o organizzabili, specialmente in una situazione di concorrenza tra diverse centrali.

Tutto questo potrà aver corso con *contratti collettivi aziendali*, cioè, come dirò in seguito, con pattuizioni intervenute tra l'impresa ed entità sindacali rappresentative dei lavoratori interessati e da precisare. Non potrà, invece, avvenire per determinazione unilaterale dell'impresa nella ricorrenza delle condizioni previste e sotto controllo pubblico, secondo una soluzione teoricamente alternativa, ma che avrebbe sollevato altri inquietanti interrogativi anche di legittimità costituzionale. Invece solo ed esclusivamente attraverso pattuizioni coi sindacati.

In questo senso la recente legge è ancora una volta e secondo impostazione teorica reiteratamente proposta dal prof. Giugni, di *sostegno* al sindacalismo dei lavoratori. Ai sindacati sempre più sconvolti e

implicati, anche in termini di rappresentatività reale nei gravi problemi che derivano dalla crisi, viene offerta un'importante occasione di intervento responsabile per la difesa e l'incremento dell'occupazione, con soluzioni da perseguire pattiziamente. In tal modo il legislatore repubblicano ha dimostrato di voler concretamente riconoscere lo spazio naturale che il sindacato ha anche — e forse a maggior ragione — nelle situazioni di crisi, con un'implicita scelta politica che mi pare, nel contempo, costituzionalmente corretta e socialmente lungimirante.

Costituzionalmente non si può dimenticare che la Carta della Repubblica fa del sindacato (art. 39) il protagonista essenziale delle vicende di lavoro a livello di massa. Per Costituzione e alla lettera il sindacato è chiamato alla funzione essenziale della regolamentazione collettiva delle condizioni di lavoro, nella prospettiva, coltivata alle origini, del progressivo miglioramento di queste condizioni. Ma è certo nello spirito di tutta la normativa costituzionale che il sindacato sia operosamente presente anche soprattutto nelle situazioni di crisi; quando, oltretutto, si tratta di tutelare, per quanto possibile, il diritto di garanzia sociale per eccellenza, cioè il diritto al lavoro (art. 4 Cost.).

Sul piano più spiccatamente politico-sociale d'indirizzo, il legislatore (così attivamente prevedendo rispetto ad un problema socialmente esplosivo) ha implicitamente respinto l'alternativa — altrimenti perseguibile, come l'esperienza di altri Paesi insegna — di approfittare della crisi, quale che ne sia il carattere o congiunturale o probabilmente strutturale, per « far fuori il sindacato ». Siamo agli antipodi rispetto alle propensioni e ai desideri di una certa parte dell'imprenditorialità italiana, almeno di quella che è espressa nel recente rapporto della Federmeccanica (3), ove si legge che « le questioni dei prossimi anni saranno invece, con buona approssimazione, quelle degli organismi rappresentativi aziendali e professionali da un lato e della contrattazione individuale dall'altro » (*ivi*, 61); e si rigetta « ... la tesi, priva di qualsiasi riscontro storico, secondo la quale il '68 italiano non sarebbe stato se non la reazione alla rigidità padronale durante la stagione contrattuale del 1966 » (*ivi*, 53). Per mio conto, sto dalla parte della scelta del governo a presidenza socialista. Non credo, come almeno parte degli industriali vorrebbero, ad un avvenire non sindacalizzato. Certo, sul piano storiografico, la tesi dell'attribuzione del '68 alla rigidità degli imprenditori nella tornata contrattuale immediatamente alle spalle è in sé errata, perché fortemente riduttiva. Il '68, come tutti i grandi eventi di sconvol-

(3) *Sindacati e no. Primo rapporto della Federmeccanica sulle relazioni industriali*, a cura di Mortillaro, in *Il Sole-24 Ore*, Milano, 1984.

gimento sociale, fu un fatto complesso, riconducibile ad una molteplicità di cause e gli storici si affanneranno in proposito per i prossimi due secoli, come continuano a fare per la rivoluzione russa ed anche per quella francese. Né concordo con la tesi secondo la quale quello sconvolgimento sarebbe stato semplicemente il prodotto degli anni c.d. « bui » del centrismo. Negli anni terribili del dopoguerra e della ricostruzione, esso fu la scelta fondamentalmente giusta per ricostruire il Paese ed avviarlo al decollo industriale. Ma vi fu anche un eccesso di miopia nella lunga prospettiva storica, un difetto totale di lungimiranza. Se avessimo operosamente riconosciuto ed istituzionalizzato il sindacalismo in quegli anni di severità (sacrosanta) e di bonaccia, probabilmente avremmo più facilmente parato la successiva esplosione. Resto dell'idea, appresa più di trent'anni or sono in un libro allora fortunato di Bevan, che, di massima, una rivoluzione è la conseguenza di una mancata riforma al tempo giusto. Per tutto questo, scarto ogni tendenza ad approfittare della congiuntura, e riconfermo la propensione riformistica (del riformismo serio, non del massimalismo vacuo) (4) e consento alla scelta recente nella sua ispirazione di fondo, al di là dell'occasionalità dei disposti.

Il problema centrale relativo a questa contrattazione collettiva *a livello aziendale* — cui è dedicato questo contributo — è quello degli *agenti contrattuali*. In proposito si è verificata un'importante modifica nel processo di conversione parlamentare del decreto legge.

Il decreto legge parlava semplicemente, senza alcuna specificazione, di *contratti collettivi aziendali*. Cioè con contratti collettivi stipulati da *questi* sindacati — non registrati come Costituzione comanda (art. 39) e sempre di discussa rappresentatività — poteva aversi un arretramento nelle condizioni di lavoro, con pattuizioni alla lettera vincolanti per tutti i lavoratori, iscritti o no che fossero alle organizzazioni stipulanti. Di qui derivava, o poteva derivare, un delicato problema anche di legittimità costituzionale (v. *infra*). Pietro Ichino lo affrontò nel testo (ancora inedito, perché in via di definitiva stesura anche per questo recente intervento legislativo) del secondo tomo della sua monografia sull'orario di lavoro. L'a. metteva in rilievo come variamente fossero argomentabili le opposte conclusioni della legittimità o no dei disposti, a seconda che si riproponesse la tesi antica del mandato sindacale o quella più recente del sindacato come portatore autonomo dell'interesse collettivo, e concludeva, invero con prudenza, che potevano ritenersi legittimi solo i contratti stipulati *unitariamente*, con la partecipazione di tutte le forze

(4) Giugni, *Prodi o Romiti?*, in *La Repubblica*, 4 gennaio 1985, 10.

sindacali aventi una forza apprezzabile nell'ambito della categoria o dell'azienda interessata, potendosi così evitare la necessità di un rigoroso controllo di rappresentatività, allo stato impossibile. In sostanza l'a. valutava l'unitarietà come una sorta di requisito implicito richiesto per fugare, direi intelligentemente *di fatto*, il dubbio di costituzionalità. Se tutti i sindacati di una qualche consistenza presenti su piazza stipulano, non c'è, *praticamente*, problema. Il guaio è, come cercherò di dire in prosieguo, che il criterio della « forza apprezzabile » è, in sé, alquanto evanescente ed in ogni caso controvertibile. Il problema diventa poi drammatico quando una qualsiasi forza apprezzabile dissente dalle altre e vuol contestare l'intesa raggiunta.

Invece la legge n. 863 parla, ripetendo la nota formula prosindacati in corso dallo statuto dei lavoratori del 1970, di « contratti collettivi aziendali, con i sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale ». Non ho sottomano i lavori preparatori. Ma in giro si dice che la variazione è stata voluta per impedire che le pattuizioni possano aver corso con entità di dubbia rappresentatività, con un intento comprensibile ed accettabile. In altre parole, se ho ben capito, la formula innovativa non dovrebbe avere, secondo gli autori, un significato tecnico specifico nei termini delle possibili alternative di cui dirò, ma una portata per così dire « negativa », di esclusione, cioè, di entità non adeguatamente rappresentative. La precisazione, in un senso o nell'altro, della *ratio legis* non è, ai fini dell'ulteriore discorso, di poco momento.

Ma la formula apre, per altro verso, notevoli problemi. Lo ha visto molto bene, (a parte il necessario approfondimento del discorso e l'opinabilità della conclusione) nel primo intervento a caldo che mi consta, Garofalo (5). L'a. si chiede cosa succederà se un sindacato rifiuta di sottoscrivere il patto; ricorda come vi sia molta incertezza sull'identificazione delle confederazioni maggiormente rappresentative; si chiede se anche i lavoratori dissenzienti siano vincolati. Per Garofalo, un legislatore più attento avrebbe potuto subordinare l'operatività del patto al *referendum* tra i lavoratori interessati. Ragionevolmente l'a. rileva che non può contare la mera maggioranza dei sindacati. L'unico sindacato dissenziente può avere dalla sua la maggioranza dei lavoratori interessati. Né può richiedersi come imprescindibile il consenso di tutti i sindacati, non potendosi attribuire alla singola organizzazione un potere di veto. G. opta per una conclusione « non giuridica »: tutto resta affidato

(5) Garofalo, *Regolamentazione dei contratti di solidarietà: problemi applicativi*, in *L'Unità*, 31 dicembre 1984, 5.

al « *referendum* informale » della capacità di lotta: il sindacato dissenziente e realmente rappresentativo può costringere con la lotta l'impresa a rinunciare al patto raggiunto con altri sindacati. Quello che merita registrare in questa impostazione è il riferimento meramente aziendalistico, per quanto attiene alla valutazione di rappresentatività; con una interpretazione possibile, ma che non è, come dirò, necessariamente unica. Ben potrebbe esservi un'interpretazione non aziendalistica.

Cominciamo, passo dopo passo, *ab ovo*. È scontato che una larga parte dell'opinione si pronunci, nettamente ed in partenza, per l'illegittimità in sé delle disposizioni: qui abbiamo delle previsioni di contrattazione collettiva generalmente obbligatoria a livello d'impresa, nella situazione di non attuato art. 39 Cost., con sindacati non registrati, senza previa determinazione del reciproco grado di consistenza nel complesso delle forze sindacalmente organizzate (art. 39, comma 4). Sarebbe la semplice riproposizione della questione già fatta per taluni disposti dello statuto dei lavoratori del 1970 (artt. 4 e 6) (6) nonché per le successive norme di legge, che hanno previsto (fatto sconvolgente nella fase del diritto c.d. dell'« emergenza ») la possibilità di deroga *in peius* dei contratti collettivi rispetto a norme di legge (7). Torna il problema antico dell'efficacia generalizzata dei contratti collettivi. Ma torna, come si è notato (8), in una situazione del tutto diversa rispetto a quella considerata dai padri costituenti: nella situazione di crisi e secondo l'ipotesi della contrattazione « al ribasso », cioè in arretramento delle condizioni di lavoro. E torna in una situazione per più versi sindacalmente difficile.

Nel febbraio 1984, il sistema sindacale « di fatto » che ha avuto corso per circa venticinque anni (in luogo di quello costituzionalmente previsto e non attuato) è entrato in crisi con la divisione delle tre centrali sindacali sulla questione della riduzione temporanea dei punti di contingenza. Alla spaccatura è seguito l'intervento del legislatore, al quale è stata proposta la questione di legittimità costituzionale in caso di decisione, mentre il partito comunista provocava il *referendum* abrogativo. Dalla fine degli anni '50 siamo andati avanti con l'unità d'azione; e, dal 1972, col patto federativo tra le tre confederazioni. Il tutto si basava, talora esplicitamente ed in ogni caso implicitamente, sul patto del reciproco riconosci-

---

(6) V., ad es., Romagnoli, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bolona-Roma, 1979, *sub* art. 4, n. 2, 20-22.

(7) Sul tema in generale, Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981. Per una recente riepilogazione Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 1984.

(8) Giugni, *Libertà sindacali*, in *La Repubblica*, 23 novembre 1984.

mento di pari rappresentatività, quali che fossero i reali rapporti di forza. È sulla base di questo patto tacito che ha avuto corso la legislazione di sostegno del sindacalismo del 1970. A quasi un anno dalla spaccatura di febbraio, non sappiamo bene come stia la situazione. Il contrasto continua tra le opposte centrali, secondo gli svolgimenti della specifica vicenda. La Cisl si condiziona l'effettiva ripresa del dialogo unitario all'abbandono dell'iniziativa referendaria, con la conseguenza che l'elaborazione comune di una piattaforma sul problema centrale della riforma del salario segna il passo. Sono state anche smobilitate alcune strutture ed iniziative unitarie. Ma il patto federativo non è stato denunciato, e questo rende poco comprensibile la situazione, specie per il giurista tradizionalmente portato, certo a torto, a ragionare in termini formali. A torto, perché la più recente esperienza dimostra largamente, e per vario verso, il superamento dei « segni formali ». Abbiamo avuto la guerra tra Paesi del *Commonwealth*; altri Paesi facenti parte dell'alleanza atlantica sono in conflitto e in qualche occasione sono stati sull'orlo della guerra; vi sono diversi Stati, specie nell'Europa a dominio sovietico, solo formalmente indipendenti. La mancata denuncia del patto federativo ha ancora un significato sostanziale o no? Si ha l'impressione che la situazione sia complessivamente incerta, in un delicato giuoco politico-sociale, con sbocchi allo stato imprevedibili. I fatti diranno, anche, della sorte definitiva del modello c.d. « neocorporativo », che si ritenne definitivamente acquisito col protocollo Scotti del gennaio 1983. A seconda di quella che sarà la conclusione finale, potremo dire *ex post* se la spaccatura del febbraio 1984 è stata il definitivo superamento di quell'ipotesi o, al contrario, solo un grosso incidente di percorso, una rottura notevole solo su una questione specifica; rimanendo tuttavia acquisito il modello di relazioni industriali e, di massima, le conseguenti regole del giuoco. Fatto è, ai fini del problema qui esaminato, che la gestione unitaria delle nuove possibilità legali offerta dalla legge n. 863 non è garantibile in partenza. Potranno ben verificarsi contrasti fra i sindacati delle tre centrali su singole situazioni di crisi aziendale; donde l'attualità del discorso qui condotto. Rispetto ai contratti di solidarietà di tipo difensivo, è invece presumibile che la convergenza sia nella logica delle cose, per il superiore e comune interesse collettivo di evitare le riduzioni di personale. È altrettanto prevedibile, però, che vi saranno azioni di disturbo di organizzazioni minoritarie, comprensibilmente portate a sfruttare ogni occasione per farsi spazio.

La mia ipotesi di politica del diritto è nettamente diversa da quella che porta alla conclusione pregiudiziale — sopra riepilogata — dell'illegittimità dei disposti in discorso, in quanto prevedenti casi di contratto

collettivo generalmente obbligatorio per tutti a livello d'impresa, in una situazione di non attuato art. 39. Sono notoriamente un trentanovista convinto (9). Ma la questione va, a mio avviso, impostata altrimenti. Il succo dell'art. 39 non sta, a ben vedere, nella registrazione in ipotesi necessaria dei sindacati; né nel requisito di democraticità interna che, ai fini, la norma costituzionale richiede. La registrazione fu solo un espediente strumentale per l'efficacia generale del contratto collettivo; questa potendosi avere solo con un contratto stipulato da sindacati che abbiano la maggioranza, rispetto al totale delle forze organizzate nei vari sindacati operanti. Per Costituzione, l'efficacia *erga omnes* dei contratti è condizionata al rispetto del solo principio basilare in un ordinamento democratico, quello di maggioranza. Tutto, nell'art. 39, è in funzione di questo.

In un sistema relativamente ordinato (quale il costituente divisò) sarebbe desiderabile che si prendesse previamente atto dei sindacati esistenti (registrazione); se non altro per individuare le entità, della reciproca consistenza deve poi giudicarsi ai fini del calcolo della maggioranza. Ma se il legislatore ordinario non ha svolto in tal senso, come doveva, l'indicazione costituzionale, questo non significa che siano in sé illegittime norme di legge attribuenti efficacia generale ai patti collettivi. Non può farsi questione di legittimità della norma. Può e deve farsi solo questione di corretta applicazione, nel senso che potranno avere corso, come contratti generalmente obbligatori, solo quelli che risultino stipulati da sindacati maggioritari. In sostanza a me pare che tutta l'impalcatura dell'art. 39 possa essere rimossa, lasciandone in piedi la sostanza, il principio. Ove l'attuazione di dette norme di legge ordinaria abbia corso nel rispetto di quel principio, la situazione è di piena correttezza costituzionale.

Personalmente non ho mai « creduto » al requisito di democraticità interna. Preferisco che, in materia, ci si attenga alla lettera del disposto costituzionale, giusta il quale è condizione della registrazione che gli statuti *sanciscano*, cioè formalmente prevedano, uno statuto interno a base democratica. E poiché in un regime liberaldemocratico tutti gli

---

(9) Il problema è tornato di recente, almeno formalmente, di attualità in riferimento ai lavori della commissione parlamentare per le riforme istituzionali con l'intervento del sen. Giugni in *Lav. Inf.*, n. 21 del 1-15 novembre 1984, *ivi* anche le dichiarazioni di alcuni sindacalisti di opposta collocazione; v. a p. 16, l'articolo di G. Santoro Passarelli, *Attuazione dell'art. 39 della Costituzione: opportuna l'efficacia* erga omnes *dei contratti*. Questa problematica, rispetto alla quale si registrano prospettazioni o incerte o discutibili, esula da tale contributo.

statuti sono per definizione democratici sulla carta, ci si può contentare del dato formale universale. Se, invece, si entrasse nell'ordine d'idee dell'effettività delle regole statutarie democratiche nella vita quotidiana dell'associazione, si porrebbero le premesse del controllo di Stato sul sindacato; con un assetto che, comprensibilmente, i sindacati respingono come lesivo (a torto o a ragione) della libertà sindacale (10). Per altro verso niente impedisce, sempre in un regime liberaldemocratico, che la gente si affili ad organizzazioni in realtà non democratiche nel loro funzionamento. E niente ancora impedisce alla gente di affluire a partiti il cui modulo costituzionale sia quello del centralismo democratico (almeno un tempo ritenuto non esattamente democratico, secondo gli schemi della democrazia occidentale). Con tutto ciò partiti e sindacati, in ipotesi liberamente valutabili come non democratici, possono avere largo seguito; ed è il seguito che, ai fini della generale efficacia dei contratti, conta, in qualsiasi modo sia stato ottenuto, magari in accettazione fideistica di un potere carismatico, e in realtà incontrollato. Per questo non consento con la tesi espressa di recente da un autorevole collega (11) secondo la quale il riconoscimento di maggiore rappresentatività dovrebbe essere condizionato a regole di democrazia interna. Certamente un problema *sostanziale* di democraticità sussiste nei rapporti tra le organizzazioni e le masse, e all'interno delle organizzazioni; ed è un problema che si dice di estrema attualità negli ultimi anni. Ma è un problema, appunto, sostanziale e politico, che va risolto nei fatti e sul piano politico.

Non può farsi, quindi, questione di legittimità in sé dei disposti qui esaminati della recente legge. Si può soltanto dire che i contratti relativi alla solidarietà possono aver corso solo se ed in quanto, in caso di contestazione, se ne dimostri la provenienza da sindacati maggioritari.

Se mi si chiedono le ragioni di principio di questa mia scelta, la risposta è semplice. Non dobbiamo venire paralizzati all'infinito dal fatto che non si è data attuazione, come si doveva e come era conveniente, all'art. 39. *La vita deve andare avanti*. Se vi è stata una scelta del legislatore socialmente apprezzabile, nella valutazione di costituzionalità della medesima dobbiamo guardare alla sostanza e non alla forma. Dovendo scegliere tra l'impalcatura costituzionale formalisticamente considerata e il principio che sta a ragion d'essere della medesima, è sul secondo corno che debbono cadere le preferenze; essendo più congrua

---

(10) Per riferimenti all'ampia discussione svoltasi *olim* sul punto, v. il mio *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, 80 ss.

(11) Treu, *L'articolo 39 è obsoleto*, in *Rass. sind.*, 1984, 44, 17.

una conclusione che salvi, nei limiti decentemente possibili, le soluzioni divisate dal legislatore di oggi per rispondere ai bisogni di oggi. Ma dobbiamo anche arrivare alla conclusione che, in ragione di questi interventi, il problema di fondo (che avrebbe dovuto correttamente risolversi con la legge sindacale) si trasferisce nelle aule di giustizia e sollecita ancora una volta la funzione di necessaria supplenza del giudice. L'eventuale reflusso nel contenzioso giudiziario ha certo il suo costo e i suoi lati negativi. Veda il legislatore, vedano soprattutto i parlamentari della commissione per le riforme istituzionali, se è conveniente o no che le cose vadano a finire così. È questione di complessiva valutazione politica.

Superata la pregiudiziale, vediamo quali possono essere, per la legge n. 863 gli agenti contrattuali di questi contratti collettivi aziendali. Alla lettera, non tutti i sindacati, ma solo quelli affiliati ad una condeferazione maggiormente rappresentativa sul piano nazionale. Non contano i sindacati autonomi di categoria. I sindacati non confederali non contano. Qui indubbiamente può farsi questione di legittimità costituzionale, ove si assuma, correttamente, che l'art. 39 riferisce la contrattazione collettiva generalmente obbligatoria — e quindi la valutazione di rappresentatività — a livello di categoria. È la questione di recente mandata alla Corte costituzionale dal pretore di La Spezia (12) e sulla quale si è avuto un noto dibattito (13). Siamo ancora nella lunga attesa della decisione e vedremo. Se la censura verrà accolta cadrà, anche qui, tutta la normativa preferenziale per i sindacati confederali, con le conseguenze che qui specificatamente non merita ipotizzare. La gestione della legge n. 863 sarà assai più complicata, naturalmente nell'ipotesi che il sindacalismo autonomo (ed in particolare quello dei quadri e dei tecnici) acquisisca di fatto una certa consistenza.

Come ha notato Garofalo, potrà esservi contenzioso, ai fini, in ordine all'identificazione delle confederazioni maggiormente rappresentative. Non c'è accordo, infatti, se, oltre le tre centrali ancora formalmente federate Cgil, Cisl, Uil, lo siano o no altre confederazioni rappresentative; se, ad es., sia o no tale la Cisnal, in stato di ostracismo politico per il suo collegamento col partito neofascista. La questione si è complicata con la legge 18 novembre 1977, n. 902, relativa alla distribuzione del patrimonio delle organizzazioni sindacali fasciste disciolte (nel 1944!). In questa legge, o meglio nella tabella allegata, la Cisnal è stata considerata come avente diritto alla ripartizione, e quindi come rappresentativa. Fu

---

(12) V. ord. 15 luglio 1981, in *GC*, 1982, I, 325, con nota di Grandi, 330.

(13) Ferraro, Grandi, Pera, Spagnuolo Vigorita, *Opinioni sulla maggiore rappresentatività del sindacato*, in *DLRI*, 1983, 155 ss.

uno strano episodio, poco commendevole. Dopo che per anni si era tenuto in piedi, rabbiosamente, quell'ostracismo (nell'imperante clima resistenziale antifascistico) improvvisamente, quando si è trattato di spartire prosaicamente la torta (e certo al fine di non determinare complicazioni attuative) i birbanti dei diversi apparati, tutti tesi alla cura del loro interesse particolare parassitario, si trovarono d'accordo; con una previsione che, però, tuttora dà filo da torcere alla giurisprudenza (14). Si può, tuttavia, sostenere che la tabella è del 1977 e siamo nel 1985. Ancora una volta non possiamo restare inchiodati ad un dato del passato; tutto indurrebbe a dire che, oggi, della maggiore rappresentatività o no deve giudicarsi « in diretta » e in applicazione non condizionata, magari, della previsione contenuta nella legge del 1977 per quanto attiene agli indici complessi di rappresentatività. Se poi la rottura del patto federativo dovesse irrevocabilmente consumarsi, non è detto che proprio tutte le centrali già federate debbano ritenersi all'infinito come maggiormente rappresentative; specie quella, la Uil, che notoriamente ha sempre avuto scarso seguito.

Ma non bisogna esagerare l'impatto della questione. Al fine, occorre chiarire qual è la portata dell'affiliazione alla confederazione maggiormente rappresentativa nell'economia delle specifiche previsioni della legge n. 863. Non v'è dubbio che le due norme riferiscono direttamente il potere di stipulare i contratti *ai sindacati*, non alle confederazioni. Il potere è del sindacato federato, non dell'organizzazione complessa di secondo o di terzo grado. L'appartenenza alla confederazione maggiormente rappresentativa serve solo a discriminare tra i sindacati cui il legislatore ha inteso attribuire il potere e quelli, i non confederati, che ha invece voluto escludere. L'appartenenza a confederazione maggiormente rappresentativa è mero *titolo di partecipazione* a questa contrattazione; mentre, ai fini della maggiore rappresentatività (per accertare se è esistente un contratto collettivo ai sensi di legge) la valutazione comparativa va fatta tra i diversi sindacati concorrenti, legittimati in quanto confederati. Se questo è vero, la questione può normalmente svuotarsi. Se i sindacati, formalmente confederati, hanno maggiore potere rappresentativo rispetto all'area di riferimento (v. *infra*) è del tutto irrilevante andare ad accertare se il sindacato non stipulante sia affiliato o no a confederazione maggiormente rappresentativa. Di fatto e nella massima parte dei casi ci si dovrà battere non su questo terreno, ma su quello diverso della valutazione comparativa di grado rappresentativo

(14) V., ad es., Cass. 21 febbraio 1984, n. 1256, in *RIDL*, 1984, 2, 623, con nota comprensibilmente critica di Scarpelli.

dei sindacati. Più probabilmente, e almeno in qualche categoria, sarà questione di esclusione di un sindacato in quanto autonomo, cioè non affiliato confederalmente. È nell'ambito dei sindacati comunque federati, a confederazioni maggiormente rappresentative o no, che dovrà farsi la valutazione di rispetto del principio maggioritario.

Ma a quali entità sindacali affiliate a confederazioni maggiormente rappresentative ha inteso riferirsi precisamente il legislatore? Quali sono in concreto gli agenti contrattuali? La parola « sindacati » qui adoperata non dice molto. Alla lettera, proprio perché la legge si riferisce a qualcosa che è dentro la confederazione (e ha adoperato poi la parola sindacati, poiché la confederazione è un'organizzazione complessa, risultante dalla somma dei sindacati nazionali di categoria) potrebbe concludersi, appunto, che il riferimento è a questi sindacati. Né varrebbe dire che può trattarsi anche di sindacati provinciali, poiché l'espressione « sindacato provinciale » comunemente in uso è, notoriamente, formula abbreviata per dire « organizzazione locale del sindacato nazionale di categoria ». La questione non è trascurabile, perché le parole esattamente adoperate, e il senso comune alle medesime da attribuirsi, possono avere concrete implicazioni. Ricordiamo, ad es., che, sul diverso piano della legittimazione processuale, l'espressione « organismi locali », adoperata nell'art. 28 statuto dei lavoratori, è stata intesa in qualche sentenza (a mio avviso, invero, singolarmente) come riferibile esclusivamente alle istanze più periferiche del sindacato, in tal disposto « nazionale », con esclusione della legittimazione delle istanze superiori (15).

La conclusione letterale non convince. È difficile ritenere che il legislatore abbia voluto scomodare per la soluzione delle crisi aziendali sempre ed ovunque, i sindacati nazionali di categoria, imponendo ai vertici di gestire le situazioni periferiche ed anche minuscole. È più sennato ritenere che la parola « sindacati » sia stata adoperata qui in un senso per così dire non tecnico, e che si sia voluto più semplicemente intendere « entità sindacali categoriali » nell'ambito delle confederazioni maggiormente rappresentative. Quindi, come è logico che avvenga nella massima parte dei casi, con l'intervento del sindacato nelle sue istanze territorialmente periferiche. Anche se la formula non esclude, per le grandi imprese e specialmente per i gruppi, l'intervento diretto del sindacato nazionale in quanto tale.

Semmai, problema più serio è quello se sia possibile l'intervento delle rappresentanze sindacali aziendali. La conclusione specifica è me-

---

(15) V. Cass. 29 marzo 1978, n. 1826, in *MGL*, 1979, 756.

ramente conseguenziale alla concezione ritenuta di queste rappresentanze; concezione che non è, notoriamente, pacifica. Se si ritiene, come a me pare preferibile, che la r.s.a. sia il sindacato in azienda, la risposta deve essere positiva. Se poi, in ipotesi, il contratto viene stipulato con la r.s.a. unitaria (magari col consiglio di fabbrica unitario, per altro verso qualificabile come r.s.a. ai sensi della normativa statutaria del 1970) viene superato di fatto il problema di eventuali contestazioni in ordine al potere rappresentativo dell'entità stipulante. Qui giuocheranno le diverse realtà aziendali, in una situazione estremamente varia in fatto.

Si può invece sostenere, e qualcuno probabilmente lo farà, che la r.s.a. non è propriamente (magari tenendosi conto, di volta in volta, dei dati statutari delle associazioni sindacali) entità sindacale; con la conseguenza che possono stipulare solo le entità territoriali periferiche del sindacato-associazione. Consento che possono aversi non trascurabili argomentazioni in questo senso; col risultato che, escluse le entità sindacali aziendali, dovrebbe farsi riferimento ad agenti contrattuali esterni all'impresa. Non concordo. Ma questa conclusione non sarebbe censurabile sul piano della legittimità. In un certo senso, si riproporrebbe la questione a suo tempo fatta rispetto all'art. 19 dello statuto del 1970; quando una parte dell'opinione riteneva il disposto illegittimo, in quanto la legge aveva escluso (in violazione del principio di libertà sindacale) i sindacati puramente aziendali (16). Ma questa prospettazione è, come ho sempre ritenuto, opinabile. L'art. 39 Cost. non è aziendalistico, e riferisce fondamentalmente l'attività sindacale al livello esterno della categoria complessivamente intesa. Vi sarebbero anche buone ragioni politiche complessive per una conclusione non aziendalistica. La gestione delle crisi aziendali, con l'utilizzo della possibilità dei contratti di solidarietà, non è vicenda particolare, aziendalmente delimitabile. Alla contrattazione si collega l'intervento pubblico, si manovrano incentivi economici di vario ordine anch'essi in mano pubblica. Sarebbe del tutto comprensibile che si sia voluto escludere l'intervento delle entità sindacali accorpanti i lavoratori direttamente interessati alla vicenda (e quindi suscettive di sentire solo l'interesse grezzo, in senso « corporativistico ») richiedendo invece la valutazione di entità esterne, probabilmente suscettive di una visione più ampia nell'incontro triangolare tra impresa, sindacati, Stato. Nella prima situazione, del contratto di solidarietà « difensivo », forse il sindacato esterno è in grado di valutare più serenamente se la misura è opportuna, nella prospettiva dell'effettivo risa-

---

(16) V., per riferimenti, la mia voce *Libertà sindacale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, n. 7.

namento dell'impresa in crisi. Nella situazione, poi, del contratto « propulsivo », è facile che sia il sindacato esterno a sentire il preminente interesse a favorire l'occupazione dei disoccupati. Vi sarebbero, quindi, alcune ottime ragioni per la conclusione. Questo sul piano giuridico; giacché, sul piano politico, non è immaginabile che il sindacato esterno operi come impositore nei confronti dei lavoratori dell'impresa direttamente interessati; al contrario, si cercherà sempre di varare soluzioni accettate, quanto meno dalla stragrande maggioranza, nella logica informale su cui insiste Garofalo.

Ma, ed è qui il punto decisivo, potranno esservi contrasti tra le entità sindacali, potrà venire in questione la reciproca rappresentatività in concreto. In caso di contestazione, potrà aver corso solo quel contratto che si comprovi essere stato stipulato dalle entità maggiormente rappresentative quale che sia, secondo la soluzione data al problema poco prima enunciato, l'ambito di riferimento per l'accertamento della rappresentatività. A livello aziendale, ove si tratti di contratto stipulato tra r.s.a. o da alcune di esse, la soluzione sarà agevole; sarà sufficiente acquisire i dati sulla distribuzione dei contributi associativi, in base alle trattenute operate dall'impresa ai sensi dell'art. 26 dello statuto. Se, invece, la questione si pone a livello territoriale, si tratterà (ma con complicazioni processuali e pratiche) di elaborare questo dato, comunque decisivo, ai fini d'accertare la reciproca consistenza dei sindacati concorrenti.

Qui, limitandomi solo a sollevare il problema, passo di necessità la parola alla processualità: a me interessa la possibile risposta *giuridica*, non quella « informale » prospettata da Garofalo. E non perché quella diversa risposta non abbia senso ed anzi maggiore efficacia di fatto (non è immaginabile che il contratto possa aver corso, se la grande maggioranza dei lavoratori dell'impresa vi si oppone ricorrendo allo sciopero); ma perché al giurista interessa soprattutto, com'è ovvio, la risposta di diritto.

Potranno aversi contestazioni giudiziarie da parte di singoli lavoratori, di gruppo sindacalizzanti in organizzazioni che allo stato non hanno per legge voce in capitolo (si pensi ai quadri); o da parte del sindacato che, avendo in realtà la maggioranza tra i lavoratori, non abbia stipulato il contratto concordato da organizzazioni minoritarie. Sempre sulla premessa, di cui sono convinto, che anche allo stato ben possono aversi liti giuridiche del tipo di quelle tra le attuali associazioni sindacali, malgrado l'opposta opinione della Cassazione (17).

Il primo problema è quello della distribuzione dell'*onere della prova*

---

(17) V. Cass. 3 novembre 1983, n. 6480, in *GC*, 1984, I, 1855, con note di segno opposto di Vallebona e di Sassani. La Corte specificatamente ha escluso che possa aversi una lite tra sindacati sull'interpretazione di clausole del contratto collettivo.

in materia. Credo che quest'onere gravi sulle entità sindacali che, avendo stipulato il contratto messo in discussione, implicitamente assumono di averlo fatto in quanto entità più rappresentative nell'ambiente dato.

L'altro problema attiene agli strumenti utilizzabili al fine di comprovare la maggiore rappresentatività. Il sindacato interessato dovrebbe premurarsi di dimostrare d'essere il più forte, fornendo i dati della contribuzione associativa elaborati a livello territoriale. L'entità della cerchia categoriale di riferimento (numero delle imprese e degli addetti) può comprovarsi ampiamente a mezzo di documentazione pubblica proveniente dalle camere di commercio o da altre entità. Circa il numero delle contribuzioni, potrà chiamarsi a testimoniare qualcuno dell'ufficio sindacale competente e si potrà fornire la documentazione proveniente dalle imprese. Il processualista può dire se siano possibili o no altri accorgimenti, magari con l'esercizio, da parte del magistrato del lavoro, dei poteri ufficiosi probatori *ex* art. 421 c.p.c. E mentre saranno sempre possibili informative, da parte del giudice, ad entità pubbliche che possono fornire dati interessanti *ex* art. 213 c.p.c., si tratta di vedere se dati siano ottenibili con ordine di esibizione al terzo (art. 210 c.p.c.); o, in ultima istanza, eventualmente ricorrendo a consulenza tecnica. Sono questi problemi, nella prospettiva dell'andamento del possibile contenzioso, rispetto ai quali la parola decisiva spetta, come ho detto, al processualista. Essendo chiaro, per tutto quanto sono andato dicendo, che ben può esservi spazio per pronunce giudiziarie in applicazione del principio maggioritario costituzionalmente cogente.

50.

# LUISA GILARDI RIVA SANSEVERINO. LA MAESTRA E IL PROGRAMMA

Chiamato, a seguito della prematura scomparsa del collega ed amico Aldo Cessari, alla direzione di *Riv. it. dir. lav.*, la sorte ha voluto che la Maestra non potesse giudicare questo nuovo impegno dell'allievo. La prof. Luisa Gilardi Riva Sanseverino, prossima all'ottantaduesimo compleanno, è improvvisamente deceduta in Roma all'alba dell'11 gennaio. Così il primo fascicolo della nuova direzione si apre col Suo necrologio, come per un segno del destino. L'allievo parla della Maestra, dopo trentasei anni di sodalizio, con tutta l'intensità affettiva di un rapporto che ben può dirsi filiale, per ricordare cosa è stata Lei per lui, dal primo formarsi negli anni universitari fino al suo farsi uomo e militante di questa disciplina. Ed è come dire, nel contempo e contestualmente, chi è l'autore del ricordo, tutto intriso di una sofferenza e di una commozione non facilmente superabili; ed è quindi e ancora chiarire a quali principi e criteri vorrebbe intenzionalmente ispirarsi, in continuità ideale, questa direzione, nella speranza che gli intendimenti abbiano operosamente corso; cosicché, come amorosamente si vorrebbe, possa dirsi che quella lezione e quella scuola continuano al di là della morte, almeno fin quando quest'allievo potrà continuare ad operare.

Per i giuslavoristi giunti nell'arengo in questo dopoguerra, la prof. Riva Sanseverino ha rappresentato, con una nota personale irripetibile, un punto preciso di riferimento nel processo d'affermazione della nostra disciplina, nel succedersi delle generazioni. Ella, infatti, fu del primissimo manipolo dei giuristi del lavoro saliti in cattedra in quanto tali, all'inizio degli anni '30. Nei decenni precedenti, nella stagione liberal-conservatrice e a cavallo dei due secoli, il diritto del lavoro era stato avvertito, faticosamente enucleandolo dal diritto comune (talora per specifici problemi, in qualche caso con un primo abbozzo sistematico, com'era inevitabile che avvenisse) da cattedratici istituzionalmente collocati in altre discipline. Ci furono, sul finire del secolo, sporadici interventi di privatisti; magari per affrontare mirabilmente, come av-

venne con Fusinato nel 1887, il tema scottante e doloroso dell'infortunio sul lavoro. Si ebbe, contro la soluzione compromissoria del codice penale Zanardelli sul punto decisivo della valutazione della lotta diretta, la generosa battaglia dell'ala più liberale dei penalisti, capeggiati da Florian. Agli inizi del secolo, operò la grande triade Carnelutti, Messina, Redenti del quale ultimo ha detto mirabilmente, di recente, Umberto Romagnoli. Anche il giurista che più sistematicamente si impegnò, e al quale l'Associazione di diritto del lavoro ha giustamente intitolato l'annuale premio per la migliore tesi di laurea, Ludovico Barassi, fu *in primis* un civilista.

Nell'epoca corporativa vennero i cattedratici *ex professo* del lavoro. In un primo momento si fece distinzione, sotto le denominazioni di « legislazione del lavoro » e « di diritto corporativo », tra la parte c.d. « pubblicistica » e quella c.d. « privatistica ». La Prof. Riva Sanseverino vinse il concorso nel 1934, seconda dopo Giuseppe Chiarelli e prima di Ferruccio Pergolesi, due giuristi che poi trasmigrarono a discipline pubblicistiche, pur continuando ad arare spesso nella zona dei primi amori; cosicché la seconda tornata poteva vantare la maggiore « anzianità specifica ». Poco dopo vennero altri, tra i quali il prof. Mazzoni e il prof. Balzarini.

Ma ancora alla fine del ventennio, pur essendo l'insegnamento obbligatorio in tre facoltà (giurisprudenza, scienze politiche, economia e commercio), i professori di ruolo si contavano sulla punta delle dita: e pochi rimasero anche nel primo quindicennio postfascista quando quelli della mia generazione cominciarono a balbettare nei primi anni '50. Federico Mancini ha voluto rievocarlo in occasione del conferimento della laurea h.c. in una università spagnola, parlando del gruppo giovanile formato da Lui, Giugni e me.

Mi sono talora chiesto, non so con quanto fondamento, se tanta scarsità doveva farsi risalire, nel ventennio corporativo, ad un preciso orientamento politico della casta baronale. Considerando l'enfasi ideologica posta dal regime su questa nuova disciplina giuridica, come pupilla di un nuovo evolversi dell'esperienza giuridica, avrebbe potuto lecitamente prospettarsi un'inflazione dei posti di ruolo. L'enfasi, specie se degenera in moda, porta naturalmente alla moltiplicazione: come è avvenuto, nel recente periodo, con lo straordinario incremento delle varie sociologie. Forse il corpo giuridico accademico sentì, invece, questa nuova materia come un corpo estraneo rispetto all'inveterata tradizione liberal-conservatrice? Il fatto che, finito il regime, da diverse parti si auspicasse la soppressione dell'insegnamento, come di cosa intimamente collegata all'ideologia fascista, potrebbe avvalorare l'ipotesi. Occorre-

rebbe uno studio storiografico *ad hoc*, rispolverando le vecchie carte della facoltà e ricorrendo, eventualmente, a testimonianze.

Nella lunga prospettiva storica, malgrado il patriottismo di materia e la constatazione che, bene o male, nel nostro Paese una fase di costruzione del diritto del lavoro è passata anche per quella via e per quella bandiera, non deploro la probabile resistenza dei passatisti. Al di là della spinta ufficiale, ciò significa che la corporazione, pur miope, seppe dar prova di antonomia nell'università; in una società che, come gli storici e gli scienziati della politica hanno dimostrato, non seppe essere, per nostra fortuna, universalmente totalitaria (posto che i politologi distinguono tra stato autoritario e stato totalitario, e l'Italia fascista fu del primo tipo).

Nella contrapposizione rispetto al passato giuridicismo, il diritto del lavoro, anche quando si è chiamato corporativo, si è rivelato, *in sé* — quali che siano gli orientamenti personali dei suoi operatori — istituzionalmente *di sinistra*. Proprio perché parla, in qualche modo, di diritti dei lavoratori (di diritti prima, quanto meno nell'esperienza effettuale, non esistenti) il giurista del lavoro è sempre, in grado maggiore o minore, implicitamente critico verso i sistemi che non conoscevano quei diritti. Ha gli occhi rivolti all'avvenire, non al passato. Così potrebbe spiegarsi l'ipotesi delineata.

La Prof. Riva Sanseverino nacque il 26 marzo 1903 a La Spezia. Ma per caso, come per caso trascorse la gioventù a Roma e lì fece i Suoi studi. Il padre, conte Lodovico, era generale dell'esercito e agli inizi del secolo comandava la piazza della città ligure. La famiglia era di antico, nobile ceppo emiliano e a Reggio Emilia la Signora oggi riposa. Quando una volta, nel 1963, occasionalmente ci trovammo al ristorante con l'allegra brigata di Mario Tobino, lo scrittore ebbe a chiedere se quel nome serbava un legame con la famosa eroina stendahliana; e la risposta positiva lasciò incantato il fantasioso interrogante. Ho sempre avvertito nella personalità morale e nel temperamento della Prof. Riva Sanseverino — e come me, credo tanti — un solido fondo padano. Non a caso ha sempre considerato quella terra come il Suo paese e ha voluto ritornarvi.

Se ben ricordo (scrivo di getto, senza poter controllare, tutto essendo affidato alla memoria delle confidenze via via ricevute, con l'impressione di poter sbagliare) si laureò nel 1925 in diritto commerciale con Cesare Vivante, con una tesi — che lessi — sul contratto collettivo di lavoro. Un tema di bollente attualità, a livello di politica legislativa, perché si stava elaborando quella che sarebbe divenuta la legge Rocco dell'aprile 1926. Il vecchio Maestro aveva avvertito la svolta centrale in corso sul piano delle fonti.

Poi decise di lavorare e studiare. Soprattutto decise, con la forza di volontà che La caratterizzava, di rendersi libera e indipendente. Non era cosa di tutti i giorni nell'Italia di sessant'anni or sono, specie per una donna della Sua condizione sociale. La questione femminile, che Lei sentiva profondamente, senza alcuna vana jattanza esteriore, decise di risolverla con le Sue forze. È vissuto qui a Lucca, legale per decenni della Cassa di Risparmio, l'avv. Lelio Salaris, che della Prof. Riva Sanseverino era stato compagno nell'università romana, e che mi voleva bene perché ero allievo di Lei. Salaris mi diceva della Sua allora inusitata e sbalorditiva indipendenza; come, pur essendo legata come fu sempre alla famiglia, ebbe presto un suo appartamento. E quando, sul finire degli anni '50, un direttore di rivista intese commissionarLe un articolo sulla clausola di nubilato — nella convinzione di averne uno scritto svolgente la tesi forcaiola della legittimità — ebbe una sdegnosa ripulsa, naturalmente sempre nel tono signorile e calmo che Le era consueto: « proprio da me, donna, pretende questo? ». Come donna — e talora esplicitamente me lo diceva — si sentiva in un certo senso isolata, considerata sempre in questa sua individualità di sesso, in un'università quasi tutta di uomini. Una volta ritenni di poterLe rispondere, burlescamente rovesciando l'argomento, che con tutta probabilità, in una università di donne, un uomo si sarebbe trovato nelle stesse condizioni. Ma in questo Suo sentire c'era, specie nei tempi più remoti, qualcosa di vero; anche se, nel fondo, cospirava a questa sensazione un altro lato della Sua personalità, una certa timidezza. Il fatto è che nell'università di quei tempi, non sbrigativa come quella di oggi, ancora tutta buone maniere, l'essere donna non era un fatto trascurabile. Generalmente ho sempre visto professori, anche anziani, rivolgersi alla collega col « lei », anche quando vi era una vecchia e consolidata amicizia. La Prof. Riva Sanseverino e Andrioli si sono dati sempre del « lei ». Col Prof. Mazzoni passò al « tu » nello scorcio degli anni '60, essendo propiziatrice la frequenza degli incontri per il trattato padovano; e Lei mi disse del mutamento come di un fatto memorabile.

In parte per questo desiderio d'indipendenza, in parte perché la famiglia, pur agiata, non poteva concederLe il lusso dell'*otium*, andò a lavorare per diversi anni in Confindustria. Qui si fece le ossa nel mestiere una volta per tutte, almeno per quanto attiene all'individuazione delle fonti privilegiate della ricerca. In questi uffici acquisì una naturale predilezione per gli aspetti concreti della vicenda giuslavoristica, considerando accordi sindacali e sentenze come i documenti essenziali, di prima mano. Non esercitò l'avvocatura, salva una breve parentesi con Rosario Flammia. Limitava i suoi interventi ai pareri. Ma ebbe sempre,

fecondo, il legame con la pratica. Per circa quindici anni, dopo la guerra, fu consulente dell'ambasciata americana.

All'università era inserita nell'istituto di diritto pubblico e faceva capo a Luigi Rossi, che era stato un notevole uomo politico — liberale, credo, più salandrino che giolittiano — e più volte ministro. Questi erano gli ambienti a Lei più congeniali, quelli della borghesia di antichi convincimenti, mai quelli estremistici del ventennio. In Confindustria era stata vicina a Balella. Questi, quale presidente della confederazione negli ultimi anni, faceva parte, di diritto, del Gran Consiglio del Fascismo e partecipò al consesso una sola volta, nella fatidica riunione del 25 luglio; con molto timore, come Ella mi raccontò, anche per l'intenzione, realizzata, di votare l'o.d.g. Grandi. Insomma, al massimo, si trattava della borghesia fiancheggiatrice, quella per la quale bene o male quello era il governo; con una certa confluenza, semmai, nella convinzione del ruolo di grande potenza dell'Italia (nell'atteggiamento complesso di recente emerso nei *Taccuini* di Pirelli). Ebbe frequenti rapporti con Antonio Cabrini, cioè col vecchio riformista tutto impegnato nell'Oil. Una volta mi disse che quello che non poteva perdonarsi al fascismo era *la negazione dell'autenticità*, cioè la pretesa della verità ufficiale.

Agli inizi degli anni '30 si ebbero i primi lavori monografici della Prof. Riva Sanseverino. Nel 1931 *Salario minimo e salario corporativo*. Nel 1932 *Il diritto di privativa nel contratto di lavoro*, tema che studiò in un costante dialogo e confronto con Alberto Asquini. Ancora nel 1932 conseguì la libera docenza in legislazione del lavoro. Dopo la vittoria nel concorso del 1934 fu chiamata dall'università di Sassari e poco dopo, nel 1936, da quella di Modena dove conseguì l'ordinariato. Nel 1941 venne nella facoltà pisana dove rimase venticinque anni, fino al gennaio 1966, quando fu chiamata dall'università statale di Milano. Quivi rimase fino al pensionamento, diventando poi professore emerito. A Milano ritrovò conoscenze ed amicizie; in particolare il Prof. Cesare Grassetti di cui era stata collega già a Modena. Come ha ricordato di recente il Prof. Grassetti nella premessa alla ristampa di *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1983, VII, la lavorista e il comune amico internazionalista Rolando Quadri sacrificarono, nell'estate del 1937, alcune notti per la correzione delle bozze dell'amico civilista. A Milano prese casa, non essendo incline al pendolarismo; creò l'istituto di diritto del lavoro circondandosi di numerosi allievi, adoperandosi attivamente per le strutture e la didattica.

La Sua intensa attività pubblicistica iniziò verso la metà degli anni '30, quando uscì presso la Cedam il *Diritto del lavoro*, significatamente limitato alla trattazione sistematica del contratto di lavoro, seguendone

poi le numerose edizioni. Collaborò al *Trattato di diritto corporativo* di Chiarelli con le monografie su *Le norme corporative* e *La disciplina corporativa dei rapporti di lavoro e dei rapporti economici*. Curò, nelle successive edizioni, il commento agli articoli del codice sul lavoro per il *Commentario* di Scialoja e Branca. Collaborò, ancora per la parte privatistica, al *Trattato di diritto del lavoro* di Borsi e Pergolesi. Nel dopoguerra compose, per le edizioni UTET, il monumentale *Lavoro nell'impresa*, dedicato al marito; con le ripetute edizioni, poi, del *Diritto sindacale*. In mezzo a tutto questo, ebbe modo di scrivere la densa monografia del 1950 su *Il movimento sindacale cristiano*. C'è, poi, la vasta produzione « minore », disseminata in riviste, con saggi, relazioni congressuali, note a sentenza. A questo livello — vuoi di periodica trattazione sistematica, vuoi di interventi specifici — la Prof. Riva Sanseverino ha seguito per un cinquantennio, giorno dopo giorno, gli sviluppi e i problemi del diritto del lavoro complessivamente inteso, con l'imperativo morale e scientifico di non lasciarsi sfuggire nulla nella legislazione nazionale ed internazionale, nella contrattazione, nella giurisprudenza, nella dottrina. Era una fatica improba, cui Ella si è sempre dedicata di buona lena, senza mai avvertire stanchezza, veramente nella gioia del lavoro. Ha passato gli ultimi mesi — in parte trascorsi a letto, per il male che la tormentava ad un arto inferiore — correggendo le bozze dell'ennesimo commento per Zanichelli. Era un poco incerta, data l'età e come per un presentimento, nell'affrontare quest'ultimo lavoro. La spinsi a farlo, magari con calma e distensione. E constatai poi in Lei come una gioiosa soddisfazione per aver seguito l'esortazione; con una sfumatura che indicava la volontà di cadere, serenamente, in piedi.

In tutta la Sua produzione — pur consapevole delle grandi tensioni sociali e ideologiche di questo nostro specifico diritto, che ne spiegano le evoluzioni — si è sempre fondamentalmente attenuta al vecchio metodo giuspositivistico, con dignità e rigore. Come ha detto Giugni (v. *Intervista al prof. Rodriguez Pinero sulla dottrina giuslavoristica spagnola*, in *GDLRL*, 1979, spec. 637), la Riva Sanseverino in particolare appartenne, nel ventennio, a quella « minoranza dei giuristi che non vollero fare del diritto corporativo »; dove, evidentemente, posto che l'A. trattò anche, come si è visto, la sistemazione allora pubblicistica delle fonti, l'espressione va intesa in modo adeguato: non in termini di rifiuto a trattare il diritto per quello che all'epoca era, sibbene per una precisa scelta metodologica, aliena da qualsiasi concessione a quello che stava attorno a quell'esperienza, nel senso delle concessioni puramente ideologiche. In Lei, il rifiuto dell'ideologismo e delle propensioni di politica del diritto, fu costante, prima e dopo. Il giurista consapevole tutto deve

sapere di quello che bolle in pentola; ma, nello stringere la soluzione pratica dei problemi, deve essenzialmente attenersi al dato positivo nei significati che gli si possono attribuire per gli imprescindibili collegamenti sistematici. Di qui il Suo *stile*, non a caso sempre prudente, sfumato, problematico; il costante uso (che qualche volta poteva sembrare ripetitivo) di certe parole, specie di certi avverbi, come « comprensibilmente », « ragionevolmente », soprattutto « preferibilmente ». Rivelava in questo modo la costante disposizione del Suo animo avverso all'imperiosità, la fedeltà al ragionamento problematico, alla prospettazione delle varie possibili conclusioni.

Il fatto decisivo e caratteristico è che, essendo chiara la scelta personale di fondo nel mondo dei valori, la Prof. Riva Sanseverino non ha mai voluto identificarsi con questa o quella parte, nel naturale rifiuto della faziosità. Negli ultimi anni accettò la direzione del *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, la rivista giuridica della Confindustria. Lo fece, come posso testimoniare, non senza esitazioni. Accettò, perché non si sentiva di declinare la proposta pressante proveniente dal Suo ambiente, dove si era formata e dove contava tante amicizie alle quali fu sempre fedele, nella buona e nella cattiva sorte: forse per la vecchia regola d'educazione, che non si rinnega chi ci ha aiutati. Ma cercò di attenuare l'unilateralità della rivista, per quanto possibile. Cosicché, ad es., un bel giorno i lettori videro con sorpresa pubblicati di seguito due contributi, uno del direttore generale della Federmeccanica e uno di Carlo Smuraglia! Non a caso, sotto la Sua direzione, figura in Mgl la precisazione « Le opinioni espresse negli scritti firmati impegnano solo gli Autori, non riflettendo necessariamente quelle della Rivista »; dove il « necessariamente » è irrimediabilmente Suo, nella constatazione di fatto del possibile e nel nascosto auspicio di quello che Le sarebbe parso « preferibilmente ».

La Prof. Riva Sanseverino, di massima, non mancava agli incontri interessanti per i favoristi. In particolare fu, agli inizi degli anni '60, tra i promotori dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e fece parte, per oltre un decennio, del consiglio direttivo. Fu anche, per un breve periodo, presidente del sodalizio, tra la presidenza lunga del prof. Mazzoni e quella nuova del prof. Giugni, quasi come in gestione per il passaggio (invero per qualche verso sofferto per taluni pronunciamenti nel periodo ruggente *post* statuto dei lavoratori) tra la vecchia generazione e quella di mezzo.

* * *

Sua caratteristica era una naturale *liberalità*. Non ha mai chiesto né

mai si è fatta condizionare dalla tessera della gente. Ho già raccontato, nei ricordi pisani pubblicati sulla *Trimestrale*, del mio incontro con Lei come studente, negli anni della mia ruggente e faziosa milizia socialista. Non mi sono mai accorto che le mie posizioni e le mie piroette politiche abbiano avuto un peso nei nostri rapporti. Mai, avendomi aiutato nella lettura dei miei lavori, ebbe occasione di fare rilievi di contenuto, osservazioni anche lontanamente ideologiche; attenta solo a controllare la logica dell'argomentazione, il tono, la forma espositiva. Badava solo al merito e all'intelligenza. Soprattutto, da gran Signora qual era, al tono e alla forma, con una singolare disposizione dell'animo alla serenità, quali che fossero le contingenze: forse per una superiore consapevolezza che tutto nella vita può accadere, e quello che soprattutto conta è la forza dell'animo. Questo anche negli anni della dura contestazione milanese; mai ebbe una parola di stizza o di rancore. In questo, Maestra ed allievo erano per natura assai diversi; forse perché tra noi c'era l'Appennino ed io ho tutto il caratteraccio dei toscani.

Aveva, ad es., una particolare predilezione per Giorgio Ghezzi. Non ne condivideva, certo, le idee *post* 1968; ma vi trovava quel garbo che soprattutto ammirava, e che è sempre, nelle splendide pagine dell'Amico. Per me c'era, talora, il dolce, sorridente rimprovero, in occasione delle mie frequenti uscite polemiche: « Pera, Pera »; con quel tono di voce che torna insistente, in me, specie la notte, dopo la tragica giornata dell'11 gennaio.

Nei suoi rari giudizi ricorreva, talora, una valutazione che aveva un significato preciso, in zona di piena sicurezza: Tizio è una persona *perbene*. Cioè, sarà quel che sarà sul piano scientifico, ma è persona che non bara, non tradisce, non rinnega la parola data. Quello che soprattutto contava non era badare al successo, ma essere kantianamente a posto con le regole della morale.

Aveva una profonda formazione culturale, letteraria ed artistica. Era una lettrice fedele della grande letteratura europea, cui dedicava diverse ore della giornata. Nell'ultimo decennio, ha sistematicamente riletto tutti i grandi capolavori gustati in gioventù; e mi confidava che solo ora, sul declinare della vita, aveva veramente letto, cioè capito. Anche qui non faceva concessioni alle avanguardie di vario tipo. La Sua dimensione naturale era il romanzo. Il grande romanzo dell'800, cioè i tentativi organici di esprimere l'uomo colto in tutte le sue passioni.

Ma non si può dire di Lei se non si è conosciuto Suo marito e non si è almeno intravisto, come a me è accaduto ovviamente molto tardi, quale deve essere stata la comunione di vita di queste due anime. Ho potuto averne la conferma la mattina del 17 gennaio u.s. quando, adempiendo

ad un triste mandato assegnatomi molti anni prima, ho fatto distruggere, a Viareggio, la reciproca corrispondenza, per circa trent'anni, in tanti pacchetti ordinati anno per anno dal 1928.

Emilo Gilardi, il signor Emilio, era un uomo singolare ed affascinante. Di ventitré anni più anziano della Signora, era di famiglia piemontese trasferitasi presto in Toscana. Il suicidio del padre sconvolse il giovane liceale, che interruppe gli studi regolari mai più ripresi, emigrò in Germania alla fine del secolo e vi rimase dieci anni variamente lavorando, impadronendosi perfettamente non solo della lingua (per questo, nei successivi anni fiorentini, regolarmente traduceva per l'amico penalista Paoli, fratello del grecista Ugo Enrico), ma di quella cultura nelle sue diverse manifestazioni. Raccontava spesso, con commozione, che gli operai tedeschi avevano la possibilità di ottenere permessi per andare ai concerti. Venne poi a Firenze per circa dieci anni, lavorando al *Nuovo Giornale* e frequentando le chiosche artistiche del Paszkowski e delle Giubbe Rosse. Era poi calato a Roma, andando a lavorare in Confindustria dove, nella seconda metà del ventennio, data la sua conoscenza del tedesco, venne messo a capo dell'ufficio esteri. Aveva scritto tre libri di varia umanità: uno nella collezione de *La Voce*, uno nel 1931 (dedicato alla Signora) ed uno in questo dopoguerra sotto lo pseudonimo di I.G. Noto, carezzando una sorta di particolare sincretismo religioso. Era anche pittore, ma non espose mai. I bei quadri, che sono stati nelle belle case della Signora, sono prevalentemente di Lui. Sono quadri senza alcuna concessione alle mode d'avanguardia, di fattura severamente classica e un poco rarefatta, apollinea e non dionisiaca; così esprimendosi un'opzione per la vita e per i valori che era comune ad entrambi. Nella primavera del 1944, Emilio Gilardi cadde in una delle ultime retate della rabbia finale nazifascista; se la Signora non si fosse disfatta di tutti i suoi beni più cari per pagare un pesante riscatto (con tutta probabilità andato non ai tedeschi, ma ai sozzi intermediari indigeni) Lui probabilmente avrebbe potuto trovarsi, il 4 giugno, a La Storta.

Col signor Emilio c'erano i lunghi viaggi, nel mondo non ancora turistizzato a livello di massa, alla ricerca dei segni della civiltà. C'erano i lunghi soggiorni nella Viareggio di un tempo, col sogno poi realizzato della casa. A Viareggio c'erano le tracce ancora vive, specie al Caffè Margherita, di Puccini e Petrolini; come ha cantato poi, meravigliosamente, Tobino. E vicino c'era il Forte dei Marmi, col famoso caffè sotto i platani, ritrovo di artisti e scrittori. Da tutto questo, l'amore infinito per il bello e per il mondo, come ha detto esattamente nel suo necrologio sul giornale Pietro Ichino. L'amore per la pittura, per la musica, spesso

ascoltata nei famosi templi germanici. Le case, a Roma e a Viareggio e per diversi anni a Milano, così belle e complete, senza alcuna paccottiglia di sapore dannunziano. E i grandi viaggi, specie nell'ultimo venticinquennio, pressoché in tutto il mondo, nel desiderio di tutto conoscere. Li preparava con cura, con intense letture sull'ambiente, sulla storia, sulle varie componenti; con l'impegno, nell'eletto gruppo organizzato dal bolognese Prof. Cammelli, d'intrattenere una sera, reciprocamente, i compagni di viaggio su un aspetto del Paese visitato. A quasi ottant'anni, questa Signora trascorse un discreto periodo in tenda, adattandosi al vitto localmente possibile, in Mongolia, tutta paga delle meraviglie della natura.

Il Suo tono, malgrado il carattere quasi familiare instauratosi per la frequentazione ultratrentennale, era però sempre riservato e discreto. Non ho mai saputo esattamente su quale simbolo cadesse la Sua crocetta nel segreto dell'urna. Le cose più importanti ed anche gravi della vita venivano dette, nel contempo istintivamente e volutamente, *en passant*, con un implicito invito a sorvolare, a tirare innanzi. Mi dette notizia della morte della Mamma al termine di una lettera in cui parlava di tante cose. Egualmente seppi dell'avvenuto matrimonio: « Poiché mi sono sposata, il mio indirizzo è ora ... ».

Sicuramente è andata preparata e serena all'appuntamento finale. Aveva avuto, fino a pochi anni fa, una salute di ferro, con le lunghe passeggiate anche in montagna, non disdegnando — Lei emiliana — i piaceri della tavola; ottima compagna giovanilissima per tutte le occasioni liete della vita. Da ultimo aveva avuto serie preoccupazioni di salute; ma le aveva gelosamente nascoste a tutti. C'era, in questi ultimi anni, il periodico fastidio alla gamba; forse segno di un più grave male incombente. Sperava sempre, come mi diceva, in una rapida fine liberatrice, quale fortunatamente ha avuto, forse senza accorgersi, per fatto cardiaco. Ma era preparata e aveva preparato tutto, perfino lasciando per le persone più vicine pacchi e pacchetti, con l'indicazione precisa del destinatario, con la sua bella calligrafia nitida, degradante nel corpo d'ogni singola parola.

Nel mio animo, in questi giorni, si accavallano continuamente le immagini. Quelle della lunga stagione felice, senza alcuna nube, quando l'incontro con la Maestra era in ogni caso una lieta parentesi di serenità, un'iniezione di ottimismo nel mio essere corrucciato. Quelle degli ultimi tempi, quando si cominciavano a notare i primi segni di malattia, gli iniziali impedimenti, il leggero divenire più piccola e curva; con una punta lancinante nel cuore, nell'impossibilità di cancellare il presagio dell'inevitabile. In particolare, l'immagine della prima mattina del 31

luglio 1984, quando alle 6 in punto, come avevamo fissato, la trovammo innanzi alla Sua casa a Viareggio, Riccardo Del Punta ed io, per andare insieme ai funerali di Aldo Cessari; perché anche in quell'occasione, pur avendo tante buone ragioni, non volle sottrarsi.

51.

# LA LEGGE PER I QUADRI (N. 190 DEL 13 MAGGIO 1985) (*)

1. La legge sul c.d. « riconoscimento » giuridico dei quadri, approvata a fine aprile nell'imminenza della grande consultazione elettorale amministrativa (anche sotto la minaccia della categoria interessata di disertare le urne ove non avesse avuto corso una proposta presentata da anni), non è di facile comprensione circa i possibili svolgimenti attuativi; con l'impressione, perfino e ad una prima lettura, che da un tale intervento possa in concreto derivare ben poco. Il testo è suscettivo, in più punti, d'interpretazioni assai divergenti. Questa prima analisi, che oggettivamente, per il materiale normativo esaminato, non può non essere problematica, è limitata alla questione specifica e centrale del c.d. « riconoscimento » della nuova categoria.

Tralascio, quindi, gli artt. 4, 5 e 6 della legge che esorbitano rispetto alla questione del « riconoscimento », per questa parte limitandomi ad un semplice cenno.

L'art. 4 facultizza la contrattazione collettiva a « definire le modalità tecniche di valutazione e l'entità del corrispettivo economico della utilizzazione da parte dell'impresa, sia delle innovazioni di rilevante importanza nei metodi o nei processi di fabbricazione ovvero nell'organizzazione del lavoro, sia delle invenzioni fatte dai quadri, nei casi in cui le predette innovazioni non costituiscano oggetto della prestazione di lavoro dedotta in contratto ». In sostanza la legge, non raccordandosi alla normativa di cui al r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 e rinunciando a porre in via diretta una nuova disciplina di diritto sostanziale, si risolve, in pratica, nell'auspicio che i contratti collettivi tengano conto, oltre che delle invenzioni in senso tecnico, anche delle *innovazioni* di rilevante importanza che possano essere progettate dal quadro; trovando giusto che,

---

(*) Dedico questo contributo al prof. Ugo Natoli coi sentimenti di stima maturati in un ventennio di consuetudine nella facoltà pisana, per il comune sentire in ordine alla doverosa serità del nostro lavoro.

nell'ipotesi, all'utilizzazione dell'innovazione da parte dell'impresa consegua il riconoscimento al quadro di un adeguato compenso economico. Poiché non c'era certo bisogno del permesso del legislatore per eventuali svolgimenti contrattuali nel senso genericamente indicato (e a parte, in ipotesi, i necessari raccordi con la legge del 1939), la valutazione del disposto come di mero auspicio mi pare inevitabile. Vuol dire che in futuro, se i risultati della contrattazione saranno nulli o inappaganti rispetto ad una esigenza di giustizia ritenuta ineludibile, il legislatore dovrà intervenire in diretta.

Per l'art. 5 il datore di lavoro è obbligato ad assicurare il quadro contro il rischio di responsabilità civile verso terzi, conseguente a colpa nello svolgimento delle mansioni contrattuali. Ma la previsione fuoriesce dai confini della nuova categoria, in quanto l'assicurazione deve aver corso per tutti i lavoratori che « a causa del tipo di mansioni svolte, sono particolarmente esposti al rischio di responsabilità civile verso terzi ». Trattasi, così, di una norma *generale* per tutti i rapporti di lavoro. In pratica si generalizza quanto è stato spesso previsto, nella contrattazione collettiva più recente, per dirigenti e funzionari, con clausole che, invero, sollevano molteplici interrogativi (1). Ma si richiede che si tratti di lavoratori *particolarnente esposti* a questo rischio, forse per la notevole intrinseca probabilità potendo costituire un indice la frequenza del contenzioso in fatto verificabile, così con molte incertezze applicative. L'omissione assicurativa dovrebbe comportare l'obbligo dell'impresa di far indenne il lavoratore dalle conseguenze negative dell'azione del terzo. Naturalmente il fatto che, di norma, il terzo preferisce aggredire l'impresa responsabile di massima per il fatto del suo dipendente (art. 2049 c.c.), influirà sul livello dell'onere assicurativo secondo la logica di mercato. Piuttosto resta da vedere se implicitamente la norma incida sulla possibilità dell'impresa di rivalersi, in ultima analisi, sul dipendente per quanto erogato al terzo danneggiato; questo mi sembra il punto degno di maggiore attenzione.

L'art. 6 modifica, nell'area del lavoro dirigenziale e dei quadri, l'art. 2103 c.c. quale risulta dall'art. 13 statuto dei lavoratori. L'utilizzazione del lavoratore nelle mansioni superiori di quest'area, comporta la definitiva acquisizione della superiore posizione di lavoro quando la destinazione si sia protratta per tre mesi o per il periodo superiore eventualmente previsto nei contratti collettivi. A questo livello i contratti collettivi ben possono stabilire un periodo *superiore* a quello di tre mesi

---

(1) V. R. Diamanti, *L'esonero contrattuale del dirigente dalla responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 2, 355.

generalmente considerato come massimo, per la generalità dei lavoratori non direttivi, dalla legge. L'art. 13 dello statuto al contrario fa salva, sempre generalmente finora, l'abbreviazione del periodo; ora, invece, nell'area direttiva, tre mesi sono il minimo, potendo i contratti andare oltre. Si prevede, rispetto alla legge, una normativa contrattuale peggiorativa, come talora è avvenuto nella legislazione degli ultimi anni. Implicitamente si assume che tre mesi di esercizio di fatto delle mansioni possano essere pochi per divenire per sempre o dirigenti o quadri.

2. Al fine di cercare d'intendere per il meglio l'innovazione legislativa per quanto attiene specificatamente al « riconoscimento giuridico » della nuova categoria, è bene ricapitolare nelle grandi linee il movimento sociale che ha portato alla riforma. Il movimento dei « quadri e dei tecnici » è in azione da qualche anno; esplose all'attenzione generale, preoccupando le dirigenze del sindacalismo federato e della classe politica, con la famosa marcia torinese dei quarantamila, in occasione del grosso conflitto alla Fiat. Si ha l'impressione che in esso confluiscano, confusamente, varie componenti. Da una parte gli appartenenti alla vecchia struttura organizzativa delle imprese; dall'altra figure professionali del tutto nuove, specie a livello tecnico, maturate in ragione del continuo ed accelerato processo di modificazione e di perfezionamento delle tecnologie. Cioè vecchie e nuove realtà. Il movimento ha trovato, in genere, il suo cemento nella mortificazione retributiva delle più elevate professionalità (derivata dalla politica egualitaria perseguita dal sindacalismo « ufficiale » nell'ultimo quindicennio), nella degradazione del ruolo, nella mancata emersione di una regolamentazione normativa per le svariate peculiarità di posizione. Attorno a questo nucleo determinante sono sorte svariate associazioni e raggruppamenti, con una ridda di sigle nelle quali non è facile orientarsi. Grosso modo, abbiamo associazioni di tipo assai diverso: sindacali e no o professionali. Vi sono associazioni che si definiscono prettamente sindacali e puntano con decisione al contratto specifico di categoria. Vi sono, invece, sodalizi che non perseguono la via sindacale diretta o autonoma, ritenendo sufficiente che la specifica posizione dei quadri trovi appagamento nella contrattazione collettiva tradizionale, come conseguenza, specialmente, del processo autocritico antiegualitario del sindacalismo « ufficiale ».

La via della specificità sindacale non ha segnato finora significativi successi, per la generalità delle opposizioni. Vi è, per comprensibili ragioni, l'opposizione del sindacalismo tradizionale. Vi è quella della parte sindacale imprenditoriale: fare un contratto specifico comporterebbe, quanto meno, la necessità di allargare i cordoni della borsa in una

congiuntura di crisi e rispetto ad una zona della forza lavoro non facilmente determinabile né definibile. Non vi sono molte simpatie nemmeno da parte della dirigenza; meno che mai per l'ipotesi di allargamento dei confini di questa superiore categoria.

Di fatto il sindacalismo dei quadri ha tentato di affermarsi in diverse realtà aziendali, costituendo autonome rappresentanze sindacali ed invocando l'esercizio dei diritti sindacali di cui allo statuto dei lavoratori. La rivendicazione in genere non ha avuto successo, opponendosi *ex adverso* la mancanza, in quelle associazioni, dei requisiti di maggiore rappresentatività di cui allo statuto dei lavoratori. Solo per quanto attiene alla trattenuta dei contributi sindacali sulle retribuzioni, in genere, la risposta della magistratura è stata positiva (2); a ragione, in quanto l'art. 26 statuto dei lavoratori non richiede il requisito della maggiore rappresentatività.

È in questo contesto che la categoria ha puntato ad un rafforzamento della sua causa, cercando di ottenere una sorta di riconoscimento giuridico della sua specificità. Di qui le proposte di modifica dell'art. 2095 c.c., della norma che considera le grandi suddivisioni del mondo del lavoro; con la previsione, accanto alle categorie tradizionali dei dirigenti, degli impiegati e degli operai, di quella nuova dei « quadri e dei tecnici ». Proposte presentate, con alcune varianti che qui non interessano, da pressoché tutti i gruppi parlamentari, per comprensibili ragioni di concorrenza politica. I quadri costituiscono una massa non trascurabile elettoralmente. A parte la più accentuata, intima simpatia di partenza, alla stretta finale nessuno ha voluto essere da meno; e ogni partito ha voluto neutralizzare il possibile effetto positivo del riconoscimento giuridico per i partiti concorrenti, secondo la logica deteriore della democrazia parlamentare.

Su queste diverse proposte di modifica dell'art. 2095 ebbi occasione di pronunciarmi, in una relazione ad un convegno promosso dal partito liberale (3), in senso assai critico. Non ho da rinnegare, nella sostanza, quella conclusione, in un certo senso inevitabile dal punto di vista strettamente giuridico; anche se vi fu in me, se così può dirsi, un certo filisteismo di mestiere. Solo successivamente ho capito il senso politico dell'operazione ed ho anche apprezzato le *ragioni politiche* della medesima, proponibili ancor quando un'innovazione è di dubbia consistenza

---

(2) V., da ultimo e per riferimenti, *La giurisprudenza in materia di lavoro nel 1983*, a cura di Pera e Del Punta, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1984, 603, spec. n. 47.

(3) V. Pera, *Democrazia in fabbrica ed evoluzione sindacale*, in *Lav. prev.*, 1981, 437.

sul piano dell'ordinamento. Dissi, nella sostanza, che a ben poco serve includere nella ripartizione del codice anche i quadri e i tecnici, se non si chiarisce la nozione della nuova categoria e, soprattutto, se non vengono chiarite le particolarità di regolamentazione della medesima. Per noi giuristi, i « nomi » hanno un senso solo in quanto esprimono cose concrete. Ma poco dopo, in una riunione ristretta volta a trarre le conclusioni operative dell'incontro, il massimo responsabile di settore constatò (dopo aver registrato la confluenza nella mia conclusione di giuristi di diversa collocazione ideologica) che certamente la proposta era opinabile; sennonché, tra pochi giorni, il segretario di un partito prossimo, e quindi concorrente nella zona dell'opinione, sarebbe andato a Torino a promettere la riforma legislativa e non si poteva essere da meno.

Successivamente ebbi a difendere un sindacato di quadri in un procedimento *ex* art. 28 statuto dei lavoratori, promosso per il mancato riconoscimento dei diritti sindacali in un'impresa a p.p.s. Ed anche questa battaglia non rinnego, semplicemente perché, da liberale, mi ripugna ogni pretesa di togliere libertà alla gente. Il procedimento si concluse, allo stato del diritto esistente, nel migliore dei modi. Avendo avuto la ventura di imbattermi in un magistrato di eguale sensibilità civica, vi fu la declaratoria di antisindacalità per il rifiuto alla trattenuta dei contributi associativi e per la negazione del diritto di affissione in un'azienda in cui tutti potevano affiggere, compresi i più diversi sodalizi, purché ottenessero l'*imprimatur* del consiglio unitario di fabbrica. Per tutto il resto il pretore sollevò incidente di costituzionalità, tuttora pendente, nella misura in cui l'art. 19 statuto dei lavoratori pare riferire i diritti sindacali in azienda esclusivamente al sindacalismo generale, quando al contrario l'art. 39 Cost. prende in considerazione il sindacalismo al livello di categoria (4). Sull'ordinanza vi è stato un interessante dibattito (5). Ora si tratta di vedere se ed in quale misura la recente riforma legislativa influisce su quell'incidente; potendosi prospettare l'eventualità che la Corte costituzionale restituisca gli atti al giudice *a quo* per la delibazione della perdurante rilevanza della questione.

Poi vi è stato il parere *unanime* del CNEL contro il progettato

---

(4) V. Pret. La Spezia ord. 15 luglio 1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, 325, con nota critica di M. GRANDI.

(5) V. *Maggiore rappresentatività del sindacato e nuovi problemi di legittimità costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1983, 155, con contributi di G. FERRARO, M. GRANDI, G. PERA, L. SPAGNUOLO VIGORTA.

riconoscimento, steso con la consueta maestria da Luigi Mengoni (6). Come ho raccontato altrove (7), *Mondo Economico* richiese una mia nota di commento; ma la pubblicò con diversi tagli sostanziali, laddove mettevo in rilievo la confluenza delle parti sindacali costituite, dal lato imprenditoriale e da quello dei lavoratori, contro un movimento universalmente ritenuto di disturbo per lo *status quo*. E così ripubblicai integralmente l'articolo su *Giustizia Civile* (vi sono ancora, vivaddio, fogli del tutto liberi), con alcune chiose, sottolineando la diversità di valutazioni sul piano dell'incontro corporativo in sede sindacale e, viceversa, su quello politico-parlamentare. In sede politico-parlamentare, non vi è solo il peso degli interessi precostituiti, ma si deve tener conto anche di quanto bolle nella società. Per fortuna, infatti, ogni cinque anni il parlamentare rischia la medaglietta per gli imprevedibili umori anche di parti trascurabili dell'elettorato. Cosicché, se le istituzioni sono democraticamente apprezzabili nella misura in cui riescono ad essere veicolo delle nuove esigenze che maturano nel corpo sociale, i « ludi cartacei » della democrazia parlamentare sono assai più apprezzabili dei possibili svolgimenti neocorporativi.

3. L'art. 1 della legge modifica il comma 1 dell'art. 2095 c.c.: dalla tripartizione finora conosciuta delle grandi categorie dei lavoratori subordinati, si passa alla quadripartizione, menzionandosi, tra i dirigenti e gli impiegati, in posizione intermedia, i *quadri*. Ma il punto critico dell'innovazione sta proprio nel capitolo di testa: non si sa bene chi sia il quadro né, conseguentemente, quanti siano, sia pure all'incirca, gli appartenenti alla nuova categoria. Secondo il pastone di Franco Locatelli che, in *Il Sole 24 Ore* del 24 aprile, precede il testo della legge, la nuova categoria, « secondo le ultime stime, conterrebbe circa 700.000 unità ». Secondo il sen. Toros (8) « sono interessati a questa vasta problematica all'incirca un milione o un milione e mezzo di persone ». Si può constatare come le stime siano fatte alquanto a casaccio; probabilmente perché, nella situazione confusa del movimento *statu nascenti*, si contrappongono declaratorie sommarie assai diverse della nuova figura professionale, anche per le varie realtà secondo i rami e le particolari caratteristiche delle imprese. In particolare ci si può chiedere se, nei settori del credito e delle assicurazioni, la nuova categoria di fatto coincida con quella

(6) V. il parere in *Mondo economico*, n. 31 del 9 agosto 1984, 58-59.

(7) In *Giust. civ.*, 1984, 2, 383.

(8) V. relazione alla Commissione del Senato del 10 aprile 1985, in *Senato della Repubblica*, Giunte e Commissioni, 338º resoconto.

conosciuta da decenni dei funzionari; dovendosi, però, ricordare come sia tuttora tormentato il contenzioso rispetto a questi assetti contrattuali conosciuti da decenni, specialmente nel settore assicurativo dove la declaratoria contrattuale è particolarmente ambigua. E in talune grandi imprese, anche metalmeccaniche, per regolamentazione puramente imprenditoriale, si è enucleata, al livello degli impiegati di prima categoria con funzioni direttive, un'area ristrettissima di funzionari, con particolari riconoscimenti economici.

Nel comma 1 dell'art. 2 della legge c'è, invero, un mezzo tentativo di definizione: « La categoria dei quadri è costituita dai prestatori di lavoro subordinato che, pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgono funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell'attuazione degli obiettivi dell'impresa ». Insomma il quadro è qualcosa di più dell'impiegato della massima categoria, qualcosa di meno del dirigente. Troppo poco. Tanto che, nel comma 2 e ripetendo il disposto già presente nel capoverso dell'art. 2095 c.c., si rinvia realisticamente alla contrattazione collettiva nazionale o aziendale per la determinazione dei requisiti di appartenenza alla categoria « in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura organizzativa dell'impresa ». Così la parola decisiva è alla contrattazione.

4. Ma il legislatore ha voluto stringere, sollecitare al massimo il chiarimento contrattuale per quanto attiene alla delimitazione della nuova categoria. Al generico rinvio alla contrattazione di diverso livello nel comma 2 dell'art. 2, fa seguito l'art. 3: entro un anno dall'entrata in vigore della legge, le imprese *provvederanno* a definire attraverso contrattazione collettiva l'attribuzione della qualifica di quadri, con le modalità stabilite nel comma 2 dell'art. 2 (dove, invero, non c'è traccia di modalità di sorta, salvo il generico rinvio alla contrattazione). Provvederanno, cioè, alla lettera, per il valore impegnativo del termine; ci sarebbe obbligo, per le imprese, di definire contrattualmente gli estremi della nuova categoria e di procedere all'inquadramento.

Ma si può dubitare che le cose stiano veramente in questi termini. Non è pensabile che la norma possa essere interpretata come fondante un obbligo a stipulare; anche perché, intendendola in questo senso, ne deriverebbe una questione non infondata di legittimità costituzionale, per l'aperta violazione della libertà sindacale e della libertà contrattuale *tout court*. Sul piano contrattuale e nel merito la nuova categoria emergerà solo se e in quanto potrà esservi il libero incontro di volontà tra la parte imprenditoriale e la parte sindacale contrapposta. Al massimo, potrà parlarsi di un obbligo a trattare secondo buona fede. L'eventuale

inosservanza è di dubbia sanzionabilità; a maggior ragione, ove si accettasse l'interpretazione puramente letterale dell'obbligo a concludere.

Si deve ritenere che questo disposto ha solo il valore politico di una sollecitazione, in una normativa di sostegno affinché si identifichi la nuova categoria. Ove il disegno complessivo politico debba ritenersi serio, si può presumere una sorta di riserva implicita del legislatore: vi diamo il termine di un anno per risolvere in sede contrattuale; altrimenti potrà esservi un intervento diretto della legge con la declaratoria della nuova figura professionale, sul modello della legge impiegatizia del 1924.

5. Con quali organizzazioni sindacali deve aver corso la contrattazione di svolgimento? Probabilmente molti hanno pensato che, com'è ovvio, la contrattazione deve aver corso, nella logica del « riconoscimento giuridico », con le organizzazioni sindacali specifiche dei quadri; appunto perché questi intendono sottrarsi al dominio non gradito del sindacalismo confederale ufficiale. In realtà, le cose non stanno così. L'art. 2/2 parla genericamente di contrattazione collettiva nazionale o aziendale; e, quindi, è possibile, in astratto, che si provveda coi contratti stipulati dal sindacalismo generale per tutti i lavoratori non dirigenti. Tanto più che, alla stretta finale dell'approvazione della legge, è stato eliminato, a seguito di forti contrasti, un articolo che riconosceva formalmente le associazioni professionali dei quadri. La previsione era assai singolare in sé. Nel nostro ordinamento, in ragione del principio di libertà sindacale, nessuno ha bisogno di una norma che riconosca formalmente la possibilità di organizzarsi autonomamente a fini sindacali. Sennonché, nello specifico contesto di questo intervento, la norma poi scartata avrebbe avuto il valore inequivocabile di un riconoscimento dell'esclusiva della rappresentanza al nuovo sindacalismo di questa categoria, con esclusione di quello generale. La formula sarebbe stata, per altro verso, di dubbia costituzionalità, perché il legislatore non può interferire nelle libere scelte della gente in materia di affiliazione sindacale; e i quadri possono preferire, anche in futuro, di farsi rappresentare dal sindacalismo generale.

Ricorro all'esempio che faccio solitamente a lezione per spiegare come, nell'attuale ordinamento, possa aver corso l'autoinquadramento delle categorie nel rispetto del principio di libertà sindacale. Attualmente i lavoratori della cantieristica affluiscono alla generale categoria metalmeccanica, quale tradizionalmente assestata. Può sorgere un sindacato che, invece, aspira all'autonomia contrattuale, nella configurazione di una nuova categoria autonoma (tutto in materia è convenzionale). Questo sindacato avrà ragione se potrà comprovare di avere il consenso

della maggioranza dei lavoratori dei cantieri; se, invece, la maggioranza preferirà ancora il tradizionale inserimento nella metalmeccanica, la pretesa autonomistica è destinata all'insuccesso. Così nella situazione dei quadri: il sindacalismo autonomo potrà aver corso (e si potrà arrivare al contratto collettivo specifico) solo se la maggioranza dei quadri consente e se la controparte imprenditoriale sarà pure d'accordo (il contratto collettivo può farsi ad un certo livello solo se nello schieramento contrapposto sociale si è d'accordo). Si potranno avere i più diversi orientamenti per ramo di attività o di imprese. Il sindacalismo autonomo dei quadri può eventualmente farcela da qualche parte, risultare sconfitto altrove.

Con questa legge l'autonomia sindacale dei quadri non è cosa fatta. È cosa che, al contrario, va conquistata duramente sul terreno della lotta e la partita è del tutto aperta. Nei sodalizi della nuova categoria comincia ad avvertirsi il problema, come consta da talune notizie giornalistiche (9).

6. Cosa potrà succedere se il termine previsto di un anno per la contrattazione passerà, globalmente o parzialmente, invano e il patrio legislatore si dimentichi, come è possibile, della riserva implicita ora ricavabile dalla legge? Sul piano normativo, direi niente di particolare, per il comma 3 dell'art. 2: « Salvo diversa esplicita disposizione ai lavoratori di cui al comma 1 si applicano le normative riguardanti la categoria degli impiegati ». Cioè, se non sopravviene una specifica normazione, ai quadri continuerà ad applicarsi quella generale degli impiegati. In sostanza, il legislatore si è realisticamente rappresentato l'ipotesi possibile del mancato svolgimento contrattuale, ed ha risolto il problema. Non saremo nel vuoto.

Sul piano dei trattamenti retributivi, la prospettiva potrebbe essere diversa. Posto che ormai, per legge, debbono considerarsi quadri quei lavoratori che, nello strato superiore impiegatizio, svolgono funzioni continuative di rilevante importanza è, almeno teoricamente, aperta la via a determinazioni giudiziali di superiori livelli retributivi, in applicazione dell'art. 36 Cost. Infatti la norma costituzionale impone di tener conto della diversa qualità del lavoro. È una prospettazione di cui sono del tutto convinto e che tentai di esperimentare in un caso, ed invano,

---

(9) V. in *Il Giornale*, 26 aprile 1985, 17, il servizio di F. Bianchessi, *I quadri aziendali ora temono di essere sottoposti ai sindacati*, e *ivi*, nel numero di domenica 5 maggio 1985, 10, la notizia che l'Union-quadri intende aprire sollecitamente vertenze aziendali.

innanzi ad un pretore (10), in una causa che ora si trascina da alcuni anni in appello. La nuova categoria può cercare di utilizzare, oltre la pressione sindacale diretta, anche questa strada. Non v'è dubbio che una consistente predisposizione di una parte della magistratura del lavoro in questa direzione, potrà avere un notevole peso sollecitativo di sviluppi contrattuali; giacché, nell'ipotesi, la parte imprenditoriale preferirà la certezza delle determinazioni pattizie. In quest'ordine d'idee, l'effettività dell'innovazione legislativa è in una certa misura nelle mani dei giudici.

7. Nell'immediato, la questione di estrema attualità è se la legge dia titolo al sindacalismo autonomo dei quadri per invocare nelle imprese l'esercizio dei diritti sindacali ai sensi dello statuto dei lavoratori. Ad una prima valutazione si dovrebbe rispondere negativamente al quesito. Allo stato non consta che questo sindacalismo abbia stipulato, in riferimento alla lett. *b*) dell'art. 19 dello statuto, contratti applicati nelle imprese. E, in riferimento alla lett. *a*), dovrebbero negarsi gli estremi della maggiore rappresentatività a livello confederale, secondo la lettura solitamente data della norma.

In realtà, la questione non pare così sicura. La versione corrente nella *vulgata* (secondo la quale il titolo terzo dello statuto farebbe esclusivo riferimento al sindacalismo generale come comunemente inteso) non è del tutto sicura e v'è margine per una conclusione diversa.

Ad es., è sempre stato pacifico, anche se si omette solitamente di dirlo, che la previsione dell'art. 19 non annulla, anche ai fini sindacali, la specificità della categoria dirigenziale. Tradizionalmente i dirigenti stanno a sé, non sono rappresentati dal sindacalismo generale. Certo di norma, nelle imprese, i dirigenti si contano sulla punta della dita e non si pongono problemi di accorpamento sindacale. Ma nelle grandi aziende, e specie nei gruppi, la situazione è diversa e vi sono anche accordi che esplicitamente dispongono in tema di costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali e di diritto di assemblea, sul presupposto di adeguata consistenza numerica. Inoltre l'art. 23 dello statuto, in tema di permessi ai dirigenti delle r.s.a., reiteratamente collega le rappresentanze medesime alle *categorie* per le quali sono organizzate. Il materiale normativo è, quindi, neutro. In un sistema basato sul principio di libertà sindacale, non si possono impedire gli sviluppi del sindacalismo in senso professionale, ad es., di quello degli impiegati, indipendente da quello degli operai. Vi è poi la recentissima sentenza n. 34 della Corte costituziona-

(10) V. Pret. Livorno 31 maggio 1979, in *Dir. lav.*, 1980, 2, 7, con nota di P. Magno.

le (11) che, sia pure con una certa sorpresa, ha riferito la garanzia della libertà sindacale alla categoria in senso elementare, misconoscendola per l'organizzazione complessa di secondo o di terzo grado.

Ora abbiamo una legge che riconosce questa nuova categoria; onde è aperta la prospettiva che essa si sviluppi in sede sindacale del tutto autonomamente. Sta, ancora una volta, la nuova distinzione che la legge ha introdotto, certamente valida sul piano dell'ordinamento generale (ai fini, soprattutto, di una specifica regolamentazione normativa sostanziale dei particolari rapporti di lavoro) non legittima automaticamente l'eventuale sindacalismo « autonomo », attribuendo al medesimo l'esclusiva della rappresentanza per la nuova categoria (con titolo, quindi, all'esercizio dei diritti sindacali). In un sistema di libertà sindacale, la legge non può fare tanto, coartando le libere scelte, in primo luogo a livello individuale.

I quadri, quindi, dovranno conquistarsi, se la vogliono, la specificità sindacale sul campo. Il sindacalismo autonomo potrà aver titolo solo ove comprovi di aver dalla sua almeno la maggioranza di quanti si ritenga che facciano parte della categoria di riferimento.

Ed è chiaro che, in questa situazione di enucleazione della nuova categoria, non potranno richiedersi, come requisiti di maggiore rappresentatività, quelli felicemente individuati nell'art. 2 della legge 18 novembre 1977, n. 902 sull'attribuzione del patrimonio dei soppressi sindacati fascisti (consistenza numerica, distribuzione organizzativa, partecipazione alla contrattazione e al contenzioso del lavoro in senso vasto). Codesta specificazione può aver senso, in un momento dato, per i *beati possidentes*, per le organizzazioni precostituite cui il legislatore ha ritenuto di fare riferimento. Chi lotta per affermare il suo diritto ad esistere, non può certo accampare titoli di partecipazione contrattuale, stante il pregiudiziale rifiuto della parte sindacale imprenditoriale e dei sindacati concorrenti. Potrà dimostrare la sua presenza nel contenzioso, nei limiti in cui questo è possibile, per la pressoché totale inesistenza, allo stato, di regolamentazioni normative ed economiche specifiche; la consistenza e la diffusione organizzativa e, soprattutto, la consistenza numerica nell'area di riferimento. Qui conta per definizione, soprattutto, il processo di *autodeterminazione della categoria*. Certamente gli imprenditori sono tuttora liberi di non riconoscere i quadri, di non voler intrattenere con le associazioni che ne pretendono la rappresentanza rapporti contrattuali. Ma non possono negare, se sussistente, il fatto della

---

(11) V. in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 153, con nota di S. Magrini, nonché in *Giust. civ.*, 1985, I, 607, con mia osservazione.

maggioritaria adesione di quanti si autodefiniscono (a torto o a ragione non importa) quadri, secondo quanto risulta, ad es., dalla destinazione dei contributi associativi giusta prelievo sulle retribuzioni, e secondo quanto la giurisprudenza ha generalmente finora ammesso. In una situazione embrionale, di sviluppo, la maggiore rappresentatività fa corpo con la capacità d'organizzazione in fatto della nuova categoria.

La questione è aperta e si può giuocare solo in termini di reale capacità aggregativa del nuovo sindacalismo, da dimostrarsi eventualmente anche nei procedimenti di repressione della pretesa condotta antisindacale. In quest'ordine di idee forse, sopravvenuta la legge, c'è spazio per una parola decisiva da parte della Corte costituzionale nell'incidente di costituzionalità sopra ricordato; potendosi argomentare dalla legge che non c'è preclusione di principio all'esistenza di questo sindacalismo e all'esercizio da parte del medesimo dei diritti sindacali previsti; purché *in fatto* se ne dimostri la maggiore rappresentatività nei termini qui accennati.

8. Tiro le fila del discorso. La legge, a parte il riconoscimento formale di principio, non dà direttamente niente alla nuova categoria in termini di regolamentazione normativa ed economica dei rapporti di lavoro; offre poi al sindacalismo autonomo dei quadri una mera *occasione politica*, un'opportunità da giocarsi nel rapporto di forza e nella concorrenza col sindacalismo generale. In tal senso si è espresso del resto, lucidamente, il sen. Toros nel luogo citato: « Considerazioni politiche di ordine generale impongono di soddisfare tale richiesta, superando perplessità ed obiezioni che pure sono state avanzate, forse lecitamente »; rilevando poi il medesimo relatore « ... come la modifica dell'art. 2095 c.c. probabilmente viene richiesta per precostituire un supporto legislativo a strategie sindacali, che attualmente rischiano di essere schiacciate tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori subordinati e quelle degli imprenditori ».

In astratto, *dal punto di vista giuridico*, per la propensione naturale del giurista a digerire interventi legislativi organici siccome rivolti alla regolamentazione di dati rapporti sociali, questa legge è ben misera cosa. Ma ha un rilevante significato politico di supporto alla causa dei quadri, nella loro battaglia. E chi sia critico rispetto al monopolio del sindacalismo generale impostosi finora (critico, in particolare, della politica egualitaria finora perseguita) *può essere politicamente d'accordo*. La legge è così solo un momento della lotta nella contrapposizione di diverse politiche del lavoro. Allo stato, e con tutte le incognite aperte, ha il generale consenso di pressoché tutti i gruppi politici; anche quello

comunista, come risulta dalla dichiarazione del sen. Antoniazzi (12), ha voluto la sollecita approvazione della legge.

Ed è anche moralmente giusto che sia così, che si tratti solo di un'occasione offerta. Il vecchio sindacalismo operaio ha conquistato duramente sul campo, partendo da una situazione di spietata repressione legale, il suo elementare diritto all'esistenza e al riconoscimento. Non può esservi provvidenza compiacente di legge. La storia ora si ripete, in piccola parte, per il sindacalismo dei quadri.

9. Per altro verso questa recente legge è dubbia, al di là della finalità specifica, nel contesto generale. Si è aggiunta la nuova, quarta categoria alle tre già considerate, nell'epoca in cui la distinzione di base tra impiegati ed operai è pressoché inconsistente. Al di là dell'inquadramento unico conquistato nella tornata contrattuale del 1973, sul piano dell'ordinamento generale quella già storica distinzione è in via di superamento nella concretezza dell'esperienza giuridica. Nel 1990 sarà acquisita la piena equiparazione ai fini del trattamento di fine rapporto. Restano ancora talune differenze di trattamento nella contrattazione per specifici istituti, ad es., per quanto attiene alla misura delle ferie o del preavviso; ma sono differenze sempre più intollerabili, presumibilmente da eliminarsi negli ulteriori sviluppi contrattuali (13).

È in questo contesto che, nel processo di fabbricazione della legge per i quadri, da qualche parte si è proposta l'idea radicale di sopprimere del tutto nel codice la norma sulla distinzione dei lavoratori per categorie professionali. Ed in verità, in astratto, la soluzione potrebbe aver corso. Nella logica del rapporto di lavoro è essenziale determinare le mansioni cui il lavoratore è contrattualmente tenuto; soccorrendo, per eventuali modificazioni, l'art. 13 dello statuto dei lavoratori; ed essendo poi essenziale che si determini, rispetto alle determinate posizioni di lavoro, il corrispondente trattamento economico e normativo. Anche se, poi, è proprio al fine della determinazione dei trattamenti corrispettivi, che vengono fuori le classificazioni, come tentativi di mettere ordine, con comparazioni, ragguagli, stime di valore equivalente, nella congerie infinita delle diverse posizioni di lavoro. È una tecnica che ha dalla sua la storia, perché le classificazioni per categorie, qualifiche, gruppi e sottogruppi sono collaudate da tempo immemorabile. Ed è il collaudo storico che attesta soprattutto della utilità sociale di certe tecniche. Resta da vedere se la sede più idonea per codeste operazioni sia quella

---

(12) V. resoconto citato alla nota 8.

(13) V. Pera, *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1983, I, 7.

legislativa o non piuttosto quella contrattuale collettiva; con specifico riferimento, qui, alle particolarità dei vari settori e delle diverse imprese.

La questione è grossa e aperta a tutti i possibili sviluppi. Ma è singolare che una legge del 1985, pur disponendo per la situazione politicamente sentita dei quadri, abbia nel contempo ribadito la distinzione di base impiegati-operai. In questa situazione sarebbe stato più logico dire più semplicemente « dirigenti, quadri, lavoratori comuni »; come di fatto credo che avverrà in questo scorcio del secolo (14).

---

(14) Su questo ha reiteratamente insistito, in particolare, Giugni nei suoi interventi critici sulla riforma legislativa; v. *Inutile il riconoscimento giuridico dei quadri*, in *Lav. infor.*, 1984, n. 2, 3; *I quadri d'azienda*, in *La Repubblica*, 15 giugno 1984; in *Il Sole 24 Ore*, 14-15 aprile 1985. Nella stesura del saggio non ho potuto tener conto dell'articolo di F. Mortillaro, *Il « quadro » ha la sua legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 maggio 1985, nel quale sono svolte diverse considerazioni interessanti. *Ivi*, nel numero 11 maggio 1985, v. la lettera polemica avverso Mortillaro del sig. L. Massobrio, nonché, ancora, a p. 11, una cronaca su di un accordo sindacale intervenuto con i sindacati confederali alla Enichem di Ferrara, con il riferimento delle reazioni negative delle organizzazioni dei quadri.

52.

# SUL PROGETTO DI RIFORMA DELLA FACOLTÀ GIURIDICA (*)

1. Una Commissione nominata dal ministro e presieduta dal prof. Elia, ha elaborato un progetto per la riforma del corso di studi nella facoltà giuridica. Su questo progetto debbono pronunciarsi, a breve, gli istituti e le facoltà. Se ne discute molto in giro, com'è comprensibile, con molti dissensi e con varie prese di posizione anche sulla stampa. Non c'è da meravigliarsi. Ancora una volta, rispetto ad un progetto del tipo, le valutazioni critiche hanno molta esca per il bene e per il male, con qualche granello di grano, ma anche con molto loglio; perché ogni studioso è sollecitato, consapevolmente o no, anche dal « nazionalismo » di materia o del proprio ordine di discipline. È naturale che chiunque abbia prescelto, come interesse di vita, una particella dello scibile sia portato ad affermarne l'essenzialità ai fini della formazione culturale e professionale. Così come ogni scrittore contemporaneo si duole della scarsa attenzione dedicata ai suoi libri, dimenticando che gli scrittori sono oggi migliaia e che il povero diavolo, alle prese con un mestiere può, al massimo, riservare una-due ore al giorno alla lettura (cosicché, tutto sommato, è più affidabile rileggere un classico collaudato).

In realtà, come ha notato Schiavone (v. *La riforma di "Legge"*, in *La Repubblica*, 12 luglio 1986) il progetto della Commissione Elia, pur essendo apprezzabile per talune proposte e, soprattutto, per alcuni suggerimenti di massima, non è un progetto rivoluzionario. Anzi è caratterizzato da molta prudenza; forse nell'intento, politicamente comprensibile, di avere un relativo grado di accettabilità, impedendo opposizioni radicali altrimenti prevedibili. A dire il vero, rispetto a questo

---

(*) Nel ricordo dell'amico Bruno Sereni (1895-1986) operaio della Metallurgica, autodidatta, esule antifascista, combattente ferito nella guerra di Spagna, fondatore e direttore, per quarant'anni, de *Il giornale di Barga* all'insegna dei valori di libertà e giustizia nel collegamento della nostra terra con tutti i figli sparsi per il mondo.

progetto, come rispetto ad altri ipotizzabili del tipo, personalmente sarei indotto a sollevare un'obiezione radicale di principio.

2. Al posto di qualsivoglia riforma astratta e a tavolino del piano di studi, preferirei un processo di inveramento di condizioni materiali favorite dalla realtà della scuola oggi largamente inesistente. Sarebbe preferibile, ad es., risolvere il problema edilizio, facendo in modo che negli atenei vi siano aule adeguate, biblioteche ben sistemate, possibilità per tutti, discenti e docenti, di stare con comodità. Sarebbe preferibile avere ricercatori in misura adeguata per garantire il lavoro di gruppo e seminariale, ecc. Basta visitare gli ambienti in alcune grosse università, dove gli studenti sono migliaia e migliaia e il personale docente formalmente in ruolo legione (ad es., nella facoltà romana de La Sapienza) per rendersi conto di quali siano, soprattutto, le ragioni vere della crisi. Sono convinto che, se fossero realizzate queste condizioni, per le quali occorrono soldi e non riforme, saremmo in grado di smerciare un prodotto eccellente nella quantità necessaria al mercato, anche con l'ordinamento scolastico attuale.

3. Confesso che il progetto non mi è per più versi chiaro. Se accolto, dovrebbe essere adottato, come si legge nella relazione, con decreto presidenziale e non con legge. Quindi non dovrebbe risultarne toccata la famosa legge sulla possibile liberalizzazione dei piani di studio. E così si vorrebbe capire l'impatto reale di questa riforma. Non mi è nemmeno chiaro il rapporto tra gli insegnamenti obbligatori e gli altri che debbono essere necessariamente attivati, ancora sul presupposto della permanente liberalizzazione. Solo gli esperti di diritto universitario, che nell'ultimo quindicennio è divenuto disciplina quanto mai astrusa, possono rispondere. Preferisco soffermarmi sui contenuti proposti.

Non sono del tutto convinto dell'opportunità dei tre indirizzi, forense, d'impresa e pubblico amministrativo (il primo obbligatorio, dovendosi istituire almeno uno degli altri due) pur constatando che, per l'entità delle discipline obbligatorie, le differenze di svolgimento sono destinate a non essere radicali. Non è consigliabile che il giovane faccia scelte premature, dando per scontate possibilità nel mercato tutt'altro che pacifiche. In secondo luogo non è convincente che il giurista chiamato ad operare nelle imprese o nei pubblici uffici possa essere un giurista che sa meno di quello avviato alle tradizionali professioni legali. Al contrario proprio chi non avrà domani la responsabilità diretta della gestione conflittuale e quindi processuale degli affari, potrà operare meglio sapendo sufficientemente di questa dimensione decisiva.

Non mi persuade che le istituzioni di diritto privato (oggi in pratica scomparse in talune sedi, per la distribuzione complessiva del civile in tre anni, con risultati spesso disastrosi per le discipline speciali) debbano essere insegnate per due anni, cioè grosso modo per 120 lezioni cattedratiche. Un corso biennale non è, per definizione, istituzionale. Certo ci si rende conto che rispetto agli sviluppi, alla complessità crescente, alla farraginosità del diritto contemporaneo, è sempre più difficile ridurre ordinatamente a sistema, estrarre le linee portanti. Ma se le istituzioni debbono esservi, com'è giusto, *hic Rodus, hic salta* ... Semmai sarebbe più sennato incentivare al fine le energie intellettuali; ad es., che il professore di istituzioni abbia doppio stipendio e che a questo insegnamento si possa accedere solo dopo dieci anni di insegnamento di civile o commerciale. Ma si sa, anche qui di norma la gerarchia funzionale è rovesciata in ragione dei comodacci baronali. Le istituzioni sono più impegnative e tediose e quindi si affidano al pivello che solo con l'età accademica avrà possibilità di ascendere a discipline più congeniali alla ricerca scientifica in senso proprio.

Forse, come ho detto, nell'intento di non imbattersi nella reazione rabbiosa delle corporazioni (qui nel senso più nobile) il progetto contempla ancora, nella divisione tra materie obbligatorie e materie obbligatoriamente da attivarsi, le tre tradizionali materie romanistiche. Non mi pare che sia possibile ancora questo lusso, pur con la massima comprensione (qui intinta anche da un poco di sofferenza), per una gloriosa tradizione culturale risultato di una bimillenaria esperienza in essere autentico fino al secolo scorso. Bisogna, sia pure con dolore, tagliare. Da *ex* liceale, del liceo classico ancora innamorato, soffro di questa conclusione che pur è socialmente inevitabile a livello di massa.

La mole e la complessità e la novità oggettiva del diritto attuale è tale che non possiamo permetterci il lusso di disperdere molte energie intellettuali nel diritto antico. Il taglio è inevitabile anche a livello di massa della scuola preuniversitaria; perché, se non vogliamo culturalmente errare, è vero che Goethe e Shakespeare valgono Omero e Virgilio, in quanto la classicità non equivale a vetustà, ma si risolve in una qualità dello spirito al di là dei tempi. Nella scelta, sono preferibili classici di lingue che siano oggi in commercio e non morte. Nella facoltà giuridica di oggi basta che sia attivato un solo insegnamento romanistico per consentire allo studente di rendersi conto, se vuole, di quanto sia perenne e vitale quella superba esperienza giuridica. Né ci deve spaventare il problema pratico, umanamente comprensibile, di trovare posto per colleghi altrimenti disoccupati. Il romanista è pure un giurista, spesso culturalmente più affinato di altri; ben può passare ad altra disciplina con

piene garanzie per l'insegnamento. Del resto in Germania i professori insegnano per gruppi di discipline, alternando. Conservare significa, inoltre, perpetuare all'infinito, giacché è ben noto che l'astratta possibilità del posto spesso orienta la vocazione scientifica, autorevolezza baronale dei maestri aiutando nel giuoco accademico. Se non risolviamo oggi, ci ritroveremo pari pari il problema nel 2020. Venga oggi la forza di un'operazione chirurgica indispensabile.

Non mi persuade « Storia delle codificazioni e delle istituzioni moderne ». Si tratta, a mio avviso, di un « capitolo » della storia del diritto moderno, da rendersi obbligatoria e divisa dalla mediovistica.

Infine lamento l'omissione, tra le materie obbligatorie, della previdenza o della sicurezza sociale (il nome non conta). Spero che qui non mi si accusi di « nazionalismo » disciplinare. Tutti i cittadini dello Stato moderno sociale hanno a che fare con questi problemi, e anche il modesto operatore giuridico non può esserne del tutto digiuno.

4. Certamente non possiamo essere contenti della qualità media del prodotto immesso nel mercato, abbiamo assoluta necessità, come ben ha detto Schiavone, di migliorarlo. I « certificati » che oggi rilasciamo sono, spesso, di scarsa attendibilità.

Perdurando gli effetti nefasti del « comprensivismo » lassista indotti dallo scossone contestatario (cui una buona percentuale di baroni vecchi e nuovi, quelli menefreghisti e curanti solo il proprio particolare, è ancora corriva), normalmente si esagera nelle votazioni negli esami speciali (quando già il ventiquattro a tutto tondo dovrebbe essere un buon voto); col risultato finale conseguenziale che le lodi di laurea sono inflazionate. Ma spesso questi lodati cadono agli esami di procuratore e di concorsi. In un ordinamento serio, queste sconfitte successive dovrebbero comportare una procedura di ufficio agli esaminatori tanto indulgenti, con conseguenti destituzioni. Si dovrà tornare pure alla regola del buon tempo antico, quando la lode dava pressoché la certezza del giovane d'eccezione, destinato a bruciare tutte le tappe della vita professionale.

I risultati naturalmente si scontano nelle aule di giustizia specie pretorile. Vi sono certo molti eccellenti, ma spesso capita anche il giovincello del tutto impreparato e smarrito, chiamato a decidere spesso, laddove la competenza è per materia, cause di enorme importanza o economica o di principio che turbano gli operatori più navigati. Estendendo la competenza per materia del giudice monocratico di carriera, si è omesso di disporre per un correttivo che ad ogni persona di buon senso

sarebbe altrimenti parso inevitabile: si vada a fare il pretore dopo dieci anni di lavoro nei tribunali come « aggiunto » nei collegi.

E tuttavia sono convinto che la causa determinante non sta in una pretesa inettitudine intellettuale di massa, secondo il facile schema corrente, ma nella scuola così come è male organizzata e cioè, fondamentalmente, nel corpo docente spesso neghittoso e lassista. Qualche tempo fa un valoroso collega, coautore di un importante manuale, alla mia osservazione che sovente quelle pagine sono difficili e astruse, mi disse che il libro era stato fatto per gli studenti intelligenti che sono ben pochi, non per la massa irrimediabilmente perduta. Mi stupì la risposta perché data da un uomo di sinistra; infatti dogma implicito della sinistra mi pare quello della potenziale perfettibilità di tutta l'umanità. Io penso esattamente il contrario. C'è certamente la zona dei non recuperabili, malgrado l'idiotismo egualitario coltivato nella recente stagione. C'è sempre il piccolo manipolo dei bravi per natura che in ogni caso sanno salvarsi da sé (malgrado, spesso, la mediocrità o la personalità bislacca di singoli docenti) e sanno trovare sempre da sé il libro giusto e il maestro vero. Ma c'è, soprattutto, la vasta zona centrale media, dello studente « qualunque », con doti normali di intelligenza e di laboriosità; lo studente che, messo al pezzo in una scuola seria e relativamente severa, può dare il meglio di sé e formarsi come buon avvocato e buon magistrato. A parte i bravissimi, una società è sana, può garantirsi buoni servizi se si ara a dovere in questa zona media. È qui che il professore deve lavorare e deve specificatamente essere valutato come tale, a prescindere dal valore prettamente scientifico della produzione cartacea. (Non tutti gli « scienziati » sono di necessità buoni professori; e gli « scienziati » veri, cioè scrittori di libri autenticamente nuovi come salti di qualità nella speculazione, sono di necessità pochissimi, forse dieci in un secolo; ma c'è pur posto per altre utili scritture, per altri generi letterari, ad es., nella esegesi paziente dei testi normativi e per l'indispensabile accompagnamento critico della giurisprudenza).

Per altro verso in quest'epoca, in quasi tutte le discipline di diritto positivo, è impresa quasi sovrumana per ogni studioso impegnato seguire gli sviluppi tumultuosi, contraddittori, a carattere accentuatamente regolamentare delle normative, sforzarsi di spiegarle con un qualche ordine in sistema, saperne dire per essenziale agli studenti. A prescindere dai giudizi finali di valore sul piano etico-sociale, sul piano normativo è tramontata, purtroppo, l'epoca aurea dei codici e delle poche leggi fondamentali, di testi a intrinseca proiezione secolare da poter serenamente ruminare nel tempo; era l'epoca del diritto « formale » nelle cui categorie si dispiegava appieno la possibile piena libertà del singolo,

naturalmente nel feroce condizionamento di massa della diffusa povertà. La grande rivoluzione francese è stata ovunque rimangiata in poco più di un secolo; risiamo alla barbarie antica dei particolarismi, del disordine programmato delle fonti, del labirinto inestricabile. In verità, non riesco a comprendere quella sorta di enfasi simpatetica per la « decodificazione » che vedo sovente in giro.

Il risultato è che il diritto è cresciuto per mole e per intrinseca difficoltà. E questo, come ho detto in altre occasioni, ha le inevitabili ripercussioni scolastiche. Il carico medio dello studente di oggi è cresciuto per quantici ed anche per qualità (tutto oggi è problematico, non c'è più spazio per la dommatica). Ai nostri tempi la facoltà giuridica era effettivamente, a livello della zona media, la più facile. L'altro giorno un bravissimo collega avvocato, che fu a suo tempo studente a ragione lodatissimo, mi ha detto che, nel seguire il figlio nella preparazione di un esame, si è smarrito.

Questa scuola serve a qualcosa? Il nostro lavoro ha veramente senso? Spesso vengono questi inquietanti interrogativi, ai quali non è agevole rispondere. Ad es., è inammissibile che la scuola « passi » del tutto ignorando le grandi-spicciole questioni giuridiche di massa che ognora, in questo stato schizofrenico, si abbattono sulla società con dei rompicapo che si riflettono perfino nelle cronache giornalistiche? Che si esca senza aver sentito mai parlare del condono edilizio o di quello previdenziale e di consimili delizie? Non dovremmo sforzarci di formare, con lo studente-qualunque, anche l'operatore-qualunque per l'uomo-qualunque, cioè per il povero diavolo della strada?

5. Il progetto di riforma del corso di studi s'incrocia con un altro disegno: quello, coltivato in un ristretto gruppo di studiosi delle professioni legali e di uomini politici, tirando le file il collega Di Federico, di introdurre il tirocinio postlaurea, combinando il meglio che può venirci dalle esperienze francese e tedesca (di quest'ultima riferì, in un libro di trent'anni or sono, Mauro Cappelletti). Per due-tre anni il laureato dovrebbe seguire il tirocinio con varie esperienze teoriche-pratiche, in modo da poter operare poi nella magistratura e nell'avvocatura adeguatamente attrezzato. Non è decente credere che si possano sommare i cinque anni di corso universitario, di cui al progetto Elia, con i successivi due-tre anni di tirocinio, perché non si può procrastinare di troppo l'ingresso al lavoro. Se viene il tirocinio, cinque anni di università sono troppi. Oppure si può pensare all'ipotesi inversa in un corso universitario complessivo, tale da soddisfare all'interno quelle esigenze per le quali dovrebbe essere preordinato il tirocinio successivo.

6. Come ho detto, le critiche al progetto della Commissione Elia sono varie e di diversa direzione, tenendosi conto non solo di quelle pubblicamente esplicitate, ma anche di quelle correnti « in corridoio » nella preparazione dei pareri delle facoltà. La cosa va presa, come ho accennato, con molta filosofia. Chiunque progetti, per qualcuno sbaglia. L'importante è registrare le diverse posizioni, con l'augurio che poi emerga una chiara volontà politica di scegliere in un senso o nell'altro.

La critica che mi pare più diffusa è quella di una certa ristrettezza culturale del progetto, eccessivamente incentrato, si dice, sulle materie tecniche (v. Scarpelli, in *Mondo economico*, 2 giugno 1986, nonché in *Il Sole 24 Ore*, 29 luglio, 4). Specialmente gli economisti si lamentano, in particolare, per il sacrificio della scienza delle finanze.

Su questo piano è difficile dire. In astratto, sul piano ideale, sarebbe bella una facoltà di ampio respiro culturale e nel contempo di severa preparazione professionale. Ma c'è un limite che deriva dall'esigenza di tenere i giovani nella scuola per il minimo indispensabile, permettendo loro di gettarsi quanto prima nella mischia. Se ci si pone in quest'ordine d'idee, è chiaro che sono le materie culturali a dover essere sacrificate. Ma Schiavone ha acutamente notato che « vi può essere più respiro in un bel corso di procedura civile che in uno pessimo di filosofia o di storia giuridica ». Il punto è proprio questo. In un buon insegnamento, della più arida disciplina, si può ben dar consapevolezza dei nessi e connessi e di tutto l'universo culturalmente indispensabile. Anzi è più funzionale quella consapevolezza generale che sorge dall'interno della specifica disciplina, come esigenza intrinseca, in luogo di quella pretesa che molte volte cala astrattamente dall'alto senza nessi evidenti con la naturale ed essenziale « prosaicità » dell'esperienza giuridica. D'altro canto deve dirsi che, in questi ultimi vent'anni, sovente l'insegnamento del diritto positivo (specie perché attraversiamo una fase largamente riformistica e autocritica), si è andato « culturizzando » e il formalismo perde sempre più terreno; anzi talora in questa direzione si esagera fino a dimenticare quello che è specifico del diritto, come accertata volontà politica precipitata nel senso dell'imposizione di regole per il vivere civile.

Né bisogna dimenticare che talora le materie economiche sono state insegnate solo nominalmente. Come ha ricordato Mengoni (v. servizio di C. Rengheteanu, in *Il Sole 24 Ore*, 15 luglio 1986, 19) talora la scienza delle finanze è stata messa da parte per insegnare solo il diritto tributario. Tutti sappiamo, e non dobbiamo dimenticarlo, che spesso il professore insegna « quello che gli pare ». Le grida non servono a nulla.

7. Della proposta Elia la cosa più interessante non è tanto la

precisa ipotizzazione dell'*iter* scolastico, quanto alcune indicazioni di massima o linee possibili di tendenza enunciate nella relazione. Ed è proprio sulle indicazioni che vorrei lavorare in questo contributo.

La prima indicazione importante è che potrebbe aversi un primo ciclo destinato a concludersi col semplice diploma. La seconda è la rivendicazione della centralità conclusiva della tesi. Ho sempre creduto alla tesi, pur rendendomi conto che una certa percentuale non è in grado di porsi a questo livello, che è fatica disperante indurre questi inidonei ad un minimo di esposizione ordinata del problema, che è sommamente ingiusto imporre, in questa zona bassa, questo impossibile cimento. Ma al livello medio ed alto, la tesi è veramente un'occasione unica nell'esperienza del giovane. Almeno una volta nella vita, provi ad affrontare a livello monografico un certo problema, a raccogliere sul punto tutte le contrastanti voci della dottrina e della giurisprudenza, a darsi un filone razionale, a pronunciarsi consapevolmente soppesando pro e contro. Quest'occasione è, in definitiva, la ragione più vera del legame culturale tra discente e docente; un legame che spesso, non a caso, resta anche affettivamente per tutta la vita.

A mio avviso c'e spazio per tre gradi: la licenza per la generalità dei lavori; il diploma per l'accesso all'avvocatura, al notariato, alla magistratura; la laurea per quelli che vogliono riservarsi l'accesso al vertice della magistratura (Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti) e dell'avvocatura a questo superiore livello. Per poter fare l'avvocato o il magistrato basta il diploma, ma solo chi poi si laurei può domani puntare al vertice. Con questo i tre gradi avrebbero concreti agganci esterni.

L'esigenza culturale si può, almeno in parte, soddisfare altrimenti, condizionando l'accesso all'università al superamento di un esame di ammissione, con una dissertazione scritta su un tema di storia moderna e successivo colloquio; così mettendo alla prova la scuola secondaria superiore. Non si dimentichi del tutto che, almeno un tempo, quando l'accesso era riservato ai provenienti dal liceo classico, la formazione culturale di base era data per scontata. Che forse spetta alla nostra facoltà fornire le componenti prime della consapevolezza etico-culturale?

8. C'è un punto importante sul quale non ho idee precise. Se si debba condizionare o no il passaggio ad anno successivo di corso al fatto di aver sostenuto tutti gli esami dell'anno precedente. La scelta nel primo senso è quello della scuola a tempo pieno, rigidamente programmata nei suoi svolgimenti, col superamento della pratica attuale dell'esamificio permanente che induce la gran massa alla frequenza occasionale, all'episodicità del lavoro propriamente scolastico. Un tempo gli studenti della

normale pisana dovevano sostenere inderogabilmente tutti gli esami dell'anno al primo appello di giugno, perché il 15 giugno irrevocabilmente si chiudeva. E non v'è dubbio che la prima prova di maturità è quella di saper organizzare il proprio tempo di lavoro (qui e nella vita la maturità dovrebbe essere permanente). Ma per tanto si esigerebbe che tutti gli studenti meritevoli fossero messi in grado di seguire questo regime severo, con adeguate borse di studio che consentano l'impegno a tempo pieno, secondo quanto il precetto costituzionale comanda. Non so se questo è possibile allo stato disastroso delle nostre finanze.

9. Mi si perdoni se passo ora a ipotizzare in concreto il mio progetto. Il ciclo per la licenza dovrebbe essere triennale. Quindici discipline. Al primo anno: storia del diritto moderno, istituzioni di privato, penale uno, amministrativo uno, costituzionale uno. Al secondo anno: penale due, civile, costituzionale due, tributario, lavoro. Al terzo anno: amministrativo due, procedura civile, procedura penale, commerciale, sicurezza sociale. Al termine l'ufficio, dando atto del superamento positivo degli esami, rilascia la licenza.

10. Per il diploma due anni. Questo biennio dovrebbe essere qualificato soprattutto da nuove discipline, dette *Esercitazioni* (di diritto privato e processuale, di diritto penale e processuale, di diritto amministrativo e procedura), affidate a docenti di superiore livello (con naturale ripercussione stipendiale) basate sostanzialmente sulla disamina critica di casi e problemi e con frequentazione, in forme da studiare, delle aule di giustizia e degli studi professionali. A queste esercitazioni dovrebbero aggiungersi altri esami obbligatori. Inoltre lo studente dovrebbe sostenere altri due esami liberamente scelti nell'ambito di diverse discipline obbligatoriamente attivate: romano, canonico, ecclesiastico, diritto delle comunità europee, fallimentare, bancario, penitenziario, sociologia giuridica, storia del diritto medioevale, informatica, ecc.). In concreto, nel primo anno: le tre esercitazioni, economia politica comparato, internazionale. Nel secondo: le tre esercitazioni, filosofia del diritto, internazionale privato. Quindi, nel biennio, undici materie obbligatorie e due libere.

Il biennio dovrebbe concludersi con un esame scritto e orale. Lo scritto in una delle tre esercitazioni, la commissione locale estraendo a sorte poco prima della prova; gli orali in tutte le discipline positive insegnate nel quinquennio. Evidentemente, con questo sistema, nessuno potrebbe permettersi di dimenticare qualsiasi parte del diritto anzi sistematicamente cercherebbe di rinfrescare ai fini della prova finale. E il diciottino di misericordia non servirebbe a nulla.

Il diplomato se ne va liberamente per la vita. Se vuole poi riservarsi la carriera di vertice, preparerebbe la tesi con tre tesine scritte, sostenendo la prova dopo alcuni anni dall'ingresso in magistratura o di avvocatura, dando piena prova di maturità.

Avrebbe fine l'attuale sistema di pseudomonografie ora, di norma, subito dopo l'uso cestinate; pochi, ma veramente dottori.

53.

# SUL PROCESSO DI RIAGGIUSTAMENTO DEL DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO (*)

1. Questo intende essere un rapporto, in un incontro tra giuristi del lavoro di vari Paesi, sul processo evolutivo del diritto del lavoro in Italia negli ultimi anni, in uno scambio di esperienze che si verifica con una certa frequenza (v., ad es., da ultimo, *Droit du travail, démocratie et crisi en Europe Occidentale et in Amérique*, a cura di A. Lyon-Caen e A. Jemmaud, in *Actes Sud*, 1986). Si vuol dar conto, in una rapida sintesi (e dopo aver fissato convenzionalmente un punto di partenza) di questo processo, delle idee-forza che lo ispirano in mezzo a numerose contraddizioni e contrasti, delle cose che si sono già verificate nell'ordinamento e di quelle che sono in cantiere. Cercherò di dire il massimo di cose possibili nella concretezza dell'esperienza, senza alcuna preoccupazione formalistica o dogmatica. Mi auguro di poter rappresentare un quadro sufficientemente fedele e completo.

Ma, per non appesantire questa comunicazione e il colloquio con gli altri colleghi, vi può essere qualche omissione o di qualche cosa si potrà dire solo per accenni. Per altro verso credo che non sia necessario soffermarsi molto, nelle premesse, sulla descrizione del contesto generale; perché questo contesto è ormai largamente cognito, seppur con molta babele delle lingue (specie quando si passa al versante propositivo) e perché qui siamo tra gente del mestiere; onde sarebbe inutile e quasi offensivo dilungarsi.

2. Sono dell'avviso di dover dire qualcosa sul punto di partenza di questo processo perché ritengo che, nella vicenda storica italiana, vi sia stata qualche peculiarità, rispetto alle altre esperienze, che merita di

---

(*) È la comunicazione presentata a Treviri in un seminario europeo sulla flessibilità del diritto del lavoro promosso, nei giorni 20 e 21 febbraio 1987, dall'Institut für Arbeitsrecht tund Arbeitsbeziehungen in der Europalschen Gemeinsschaft, diretto dal prof. Rolf Birk.

essere ricordata. La crisi è ovunque, nelle grandi linee i problemi di fondo paiono essere, dappertutto, i medesimi; ma, nella concretezza, ogni Paese fa caso a sé. Il punto di partenza può essere stabilito, all'incirca, alla metà degli anni '70, dopo che il diritto del lavoro aveva segnato a suo favore grandi conquiste nel periodo immediatamente precedente, specie dopo l'imponente moto sindacale e di massa a cavallo del 1970 (c.d. « autunno caldo » del 1969).

Alla base di tutto c'era il « miracolo economico » a metà degli anni '50, con la collocazione del Paese nel novero di quelli industriali e con costanti sviluppi in positivo. Il vario, composito ed imponente movimento sociale raccolse ampiamente le possibilità indotte da questo processo, con conquiste del mondo del lavoro su tutti i piani e senza precedenti.

Il diritto del lavoro di quel periodo era fondamentalmente pensato e realizzato per il lavoratore a pieno tempo, contratto normalmente a tempo indeterminato, con un complesso imponente di diritti garantiti da fonti inderogabili di legge o di contratto collettivo. La parte industriale subiva questo processo che pareva, allora, irreversibile, dovendo fare i conti ogni giorno con questo reticolato di diritti individuali e con la presenza sindacale in fabbrica e negli uffici, garantita con lo statuto dei lavoratori del 1970. Alti erano i lamenti di questa parte, denunciandosi i « lacci e lacciuoli » che rendevano ingovernabile l'impresa, per l'impossibilità, in particolare, di avvalersi flessibilmente della forza lavoro secondo le mutevoli congiunture.

Tutto questo si verificava in un contesto fortemente sbilanciato, in termini ideologici di massa, per la causa del lavoro. Tutto confluiva in questa direzione, alla base e al livello della classe politica complessivamente intesa: la sinistra marxista tradizionale, le frange non trascurabili dell'estremismo extraparlamentare, il cattolicesimo sociale scatenatosi dopo la svolta conciliare della Chiesa. Una parte della magistratura (quella definitasi « democratica ») aderiva programmaticamente a questo movimento, con esiti giudiziari normalmente scontati in partenza dato l'orientamento del giudicante.

Per altro verso le posizioni del sindacalismo erano nel segno della massima irragionevolezza. Sul piano della politica economica si proclamava il principio del salario come variabile indipendente: il trattamento retributivo doveva sempre crescere in appagamento delle esigenze di vita e l'economia doveva piegarsi. Venne anche programmaticamente rifiutata la concezione dell'impegnatività del contratto collettivo almeno per il periodo della sua vigenza, ogni espediente di armistizio temporaneo, le clausole di pace sindacale: il contratto chiudeva solo il conflitto in atto, segnando gli obblighi impegnativi della parte datoriale, liberi i

lavoratori di riaprire il conflitto all'indomani su altre questioni o per altri traguardi.

In questa situazione, si registrò largamente l'*abusivismo* di massa. Si raggiunsero punte altissime di assenteismo, non vi era remora ad abbandonare il lavoro per qualsivoglia ragione sotto lo schermo di certificati medici compiacenti (da qualche anno, nella situazione di crisi e per il timore di perdere il posto, l'assenteismo è notevolmente calato; di recente una grande fabbrica automobilistica già gestita da impresa pubblica, l'Alfa Romeo, è passata al settore privato, alla Fiat: il primo giorno della nuova gestione, anche nello stabilimento napoletano di Pomigliano d'Arco, dove per molti anni le cose erano procedute allegramente portando alla crisi determinatrice della cessione, quasi tutti si sono presentati al lavoro).

La premessa implicita di tutto era la convinzione radicale che il sistema economico sarebbe progredito all'infinito.

3. Deve però precisarsi che la raffigurazione sopra prospettata non era generale. Il quadro si riferisce, nella sostanza, all'area delle imprese di una certa consistenza. Le piccole e piccolissime imprese largamente sfuggivano. Ancor oggi, il regime limitativo del licenziamento (giusta il quale per la risolubilità del rapporto si richiede un giustificato motivo) non è di generale applicabilità. Nella sostanza sono escluse, nel settore agricolo, le imprese che occupano fino a cinque dipendenti e, nei settori non agricoli, quelle che occupano fino a quindici dipendenti. Per questa via alcuni milioni di lavoratori non sono sufficientemente garantiti contro la minaccia del licenziamento arbitrario. E vi è stata tutta una corsa al piccolo, al fine di evitare l'ostacolo di questa legislazione. La situazione è, quindi, a due settori. Vi è poi l'economia sommersa (che si dice largamente diffusa) con rapporti di lavoro clandestini, specie con l'impiego di quanti possono giustificare facilmente l'assenza dall'impresa da cui formalmente dipendono o di quanti, nella situazione di crisi (v. *infra*, n. 5), sono sospesi dal lavoro.

4. La crisi, verificatasi a partire da quella petrolifera del 1973, ha cambiato completamente il quadro. La cosa è universalmente nota e non merita dilungarsi.

5. In questo decennio nero, molte imprese sono entrate in crisi dalle quali cercano faticosamente di risollevarsi con processi di ristrutturazione e di riorganizzazione. Ma, a grandi linee, non vi sono state conclusioni traumatiche, con licenziamenti di massa e chiusure, come talora è avvenuto in altri Paesi.

Perseguendo sempre l'idea-forza di non fare arretrare, per quanto

possibile, il lavoro, si sono utilizzati svariati espedienti per aiutare le imprese in crisi e per evitare l'incremento della disoccupazione in senso formale (v., da ultimo, A. Accornero e F. Carmignani, *I paradossi della disoccupazione*, Bologna, 1986).

Di massima l'occupazione, specie nel settore industriale, va calando, almeno perché, di norma, i vecchi che se ne vanno non vengono rimpiazzati da giovani. Ma per conservare, almeno formalmente, il posto di lavoro, al personale occupato si sono praticate e si praticano diverse misure.

In primo luogo misure di agevolazione all'impresa, specialmente con la pratica degli *sgravi previdenziali*: la legge esonera le imprese dal pagamento di una cerea percentuale della contribuzione altrimenti dovuta agli enti previdenziali al fine di predisporre la tutela pensionistica dei lavoratori e lo Stato se ne addossa il costo. Donde la crisi, ora drammatica, sia degli enti di previdenza sia della finanza pubblica con un *deficit* enorme che solo in questi ultimi tempi va contenendosi e con l'aggravio delle imposte sulla generalità, il cui leggero contenimento è solo promesso per l'immediato futuro.

Si è favorito lo sfoltimento indolore della forza lavoro esuberante, specie agevolando il *prepensionamento* a 50 anni, mentre nelle imprese spesso si segue la pratica delle dimissioni economicamente incentivate (chi se ne va percepirà in più una certa somma).

Il grande espediente contro la crescita della disoccupazione formale è stata ed è la *cassa integrazione guadagni*. È questa una cassa costituita presso il nostro massimo ente previdenziale, l'Istituto nazionale previdenza sociale (INPS), operante in due forme, quella *ordinaria* (per le crisi meramente congiunturali) e *straordinaria* (specialmente in ragione dei processi di riconversione e ristrutturazione industriale). Questo istituto, originariamente operante solo per gli operai dell'industria, è stato poi variamente esteso in altri settori ed anche agli impiegati. I lavoratori sospesi dal lavoro percepiscono dalla Cassa una percentuale elevata della retribuzione perduta, all'incirca dell'80 per cento. Si calcola che vi sia una non trascurabile aliquota di lavoratori in cassa integrazione da molto tempo, anche da cinque o sei anni. Si è anche creata una società finanziaria di Stato (la GEPI) che ha il compito di intervenire nelle situazioni di crisi, eventualmente costituendo nuove imprese al fine di assicurare il posto ai lavoratori in eccedenza. In taluni casi queste imprese sussistono solo *sulla carta*, al fine di mantenere, almeno formalmente, il posto di lavoro. E c'è una norma che, in una certa situazione, dice che, ad impresa ormai chiusa, il rapporto continua al solo fine di consentire al lavoratore di fruire del trattamento di cassa integrazione.

In questa situazione, possiamo dire che una parte notevole dei

lavoratori, sostanzialmente disoccupati, formalmente non sono tali; tanto che lo Stato non ha sentito il bisogno di adeguare la prestazione dell'assicurazione contro la disoccupazione formalmente esistente. Ancor oggi resta la vecchia misura di lire 800 giornaliere (!) e solo ora si parla di migliorare. Ne risultano effetti drammatici e perversi. Talora la condizione di cassintegrato, di sospeso dal lavoro all'infinito, determina comprensibili drammi umani. Risulta dalle cronache che vi sono stati anche dei suicidi. Per altro verso, questa massa alimenta l'economia sommersa e il lavoro clandestino.

Ci si va rendendo conto che alla lunga, almeno con queste punte estreme, la situazione non è tollerabile. Solo pochi giorni fa il governo, su proposta del ministro per il lavoro, on. De Michelis, ha varato una proposta per un assetto più razionale, soprattutto contenendo nel tempo l'intervento assistenziale. Ma l'approvazione in tempi rapidi di questa riforma è problematica nella difficile situazione politica della coalizione di governo; tanto che si parla (gennaio 1987) di elezioni anticipate nella prossima primavera.

Rispetto a questa situazione *reale*, è strano che la Corte di Giustizia della Comunità Europea abbia ritenuto, per ben due volte, di condannare l'Italia per non aver adottato una conveniente regolamentazione dei licenziamenti collettivi. Il rilievo è vero, ma solo formalmente. Da noi, di norma, questi licenziamenti non esistono; come si espresse argutamente il prof. Mariucci, nell'intitolazione di un suo saggio, i licenziamenti sono di fatto largamente « *impossibili* ».

Tutto questo ha determinato una grave contrapposizione tra personale almeno formalmente occupato e disoccupato in cerca di prima occupazione. L'anziano che ha avuto la ventura di avere un posto, assai difficilmente lo perde almeno in termini formali; invece il giovane, e specialmente le donne, trovano notevoli ostacoli di fatto nel tentativo di trovare un posto. Ancora una volta, situazioni spaccate a più settori, come ogni giorno risulta nell'opinione e nella varia pubblicistica.

6. Si deve registrare che proprio nel contesto delle situazioni di crisi e dei rimedi all'uopo escogitati, si sono introdotte misure di attenuazione delle rigidità della normativa preesistente, preferendo mettere l'accento sulla conservazione e la tutela dell'occupazione.

Secondo il nostro diritto (art. 2112 c.c.), di massima il trasferimento d'azienda, cioè il passaggio ad altro imprenditore, comporta il passaggio dei rapporti di lavoro con la conservazione dell'anzianità di servizio preesistente a tutti gli effetti. Ma, molte volte, una situazione di crisi può risolversi con il rilevamento dell'azienda in crisi da parte di altri, che però

condizionano l'operazione alla liquidazione ai lavoratori di tutti i diritti pregressi e alla possibilità di assumere *ex novo* nella nuova gestione. Ad un certo punto la legge intervenne (legge 26 maggio 1978, n. 215) rendendo possibile l'operazione, purché sindacalmente concordata, in deroga alla norma del codice civile.

Per altro verso la più recente giurisprudenza, e sempre nelle situazioni in cui sia in giuoco il bene prioritario dell'occupazione, esprime qualche inclinazione a valutare positivamente, a differenza del passato, le c.d. *transazioni collettive*, cioè le pattuizioni sindacalmente intervenute in via comprimissoria, salvaguardando quel bene con la rinuncia, da parte lavoratrice, a certi diritti. Ma il tema della disponibilità sindacale dei diritti individuali dei lavoratori è molto controverso (v. il mio articolo in *Riv. it. dir. lav*., 1986, I, 927).

Inoltre sono previsti (artt. 1 e 2 della legge 19 dicembre 1984, n. 863) i contratti di *solidarietà*, purché stipulati con i sindacati maggiormente rappresentativi e coi quali la parte lavoratrice accetta una riduzione di orario accompagnata da una corrispondente riduzione retributiva, sia al fine di evitare con questo espediente i licenziamenti collettivi (contratti c.d. *difensivi*) sia al fine di provocare l'assunzione di altri lavoratori (contratti c.d. *propulsivi*). L'esperienza è di una limitata consistenza, ma solo per i contratti di primo tipo.

7. Nel nostro ordinamento la legge impone l'assunzione, in una percentuale del 15 per cento del personale nelle imprese occupanti oltre 35 dipendenti, di invalidi o di soggetti validi ritenuti degni di tutela nel reperimento dell'occupazione (ad es., profughi, orfani o vedove di invalidi e di vittime del terrorismo). La recente vicenda normativa in tema di assunzioni obbligatorie di invalidi è esemplare dei conati di razionalizzazione che vanno faticosamente innanzi nel contrasto degli interessi contrapposti.

È da premettere che questo sistema è, per più versi, per circostanze di diritto o di fatto, eccessivamente gravoso. Le categorie degli invalidi sono venute estendendosi nel tempo. Dopo i primi interventi a favore degli invalidi di guerra o del lavoro o di servizio ecc., si sono ricompresi anche gli invalidi *civili*, cioè per una causa diversa (ad es., per nascita o per infortunio stradale o per invalidità non di lavoro sopravvenuta).

Inoltre, *di fatto*, gli invalidi si sono venuti moltiplicando. La qualifica d'invalido non si nega, sussistendo un minimo apparente, a nessuno, per la compiacenza degli organi pubblici ispirati ad una logica meramente assistenziale. Nella generalità della cittadinanza, il senso dello Stato è pressoché assente e il nostro Stato è notoriamente *disamministrato* perché non c'è un'amministrazione seria, onesta, efficiente. Per la stessa

ragione si sono andate moltiplicando in passato (specie nelle regioni meridionali e in particolare in quelle in cui la malavita organizzata domina) le pensioni d'invalidità in danno dell'INPS. Fenomeno, quest'ultimo, cui il legislatore ha cercato di reagire con una legge recente restrittiva (legge 12 giugno 1984, n. 222). In ragione di questo andamento e dell'elevatezza della percentuale, molte imprese sono scoperte della quota d'obbligo talvolta in misura cospicua. In un caso un'impresa in mano pubblica, tenuta ad assumere per numerosi posti e dovendo provvedere per il pagamento di pesanti penalità in misura tale da sconvolgere il bilancio, ottenne dal giudice, discutibilmente, un provvedimento sospensivo (1).

Si decise di fare qualcosa col protocollo Scotti del gennaio 1983, nel fondamentale documento elaborato dal ministro del lavoro e imposto alle controparti sociali e da queste sottoscritto in uno coi rappresentanti del governo. Il governo cercò di tradurre i punti di questa singolare intesa nella legislazione, incontrando però vive contrarietà in Parlamento, anche sotto il peso delle organizzazioni rappresentative delle categorie di invalidi, con diverse manipolazioni dei successivi testi. Di tanto rumore qualche cosa, in forme invero contorte, è rimasto; qualche altra invece è durata lo spazio di un mattino e poi è scomparsa.

Dapprima venne abolito il c.d. *scorrimento*. Secondo la legge del 1968, la percentuale d'obbligo è ripartita tra le diverse categorie, primi gli invalidi di guerra; se non esistono invalidi di una certa categoria in una determinata area territoriale, si passa alle categorie successive e i posti vengono ripartiti tra queste. Si volle eliminare lo scorrimento per alleviare in pratica l'imposizione, in maniera indiretta. Razionalmente sarebbe stato preferibile abbassare la percentuale del 15 per cento. Non avendosi la forza politica di questa prospettazione, si ricorse a questo espediente: se è vero che, ad es., mancando gli invalidi di guerra questi non debbono essere più rimpiazzati da quelli civili, in pratica si attenua l'onere complessivo. Con l'art. 6-*bis* della legge 19 dicembre 1984, n. 863 è stata abrogata, con frasario barbarico, la norma abolitiva dello scorrimento che, quindi, è tornata in vita.

La categoria, elettoralmente significativa, ha avuto partita vinta.

Da tempo la giurisprudenza era divisa sulla computabilità o no, nella quota d'obbligo, dei lavoratori già in servizio divenuti invalidi in corso di rapporto. Debbo assumere un invalido, ma posso sottrarmi facendo presente che nel frattempo è divenuto invalido, come formalmente

(1) V. Pret. Taranto 11 aprile 1981, ord., in *Foro it.*, 1981, I, 1253.

riconosciuto, un lavoratore da tempo in servizio? Oppure debbo assumere lo sconosciuto, senza esperienza diretta dell'ambiente di lavoro, e licenziare, per sopravvenuta inidoneità al lavoro, il vecchio operaio divenuto poi usurato e invalido? Il testo Scotti prevedeva appieno la possibilità di computo degli invalidi sopravvenuti e nello stesso senso, coerentemente, si esprimeva il decreto legge di « traduzione » dell'intesa tripartita (da diversi anni ormai in larga misura in Italia si legifera per decreto legge, con piena alterazione delle regole dettate costituzionalmente in ordine all'eccezionale facoltà governativa di legiferare). La cosa non andò bene in Parlamento. Con l'art. 9, n. 3, della legge 11 novembre 1983, n. 638 si è prevista solo la computabilità dei lavori in servizio, ufficialmente riconosciuti invalidi, ma non per cause di lavoro o di servizio e con grado di invalidità non inferiore al 60 per cento. La montagna ha partorito, discutibilmente, il topolino.

Infine si è deciso di dar la caccia ai falsi invalidi (quelli, per altro verso, preferiti dalle imprese: se debbo obbligatoriamente assumere, meglio che lo faccia con invalidi solo apparenti). I soggetti con invalidità inferiore al 50 per cento debbono essere sottoposti a visita medica al fine di controllare l'autenticità dello stato invalidante, all'atto dell'avviamento al lavoro (art. 9, n. 1, della legge n. 638). Ignoro quali esiti abbia avuto, a livello di massa, questo espediente.

Ma è da ritenere che i risultati siano stati scarsi, perché la nostra pubblica amministrazione non è funzionale. Ed infatti la legge medesima considera questa difficoltà: la visita dovrebbe avvenire entro 15 giorni dalla decisione di avviamento al lavoro; ove la visita non possa aver corso nel termine, l'avviamento ha corso, salva la possibilità di successivo controllo che potrebbe comportare l'invalidazione del contratto.

8. Anche la vicenda normativa recente in ordine al contratto di lavoro *a termine* è interessante. Il codice del 1942 consentiva questo contratto o in ragione della specialità del rapporto (meglio di una oggettiva giustificazione) o per pattuizione scritta. Gli imprenditori largamente abusarono, come risulta in un'indagine parlamentare, soprattutto al fine di lucrare economicamente (all'epoca, all'estinzione del rapporto, niente era dovuto al lavoratore; viceversa la legge n. 230 del 1962 riconobbe il diritto ad un premio di fine lavoro, equivalente alla misura all'indennità di anzianità).

Il legislatore reagì a questi abusi con la legge, appunto, del 1962, passando dalla tecnica della clausola generale all'altra dell'indicazione tassativa delle situazioni legittimanti e da interpretarsi restrittivamente, posto il favore per il contratto a tempo indeterminato.

La legge formalmente non consentiva la stipulazione di questo contratto per provvedere per le c.d. *punte stagionali*, cioè per l'intensificazione temporanea dell'attività ordinaria (si pensi alla situazione delle settimane prenatalizie nel commercio e nel turismo). Per molti anni non ci si accorse di questo, sol perché l'amministrazione del lavoro aveva impartito direttive lassiste con circolare, suggerendo di appellarsi ad un'altra previsione della legge invero stiracchiata. Se ne accorsero i giudici dopo il 1970, reputando illegittime quelle circolari ed imponendo la trasformazione dei contratti in contratti a tempo indeterminato. Una grossa impresa del settore dolciario, l'Unidal, andò in crisi radicale anche per questo, come ebbe a dichiarare il presidente del consiglio dell'epoca.

Col tempo ci si rese conto, con molta fatica, di queste storture. Un decreto legge del dicembre 1977 consentì per sei mesi l'assunzione a termine nella ricorrenza della punta stagionale, nei soli settori del commercio e turismo, previa autorizzazione dell'ispettorato del lavoro, sentite le organizzazioni sindacali più rappresentative. Cuor di leone osò una misura temporanea. Poi la leggina venne sistematicamente prorogata, con l'enunciazione che la medesima era destinata a venir meno con la sempre progettata riforma del collocamento (non ancora intervenuta, v. *infra*, n. 10). Infine di recente, secondo quanto « pattuito » col lodo Scotti, la possibilità è stata estesa a tutti i settori economici (escludendosi così i datori di lavoro non imprenditori).

Ma non è finita qui. Occorre tener conto che in materia l'orientamento della giurisprudenza è restrittivo, come è del tutto comprensibile, data la tecnica della legge, ma con evidenti esagerazioni. Si pensi che, rispetto alla formula che consente l'assunzione a termine per sostituire un lavoratore momentaneamente assente con diritto alla conservazione del posto, la Cassazione nega che tanto possa farsi in caso di assenza per ferie (2).

In questo contesto si è posto il problema se il giudice possa sindacare, e in quali limiti, il provvedimento autorizzatorio dell'ispettorato del lavoro; aprendosi per questa via la strada all'eventuale trasformazione del contratto, per decisione giudiziaria, in contratto a tempo indeterminato. E con questo, al di là dell'occasione, si solleva una problematica generale del tutto nuova nell'esperienza, data la larga interferenza crescente della pubblica amministrazione nella gestione dei rapporti di lavoro. Non a caso si è dibattuto in proposito, nella primavera del 1986, in un convegno promosso a Fiuggi dal « Centro studi di diritto del lavoro D. Napoletano » sulla base, in particolare, di una relazione del prof. M. D'Antona.

---

(2) V., ad es., Cass. 21 agosto 1981, n. 4967, in *Giust. civ.*, 1982, I, 118.

Di fatto è avvenuto che un pretore romano, adito da alcune decine di lavoratori assunti a termine dalla società gestrice dei servizi aeroportuali nel periodo di massima intensificazione del traffico turistico, ha ritenuto di poter invalidare l'autorizzazione.

Questo giudice ritenne che la società era stata costretta a ricorrere ai contratti a termine non avendo saputo gestire i rapporti di lavoro ordinari, ad es., con opportuna distribuzione delle ferie. E concluse per la trasformazione dei contratti in contratti a tempo indeterminato. In sostanza: sei un pessimo amministratore, per farti andar meglio ti regalo in più alcune diecine di dipendenti in organico normale! (3).

Il legislatore ha tempestivamente reagito a queste intemperanze giurisprudenziali, con la legge 25 marzo 1986, n. 84, consentendo l'assunzione a termine « quando l'assunzione venga effettuata da aziende di trasporto aereo o da aziende esercenti i servizi aeroportuali ed abbia luogo per lo svolgimento dei servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci, per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti, e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale che, al 1° gennaio dell'anno a cui le assunzioni si riferiscono, risulti complessivamente adibito ai servizi sopra indicati. Ecc. ».

9. In una situazione di crisi, tutte le occasioni di lavoro, anche precarie, anche diverse rispetto al modello antico del tempo pieno in esclusiva, sono buone. Anche il nostro legislatore di recente ha fatto omaggio alla realtà, prevedendo altri tipi di contratto, con una normativa complessa e contorta che ha determinato numerosi problemi tra gli esegeti e nel contenzioso.

Superandosi l'antica pregiudiziale negativa del sindacato, con l'art. 5 della legge 19 dicembre 1984, n. 863 si è previsto il contratto a tempo parziale comunque congegnato (orizzontale, verticale, misto, per periodi

---

(3) V. Pret. Roma 21 dicembre 1984, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 128, con nota di M. Papaleoni, e in *Giust. civ.*, 1985, I, 903, con nota di A. Vallebona. In senso contrario si è tuttavia pronunciato, a proposito della stessa situazione, un altro giudice romano (v. Pret. Roma 30 aprile 1985, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3238), il quale ha sottolineato le incongruenze della precedente decisione, ed ha riconosciuto la legittimità delle assunzioni a termine, sul presupposto dell'insindacabilità del provvedimento autoritativo dell'ispettotato del lavoro.

nel mese e nell'anno). È previsto anche il passaggio dal tempo pieno al tempo parziale e viceversa (4).

Con l'art. 3 della legge n. 863, rinnovandosi, ma in termini assai diversi, un precedente temporaneo degli ultimi anni '70 (5), si è previsto, per i giovani (da 15 a 29 anni) il *contratto di formazione e lavoro* per un tempo massimo di 24 mesi, al fine del conseguimento della qualificazione professionale in relazione a progetti predeterminati (6). Alle imprese è offerto l'incentivo di una sensibile riduzione del carico previdenziale. Da notarsi che qui la legge consente di liberamente scegliere i giovani da assumere (e per capire l'importanza di questa previsione, v. *infra*, n. 10 quanto si dirà del nostro sistema del collocamento).

10. La riforma del sistema del *collocamento della manodopera* è all'ordine del giorno da almeno dieci anni e in parlamento si è andati, in questo periodo, di progetto in progetto. Chi scrive venne incaricato dal compianto prof. Domenico Napoletano, all'epoca parlamentare, di predisporre una relazione sulla riforma per un convegno da tenersi nell'autunno 1981, assicurandosi che la legge sarebbe venuta entro il luglio di quell'anno! A sei anni di distanza la legge non è stata ancora partorita.

Per ora (gennaio 1987) la riforma è stata approvata da un ramo del Parlamento e deve essere approvata dall'altro; ma i competenti temono che anche questa volta la legislatura trascorra invano.

Per rendersi conto della posta in giuoco, è bene sintetizzare le linee portanti del sistema formalmente vigente come risulta da una legge del 1949, modificata dallo statuto dei lavoratori del 1970 (per il settore agricolo sussiste una specifica legge del 1970). Nel nostro ordinamento il servizio di collocamento è monopolio dello Stato ed è gestito dagli uffici periferici

---

(4) Sul nuovo istituto, v. P. Ichino, *Verso una nuova concezione e struttura della disciplina del tempo di lavoro: spunti critici sull'art. 5 della legge 19 dicembre 1984 n. 863*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 241 (di questo A., v. già *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, spec. vol. II, Milano, 1985), nonché il commento all'art. 5, cit., di G. Loy, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, 855.

Di questa problematica, nello spaccato particolare del settore bancario, si è discusso al convegno tenuto a Viareggio nel dicembre 1985 su *Disoccupazione e nuove forme di accesso al lavoro nel mondo bancario*, i cui atti sono pubblicati da F. Angeli, Milano, 1986.

(5) Mi riferisco alla legge n. 285 del 1977 sull'occupazione giovanile, su cui v. G.G. Balandi, *La legge sull'occupazione giovanile*, Milano, 1977.

(6) Sul nuovo istituto, v. S. Centofanti, *Il contratto di formazione e lavoro nella legge 19 dicembre 1984 n. 863*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 307; G.G. Balandi, *Il nuovo contratto di formazione e lavoro*, relazione al convegno viareggino, cit.; A. Maresca, *Il contratto a termine per la formazione dei giovani*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, I, 464.

del ministero del lavoro; il mediatorato privato è assolutamente vietato. Per assumere ci si deve obbligatoriamente rivolgere all'ufficio pubblico.

Inoltre il principio è formalmente quello della richiesta numerica: il datore di lavoro deve semplicemente dire che tipo di lavoratori abbisogna per categoria e qualifica, e l'ufficio invia prescegliendo in attuazione di criteri di bisogno sociale (ad es., chi ha maggior carico di famiglia). C'è poi, nelle situazioni indicate dalla legge (grosso modo lavoratori di concetto o altamente specializzati), la possibilità della richiesta *nominativa*, cioè, in pratica, la possibilità di scegliere la persona ritenuta più adatta. In realtà le « eccezioni » nominative sono tante e tali che, secondo calcoli fatti, la zona della richiesta numerica si riduce all'incirca al 15 per cento (7).

Il fatto è che, come comunemente è riconosciuto (8), questo sistema non funziona per varie ragioni, anche per la radicata opposizione datoriale alla richiesta numerica che è, tuttavia, nella tradizione, anche gloriosa, del sindacalismo italiano. Grosso modo la sinistra tradizionale è timorosa di un diverso assetto nel quale i datori di lavoro abbiano in pratica piena libertà di scegliere.

Da tutto questo, un lavorio estenuante in vista della riforma, un continuo tira e molla invero defatigante per chi segue queste cose. E non merita soffermarsi.

La cosa più singolare è che da diverse parti, ma con diversa impostazione, si auspica che il servizio venga commesso a nuove entità, gestite con « criteri manageriali », dette « agenzie del lavoro », nella radicata sfiducia nei confronti della burocrazia tradizionale (la quale, a sua volta, resiste allo spogliamento di competenze) col franco riconoscimento della bancarotta della nostra pubblica amministrazione.

Intanto, nella recentissima legislazione, si cerca di invogliare le imprese alle assunzioni, concedendo così largamente la richiesta nominativa. Del contratto di formazione e lavoro ho detto. Poi, con l'art. 6 della legge 19 dicembre 1984, n. 863, si è dato un ulteriore incentivo: nella zona già per legge di richiesta numerica, il 50 per cento delle richieste possono essere nominative.

11. Da noi ed altrove si insiste molto, specie da parte dei sociologi, sulla nuova posizione delle giovani generazioni rispetto al lavoro, sul

---

(7) L'ineffettività del sistema tradizionale di collocamento fondato sulla richiesta numerica è stata ben descritta da P. Ichino, *Il collocamento impossibile*, Bari, 1982.

(8) V., da ultimo, G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, 317, qui 331.

desiderio diffuso di non essere legati da un lavoro a tempo pieno ed in esclusiva, sulla disponibilità, viceversa, ad un lavoro di minore impegno, in varia combinazione con la destinazione, altrimenti, del tempo libero. Ho diversi dubbi su questa prospettazione, almeno nel nostro Paese dove l'aspirazione al posto stabile e pieno è atavica, per la memoria storica di una secolare miseria. Come ha notato il prof. Giugni, non è facile distinguere i casi in cui il posto stabile non è più desiderato o non ha luogo, invece, un adattamento alla scarsità dei posti di lavoro (9). Di fatto, l'ormai aperto riconoscimento del contratto a tempo parziale può appagare ampiamente le esigenze accampate.

Nella contrattazione e soprattutto nella prassi, a livello aziendale, ad un determinato livello di posizioni lavorative, ha talora riconoscimento l'esigenza di una relativa *flessibilità nell'orario*, consentendosi l'accesso tardivo con l'obbligo di recuperare in altra parte della giornata; il che può consentire, specialmente per le donne, di conciliare impegni di lavoro e familiari.

Nel contesto tradizionale e su un piano del tutto diverso si pone la rivendicazione sindacale di ridurre gli orari. Una confederazione, la CISL, è decisamente per la formula « lavorare meno, lavorare tutti » come nel sindacalismo tedesco. Le altre centrali sono più tiepide. Di fatto, nella contrattazione e da alcuni anni, si va, invero con estrema parsimonia e gradualità, verso la riduzione della settimana di 40 ore. Già nei contratti collettivi stipulati nella tornata del 1983 vi fu una riduzione, in pratica, con la previsione di permessi supplementari. Il recentissimo contratto metalmeccanico privato, la cui ipotesi è stata sottoscritta il 18 gennaio 1987, prevede un'ulteriore riduzione, a partire dal 1° gennaio 1989 (e per la siderurgia, già avvantaggiata, dal 1° gennaio 1990), con il riconoscimento annuo di 16 ore in calo. È difficile dire quale sia, nella norma, la media della settimana lavorativa. Può forse dirsi che l'orario corrente è tra 38 e 39 ore.

12. Nel recente periodo si sono assestati colpi decisivi contro l'*assenteismo abusivo*. In verità, però, è stato preminente il profondo mutamento di clima, specie per la preoccupazione di conservare il posto. La legge è intervenuta per garantire l'effettività e la tempestività del controllo sanitario pubblico sulle assenze per malattia, ponendosi l'obbligo del servizio sanitario nazionale di evadere immediatamente le richieste, anche in giorni festivi; con la possibilità di far ricorso anche a medici inclusi in una lista predisposta presso l'INPS; con l'utilizzazione al fine ed

(9) V. G. Giugni, *ivi*, 330.

invero oscura di personale non medico; soprattutto ponendosi a carico del lavoratore l'obbligo di stare in casa in certe ore (c.d. « fasce orarie ») per essere reperibile al controllo, salvo che non possa comprovare di trovarsi altrove per giustificato motivo (10).

Importantissimo è stato l'intervento della giurisprudenza per risolvere il caso, frequentissimo, del lavoratore sistematicamente assente per brevi malattie, in un continuo alternarsi. Secondo il codice civile (art. 2110), insorgendo una malattia impeditiva del lavoro, il lavoratore non può essere licenziato se non dopo un certo periodo, detto di comporto. All'origine il problema dell'« eterno malaticcio » non si poneva, semplicemente perché vi era, fino al 1966, piena libertà di licenziare e il datore poteva farlo, nei confronti di un soggetto che non garantiva la normale presenza al lavoro, in un periodo di presenza. Il problema, invece, si è posto, sopravvenuta la legge limitativa dei licenziamenti, ponendosi la regola del giustificato motivo. In una prima stagione la giurisprudenza fu profondamente divisa. Una parte negava la licenziabilità, assumendo che il periodo *di comporto* correva autonomamente per ogni malattia; cosicché, in una situazione in cui il lavoratore non compiva mai, per ogni malattia, il periodo medesimo, non era mai licenziabile (ad es., il comporto stabilito nel contratto collettivo è di dieci mesi e le malattie non superano mai i pochi giorni). Altra giurisprudenza riteneva la licenziabilità, applicando la regola del giustificato motivo di licenziamento, ponendosi questa situazione in termini pregiudizievoli per il normale funzionamento dell'organizzazione di lavoro. La Cassazione, con un'importante pronuncia (11) cui poi si è adeguata quasi tutta la giurisprudenza di merito, ha respinto la tesi del giustificato motivo oggettivo; ma ha sostenuto che, nell'art. 2110, il termine « malattia » va inteso come « fenomeno della malattia », di guisa che anche il sistematico assenteismo rileva quando superi i limiti di tollerabilità.

Deve esserci, cioè, il c.d. *comporto per sommatoria*: devono sommarsi le varie brevi malattie e se queste superano un certo limite in un arco ragionevole di tempo (poniamo nel triennio), ci può essere il licenziamento. Se il contratto collettivo tace in proposito, c'è una lacuna contrattuale e il giudice deve provvedere determinando questo comporto per sommatoria con equità, facendo ricorso a « ragionali espedienti ». È stata una svolta giurisprudenziale importante, con una pronuncia in

---

(10) Su questa disciplina (art. 5 della legge n. 638 del 1983) v. R. Del Punta, *Gli accertamenti sanitari sui lavoratori dipendenti dopo la normativa sulle « fasce orarie » di reperibilità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, 774.

(11) V. Cass., sez. un., 29 marzo 1980, n. 2072, in *Foro it.*, 1980, I, 936.

realtà costitutiva di diritto. Deve ricordarsi, in generale, che taluni caposaldi normativi della nostra esperienza giuslavoristica sono stati posti in via giurisprudenziale, nell'assenza d'intervento legislativo (fenomeno della c.d. « supplenza giudiziaria »). Dopo di che, nei tempi più recenti, talora i contratti collettivi prevedono formalmente anche il comporto per sommatoria.

13. Nel recente periodo molte cose sono state riviste, genericamente nell'intento o di attenuare il costo eccessivo di certi istituti per le imprese o per ridurre altrimenti i costi eccessivi dello stato sociale. Posso ricordare, alla rinfusa, diverse cose.

Lo statuto dei lavoratori del 1970 prevedeva (art. 32), a favore dei lavoratori con mandato pubblico elettivo presso le amministrazioni locali (province, comuni, ecc.), permessi per poter adempiere al mandato medesimo, conservando, almeno nell'ipotesi base, il diritto alla retribuzione. Con la legge 27 dicembre 1985, n. 816 il costo economico è stato trasferito all'ente pubblico (12). Ancora per lo statuto del 1970, il lavoratore investito di mandato politico (ad es., eletto deputato) o sindacale, può assentarsi totalmente dal lavoro (*aspettativa*, questa volta non retribuita) (art. 31); la norma aggiunge che questi periodi di aspettativa valgono ai fini previdenziali, per la pensione, pur in assenza di contribuzione. In sostanza l'ente previdenziale deve considerare questi periodi nell'anzianità contributiva utile per la pensione, anche in mancanza di contribuzione reale (c.d. « contribuzione figurativa »). Nella riforma previdenziale, ora preannunciata, si prevede, invece, che alla contribuzione debbono provvedere le entità presso le quali ha corso il mandato pubblico sindacale, ad es., le Camere o i sindacati. Questa previsione ha sollevato la generale opposizione dei sindacati che finora hanno potuto incrementare il loro apparato avvalendosi della non trascurabile provvidenza previdenziale (noi dobbiamo provvedere solo per lo stipendio, per la pensione l'INPS è obbligato per legge).

Nel segno della riduzione della finanza eccessivamente allegra dello stato sociale, possono essere ricordate diverse misure. La riforma recente della pensione d'invalidità già ricordata. Può aggiungersi l'obbligo del cittadino di concorrere parzialmente per la spesa sanitaria. In questa ottica può leggersi la riforma previdenziale in cantiere, per diverse previsioni; ad es., per quella che dispone per l'elevamento dell'età pensionabile. Ma è assai dubbio che questa riforma giunga rapidamente

---

(12) Sulla legge citata nel testo, v. M. Cinelli, *I permessi ai lavoratori chiamati a funzioni pubbliche elettive dopo la legge n. 816 del 1985*, in *Riv. it. dir. lav*., 1986, I, 568.

in porto, date le fortissime opposizioni, elettoralmente significative, che incontra.

14. Nel processo revisionistico in corso è stata messa in discussione la normativa in tema di *mansioni assegnabili al lavoratore*.

Secondo l'art. 2103 c.c., come modificato con lo statuto del 1970, fondamentalmente il datore di lavoro può assegnare al lavoratore o le mansioni contrattualmente determinate o altre che siano però professionalmente equivalenti, di pari valore professionale (*ius variandi*). Questa regola è stata intesa rigidamente dalla giurisprudenza o almeno da una parte; nel senso, ad es., che le nuove mansioni dovrebbero avere una certa prossimità rispetto alle precedenti, non potendosi imporre al lavoratore di ricominciare da capo apprendendo in sostanza un nuovo mestiere (13). Nel recente periodo si registrano, però, pronunce meno rigide, nelle quali, ad es., si tiene conto delle modificazioni inevitabili in ragione delle ristrutturazioni e riconversioni industriali (14). La parte imprenditoriale ha sostenuto l'eccessività di questo assetto. Ma non constano, allo stato, concrete proposte innovative. Probabilmente è tutta questione di applicazione secondo buon senso.

15. Dopo la svolta contestataria del 1968, il sindacalismo ha perseguito per anni una politica egualitaria per quanto possibile nella determinazione dei trattamenti retributivi. Le retribuzioni delle posizioni più elevate hanno subito un processo riduttivo. In reazione è sorto il movimento dei *quadri*, cioè degli appartenenti alle fasce più elevate della categoria impiegatizia, in particolare per elevata specializzazione. La manifestazione più rilevante, traumatica per il sindacalismo « comune », fu la marcia dei 40.000 quadri a Torino nel 1980. Da qui, per questa nuova categoria dai confini invero molto incerti, è venuta la legge 13 maggio 1985, n. 190 che ha riconosciuto la nuova categoria oltre le tre tradizionali dei dirigenti, degli impiegati e degli operai. Con rinvio alla contrattazione collettiva per l'identificazione in concreto (15). Allo stato

---

(13) V., ad es., Cass. 8 febbraio 1985, n. 1038 e 19 novembre 1984, n. 5921, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 714 e 703.

(14) V., ad es., Trib. Napoli 29 marzo 1985, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 723, il quale ha affermato, a proposito del nuovo sistema delle « isole di produzione », improntato a criteri di flessibilità e di fungibilità globale delle mansioni, che l'art. 13 st. lav. non è violato se la perdita professionale è compensata da una maggiore responsabilizzazione e coinvolgimento nel processo produttivo.

(15) V. il mio articolo *La legge per i quadri* (*n. 190 del 13 maggio 1985*), in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, 270, nonché i saggi di G.C. Perone, M. Cerreta, L. D'Aloja, M. De

e in questo periodo si sta provvedendo coi nuovi contratti collettivi stipulati dal sindacalismo « generale » (CGIL, CISL, UIL). Il sindacalismo autonomo dei quadri, teso alla conquista di autonomi contratti, pare, almeno per il momento, sconfitto.

16. Con la legge 23 ottobre 1960, n. 1369 si provvide energicamente a reprimere pratiche già largamente in essere nell'unico intento di lucrare sulla forza lavoro. Con l'art. 1 venne posto il divieto assoluto della mera interposizione fittizia nei rapporti di lavoro, affermando che il lavoratore deve intendersi giuridicamente alle dipendenze del vero imprenditore. Con l'art. 3 si cercò di contenere il ricorso, da parte delle imprese, alla pratica di concedere in appalto ad altre vere imprese parti o fasi della lavorazione; stabilendosi però che, in linea di massima, fatta eccezione per talune situazioni tassativamente indicate, ai lavoratori dell'impresa appaltatrice spetta *medio tempore* il trattamento spettante ai lavoratori dell'impresa committente, se più favorevole, con la responsabilità solidale delle due imprese. Oggi da varie parti si mette in rilievo l'inadeguatezza della normativa, perché il ricorso ad altre imprese specializzate è nella logica degli sviluppi tecnologici. Così si invoca la riforma.

17. La tensione riformistica non è, tuttavia, a senso unico. Per altro verso da diverse parti si sostiene che un assetto più razionale del nostro diritto del lavoro impone anche sviluppi a favore della parte lavoratrice, colmando lacune ed eliminando inadeguatezze. Per questo verso vi sarebbe anche l'esigenza, in parte, di diverse riregolazioni (16).

Soprattutto si risolleva il problema della non generalità del regime limitativo dei *licenziamenti*, posto che allo stato, come ho detto, alcuni milioni di lavoratori non godono di alcuna tutela. La limitatezza di questo regime è stata reiteratamente sottoposta alla Corte costituzionale per supposta violazione del principio d'eguaglianza, ma la Corte ha sempre respinto la censura, affermando che in materia è decisiva la valutazione politica del legislatore (17). Su questo piano è da ricordare che in un'occasione il prof. Giugni, che ebbe tanta parte nell'adozione dello statuto dei lavoratori del 1970 tanto da esserne indicato come il « padre », dichiarò che senza questa limitazione la riforma statutaria non

---

Cristofaro, L. Galantino, P. Magno, S. Magrini, G. Micali, G. Nicolini e M. Sala Chri, contenuti nel fasc. n. 2 del 1986 del *Diritto del lavoro*.

(16) In questo ordine di idee, v. G. Giugni, *op. cit.*, spec. 332-333.

(17) V., da ultimo, Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 2, in *Giur. cost.*, 1986, 9, con mia nota *ivi*, 235, *Per i licenziamenti provveda il legislatore*.

sarebbe stata approvata; perché la maggioranza parlamentare non è disposta ad infierire sulla massa enorme di piccoli e piccolissimi datori di lavoro.

Per il superamento di questa situazione è stata presentata una proposta di legge il cui principale firmatario è il prof. Giugni, presidente della commissione lavoro del Senato (18). Si tratta, invero, di una proposta assai macchinosa, distinguendosi diversi regimi in ragione della consistenza delle imprese, con « sanzioni » articolate o meramente risarcitorie o reintegrative (19). Resto dell'idea che la soluzione più spiccia dovrebbe essere quella della generalità della tutela, con sanzione risarcitoria tra un minimo e un massimo di mensilità di retribuzione.

Lo statuto dei lavoratori vietò in linea di principio il c.d. *controllo a distanza* (art. 4), la possibilità, cioè, di controllare l'attività del lavoratore all'insaputa di questi attraverso diverse apparecchiature. Ma oggi il progresso tecnologico, con l'uso sistematico dei computers e di altri ritrovati, apre nuove possibilità di controllo dell'attività lavorativa insite nel processo produttivo medesimo; di qui la sollecitazione ad adeguati interventi (20).

In generale, sull'intera problematica del riaggiustamento del nostro diritto si è pronunciato il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, con un parere redatto da un giurista dell'autorevolezza di Luigi Mengoni (21). E questo è il più importante documento di riferimento.

Più in generale anche da noi si dibatte per alternative di principio, in termini, poi sostanzialmente diversi, di delegificazione o di deregolazione del diritto del lavoro, con spinte ideologiche contrastanti. Una punta estrema dell'imprenditorialità accarezza la soluzione neoliberista e un futuro non sindacale (22). Ma, come si è notato, le prospettazioni di questo tipo non hanno, per la loro radicalità, molto avvenire (23). Ormai la necessità di adeguato riconoscimento dei diritti del lavoro è nella

---

(18) V. il testo del disegno di legge in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, III, 26.

(19) V. al riguardo il commento di S. Centofanti, *Prime considerazioni su un progetto di nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Dir. lav.*, 1986, I, 336.

(20) In questo ordine di idee, v. A. Rossi, *La libertà e la professionalità dei lavoratori di fronte alle nuove tecnologie informatiche*, in *Questione giustizia*, 1983, 217, nonché P. Zanelli, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Milano, 1985, 68 ss.

(21) Il testo del documento è riportato in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, 416, con mia postilla *ivi*, 501.

(22) Testimonianza di questo orientamento è il documento della Federmeccanica, *Imprese e lavoro. Per una nuova politica delle relazioni industriali nel settore metalmeccanico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, III, 36.

(23) V. G. Giugni, *op. cit.*, 329.

consapevolezza civica della cittadinanza. Più seriamente può porsi il problema di risolvere adeguatamente la sistematica delle fonti, specie per i rapporti tra legge e contrattazione collettiva; ad es., riducendo la legge al ruolo dell'enunciazione dei principi, con rimessione al contratto collettivo della disciplina concreta del rapporto (24). Così come e per la via della contrattazione ed anche eventualmente per l'intervento amministrativo (purché tempestivo), può garantirsi, nel rispetto dei diritti fondamentali, adeguata flessibilità nella gestione dei rapporti, armonizzando con le obiettive esigenze dell'impresa.

18. Per altro verso le profonde modifiche tecnologiche in corso, con la società informatizzata e con la possibilità, ad es., del telelavoro a domicilio, ha riproposto anche da noi la problematica della linea distintiva tra lavoro autonomo e subordinato, rischiando di far bancarotta, d'ora innanzi, i criteri-indici tradizionalmente ritenuti in giurisprudenza per l'individuazione dell'uno o dell'altro rapporto (naturalmente al fine pratico di valutare l'applicabilità o no della normaiva protettiva). Di tutto questo si è discusso ampiamente nei nostri recenti congressi, in quello di Napoli del 1985 su relazioni dei colleghi Carinci e Perone (25), nonché in quello genovese della primavera 1986 dedicato al tema del tempo nel lavoro, su relazione dei colleghi De Luca Tamajo e Alleva, essendo gli atti in via di pubblicazione, nonché in un seminario internazionale promosso in Francia dalla nostra associazione lavoristica in unione con la consorella francese (26). Ma siamo ancora al livello teorico, senza contenzioso giudiziario.

In questa prospettiva, da diverse parti si è anche indicata, *de iure condendo*, la via da percorrere. Nel nostro ordinamento si conoscono, infatti, i rapporti di c.d. « parasubordinazione » (« rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato »: art. 409, n. 3, c.p.c. risultante dalla riforma del 1973; ad es., il rapporto di agenzia nella medesima norma nominativamente indicato). Allo stato la previsione opera solo ai fini processuali, per la devoluzione delle liti in tema di questi rapporti al pretore giudice del lavoro; con i vantaggi d'ordine so-

---

(24) Cfr. M. Rusciano, *Revisione legislativa del rapporto di lavoro e contrattazione collettiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 1220.

(25) Gli atti del convegno su *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, sono pubblicati da Giuffrè, Milano, 1986.

(26) V. il resoconto del seminario di Goutelas, a cura di P. Ischio, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, III, 107.

stanziale che la sottoposizione a questo rito comporta (ad es., la rivalutazione automatica del credito eroso dalla svalutazione). Non c'è, viceversa, una normazione sostanziale di questi rapporti *ex se*, almeno per legge; malgrado il generoso tentativo di una dottrina in senso contrario (27).

Ma un diffuso rapporto pacificamente ritenuto parasubordinato e di massa, quello dei *medici c.d. convenzionati* (cioè dei medici in sé liberi professionisti che operano però, prevalentemente, per il servizio sanitario nazionale), ha una minuta regolamentazione sostanziale prevista nelle convenzioni stipulate tra il servizio sanitario medesimo e la federazione degli ordini dei medici; e questa disciplina arieggia in larga misura quella del lavoro subordinato, ripetendone gli istituti tipici. Niente vieta a che il diritto del lavoro si sviluppi al fine di estendersi ai rapporti di lavoro autonomo relativamente di massa, in forme che si tratta ancora di inventare. In questo senso si è espresso Pietro Ichino in un commento a sentenza di prossima pubblicazione in *Riv. it. dir. lav*.

19. Nel decennio il nostro diritto ha fatto i conti, variamente, con l'esigenza di contenere, nella crisi, il costo del lavoro. In questo periodo si è sempre trascinato, talora drammaticamente (con una consultazione referendaria del popolo), il problema della scala mobile, cioè di un congegno predisposto per adeguare automaticamente i salari all'andamento dell'inflazione. Per il momento la disputa si è sopita con la legge 26 febbraio 1986, n. 38 (28) con la quale temporaneamente si è esteso al settore privato il meccanismo già introdotto nel settore pubblico sulla base di preventive intese coi sindacati e la pubblica amministrazione. Nel settore privato, al fine di troncare la questione tirando un respiro di sollievo, quest'ultima legge non è stata il risultato di preventiva intesa coi sindacati (legge c.d. « negoziata »), ma i sindacati contrapposti hanno sostanzialmente accettato l'intervento legislativo (legge « non contestata »).

Il costo del lavoro è stato anche contenuto con il passaggio, con la legge n. 297 del 1982, dal vecchio istituto dell'indennità di anzianità dovuta all'estinzione del rapporto a quello nuovo del « *trattamento di fine rapporto* » (29). Col vecchio istituto si doveva moltiplicare l'ultima retri-

---

(27) V. G. Santoro Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979.

(28) Sulla legge n. 38 del 1986, v. P.G. Alleva, *I difficili compromessi della nuova scala mobile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, 260.

(29) Per un'esposizione della problematica relativa al nuovo istituto, v. G. Pera, *Trattamento di fine rapporto*, in *Foro it.*, 1986, V, 189.

buzione per l'anzianità di servizio; di conseguenza i miglioramenti retributivi introdotti dal contratto collettivo operante pochi giorni prima dell'estinzione del rapporto, si ripercuotevano pesantemente sull'ammontare dell'indennità. Invece col trattamento di fine rapporto si ha la mera somma dei risparmi determinati anno per anno e periodicamente rivalutati. Dalla moltiplicazione si è passati all'addizione.

In questa ottica può leggersi anche la recente svolta giurisprudenziale giusta la quale si nega la sussistenza del principio di c.d. *onnicomprensività della retribuzione*. Cerco di spiegare in poche parole semplici questo complesso problema. Vi sono diverse situazioni nelle quali il lavoratore ha diritto ad una maggiorazione genericamente collegata alla retribuzione (tanto della retribuzione in più). Ponendosi, quindi, il problema di cosa debba intendersi per retribuzione al fine. In considerazione, ad es., del fatto, che spesso il lavoratore percepisce in ragione della prestazione, oltre la retribuzione, altre indennità o anche mensilità aggiuntive oltre le 12 naturali. In passato, in giurisprudenza era corrente la tesi giusta la quale per retribuzione doveva intendersi ogni compenso continuativo; onde, al fine della determinazione dell'ammontare delle maggiorazioni, si doveva mettere nel calcolo tutto. La Cassazione ha di recente respinto questa impostazione (30). Non esiste una nozione di retribuzione di universale applicabilità. Occorre distinguere. Per taluni istituti (ad es., si assume, per le festività) vi sono specifiche disposizioni di legge o comunque inderogabili, che dispongono specificatamente il criterio di liquidazione. Invece, per gli istituti puramente contrattuali, cioè per quelli derivanti non dalla legge, ma dal contratto collettivo, sarà questione d'interpretazione, di volta in volta, delle singole clausole; le quali si esprimono nel modo più vario (retribuzione contrattuale, ordinaria, normale, ordinaria di fatto ecc.). E sono questioni ardue di determinazione, da parte del giudice, della comune intenzione delle parti contraenti. Ma anche per questa via si perviene ad una sensibile attenuazione degli oneri.

20. Nel recente periodo i nostri sindacati sono diventati molto ragionevoli. La teorica del salario variabile indipendente è stata abbandonata. Professano ampia disponibilità per la valutazione delle giuste esigenze, al compromesso, al rispetto dei patti.

Questa conversione spirituale, certamente autentica, convincerebbe di più se non vi fosse il dubbio che al fondo vi sia anche una situazione

---

(30) V. Cass. 13 febbraio 1984, nn. 1069 e 1075, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1038.

di estrema debolezza. Nelle crisi il sindacato è debole perché c'è la permanente minaccia all'occupazione, perché si devono mediare gli interessi contrastanti degli occupati e dei disoccupati, perché, talora, si deve contrattare « al ribasso », arretrando, cioè, rispetto alle conquiste già raggiunte, ponendo l'accento sull'esigenza prioritaria di garantire il buon andamento delle imprese, la sanità del sistema economico, i beni essenziali del lavoro. Tanto che variamente si discute della possibilità giuridica di questa contrattazione in arretramento, se vi sia o no l'ostacolo dei diritti quesiti dei lavoratori, se il sindacato abbia veramente il potere di gestire gli accordi cui si induce per cercare di superare le crisi aziendali (31). Così la rappresentatività del sindacato è oggi vivacemente discussa. E la consistenza numerica delle adesioni è rafforzata con la presenza massiccia nelle diverse centrali delle organizzazioni dei pensionati.

Il recente contratto collettivo per l'industria metalmeccanica privata, stipulato il 18 gennaio 1987, segna, con una punta di malinconia, questo declino. Si è giunti alla stipula quasi in sordina, dopo tergiversazioni datoriali protrattesi, per circa un anno, con ore scarse di sciopero (trentasei), senza conflitti drammatici come a cavallo degli anni '70. Il contratto delle imprese in mano pubblica questa volta ha seguito e non ha preceduto, come solitamente avveniva prima, quello privato. È finita l'epoca dell'industria di Stato socialmente trainante e ispirante, perché in questo settore, dalla disciplina notoriamente più lassista, le cose vanno peggio. Questa volta, poi, non c'è stato alcun bisogno della mediazione ministeriale, per far ingoiare, come è successo per lungo periodo, da parte di ministri che già si definivano « dei lavoratori » e non « del lavoro » (Brodolini e Donat Cattin), rospi ad una imprenditorialità circondata, debole ed impopolare.

È su questo contesto che si alimenta, appunto, la tentazione di taluni settori sull'avvenire non sindacale. Ma, nel lungo periodo, è una prospettiva, come ho detto, senza avvenire. I giuristi del lavoro hanno il dovere, in parte anche professionale, di ammonire circa la necessità e l'indispensabilità della presenza reale e dialettica delle parti sociali contrapposte, in un rapporto tra liberi cittadini, ogni parte collaborando all'interesse generale, e non già tra padronato e sudditi.

Così come si ha il dovere di difendere i principi di una materia che è parte essenziale della civiltà giuridica contemporanea.

Di fatto il sindacalismo è largamente disponibile all'ipotesi parteci-

---

(31) Su questo problema, rimando al mio articolo su *La disponibilità sindacale dei diritti individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, 927.

pativa non più aprioristicamente « conflittuale », come si diceva a metà degli anni '70 nel tentativo di coniugare in qualche modo la remota prospettazione contestataria con l'evidenza dei primi segni della crisi. Allo stato c'è stata, per l'industria in mano pubblica, la realizzazione del Protocollo IRI, di un accordo volto, cioè, a garantire istituzionalmente la presenza e la collaborazione dei sindacati in un costante incontro-scontro con la controparte (32). E recentissimamente, in svolgimento di questo protocollo, si è avuta la prima pronuncia, unanime, di un collegio di saggi chiamato a pronunciarsi sulla legittimità o no di taluni scioperi rispetto alle procedure concordate (33).

21. Il processo di revisione-razionalizzazione del nostro diritto del lavoro va così, faticosamente, avanti, tra ritardi e contraddizioni. Trattandosi di trovare il giusto punto di equilibrio tra i diritti contrapposti, coniugando l'efficienza delle imprese col massimo della socialità possibile (34). Non è assolutamente possibile prevedere se si riuscirà nell'intento. Al fine avremmo necessità di un sistema istituzionale efficiente. Ma questa nostra Repubblica è, per più versi, traballante. Il sistema non è in grado di esprimere governi veri; abbiamo una coalizione forzata di partiti che ogni giorno sono in litigio. Tanto che, significativamente, e almeno a parole, da qualche anno si parla di riforme istituzionali. La disaffezione dei cittadini va estendendosi e emerge nel fenomeno cospicuo della non espressione in positivo del voto politico (diserzione dalle urne, schede bianche o nulle). Confusamente l'aspirazione ad una seconda repubblica è in giro. Ma questo esorbita dai limiti di questa mia comunicazione (35).

---

(32) Il testo del protocollo, stipulato il 18 dicembre 1984 fra l'IRI e le maggiori confederazioni sindacali, è in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, III, 10; nel luglio 1986 sono state apportate modifiche al testo originario, che possono leggersi nella medesima rivista, 1986, III, 70.

(33) La decisione è pubblicata nel n. 23-24 del 1986 di *Lavoro informazione*.

(34) Questo fu il *leit-motiv* della relazione di G. Giugni al congresso svoltosi a Bari nell'aprile 1982 su *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, i cui atti sono pubblicati da Giuffrè, Milano, 1983.

(35) Nei giorni scorsi è stata definitivamente approvata dal Parlamento una legge parziale in tema di collocamento. Al momento in cui scrivo (16 febbraio 1986) la legge non è stata ancora pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale*; il testo è riprodotto nel quotidiano economico *Il Sole-24 Ore* dei giorni 13 e 14 febbraio. Questa legge non dispone in ordine ai sistemi di avviamento al lavoro (richiesta numerica o nominativa); per questo si dovrebbe provvedere con successiva legge. Nella sostanza la legge dispone in ordine agli organi del servizio e per esperimenti pilota in materia. L'art. 21 favorisce l'assunzione di *apprendisti* consentendo la richiesta nominativa e con altri benefici per le imprese, specie

artigiane. L'art. 23 estende ulteriormente la possibilità del contratto *a termine*, consentendolo nelle ipotesi previste nella contrattazione collettiva in termini di percentuale rispetto al personale occupato; nei settori del turismo e dei pubblici esercizi è possibile l'assunzione anche per un sol giorno, ancora nelle situazioni determinate nei contratti collettivi.

Sui problemi relativi alla nostra disciplina in tema di appalti di cui alla legge del 1960 (v. *supra*, n. 16) nonché sulla problematica possibilità di dar corso al lavoro interinale, v. il saggio di A. D'Harmant François, *Gli appalti di opere e servizi*, in *Strumenti e limiti della flessibilità dell'organizzazione aziendale*, Milano, 1986, spec. 295. Il contributo è di particolare autorevolezza perché proviene da un direttore generale del Ministero del lavoro.

54.

# PIERO CALAMANDREI E LE QUESTIONI DEL LAVORO

1. Il centenario dalla nascita del grande giurista e umanista non passerà dimenticato né tra gli addetti ai lavori, specie processualcivilisti e costituzionalisti né, in genere, tra gli uomini di cultura, perché, a trentatré anni dalla Sua morte, sono ancora vivi uomini di successive generazioni che variamente attinsero al Suo messaggio etico-sociale nel programma di costruire un'Italia migliore.

Né può mancare la voce dei lavoristi. L'insegnamento del Maestro attenne, variamente, anche alle nostre cose vuoi con interventi su talune questioni specifiche vuoi perché (come uomo politico che partecipò all'elaborazione della Costituzione e che poi si batté strenuamente fino all'ultimo per l'inveramento della Carta medesima) fu al centro della Sua attenzione, com'è ovvio, la « questione sociale », cioè la nuova posizione del lavoro nell'ordinamento. Tale questione, infatti, è il capitolo di testa del giuslavorismo, di un diritto che si pone e si svolge di per sé in funzione innovativa del diritto precedente, per far largo ai diritti nuovi della parte lavoratrice e riscattarla dalla miseria e dallo sfruttamento. Per questo può dirsi che i giuslavoristi sono, in un certo senso, i costituzionalisti più autentici dell'esperienza giuridica contemporanea.

La cosa migliore, più produttiva, è di rileggerlo, come io ho fatto nelle ultime settimane; e farlo in modo storicamente critico, constatando i Suoi apporti ed anche i Suoi limiti, ove possa riscontrarsi (come credo) che, nella Sua generosa battaglia per l'attuazione costituzionale, talora non si rese conto di talune possibilità applicative dei principi della Carta quanto meno ad opera dei magistrati pur in assenza dell'intervento diretto del legislatore. Si tratta, per questo aspetto, di constatazioni *ex post*, fatte col senno di poi per gli sviluppi della tensione pro Costituzione. Non dobbiamo dimenticare, infatti, che la Sua prematura scomparsa si ebbe nella metà degli anni '50, quando avevamo alle spalle un periodo di inadempienze e solo da poco si era, finalmente, insediata la Corte costituzionale. Eravamo solo alle prime battute dell'inversione del

processo. Con l'insediamento della Corte si era posta una premessa istituzionale. Nel frattempo le commissioni parlamentari d'inchiesta stavano raccogliendo il materiale che avrebbe costituito la base dei successivi interventi di legge. E CALAMANDREI, per molto tempo, era stato largamente solo quale *viva vox Constitutionis*; e dico così con l'espressione ch'Egli ritenne di dover rivolgere ad un Presidente della Repubblica, formalmente impegnatosi a mutare registro.

Mi pare di poter raggruppare gli scritti di Calamandrei, per quanto ci interessa, in tre sezioni: gli scritti dell'epoca corporativa sul processo del lavoro, quelli per la Costituzione e per la sua attuazione, e gli interventi specifici nella stagione postcostituzionale.

2. In epoca corporativa Calamandrei reiteratamente intervenne sul processo del lavoro, già allora regolato su diversi principi, rispetto al modello del processo ordinario, con le leggi del 1928 e del 1934. Interventi del tutto plausibili, in sé, da parte dell'insigne processualista, perché considerati e condotti nell'ottica ideologica, di politica del diritto, di stampo chiovendiano, secondo la formula dell'immediatezza, dell'oralità e della concentrazione; quindi con consenso alla riforma. È interessante rileggere oggi queste cose, posto che la riforma del 1973 ha ripreso quegli ideali, ma non sempre e non totalmente il nuovo modello si è inverato nella pratica.

In uno scritto del 1928 dedicato a *Questioni sull'appello nelle controversie di lavoro* (in *Foro tosc.*, 511 ed ora in *Opere giur.*, Morano, VIII ed., 431) afferma, appunto, che « ... il procedimento oggi seguito nelle controversie di lavoro è un notevole passo in avanti, verso l'oralità e la concentrazione, e un non ritorno alle lungaggini dell'istruttoria scritta ». Da segnalare una notazione, di teoria generale, derivata dal diverso modo d'introduzione del processo, con ricorso anziché con citazione, che mi pare non essere stata raccolta in successive teorizzazioni: la tecnica del ricorso potrebbe comportare un diverso modo di concepire il diritto di azione, non come diritto privato della parte nei confronti dell'altra, ma come diritto pubblico dell'attore verso lo Stato.

Del 1934 è il saggio, destinato agli studi per GENY, su *La natura giuridica delle decisioni della Magistratura del Lavoro in Italia* (ora in *Opere giur.*, IX, 365), prezioso sul problema di qualificazione di pronunce costitutive di normativa nell'ordinamento.

Di estrema attualità, circa l'esperienza che va compiendosi rispetto alla legge vigente del 1973, è il saggio *Le controversie del lavoro e l'oralità* (in *FI*, 1984, 4, 129; ora in *Opere giur.*, IX, 380). La legge del 1928, quale prima applicazione sperimentale in vista della riforma generale del

processo del lavoro (allora come ora!), ha fatto buona prova; ma l'esperienza sarebbe stata migliore se magistrati e avvocati, con la loro resistenza passiva legata alle vecchie abitudini, non avessero evitato la piena realizzazione del modello. Di fatto abbiamo una « curiosa procedura di formazione puramente forense, ibrida accozzaglia di vecchio e di nuovo », con infinite varietà di luogo in luogo (ancora come oggi!), con tanti *stylus curiae*. Nella pratica si torna largamente al processo scritto a cui i protagonisti sono inguaribilmente legati, magari in odio alla vuota oratoria; lo scritto non è ridotto, come la legge vorrebbe, a mere deduzioni da svolgersi in modo compiuto oralmente. Il divieto di rinvio è largamente eluso, di norma la sentenza non viene deliberata subito. « È un po' la mentalità dei contadini, i quali non credono ai discorsi, ma hanno grande rispetto per la carta stampata ». In altri casi « ... per eccesso di zelo si è giunti all'estremo opposto, quello di deliberare la sentenza *prima dell'udienza* » (e talora si ha sentore che anche questo eccesso si verifichi oggi). Le cose vanno assai meglio nei processi di appello innanzi alla magistratura del lavoro per il minor numero di cause, per la migliore selezione dei magistrati, per la maggior fedeltà allo spirito della legge, cosicché qui le cose « ... hanno funzionato finora in un modo così soddisfacente che il procedimento praticato dinanzi ad esse mi appare nelle sue grandi linee, come il tipo di procedimento desiderabile... nella prossima generale riforma del processo civile ». Qui Calamandrei scrive una pagina essenziale, mi pare ignorata nella storiografia, che ritengo bene riportare integralmente perché in essa, magari *a contrario*, si fissano i presupposti oggettivi e soggettivi in assenza dei quali è vano sperare nell'inveramento e della riforma parziale e di quella generale ora in cantiere sulla base dei principi della prima (pp. 389-390):

« Si va in udienza colla possibilità di impiegare per la discussione di una causa, specialmente di quelle più importanti, un intero pomeriggio, senza quell'affollamento di cause sul ruolo di una stessa udienza, che rende inquieti e nervosi i giudici e crea in essi l'incapacità psicologica di ascoltare con pazienza la discussione di un processo, quando sanno che prima di sera dovranno ascoltarne tutta una serie. Il collegio, fin dall'inizio, dell'udienza, si dimostra attento e interessato al dibattito, sicché gli avvocati, quando si alzano per parlare, non hanno la sensazione di venir meno alle regole della buona creanza; il consigliere relatore fa in udienza una relazione che è assai spesso un modello di chiarezza e di precisione, sfogliando i fascicoli di cui si dimostra padrone, e familiarmente indicando agli avvocati le questioni su cui è bene che il Collegio sia illuminato; e la discussione si svolge poi con tutta l'ampiezza che la causa richiede, in un ambiente in cui la stessa familiarità, che avvicina in queste

aule i giudici agli avvocati, dissuade il difensore che ne avesse voglia dalle divagazioni e dalle volate retoriche, e lo incita a trovare argomenti seri e solidi, che veramente possano servire, di lì a pochi minuti, quando i giudici in camera di consiglio ripenseranno alla discussione, a far trionfare la sua tesi. Si ha l'impressione che il tradizionale sonno dei giudici, intorno al quale la satira si è tanto esercitata, sia scomparso dalle udienze della Magistratura del Lavoro: se esso è la tacita reazione che il tedio dei magistrati ha saputo sempre contrapporre al vaniloquio degli avvocati, è naturale che esso più non alligni là dove la parola degli avvocati è tornata ad esser necessaria, e dove i magistrati, ascoltando i difensori che parlano, hanno la coscienza di prepararsi in questo modo ad assolvere più efficacemente, alla fine dell'udienza, la loro funzione in camera di consiglio. Ho notato che nelle udienze della Magistratura del Lavoro avviene di frequente che, mentre un avvocato parla, il Presidente lo interrompa; non con animo ostile per impedirgli di parlare, ma per invitarlo a intrattenersi più a lungo su certi punti che al Collegio risultano men chiari. La discussione orale si va sempre più trasformando così, dal monologo a lungo respiro dell'oratoria classica, in un agile e nervoso dialogo in cui l'avvocato dev'essere pronto a dare al giudice tutte le spiegazioni che a questo sembri utile chiedergli e a parlare solamente su quei punti sulla cui importanza il giudice ritenga necessario richiamarlo. È evidente che qui la tecnica dell'oratoria forense si va modificando: diventano inutili gli artifici abusati per coprire con parole fiorite la mancanza di idee chiare; e in luogo delle tirate ad effetto occorre in cambio una più vasta preparazione giuridica, una più alacre e vigile prontezza di pensiero. Io stesso ho assistito a un'udienza durata parecchie ore in cui tutta la discussione orale è consistita in un fuoco di fila di interrogazioni rivolte da giudici e da avvocati al perito, appositamente chiamato per dare schiarimenti su una grave questione di tecnica assicurativa. In quell'aula in cui tutti i presenti, giudici ed avvocati, formulavano una dopo l'altra le domande, schematiche e disadorne, volte a chiarire la difficile materia, era completamente caduta quella specie di barriera di diffidenza che in certi processi separa i giudici dagli avvocati e che rende sospetto ai giudici tutto quello che gli avvocati dicono: tutti in quell'aula avevano la sensazione di essere leali collaboratori per il raggiungimento di un unico fine, che era la verità; e i difensori parlavano, e il Collegio li stava ad ascoltare, non per fare sfoggio di eloquenza, ma per portare il loro contributo alla funzione della giustizia, di cui l'avvocato è organo non meno nobile e non meno necessario del magistrato.

Aver restituito vitalità e ragion d'essere all'oralità, intesa nel modo suddetto (ch'è poi quello in cui l'ha intesa Giuseppe Chiovenda) rappre-

senta secondo me il merito maggiore del procedimento delle controversie individuali del lavoro; intendere e sviluppare questa innovazione anche nelle cause dinanzi ai Tribunali, dai quali non sempre lo spirito di queste nuove leggi processuali è stato pienamente inteso, dev'essere nel prossimo avvenire la mira costante dei giudici e degli avvocati.

Non dimentichiamo che il legislatore, che nel procedimento del lavoro ha reso all'oralità l'importanza di una funzione necessaria, non ha soltanto migliorato il processo, ma ha, insieme col processo, innalzato l'avvocatura.

Rendere all'oralità il posto che le compete nel processo, persuadere il giudice della necessità della difesa orale, vuol dire rendere omaggio alla necessità sociale degli avvocati: sappiano essi dedicare le loro migliori cure a questo processo del lavoro, che è una rivendicazione della dignità del loro ordine ».

3. Passiamo alla *questione sociale costituzionale* nei termini indicati all'inizio. Premetto che prendo in considerazione alcuni scritti particolarmente significativi, perché emergono motivi continuamente ripresi nell'immenso *corpus* della produzione calamandreiana. Infatti Calamandrei fu scrittore quanto mai fecondo.

Il tema della « Costituente e questione sociale » venne affrontato organicamente in uno scritto del giugno 1945, poi raccolto nel volumetto ed. U di quell'anno *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente* (ora in *Opere giur.*, III, spec. 170; nonché in *Scritti e discorsi politici* a cura di Bobbio, Firenze, 1966, I A, 141). Rileggendo a quarantatrè anni di distanza, questo contributo può apparire strano o quanto meno singolare. Calamandrei era del partito d'azione, emerso da tanti filoni ma, fondamentalmente, dall'imperativo « Giustizia e Libertà » di Carlo Rosselli e dal liberalsocialismo di Calogero, nella ricerca di una sintesi adeguata tra valori nel perseguimento della giustizia sociale. Nel giugno 1945 soffiava anche, almeno in superficie, il vento del Nord ed eravamo alla vigila del governo Parri, con un *leader* che non avrebbe mancato di denunciare, tra vivi clamori ed opposizioni, nelle aule della Consulta il proposito di superare l'esperienza democraticamente rachitica del prefascismo. L'imperativo è pienamente accolto da Calamandrei: « ... tra i fattori che concorrono a determinare la costituzione politica di un popolo, sta in primissima linea il fattore economico »; cosicché, accogliendosi per quanto di ragione la critica socialista alla situazione capitalistica, è inevitabile e salutare che la prossima Costituente accolga in sintesi il messaggio rosselliano. Ma poi, cercando di dipanare in concreto il piano, il discorso diventa problematico e cauto. Il problema non è

quello di enunciare a tavolino i nuovi diritti sociali; sulla carta è assai facile. Il problema vero è quello di « ... trovare il sistema economico che permetta di soddisfarli », reperendo i mezzi finanziari per l'indispensabile intervento di Stato. « Avremo il dovere di domandarci seriamente quale potrà essere il significato pratico » di astratte proclamazioni. Non è probante il riferimento alla situazione russa, dove la Costituzione staliniana ha legiferato su un sistema acquisito. Né vale il riferimento all'esperienza laboristica allora appena agli inizi, perché lassù c'è un vero piano, quello Beveridge. Si dovrà « fare i conti colle risorse di casa nostra »; « saranno veramente le giornate serie della Costituente »; « forse dovremo mestamente accorgerci che ci sarà consentito soltanto di porre alcune premesse: formulare... promesse consolatrici; si dovranno redigere delle tendenze, senza dar conto di fatti compiuti, trovandosi nella dura necessità di dover essere non l'epilogo, ma il prologo di una rivoluzione sociale ». È già qui, *in nuce*, la successiva teorizzazione della Costituzione come rivoluzione solo promessa.

Non è facile intendere il senso intimo di questa prospettazione del 1945, che poi fa corpo con gli sviluppi logici in sede di Costituente (v. *infra*). Probabilmente vi fu, in quell'estate incandescente che tanto passionalmente si trascinava, una lucida consapevolezza politica testimoniante della grandezza intellettuale dell'Uomo. L'Italia non era la Russia dove, bene o male, la rivoluzione del sistema economico si era da tempo compiuta nei fatti. L'Italia non era l'Inghilterra, malgrado tutto potenza vincitrice del conflitto e comunque relativamente assai più ricca. L'Italia usciva, invece, sconquassata, distrutta, bisognosa, come avvenne, dell'aiuto straniero (di uno straniero certo non corrivo a progetti di palingenesi sociale). Forse Calamandrei avvertiva anche (ancor prima che la tornata parziale delle amministrative della primavera 1946 lo rendesse palese) che al di là del Paese ufficiale, che brulicava perentorio nelle piazze, la maggioranza reale non era nettamente a sinistra. Forse, e soprattutto, Calamandrei, da giuspositivista di buona razza, era naturalmente alieno da qualsiasi illusione cartacea, poneva sempre l'accento sulle cose realmente possibili.

Queste sue posizioni saranno sviluppate e confermate nel famoso discorso alla Costituente del 4 marzo 1947 a progetto della Carta redatto (v. *Chiarezza della Costituzione*, ora in *Opere giur.*, X, 479). L'oratore ha una vera crisi di rigetto rispetto a tante proposizioni di principio del progetto: « ... ma sono precetti morali, definizioni, velleità, programmi, propositi, magari manifesti elettorali, magari sermoni: che tutti sono camuffati da norme giuridiche, ma norme giuridiche non sono ». Cosa dirò agli studenti dell'art. 1 della Repubblica fondata sul lavoro (se vi

sono tanti disoccupati in giro)? Che dire dell'art. 4 e del fatto che, in pratica, gli oziosi possono assumere di assolvere ad una funzione? Con notevole preveggenza Calamandrei immagina il dialogo che potrà aversi domani tra il conservatore e il progressista a proposito dell'art. 41; il primo che pone l'accento sulla garanzia di libertà di cui al comma 1, il secondo che insiste sul condizionamento all'utilità sociale di cui al comma 2 (così come anch'io dico, esattamente quarant'anni dopo, a lezione). Insomma tutte queste proposizioni allo stato non sono niente, preannunciano solo una rivoluzione da farsi domani. Ecco perché Egli avrebbe preferito che di tutte queste cose si parlasse, come in altre Carte, in un preambolo. L'oratore ricorda come gli era stata tirata la giacca tanto da Mortati quanto da Togliatti. Il primo lo ammoniva sul valore giuridico delle proposizioni di principio; l'uomo politico sagacemente lo avvertiva, con una sentenza dantesca, che queste proposizioni avevano nella sostanza un forte valore politico nella lotta di domani: discorso che poi ha fatto variamente Umberto Romagnoli. A distanza di decenni (ma sulla base di una complessa, intricata e contraddittoria esperienza di faticoso inverarsi del messaggio del 1948), è facile dire che, sul piano delle possibilità di domani, il Maestro toscano, così lucido nel demitizzare l'apparente impatto dell'ora, aveva torto.

Le posizioni sono ribadite in *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, proemio al *Commentario alla Costituzione*, diretto da Calamandrei e da A. Levi nel 1950 (ora in *Scritti e discorsi politici*, cit., II, spec. 455 ss.). La vera Costituzione è in quanto la Carta detta per la parte organizzatoria. Nel campo sociale non vi è, allo stato, nulla di nuovo perché la Costituente non ebbe tempo per adottare riforme di struttura; « ... ma non pensò neanche a introdurre nell'ordinamento costituzionale nuovi congegni attraverso i quali le esigenze di rinnovamento sociale potessero trovare un diretto sbocco, né tradusse in istituzioni giuridiche aventi un qualsiasi valore pratico le vaghe affermazioni di principio colle quali in successive disposizioni si promette la redenzione e la promozione delle classi lavoratrici ». Parla, rispetto alle proposizioni di principio, di « enfatiche ostentazioni verbali », con disposizioni solo programmatiche o tendenziali. I nuovi diritti sociali non sono azionabili (ma di lì a poco, nell'Italia tanto povera degli iniziali anni '50, la magistratura scoprirà, corroborata dalla teorizzazione di Salvatore Pugliatti, il principio, almeno, della retribuzione minima). In una celebre frase parla di rivoluzione solo promessa, anche se la conclusione non è pessimistica: quanto meno certi muri maestri ci sono e dalla Carta deriva quanto meno un messaggio, anche etico, che si rivolge alle generazioni di domani. Il che appunto, certo tortuosamente e non completamente, è avvenuto.

Il discorso è ripetuto nel famoso saggio pubblicato nel volume laterziano del 1955 *La Costituzione e le leggi per attuarla* (ora in *Scritti*, cit., 467); qui lamentando che, a sette anni di distanza, anche la parte sociale della Costituzione, come il resto, sia rimasta inadempiuta, senza alcun piano organico per eliminare la piaga ingente della disoccupazione e con l'assolutismo padronale nelle fabbriche nel terrore del licenziamento. Ma, da giurista prudente qual è, rimette piuttosto all'economista (p. 533) la valutazione su quanto avrebbe potuto farsi e che invece, in ipotesi colposamente, non si è fatto, partendo dalle condizioni catastrofiche del 1945. Ora Calamandrei, uomo civilmente impegnato, mette da parte le perplessità che ebbe come costituente e, tenendo conto delle promesse scritte, cerca di battersi per il loro inveramento. Infatti il Suo canto del cigno in materia fu la famosa, spendida arringa *In difesa di Danilo Dolci*, reo di aver organizzato la pacifica protesta dei diseredati di Sicilia pronunciata il 30 marzo 1956, pochi mesi prima della morte (ora in *Opere giur.*, X, 555).

4. Scarsi, ma come sempre di alta qualità, furono i contributi postcostituzionali d'immediato interesse lavoristico. Nel 1948 Calamandrei difese la CGIL avverso l'istanza di sequestro dei beni avanzata dalla corrente bianca scissionistica, risolvendosi la lite in via transattiva; ne venne lo scritto, encomiabilmente espositivo delle tesi *hinc ed inde* dedotte, pubblicato in *GI* (ed ora in *Opere giur.*, IX, 487), con la conclusione che la vicenda comprovava « ... l'insufficienza delle poche norme che regolano nel codice civile le associazioni non riconosciute di fronte a questa imponente realtà sociale » dei sindacati e dei partiti. Non a caso nella più recente dottrina il tema è stato largamente approfondito, ad es., con gli importanti contributi di Galgano, nei termini da ultimo ripresi criticamente nella monografia di Carabelli.

Del 1952 è il saggio, ben noto e costantemente richiamato, sul *Significato costituzionale del diritto di sciopero* (in *RGL* ed ora in *Opere giur.*, III, 443). Dopo aver precisato la funzione sociale dell'istituto, come strumento ai fini della trasformazione sociale costituzionalmente voluta (impostazione poi largamente ripresa), l'A. si premura soprattutto di costruirlo strutturalmente in valutazione critica di altre teoriche, in termini di potere del sindacato di facultizzare, con la proclamazione, l'astensione collettiva dal lavoro e la conseguente attuazione da parte dei singoli. A stretto rigore lo sciopero sospende solo l'obbligazione di lavoro, non il rapporto che continuerebbe a tutti gli effetti, anche economici. A stretto rigore resta il diritto al salario: certo l'opportunità di questa implicazione, come invito ad un ozio retribuito, è sindacal-

mente discutibile; ma, se si volesse evitarla, sarebbe indispensabile una formale disposizione di legge. Come si è spesso notato, questo contributo è fortemente datato, insieme a diversi altri della prima legislatura, con una prospettazione poi presto superata nell'esperienza. Infatti Calamandrei, come gli altri, all'epoca considerava lo sciopero in connessione col procedimento di stipulazione dei contratti collettivi, nel collegamento tra art. 39 e 40; meditava, cioè, nella condizione della possibilità, forse dell'imminenza, della legge sindacale organica. Diversi passaggi sono esplicitamente o no in tal senso; si veda, soprattutto, il n. 11. Nella parte finale, ribadisce la distinzione tra sfera economica e politica, anche se afferma la difficoltà del tracciato. Ma importanti furono e restano le considerazioni generali (n. 14), di politica del diritto e no. La prima, citatissima, secondo la quale dello sciopero, divenuto diritto, è inevitabile una qualche limitazione ed armonizzazione nell'universo dell'ordinamento, com'è nella logica delle cose; di guisa che questa operazione, se non sarà compiuta dal legislatore, sarà fatta dalla magistratura (come è puntualmente e per diversi versi avvenuto). La seconda fu l'ammonizione a non vanificare o a non rendere troppo difficile proceduralmente l'esercizio di questo diritto: se ne sarebbe impedita la funzione stimolatrice voluta dalla Costituzione, e la lotta sociale sarebbe ricomparsa sotto altre forme illegali. Anche questo ammonimento resta di attualità.

Ma, nella sostanza e per coerenza ideale, Calamandrei voleva essere tutto nella Costituzione, prendendola nel senso finalistico migliore, ma senza mutilazioni dettate da interessi di parte in senso angusto. È significativo che nel saggio citato del 1955 su *La Costituzione e le leggi per attuarla*, l'A. non si diffonde sul problema della legge sindacale all'epoca largamente dibattuto. Si limita a lamentare ancora l'inadempienza del legislatore, mettendo insieme e il c.c.n.l. e gli artt. 39 e 40 (spec. 494). Eppure, ripeto, su questo, nel corso della prima legislatura, si erano scritti fiumi d'inchiostro, soppesandosi variamente pro e contro, diverse modalità. Vi erano state anche diverse proposte di legge. In particolare vi era stato il disegno di legge Rubinacci e, almeno allora, larga parte dell'opinione e della classe politica di governo parevano seriamente intenzionate ad andare avanti. Sul disegno Rubinacci, in particolare, nella primavera del 1953 vi era stato un convegno nutrito a Firenze, promosso dal prof. Mazzoni. In Calamandrei non c'è traccia di tutto questo: forse perché nel pensiero riposto dell'A. (ormai ancora da giurista positivo, che aveva dalla Sua quanto stava solennemente scritto nella Carta), la Costituzione doveva andare avanti nei fatti in tutta la sua interezza come legge fondamentale compromissoriamente posta, in adeguato e vivente equilibrio tra tutte le spinte, gli interessi e i valori

contrapposti. Forse avvertiva che, spezzando l'unitarietà del discorso, la buona causa ne sarebbe risultata moralmente pregiudicata. Prima che tante cose cambiassero, negli ultimi sprazzi della sua lunga e intensa battaglia per un ordinamento migliore, Calamandrei era ancora l'Uomo che con tanto tormento aveva partecipato alla stesura della Carta. Non a caso larga parte del contributo del 1955 è tutto una critica alla situazione di rottura e di discriminazione che si era determinata tra le grandi forze politico-sociali (fra le quali era avvenuto il compromesso del 1947) reiteratamente affermando che, almeno sul piano dell'attuazione costituzionale, la *conventio ad excludendum* andava, con un supremo appello alla ragione, evitata. In fondo, non si rendeva ragione del perché non fosse possibile dar corso alla suprema sintesi di *Giustizia e Libertà*.

## 55.

## DIRITTO DEL LAVORO E INDIRIZZO ETICO-POLITICO (*)

Ho esitato molto nella scelta del tema. In questa stagione d'integrale ripensamento del nostro diritto del lavoro, c'è solo l'imbarazzo della scelta. Ma da tempo sento l'esigenza di considerare le cose su un piano più elevato rispetto alla prospettiva di breve periodo, avverto la necessità di una visuale più larga.

Così, dopo molte titubanze, ho scelto questo tema, consapevole del rischio che corro, di non saper dire bene quello che mi detta dentro e di essere anche frainteso.

Non mi propongo di prospettare un determinato indirizzo, di enunciare una piattaforma programmatica precisa. Non ho alcuna ricetta in tasca. Alternative precise e scelte nette potremo farle solo collettivamente, con il concorso di tutti, degli studiosi delle diverse discipline che hanno ad oggetto la medesima realtà sociale vista da diversi angoli e, soprattutto, determinando nuove idealità, qualche nuova idea-forza nel corpo sociale.

Più modestamente vorrei cercare di dimostrare che non si può sperare di risolvere i gravi problemi del nostro orticello se non li inseriamo nel contesto totale e se non riusciamo a determinare, a livello di classe politica latamente intesa, un indirizzo insieme generale e concreto; adottando, così, una linea responsabile in ordine al possibile divenire nella comunità nazionale. Cioè, *a contrario*, vorrei dimostrare che non si può continuare a casaccio, giorno dopo giorno, appagandosi di risolvere qualche singolo problema tra i tanti che sono di attualità.

Vorrei poter dimostrare tutto questo *sulla base dei fatti*. L'aver proceduto finora a casaccio, da schizofrenici, in vicende che non hanno saputo esprimere una politica, è la causa determinante dei nostri guai; col paradosso che, in un'Italia enormemente cresciuta, in quantità e qualità, non abbiamo saputo costruire un'Italia migliore, superando le numerose

---

(*) Conversazione tenuta, il 30 novembre 1989, agli studenti triestini della facoltà di giurisprudenza.

contraddizioni che ci affliggono, con una crisi che è anche, e forse soprattutto, crisi morale.

Questo è, senza remore, un discorso prettamente politico. Ma, nell'universo dei giuristi, i giuslavoristi sono i più adatti ad affrontare tale problema di fondo, proprio perché studiosi di un ramo del diritto che muove dalla pretesa di risolvere adeguatamente la questione sociale.

È ben noto che da qualche tempo, per più versi ed in ogni suo settore, il diritto del lavoro è in crisi; ed è contestualmente crisi della società proprio perché da alcuni decenni essa ha avuto l'impatto di questo nostro diritto, dei valori di cui è portatore. La cosa è tanto notoria che sarebbe ridicolo che io facessi citazioni, in una pubblicistica peraltro sterminata. Prendo, solo a titolo esemplificativo, due recenti autorevoli testimonianze. Secondo Romagnoli (v. *Un diritto a misura d'uomo*, in *RCDP*, 1989, 285, spec. n. 3) tutto è in questione. Per Giugni (v. l'introduzione alla recente raccolta di scritti *Lavoro legge contratti*, 1989) è in questione il significato stesso del diritto del lavoro (p. 23) e si pongono inquietanti interrogativi sulla sua sorte (p. 24): da noi un terzo del corpo sociale è emarginato nella società « opulenta » e sul pianeta la parte relativamente appagata, nell'area ristretta dei Paesi industrializzati, affonda in un più vasto mondo di poveri e affamati. L'Italia è ben piccola cosa nel totale e sorge anche il dubbio che si possa trovare una soluzione in quest'area angusta.

Da circa dieci anni si parla di diritto della crisi o dell'emergenza, si cerca di sollecitare la razionalizzazione o il riaggiustamento. Faccio una carrellata riassuntiva.

Nel diritto del lavoro « in senso stretto » si pone nel contempo, e non è una contraddizione, una duplice esigenza: *estendere* e nel contempo *razionalizzare*. Non possiamo dimenticare, infatti, che in ragione della limitata applicabilità del principio del giustificato motivo di licenziamento, in pratica alcuni milioni di lavoratori non hanno in concreto alcuna garanzia. Mi spiace che l'attuale Presidente del consiglio, on. Andreotti, abbia dichiarato di recente a Milano, parlando agli industriali, che dell'estensione dello statuto dei lavoratori non se ne parla nemmeno (giornali del 1° novembre).

Ma nel contempo razionalizzare, contemperando, come disse giustamente Giugni nel 1982, i giusti diritti del lavoro con la salvaguardia delle esigenze oggettive dell'impresa, evitando abusivismi e distorsioni. Qui sta il problema. Ad es., l'art. 2101/I c.c. commisura, com'è noto, la diligenza del lavoratore oltreché alla natura della prestazione, anche all'interesse dell'impresa e a quello superiore della produzione nazionale. Le ultime parole, certo scritte in epoca corporativa e con l'enfasi

del tempo, secondo una corrente opinione, dovrebbero cancellarsi nell'ordinamento democratico e sociale. Confesso che non ho mai ben capito perché; non so perché mai non sarebbe possibile una rilettura, una rivisitazione come suol dirsi, del disposto. Dovrebbe essere possibile una concezione austera, mazzinianamente all'insegna dei doveri dell'uomo, degli obblighi che gravano su tutte le parti del corpo sociale. Come i fatti hanno poi dimostrato, si tratta solo di un ideologismo di bassa lega. Dopo la crisi del 1973, tutti si preoccupano, a cominciare dai lavoratori e dalle loro organizzazioni rappresentative, delle sorti dell'impresa, nonché dell'intera economia nazionale. Anche nella tormentata vicenda gorbaciovana dell'Urss, si è riconosciuto in linea di principio il diritto di sciopero, con una limitazione temporanea da valere nei gangli vitali dell'economia, giacché la pienezza della lotta sociale, peraltro spesso giustificata, potrebbe pregiudicare la delicata operazione della perestroika.

Anche il diritto sindacale è tutto in crisi. Il sistema « di fatto », che ha avuto corso per circa un quarto di secolo, basato sul reciproco riconoscimento di pari rappresentatività delle tre centrali, è stato gravemente scosso. Le tre centrali, dopo la crisi del 1984, hanno ufficialmente ritrovato l'unità d'azione, ma la convivenza è sempre precaria (si pensi alle difficoltà d'elaborazione della piattaforma contrattuale dei metalmeccanici) e la rappresentatività è spesso messa in discussione. Di qui la generale ricerca di nuove regole e perfino la riscoperta dell'art. 39 Cost., magari troppo illudendosi. Il principio cardine della libertà sindacale implica la piena libertà d'autoinquadramento delle categorie e, quindi, eventuali conflitti « giurisdizionali » (Cobas *et similia*) saranno sempre possibili.

Il problema della riforma previdenziale si trascina da tempo né si scorge la possibilità di tagliare i diversi nodi gordiani. Sono in circolazione diversi progetti, a mio avviso discutibili; ad es., quello di dar corso alla previdenza integrativa a livello di categoria e obbligatoria. Lo Stato dovrebbe premurarsi di un sistema minimo di garanzie per tutti, soprattutto favorendo la massima mobilità della forza lavoro, ora spesso ostacolata dalla difficoltà di portarsi dietro, altrove, la posizione previdenziale acquisita. In quest'ordine d'idee sono nettamente, e al contrario, per la soppressione dei vari fondi sostitutivi del sistema INPS, nonché dei fondi integrativi esistenti per molti enti pubblici economici, con posizione talora di ingiustificato privilegio. Non si capisce perché la Repubblica debba ulteriormente premurarsi della previdenza integrativa, essendo del tutto liberi i cittadini di far ricorso al contratto di assicurazione.

C'è tanto da fare. Rinasce, settecentescamente, l'esigenza della scienza della legislazione che è « scienza » difficile, in quanto esige soprattutto esperienza di vita e non intellettualismi astratti. La legge va fatta bene, con formulazioni che oggettivamente impediscano, per quanto umanamente possibile, distorsioni, incongruenze, eccessi. Soprattutto la riforma deve essere possibile, nel farla ci si deve premurare di trovare e garantire i mezzi pratici per inverarla. Non deve succedere quello che è successo, in queste ultime settimane, per il nuovo codice di procedura penale, col vivo rincrescimento che l'amico e maestro Giuliano Vassalli abbia dovuto associare il suo nome insigne a questa dubbia operazione.

Cerchiamo ora di guardare in un quadro più vasto. Viviamo in una società c.d. « opulenta », ma si registrano sacche di emarginazione. Ho letto che a Parma, una città ricca a livello europeo, c'è una percentuale di cittadini senza garanzia di minimo vitale. Per questo si propone di assicurare un « reddito minimo di cittadinanza » con vivace discussione specie sulle colonne di *Mondo Operaio* (v., ad es., ottobre 1989, 29, con interventi di Cazzola, Cerri e Meldolesi, quest'ultimo con impostazione critica acuta).

Ma, come ho già detto citando Giugni, la nostra è una piccola isola ove si abbia riguardo alla situazione media del terzo e del quarto mondo. In vario senso e a diverso livello, la crisi è generale anche nei Paesi totalmente o no sviluppati. C'è, in particolare, la crisi dei Paesi a socialismo c.d. « reale ». Alcuni, come Bettiza (v. *La Stampa*, 10 settembre 1989), ritengono che questi Paesi possono tirare innanzi solo con l'autoritarismo. A mio avviso dobbiamo respingere queste posizioni proprio in ragione degli ideali liberal-democratici, nella vulgata che ne dà Dahrendorf, proprio perché fin che viviamo ci deve per forza sostenere la fiducia nella perfettibilità umana. Dobbiamo *credere*: è questo, soprattutto, l'imperativo per i giovani.

Né possiamo dimenticare la prospettiva paurosa e radicale che deriva dalla crisi ecologica.

Che abbiamo fatto finora? Si è industrializzata l'Italia, certo generando un benessere, a livello di massa, mai conosciuto prima; ma con un processo selvaggio, anarchico, secondo spinte del tutto spontanee e non controllate. Ad es., si è largamente legato lo sviluppo all'automobile, lasciando negletta la rete ferroviaria. Ma l'automobile ha portato ingorghi, fracasso, inquinamento. Qualche tempo fa c'è stata l'agitazione per il passaggio dei « tir » in Austria, e qualche resoconto giornalistico pareva narrare in chiave nazionalistica, contro l'odiato nemico di ieri. Sennoché, poco dopo, la protesta è insorta in tutta la costiera adriatica.

Vi è stato l'abbandono incontrollato delle campagne. L'Italia che era, per dura fatica di uomini da millenni, un giardino, sta diventando selvaggia; a pochi chilometri dalle strade comunemente transitate il terreno è impraticabile, tra rovi e liane. Gli anziani sono spesso abbandonati, senza assistenza e in miseria. C'è la crisi della famiglia tradizionale ed è venuta meno la solidarietà di villaggio. Al contrario, gli eccessi del consumismo provocano spesso la reazione delle precedenti generazioni. Permettetemi di leggere un brano di Anna Del Bo Boffino (v. *Quando cadde il ritratto del duce*, in *L'Unità* del 5 settembre 1989): « Così come abbiamo imparato, noi donne che eravamo le ragazze di allora, a soddisfare i bisogni immediati della famiglia, inventandoci cibi e bevande inusitati: con quel po' di riso e di farina che si trovavano nascosti nella credenza, a cucinare minestre capaci solo di riempire lo stomaco, o con i grani d'orzo trattati in casa a simulare il caffè o con la panna affiorante sopra un litro di latte a ricavare una noce di burro. Da allora non abbiamo più smesso di ordinare la nostra vita domestica, una volta diventate madri di famiglia, con abilità e buon senso, tanto da subire con sgomento lo sciupio del consumismo attuale ».

Tutte queste cose erano prevedibili, anzi furono largamente previste. Ma da questa consapevolezza non è mai derivata una politica seria e responsabile, tale da consentire uno sviluppo equilibrato dei grandi mutamenti resi possibili dal progresso delle scienze, della tecnologia, dell'economia. Non si è curata la rete dei mezzi pubblici di trasporto. Si poteva costituire un'azienda agricolo-forestale di Stato per la messa a coltura dei terreni abbandonati dai privati, assicurando lavoro e protezione ad una certa aliquota della forza-lavoro che avrebbe così rinunciato alla prospettiva, spesso traumatica, dell'inurbamento. Ne scrissi, mi pare a metà degli anni '60, su *Critica sociale* e ho potuto ripetere pari pari la proposta circa vent'anni dopo nella *Rass. vita e cult. scolastica*.

Il problema dell'indirizzo generale sul quale voglio sollecitare la Vostra coscienza soprattutto di cittadini, non è nuovo. Si poneva anche nel prefascismo. Avemmo allora la politica di Giolitti, grande uomo politico, uno dei pochi che l'Italia abbia avuto. Ma Giolitti, scetticamente convinto di dover operare su un gobbo, tirò innanzi episodicamente, problema dopo problema, senza una visione organica d'insieme. Rimase inascoltata la prospettazione di Sonnino, che era, certo, un liberale conservatore. Non a caso fu l'uomo del « Torniamo allo Statuto » di fine secolo e, come ministro degli esteri nel corso della prima guerra mondiale, fu accesamente nazionalista ed imperialista. Ma negli anni '80 del secolo scorso, dopo le grandi e meritorie inchieste sociali e gli studi sulla mezzadria, aveva propugnato una politica sociale organica;

certo con riferimento al modello bismarchiano, ma con una volontà politica che, in ogni caso, avrebbe apprestato le basi durature della sistemazione lavoristica e previdenziale.

A *titolo esemplificativo* di come dovrebbero essere affrontati i problemi, voglio parlare di una situazione esplosa di recente, con tante pubbliche manifestazioni: quella dell'immigrazione straniera nel nostro Paese.

Sul fine dell'estate abbiamo avuto il tragico fatto di Villa Literno. Prima sapevamo dei « vu cumprà », dei tanti poveri di colore che cercano di arrangiarsi col commercio ambulante. Confesso che avevo una reazione di fastidio: non in senso razzista (ne sono del tutto alieno), ma perché, in un Paese che ha bisogno di tante attività socialmente utili, non mi persuade a questo spettacolo di quasi mendicità. Vengo dalle montagne della Lucchesia, da Paesi che dalla fine dell' '800 hanno largamente alimentato l'emigrazione in ogni parte del mondo. Ma tutti andavano alla ricerca di un lavoro produttivo. Anche i « figurinai ». Andavano in squadre di cinque o sei (anche con ragazzi di 15 anni), affittavano nella città straniera un seminterrato, qui alcuni provvedevano a fabbricare le statuette, mentre gli altri ogni mattina se ne partivano in giro con borse pesantissime per la vendita; tornavano ogni qualche anno al paese e molti venivano a concludervi la vita, spesso storpi e malati.

Improvvisamente abbiamo scoperto che vi sono numerosi lavoratori di colore impiegati in attività indiscutibilmente produttive, in condizioni di sfruttamento. Ma non sappiamo esattamente quanti siano (abbiamo solo stime approssimative) né quali siano, in particolare, le condizioni d'impiego. E si è sempre ripetuto che, per ben decidere, è indispensabile prima conoscere esattamente.

Nel contempo sui giornali del 7 settembre 1989 leggevo che a Nuoro sono stati disertati lavori boschivi; così come l'ospedale torinese delle Molinette non ha potuto completare l'organico degli uomini di fatica.

Quale è stata la risposta al fatto di Villa Literno? Un'ondata di manifestazioni antirazziste all'insegna dei valori. Nel nostro Paese confidiamo di poter risolvere tutti i problemi con le manifestazioni; ci illudiamo di poter, così, stroncare anche la malavita organizzata che continua imperterrita e si estende. Si è parlato del necessario sviluppo di una società multietnica e multirazzista (v. P. Fassino, in *La Repubblica*, 3 settembre 1989).

Ripeto: sia chiaro, non sono affatto razzista. Se tra noi lo straniero c'è, va trattato come comandano i nostri principi, come un fratello.

Ma siamo proprio sicuri che si possa accettare con tranquillità la prospettiva plurirazziale? Ne dubito. Quanto meno dovremmo affron-

tare il problema *freddamente*, senza pregiudizi ideologici e poi scegliere, accettando con coerenza le conseguenze delle scelte.

Cerchiamo di vedere un poco oltre la punta del naso. Tutto il mondo è pieno di conflitti razziali, etnici e consimili, ne soffre drammaticamente e vi sono diverse situazioni che paiono senza uscita, meglio che pare debbano di necessità concludersi nello scontro incontrollabile e nella carneficina.

Da vent'anni ci si uccide nell'Irlanda del Nord. Il Belgio vive di continua tensione tra le due nazionalità. L'Unione Sovietica è profondamente scossa da questi conflitti, vi sono stati genocidi e fughe di massa, il legame federale è messo in discussione. Nei paesi dell'Europa orientale, sotto la comune patina socialistica, la pentola bolle come nel periodo anteriore alla seconda guerra mondiale (quando al banchetto di Monaco del 1938 in danno della Cecoslovacchia, parteciparono, con la Germania di Hitler, anche l'Ungheria e la Polonia). Si è in conflitto per la Transilvania, in Jugoslavia tra le varie nazionalità e specialmente verso gli albanesi. La Spagna democratica non riesce a chiudere, malgrado la larga autonomia concessa, la questione basca. Eccetera, eccetera.

Guardiamo *i fatti come sono* senza ideologismi.

Sul piano delle ideologie, nel corso del secolo scorso, la parabola è stata singolare. A cavallo dei due secoli in tutti i Paesi europei, stanchi del lento avanzare delle società industriali e delle prospettive positivistiche di sbocchi razionali, si scatenarono ovunque movimenti irrazionalistici, all'insegna dell'imperialismo reciproco; la guerra veniva valutata come igiene suprema del mondo.

Ed infatti abbiamo avuto le due immani carneficine della guerra civile europea, che l'Europa hanno distrutto. Oggi si va all'estremo opposto, ideologicamente negando in partenza, certo per altissimi valori, il conflitto e la complicazione. La verità è che la convivenza nella molteplicità è di per sé difficile, ne derivano inevitabilmente complicazioni e conflitti, a tutti i livelli.

Di recente, ad es., è stata adottata una normativa per combinare gli orari di lavoro degli ebrei in modo conforme alla loro religione; ne derivano complicazioni che, a ragione, Ichino ha messo in rilievo (in *RIDL*, 1989, III, 243). Ho letto che in Sicilia l'amministrazione postale ha dovuto licenziare una lavoratrice di religione avventista che si rifiutava di lavorare il sabato. La scorsa estate per alcuni giorni ho camminato in montagna con una giovane e intelligente dottoressa che lavora nell'Usl bolognese. Mi ha spesso parlato delle complicazioni che talora sorgono negli ospedali per la necessità di rispettare questi nuovi diritti delle minoranze. Da non credente potrei dire che dietro tutto questo c'è una

visione angusta della grandezza dell'Essere Supremo, a mio avviso onorabile, se si vuole, in qualsiasi giornata della settimana così come in qualsiasi momento di un qualsiasi giorno; di guisa che potrei sostenere che le minoranze debbono adeguarsi agli usi e costumi della maggioranza. Ma anche il mio sarebbe un ideologismo. Non si può cancellare *il fatto* che oggi si ritiene inderogabile il rispetto di qualsiasi minoranza.

Abbiamo addirittura, nella nostra etnia italica, recenti conflitti *interni* che mettono addirittura in discussione l'unità nazionale conquistata nel secolo scorso. Ci sono le leghe venete e lombarda e, in risposta, iniziative meridionali. Vogliamo aggiungere ragione di conflitto ai conflitti che già abbiamo?

Di fronte a tutto questo non è preferibile l'ideale ottocentesco, mazziniano, delle patrie, cioè di comunità per quanto possibile compatte etnicamente e quindi anche nel sentimento collettivo, secondo i ben noti versi di Manzoni?

Ammesso che la scelta fosse nel senso ora indicato, la questione è tuttavia ben altra: quale politica in concreto fare per fugare la prospettiva multirazziale?

Una cosa sia chiara. Non è possibile una politica puramente repressiva di rigetto, di chiusura delle frontiere. Sarebbe una politica del tutto artificiale, destinata a crollare nei fatti. Se c'è bisogno di manodopera, questa varcherà in ogni caso le frontiere clandestinamente, cioè in modi più pericolosi (v. L. Magri, *Nord chiama Sud del mondo per un lavoro nero e mal pagato*, in *L'Unità*, 13 ottobre 1989).

Al contrario si dovrebbe fare una politica che di per sé riducesse la spinta degli stranieri a venire in Italia, per altro verso collaborando alle varie iniziative d'aiuto per agevolare lo sviluppo economico dei Paesi dell'immenso Sud. Si dovrebbe fare in modo che i nostri cittadini non fossero indotti a rifiutare le più umili condizioni di lavoro, smantellando la situazione paradossale, per la quale, da una parte, costantemente ci si duole del tasso d'inoccupazione nel nostro Mezzogiorno e poi, proprio in queste regioni, si deve constatare l'inevitabile ricorso alla manodopera straniera. Dopo di che ci si potrebbe anche chiedere se veramente permanga una questione meridionale. In altre parole si tratta di fare una politica complessiva che, in modo indolore, porti a questo risultato sul mercato del lavoro. Come mi disse Ichino tornando, come parlamentare, da un viaggio in Nord America, la politica restrittiva dell'amministrazione americana non aveva colpito tanto i cittadini, quanto gli stranieri (messicani, centroamericani ecc.) poiché questi, essendo ripreso l'afflusso dei nazionali verso tutte le possibili occasioni di lavoro, non avevano più grandi occasioni di tentare su quel mercato. Non si debbono

chiudere le porte a nessuno, ma fare in modo che lo straniero sia indotto a venire solo quando possa contare su un'occasione effettiva di lavoro socialmente utile, con conseguente rispetto nella comunità che l'accoglie.

È, in definitiva, il discorso sugli *eccessi dell'assistenzialismo*. Come tanti ormai riconoscono, si è esagerato con i prepensionamenti e con la cassa integrazione guadagni, col risultato di alimentare, oltretutto, l'economia nera e sommersa. È una situazione che, consapevolmente o no, abbiamo voluto; essendo poi inaccettabile che si versino le classiche lacrime di coccodrillo sulle conseguenze.

56.

# LA NUOVA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI (*)

1. Addì 10 maggio il Senato della Repubblica ha approvato, senza modifiche rispetto al testo trasmesso dalla Camera dei Deputati, la legge sulla (nuova) disciplina dei licenziamenti individuali. La legge dovrebbe essere promulgata nei prossimi giorni (scrivo l'11 maggio) e dovrebbe comportare il « salto » della consultazione referendaria già fissata per il 3 giugno, se l'Ufficio competente della Corte di Cassazione riterrà (come è ragionevole prevedere) che, in ragione della nuova regolamentazione, è superato il quesito sottoposto al corpo elettorale su iniziativa del partito di Democrazia Proletaria. In questo scritto, che ha soprattutto lo scopo di far conoscere ai nostri lettori la legge con un primo tentativo a caldo di valutazione esegetica, potrei limitarmi a dire solo, appunto, della legge medesima, risparmiando la cronaca degli antefatti. Tuttavia mi pare opportuno un succinto riepilogo della vicenda sia per valutare appieno la posta in gioco sia perché la medesima ha prestato, talora, profili di non trascurabile rilievo giuridico.

2. In verità Democrazia Proletaria aveva progettato di sottoporre al popolo sovrano tre quesiti collegati in ordine graduato. Ritenni, in tranquilla coscienza, di poterne firmare uno: quello in cui si chiedeva l'abrogazione dell'art. 11 della legge n. 604 del 1966, al fine di generalizzare la tutela « obbligatoria » contro il licenziamento ingiustificato. Infatti sono da molto tempo convinto (v. Postilla al documento CNEL, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, I, 509-510) che, mentre è da scartare in ogni caso la tutela « reale » (in quanto il rapporto di lavoro può avere proficuamente corso nell'interesse reciproco solo ove vi sia la disponibilità delle

(*) In ricordo di G. Lavagnini che, nei lontani anni '50, fu mio collega anziano quando prestavamo servizio, lietamente, nell'Università pisana, come assistenti volontari e talora straordinari (col non lauto stipendio di 15.000 lire mensili), sotto la guida dell'indimenticabile Maestra Luisa Riva Sanseverino.

due parti), non c'è ragione di sottrarre qualsivoglia rapporto di lavoro alla regola del giustificato motivo, purché la sanzione sia esclusivamente economica.

Ma, per due quesiti, non si raggiunse il numero necessario di firme. Restò in piedi il quesito più radicale, quello relativo alla richiesta abrogazione, nell'art. 85 st. lav., delle parole « dell'articolo 18 ». Così l'esito positivo della consultazione avrebbe comportato, almeno *prima facie*, il risultato massimo della generalizzazione della tutela « reale ».

3. In realtà non erano affatto chiare le implicazioni dell'eventuale esito positivo del *referendum*. In proposito si registrò una netta contrapposizione tra giuristi. Secondo F. Liso, *L'abrogazione a rischio*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 gennaio 1990, l'esito poteva essere paradossalmente agli antipodi rispetto alle aspettative dei proponenti.

Cancellato nell'art. 35 il riferimento all'art. 18, non vi sarebbe stato, nello statuto, alcun disposto relativo al campo di applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti. Quindi si doveva tornare alla normativa di cui alla legge n. 604 del 1966, con la conseguente applicabilità della disciplina in questione solo nei confronti dei datori di lavoro, imprenditori e no, occupanti più di 35 dipendenti; anche se nel contempo ne sarebbero venute, per altra via, due estensioni. Ad una prima lettura questa tesi mi parve del tutto convincente, anche perché si risolveva nella trasposizione, in questo contesto, di una questione già emersa in via interpretativa rispetto alla normativa statutaria. È noto infatti che, secondo G.F. Mancini, nell'art. 35 il riferimento all'art. 18 doveva intendersi solo alla seconda parte di questo articolo (cioè alla particolare tutela processuale dei sindacalisti « interni ») e non alla prima, relativa alle conseguenze del licenziamento illegittimo; da questo derivando la generale applicabilità della reintegra *jussu judicis* ad ogni licenziamento quale che fosse la consistenza dell'unità di lavoro.

Non si accorse l'illustre giurista, che, se era vera la premessa, la conclusione doveva essere nel senso che, in ordine al campo d'applicazione della legislazione limitativa, valeva quanto disposto nella legge n. 604 del 1966.

La tesi di Liso venne contrastata da altri giuristi, in particolare da M. D'Antona, in *LI*, n. 3, 16 febbraio 1990, 6. L'A. argomentava dal « parallelismo delle tutele » acquisito nell'esperienza giuridica reale, come in due campi nettamente distinti, quello dei semplici datori non imprenditori *ex* legge n. 604 del 1966 e quello, invece, delle imprese *ex* statuto dei lavoratori. Rimasi alquanto scosso da questo serrato argomentare.

Ma una cosa è certa: espletato il *referendum* con esito positivo, la questione della portata dell'abrogazione nei termini indicati si sarebbe riproposta in giurisprudenza, presumibilmente con la contrapposizione di due indirizzi e così accrescendosi la babele delle lingue.

4. L'iniziativa referendaria generò allarmismo sia, per così dire, a destra, sia a sinistra. A destra per lo spettro odiato della possibile pronuncia reintegratoria del giudice anche nelle minori unità di lavoro. A sinistra, perché, come ho avuto modo di avvertire dalle confidenze di autorevoli esponenti di questa parte, non si era affatto sicuri dell'esito della consultazione, potendo anche risultare in maggioranza i « no ». È vero che alcuni milioni di lavoratori (da cinque ad otto, secondo le stime che si leggono nei giornali) sarebbero stati presumibilmente a favore della proposta abrogativa, posto che allo stato (secondo la previdente normativa) erano esclusi da qualsivoglia tutela contro il licenziamento arbitrario. Ma è altrettanto vero che larga parte dell'opinione pubblica considera tuttora all'origine di tanti guai della situazione italiana anche lo statuto dei lavoratori, spesso diventato (come ebbe a dire nel corso dei lavori preparatori il ministro on. Brodolini) statuto « dei lavativi ». Quest'opinione poteva approfittare dell'occasione per manifestare tutto il suo livore.

È bene non dimenticare che interessi contrastanti all'estensione vi sono anche nei settori genericamente collocati a sinistra. Non a caso ha preso posizione contraria alla legge ora approvata la confederazione dell'artigianato di colore rossiccia. Un amico mi ha detto che nella rossa Emilia, tra le migliaia di artigiani che ancora votano per l'*ex* partito comunista, in queste ultime settimane l'amico on. Ghezzi, che ha avuto gran parte nella fabbricazione di questa legge (sostenuta, altrettanto significativamente, da tutto il sindacalismo confederale), è stato largamente detestato. Anche se si è con la classe operaia quando si tratta di lottare contro le grandi imprese, gli affari poi sono sempre affari e nessuno gradisce minore libertà « in casa sua ».

5. Così questa legge è stata fatta nell'intento, quasi ossessivo, di evitare ad ogni costo il *referendum*, concordando in questo il ministro per il lavoro e quasi tutte le forze politiche e parlamentari. Anch'io venni consultato in una riunione ristretta al ministero. Ribadii la mia idea: generalizzazione della tutela obbligatoria, domandandosi al magistrato di determinare la penale risarcitoria tra un minimo e un massimo (invero piuttosto elevato) di mensilità di retribuzione. Mi si disse che la mia soluzione non sarebbe valsa ad evitare il *referendum*, in quanto non si

poteva togliere a chi già l'aveva la tutela reale dell'art. 18. Francamente rimasi perplesso, parendomi strano che, in una prospettiva referendaria, l'acquisito operasse, per così dire, come una sorta di minimo intoccabile; come se fosse inibito al legislatore di diversamente disciplinare in una certa zona. Passo il quesito ai costituzionalisti esperti dello specifico istituto.

Il resto della cronaca è ben noto. La Camera varò sollocitamente la riforma e trasmise il testo al Senato all'incirca alla metà di aprile. Qui vennero presentati diversi emendamenti riduttivi da parte democristiana, repubblicana, socialista; in particolare il presidente socialista della Commissione Lavoro, prof. Giugni, propose che fossero esclusi dal regime limitativo i datori di lavoro occupanti fino a tre dipendenti. Nell'imminenza delle elezioni amministrative, la discussione venne rinviata per chiare preoccupazioni elettoralistiche di segno inverso, come ebbe a dire il ministro on. Donato Cattin. La discussione venne ripresa subito dopo le elezioni. Nei giornali del 9 maggio si lessero diverse cose che non consentivano alcuna attendibile previsione. Si insisteva negli emendamenti. I sindacati confederali sollecitavano invece la pronta approvazione del testo trasmesso dalla Camera, dichiarando che chi voleva emendare in realtà voleva andare al *referendum*, perché non vi sarebbe stato tempo utile per far approvare definitivamente dalla Camera.

Il giorno dopo, 10 maggio, la notizia dell'approvazione della legge senza modifiche, col voto favorevole di democristiani e comunisti, con l'astensione dei socialisti e il voto contrario dei repubblicani. Nei giornali di oggi 11 maggio si dà largo spazio alle opposte valutazioni. Da una parte si osanna all'allargamento della tutela. Invece, da parte datoriale, si grida al cataclisma che starebbe per abbattersi sulle minori unità di lavoro; quelle che, si dice, in questi anni di crisi avrebbero largamente contribuito a risollevare le prospettive dell'economia nazionale. In verità, ove si rifletta sulla debolezza del regime sanzionatorio (da due e mezzo a sei mensilità di retribuzione, v. *infra*), non riesco a capire l'animosità di questi lati. È sicuro che si dovrà fare i conti con questa legge, pochi potendosi permettere di andare in pensione. Anche Mortillaro, *Una scelta piena di errori*, in *Il Sole 24 Ore* di oggi, ammette che, alla lunga, il triplice regime in materia era insostenibile. Aggiungasi che questo composito regime ha provocato, a mio avviso, non commendevoli distorsioni, in varia direzione. Quanti piccoli imprenditori hanno evitato, nei vent'anni trascorsi, di incrementare la loro attività anche quando era possibile, nel terrore di superare la fatidica soglia dei 15 dipendenti. All'inverso, quanti decentramenti in realtà fasulli si sono avuti al solo scopo di sottrarsi al regime vincolistico. Ove si considerino queste cose,

la nuova legge rappresenta comunque un progresso, attenuando, ma non eliminando, la diversità di regime.

6. La legge regola solo i licenziamenti *individuali*: non c'è parola sui licenziamenti *collettivi* per riduzione di personale, che restano ancora fuori del regime limitativo (art. 11 della legge n. 604 del 1966), con tutta la contorta problematica che ha tormentato la giurisprudenza. Peccato che il legislatore non abbia avuto tempo per approfittare dell'occasione, dettando regole specifiche tali da evitare un'ennesima (ed ingiusta, rispetto alla situazione reale) condanna in sede europea.

7. Grosso modo la legge conserva, con alcune varazioni di campo, la doppia tutela: la tutela forte dell'art. 18 e, al di sotto di questa, la tutela obbligatoria sostanzialmente sul modello della legge n. 604 del 1966. Ma vi sono *tre* eccezioni di perdurante recedibilità *ad nutum*: *a*) verso il lavoro domestico (art. 4.1); *b*) verso i lavoratori *ultrasessantenni* in possesso dei requisiti pensionistici, purché non abbiano optato per la prosecuzione del lavoro al fine di ottenere il massimo di pensione; *c*) verso i *dirigenti*, posto che, a questo fine, non viene abrogato l'art. 10 della legge n. 604. (Per il contratto in prova la situazione resta invariata). Su queste eccezioni in sé, non sto a ripetermi dopo le considerazioni fatte sopra. In realtà la legge avrebbe potuto estendersi anche ai dirigenti, in termini di tutela obbligatoria; in particolare considerando che, in genere, gli appartenenti a questa categoria hanno, per contratto collettivo, una tutela economica assai superiore a quella minima qui prevista tra 2, 5 e 6 mensilità. Dell'esclusione degli ultrasessantenni pensionabili al massimo, può dirsi che ci troviamo innanzi alla previsione di legge di una mistificazione automatica, in sé, del licenziamento: vuoi perché i vecchi sono di ridotta capacità lavorativa, vuoi perché c'è da favorire l'accesso dei giovani. La previsione del requisito pensionistico esclude la possibilità d'interferenze della Corte costituzionale che, con una discutibile sentenza, ritenne illegittima la disposizione della legge n. 604 escludente in ogni caso dal regime vincolistico i lavoratori ultrasessantacinquenni.

8. Al di fuori delle tre eccezioni indicate, la regola del giustificato motivo di licenziamento viene così, malgrado il duplice sbocco sanzionatorio a seconda della consistenza dell'unità di lavoro, generalizzata. Con questo dovrebbe ritenersi che perda consistenza il problema dell'applicabilità al licenziamento delle regole procedurali dettate per l'irrogazione delle sanzioni nell'art. 7 st. lav.; proprio perché il licenziamento ora può aver corso solo per un fatto rimproverabile (il problema

ovviamente non si pone per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e per quello collettivo). Sennonché, per il licenziamento così oggettivamente disciplinare, la legge non risolve chiaramente il problema della sanzione conseguente, almeno nella zona della tutela meramente obbligatoria.

Il problema non si pone nella zona della tutela reale *ex* art. 18, perché l'omissione della procedura d'irrogaziope può qualificarsi come vizio di forma; e l'art. 18 notoriamente pone sullo stesso piano il licenziamento comunque e per qualsivoglia ragione illegittimo. Ma *quid*, appunto, nella zona della tutela obbligatoria? Si legga in proposito l'art. 2 della legge: sul piano sanzionatorio è modificato l'art. 8 della legge n. 604 letteralmente prevedendosi, in alternativa alla riassunzione, l'irrogazione della penale risarcitoria, alla lettera « quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo ». Si parla, cioè, della mancanza di giustificazione nel merito, non di vizi formali. Inoltre il comma 3 del nuovo art. 2 della legge n. 604, quale risulta dall'art. 2 della nuova legge (quale perdurante ridda di numeri), qualifica come inefficace il licenziamento viziato nella forma perché non intimato per iscritto o non motivato su richiesta del lavoratore.

C'è quindi spazio per sostenere, come spesso si è detto in giurisprudenza, che l'inefficacia equivale *a contrario* alla giuridica continuità del rapporto, con conseguente perdurare dell'obbligo retributivo. Certamente, ripeto, il licenziamento disposto senza la previa osservanza delle regole dell'art. 7 dello statuto, è viziato nella forma. È difficile dire. Sarebbe stramba la conclusione di dover ritenere in pratica più gravemente sanzionato il licenziamento viziato formalmente rispetto a quello ingiustificato nel merito. Ci si dovrebbe sforzare di dimostrare che la sanzione è, per coerenza logica, quella medesima del licenziamento ingiustificato. E l'interpretazione sistematica dovrebbe coadiuvare: se le varie situazioni sono parificate nell'art. 18, perché mai la soluzione dovrebbe essere diversa nella zona della tutela obbligatoria?

9. Vediamo ora come sono delimitate numericamente le due zone della tutela reale e obbligatoria. Ai fini dell'applicabilità del regime « forte » dell'art. 18 vi sono grosse novità. In primo luogo la norma è applicabile nei confronti dei datori, *imprenditori o no*, che occupino, nelle unità di lavoro, più di cinque dipendenti nel settore agricolo e più di quindici in quello non agricolo. La normativa statutaria del 1970 almeno alla lettera contemplava solo le imprese. Ora si estende a tutti i datori, conservandosi la soglia più bassa per l'agricoltura. Ribadendosi

però la sommatoria, ai fini, nell'ambito comunale. In secondo luogo, in ogni caso il regime forte si applica quando il datore di lavoro, *imprenditore o no*, occupi nel complesso più di 60 dipendenti, comunque siano distribuiti in minuscole unità di lavoro.

10. Ma c'è un'importante eccezione alla possibilità di applicare l'art. 18. Per l'art. 4.1 della legge la reintegra in servizio per ordine del giudice « non trova applicazione nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto ». Se non erro, è la prima volta che formalmente si prevedono nel nostro ordinamento le imprese c.d. *di tendenza*, con una soluzione che personalmente trovo del tutto accettabile. Certo dovrà il magistrato rigorosamente accertare, di volta in volta, l'assenza o no del fine di lucro in senso proprio. Così disponendo, il legislatore opportunamente impedisce la tesi negativa alla configurabilità della specifica situazione ritenuta dal pretore Ciocchetti di Torino (sent. 29 dicembre 1988, in *L80*, 1989, 1046).

Con questa eccezione, l'estensione della tutela reale anche ai datori di lavoro non imprenditori che occupano più di 15 o 5 dipendenti, appare problematica in ordine all'identificabilità della zona; tolte le aziende di tendenza, tolti gli studi professionali (che non occupano quasi mai più di quindici dipendenti), che cosa resta? Confesso che non riesco a immaginare nient'altro. Cosicché pare che da una parte la legge conceda e dall'altra tolga.

11. Nel nuovo art. 18 *ex* art. 1 della nuova legge, comma 2, si dispone in ordine alla *vexata quaestio* del *computo*, ai fini, del personale dipendente, dettandosi alcune disposizioni. Non si computano il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e collaterale; al qual proposito, nell'ambito della società, forse si dovrà distinguere tra quelle di capitale o di persone. Si deve tener conto anche dei giovani assunti con contratto di formazione e lavoro nonché dei lavoratori con contratto a tempo parziale, quivi « traducendosi » in termini di unità intere (ad es., due parzialisti valgono un lavoratore). Si tace, discutibilmente, degli apprendisti così da ritenerli non computabili in ragione della recente legislazione previdente, ma potendone venire una questione di legittimità costituzionale. Tutto questo « non incide su norme o istituti che prevedono agevolazioni finanziarie o creditizie » (comma 3).

12. Per l'art. 3 il licenziamento disposto per ragioni *discriminatorie* è nullo e comporta la reintegrazione in servizio *ex* art. 18, quale che sia la consistenza dell'unità di lavoro. Specificatamente la norma precisa che il disposto vale anche a favore dei dirigenti; dal che deve dedursi la generale applicabilità anche nelle situazioni altrimenti di libera recedibilità (ad es., lavoro domestico). Ne deriva, ad es., che il modestissimo datore di lavoro deve prudentemente evitare di licenziare l'unico dipendente all'indomani di un forte diverbio ideologico, per evitare la trappola. Potranno insorgere delicate situazioni a livello massimo dirigenziale, ad es., laddove l'orientamento latamente politico rilevi oggettivamente sul piano della politica dell'impresa; e qui tutto è affidato alla prudenza del giudice.

13. Il comma 4 del nuovo art. 18 detta alcune disposizioni in ordine alla liquidazione del danno, sempre per il periodo tra il licenziamento e l'effettiva reintegrazione. Fermo il minimo delle cinque mensilità, si dispone che l'*indennità* risarcitoria sia commisurata alla retribuzione globale di fatto perduta dal lavoratore più la condanna al versamento dei contributi previdenziali (per questo capo si ha la reintegrazione in forma specifica del danno per contributi non ancora prescritti). Mi sembrano opportune precisazioni anche per sopperire alla frequente incuria degli avvocati dei lavoratori per questo verso.

Nella lezione che ieri, 10 maggio, Giugni ha tenuto a Pisa in ricordo della Prof. Riva Sanseverino, il conferenziere ha accennato che il disposto si presta ad essere interpretato nel senso che è in ogni caso dovuta la retribuzione, senza possibilità di dedurre i guadagni altrove percepiti (come è per il licenziamento della donna a causa di matrimonio). Dubito di questa prospettazione, perché la norma parla sempre di risarcimento dei danni.

14. Il comma 5 ed ultimo del nuovo art. 18 contiene una notevole novità: a seguito dell'ordine giudiziale di reintegrazione, il lavoratore ha diritto di chiedere in alternativa un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione. Si ripete poi il vecchio art. 18 nel senso della risoluzione di diritto del rapporto, nell'ipotesi che il lavoratore non riprenda servizio entro trenta giorni dall'invito del datore. Si aggiunge che altrettanto si verifica nell'ipotesi che il lavoratore non chieda, entro trenta giorni dalla comunicazione della sentenza, il pagamento dell'indennità sostitutiva. Cosicché, come ha notato Giugni nella conversazione pisana, ove il giudice ritardi nel depositare la sentenza, il lavoratore reintegrato ha diritto comunque nelle more alla retribuzione, salva la possibilità di

richiedere dopo l'indennità. La questione può essere così considerata sul piano della responsabilità civile del magistrato, ove ne siano posti in essere i presupposti. Per altro verso la previsione di questa indennità alternativa spesso funzionerà come punto di riferimento nella prospettiva conciliativa della lite.

15. Ove non si applichi l'art. 18 e non si versi in una delle tre situazioni eccezionali di libera recedibilità, la sanzione è come ho detto, secondo il modello della legge n. 604, l'alternativa tra la riassunzione o il pagamento di una penale tra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità di retribuzione. Nei confronti dei datori di lavoro occupanti più di 15 dipendenti, l'indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per i lavoratori con anzianità di servizio superiore a 10 anni e fino a 14 mensilità per il lavoratore con anzianità superiore ai vent'anni. Le circostanze cui deve aver riguardo il giudice nella determinazione dell'indennità risarcitoria sono sostanzialmente quelle già previste nell'art. 8 della legge n. 604 (dimensione dell'impresa, anzianità di servizio del lavoratore, comportamento delle parti); l'ulteriore considerazione qui del « numero dei dipendenti occupati » mi pare una mera ridondanza verbale.

16. L'art. 2 dispone in ordine alle *formalità* del licenziamento. Si dice che il licenziamento va comunicato per iscritto, il che notoriamente non rappresenta una novità; forse il legislatore è stato indotto alla ripetizione per poi dire, come dice, nel comma 4 del nuovo art. 2 della legge n. 604 del 1966, che il disposto opera anche a favore dei dirigenti. In verità qui si afferma anche che per i dirigenti vale l'art. 9 della legge n. 604, cioè la norma sulla spettanza dell'indennità di anzianità (ora trattamento di fine rapporto) in ogni ipotesi di cessazione del rapporto; con una previsione di cui non si sentiva il bisogno, perché quest'applicazione è pacifica da 24 anni. Si dimentica, inoltre, che la generalità dei contratti collettivi dirigenziali non solo esige la comunicazione scritta, ma anche la contestuale enunciazione dei motivi del recesso.

Per il comma 2 variano i termini ai fini della richiesta dell'enunciazione dei motivi: il lavoratore ha quindici giorni dalla comunicazione del licenziamento e il datore di lavoro deve corrispondervi nei successivi sette giorni.

17. L'art. 5 detta alcune disposizioni in ordine alla risoluzione delle liti conseguenti, nella zona della tutela debole (in quella della tutela reale restano le procedure di cui all'art. 7 della legge n. 604). Il retroterra è

dato dalla tendenza, in precedenza affermatasi anche in taluni contratti collettivi, ad evitare il sovraccarico giudiziario, con la previsione di procedure conciliative ed arbitrali.

È previsto il *tentativo obbligatorio di conciliazione*, da esperirsi in sede sindacale o innanzi alla commissione costituita presso l'ufficio del lavoro, a pena dell'improcedibilità della domanda in giudizio, rilevabile anche d'ufficio, con conseguente sospensione del processo e la fissazione di un termine per l'espletamento dell'incombente e conseguente riassunzione.

Arieggiando l'ultimo comma dell'art. 7 della legge n. 604, il comma 6 prevede che, fallito il tentativo di conciliazione, le parti, ovviamente di comune accordo, possono dar corso ad un arbitrato o secondo le previsioni del contratto collettivo o, in mancanza di queste, innanzi ad un collegio composto dai due arbitri di parte, più il presidente da designarsi di comune accordo o in difetto dal direttore dell'ufficio del lavoro. Evidentemente non si tratta di arbitrato obbligatorio, costituzionalmente inammissibile. Semmai, nella seconda ipotesi prevista dalla mancata regolamentazione collettiva, è da rilevare che la composizione del collegio è nell'arbitrio delle parti. Cioè non si tratta di arbitrato « sindacale », come si sarebbe potuto avere se la legge avesse previsto la designazione degli arbitri di parte ad opera delle opposte associazioni sindacali maggiormente rappresentative. Questo contrasta, mi pare, con l'impianto dell'arbitrato secondo la legge sul processo del lavoro del 1973.

Infine, per il comma 7, il comportamento complessivo delle parti (nella gestione della lite) viene valutato dal giudice ai fini dell'applicazione degli artt. 91 (condanna alle spese), 92 (compensazione delle spese), 96 (condanna per lite temeraria) del codice di rito. È una previsione alquanto oscura nelle presumibili applicazioni pratiche; forse, ad es., il magistrato può compensare le spese malgrado la vittoria del lavoratore se costui ha rifiutato, nella procedura conciliativa stragiudiziale, una somma superiore a quella che il giudice medesimo ha ritenuto di dover liquidare nell'ambito del regime obbligatorio. Il che presuppone che quanto è avvenuto in sede extragiudiziale venga verbalizzato o possa essere ricostruito; ciò non è sempre agevole. Ma anche qui c'è uno scarto rispetto a quanto previsto in zona nella legge processuale del 1973, con l'affermazione ricorrente che deve escludersi l'utilizzabilità in giudizio di quanto avvenuto nelle procedure conciliative, proprio al fine di un buon esito, se possibile, delle medesime.

18. In conclusione, il mio giudizio sulla legge è moderatamente

positivo. La tutela, sia pure obbligatoria, viene estesa ad alcuni milioni di lavoratori. Tutti sanno cosa voglia dire la tutela contro il licenziamento arbitrario, sia in sé, sia, soprattutto, sul piano dei rapporti complessivi tra le parti. Laddove infatti il lavoratore non abbia alcuna protezione, è facilmente indotto a tollerare il disconoscimento di tutti gli altri suoi diritti.

Resta la differenza tra tutela debole e tutela forte e, astrattamente, se ne potrebbe forse fare questione di costituzionalità. Ma se la Corte costituzionale si è sempre rifiutata di invalidare il regime di libera recedibilità, è lecito presumere che, a maggior ragione, respingerà ogni contestazione rispetto a questa legge.

Anche questa, per alcune parti e profili, è una legge « malfatta »; al pari, però, del normale prodotto legislativo degli ultimi decenni. Nella conversazione pisana di ieri, se ho ben capito, mi pare che Giugni abbia addotto queste mende a giustificazione dell'astensione dei senatori socialisti. In tutta amicizia, e in piena comprensione politica, mi permetto di dubitare di questa giustificazione. Certo è quella che è più facile addurre dignitosamente *coram populo*. Ma non riesco a credere che sol per queste mende i senatori di questo partito abbiano rifiutato il loro voto. Presumo che vi siano dietro ragioni sostanziali politiche nella concorrenza elettoralistica tra i vari partiti.

Infine non condivido il diffuso allarmismo. Tutto, in definitiva, è demandato alla prudenza dei giudici; anche se debbo ammettere che, da diverso tempo, questa merce talora scarseggia nel mercato. Resta sempre l'estrema risorsa dell'appello alla ragionevolezza.

## 57.

## SUL DIRITTO DEL LAVORATORE A LAVORARE

1. Questa sentenza che non ha, a quanto mi consta, precedenti specifici, si discosta nettamente dall'orientamento corrente in materia. È tesi pressoché consolidata che il lavoratore non abbia propriamente un diritto a lavorare; di guisa che il datore può ben lasciarlo inoperoso, pur provvedendo all'erogazione periodica di quanto dovuto per retribuzione. Solo eccezionalmente, si dice, quando vi sia un preciso innegabile interesse all'effettività della prestazione a tutela della professionalità o altrimenti, può giungersi a diversa conclusione. Si fanno i consueti esempi dell'artista o del lavoratore in prova cui preme di dimostrare concretamente la sua capacità ai fini dell'assunzione definitiva. Il lettore potrebbe informarsi esaurientemente su questo orientamento, con adeguate citazioni di dottrina e giurisprudenza, leggendo un buon libro di Pier Giorgio Corrias, *Lavoro subordinato e interesse alla prestazione*, Cagliari, 1984. Dico « potrebbe » in quanto questo libro, mancante di un solo capitolo finale riassuntivo, venne presentato nel 1984 per il giudizio d'idoneità a professore associato. In quasi sette anni l'A. non ha avuto tempo di completarlo. Oppure può leggersi la prima parte della recente monografia di Emilio Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990. Ma è orientamento dubbio sia in termini etico-sociali sia in termini strettamente giuridici; cosicché, almeno d'istinto, sono indotto a condividere la pronuncia anche nella sua scarna e lineare motivazione.

2. Non v'è dubbio che l'art. 2087 c.c., specificatamente in termini di predisposizione dell'ambiente di lavoro, obbliga il datore di lavoro a rispettare la personalità morale del lavoratore, secondo un principio verso il quale cospira tutta la legislazione, a cominciare dalla normativa costituzionale, e specialmente quella di cui allo statuto dei lavoratori. Né v'è dubbio che lasciare senza lavoro il dipendente, ancor quando in ipotesi non si abbia il coraggio di percorrere la via diritta della sanzione disciplinare ed eventualmente del licenziamento, ne mortifica ed umilia

la personalità morale. Certo vi sono anche, probabilmente più numerosi, gli scansafatiche, quelli che possono essere ben lieti di venire esonerati dalla prestazione collaborativa, visto che non ne deriva alcuna riduzione retributiva. Ma vi sono anche le persone che hanno amore per il lavoro, che desiderano dimostrarsi nella quotidianità socialmente utili e che nel lavoro si considerano realizzate. Ed è sicuro che, nella scelta tra i due ben diversi modelli antropologici (secondo un linguaggio oggi corrente), nell'ordinamento debba preferirsi il secondo. Quando poi, come nel caso risolto dal pretore, la « messa a disposizione » sia attuata da impresa in mano pubblica e col pubblico denaro alimentata, il comportamento pilatesco urta con l'utile sociale, giacché il costo della forzata inattività ricade sul contribuente.

3. Certo l'ordine giudiziale di attivare il lavoratore non è coercibile allo stato del nostro diritto. Ma, a parte codesto ordine e il vario esito del medesimo, mi pare che del tutto correttamente vi sia spazio per la condanna ai danni, per il pregresso e per il futuro, cioè fin quando il datore persisterà nel comportamento lamentato; di guisa che, per questo verso, la condanna può servire ad indurre a più responsabili decisioni.

Ma qui le caselle del nostro diritto sono, almeno a prima lettura e secondo le tesi antiche, alquanto anguste. Oltre il danno patrimoniale strettamente inteso, quello non patrimoniale rileva solo nei casi determinati dalla legge (art. 2059 c.c.); onde tralaticiamente si dice che, in sostanza, conta solo il danno morale derivante da reato. In realtà, negli ultimi tempi, tutto questo è in discussione e notoriamente in evoluzione. Oltre il vero danno morale, come sopra identificato, a ragione v'è un processo di allargamento e di più adeguata comprensione del danno, anche per quanto attiene alla possibilità di darne una valutazione patrimoniale (si pensi al danno c.d. « biologico » o alla persona). La verità è che, oltre il danno angustamente inteso in quanto danno alle cose e alle occasioni professionali, vi sono spesso, nel comportamento umano, altri aspetti ed incidenze del danno, difficilmente quantificabili, ma tutte oggettivamente esistenti anche, ma non solo, sul piano prosaico. Così ben si comprende tutta la tensione attuale in materia, non potendosi accettare che il responsabile vada indenne da conseguenze negative reattive sol perché le componenti reali del danno non sono facilmente determinabili. Qui, come nota giustamente il pretore, è inevitabile far ricorso alla valutazione equitativa del giudice e alla prudenza del medesimo; in effetti prospettandosi, in luogo della reazione tradizionale, una sorta di *pena privata*. Del resto, proprio nel diritto del lavoro c'è corposa traccia di questo diverso sistema; laddove, nella zona di tutela debole contro il

licenziamento illegittimo, si prescrive che il magistrato liquidi la penale risarcitoria, tra il minimo e il massimo previsti, avendo riguardo « ... al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti » (ora artt. 2, 3 della legge n. 11 maggio 1990, n. 108; v. già prima M. Dell'Occhio, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *DLRI*, 1987, 423, n. 3). La valutazione del giudice di merito è essenzialmente discrezionale e difficilmente se ne potrà far doglianza nel giudizio di legittimità.

In pratica, ove le premesse del discorso reggano, ben poco può dirsi della determinazione equitativa operata nel caso dal pretore. In diritto è dubbia solo la considerazione anche del danno morale (nella misura del quarto della retribuzione), poiché non consta, *ex* art. 2059 c.c., che vi sia previsione di legge in proposito; per il resto, per la parte della determinazione che non attiene al danno morale (tre quarti della retribuzione corrente), ognuno è libero di pensarla come vuole, dicendo o troppo o poco; sono tutti discorsi, in varia direzione, che lasciano il tempo che trovano ed è possibile solo auspicare una più equa determinazione da parte del giudice d'appello.

4. Il caso mi induce anche a considerazioni ulteriori in più ampio contesto. In questa zona, della configurabilità o no di un diritto del lavoratore a lavorare, e in diverse altre, leggendo le impostazioni correnti in dottrina e in giurisprudenza, ho sempre avuto l'impressione, intrinsecamente opinabile, di un certo sottofondo ideologico, in una singolare confluenza delle teoriche « liberistiche » e di quelle opposte, di stampo (come usa dirsi con parola più ricercata e culta) « marxiano ». Intendo riferirmi alla corrente vulgata della concezione angustamente libero-scambista del rapporto di lavoro, nello scambio grezzamente inteso tra lavoro e retribuzione in senso corrispettivo; donde, appunto, la conseguenza qui specifica che se il lavoratore viene lasciato inoperoso, fermo il suo diritto alla retribuzione, la « parte debole » non ha che da rallegrarsi di tanta manna.

Poiché l'implicazione concreta è dubbia, forse può essere messa in discussione la premessa ideologico-teorica di partenza, anche perché, per altro verso, la dottrina è altrettanto insistente nel dire, ad es., che in questo rapporto è implicata immediatamente e irrimediabilmente la persona verso la quale dovrebbe aversi il massimo rispetto. Non dimenticando, soprattutto, che non è vero che alla persona interessi solo il pane e quanto è necessario per procurarselo.

C'è un luogo, nella nostra normativa, rispetto al quale la ricorrente

prospettazione a mio avviso mostra eloquentemente la corda. Mi riferisco all'art. 2104/1 c.c. laddove la norma commisura il grado di diligenza del lavoratore anche all'interesse dell'impresa e a quello superiore della produzione nazionale. Chi ha arato in questa zona, solitamente afferma che questi riferimenti, ulteriori rispetto alla natura della prestazione, vennero dettati in ragione della dominante ideologia corporativistica e debbono di conseguenza ritenersi caducati nell'ordinamento repubblicano. Tanto mi viene solitamente detto agli esami.

Dubito della conseguenza della conclusione rispetto alla premessa. Indubbiamente l'origine ideologica della norma è quella comunemente registrata; la concezione corporativistica del fascismo agevolmente portava a quella proposizione. Ma è dubbio che, nell'attuale ordinamento, possa *a contrario* sostenersi l'improponibilità del riferimento, anche all'interesse dell'impresa e a quello della produzione nazionale. Ancor oggi è auspicabile che le parti del rapporto tengano conto, nel loro comportamento, e dell'imprescindibile presupposto della produttività dell'impresa nel comune interesse, e della circostanza che il buon andamento delle imprese cospira all'interesse generale. La formula del codice mi pare, così, suscettiva di valere anche oggi, in un senso adeguato alla nuova situazione. Non è impossibile anche qui una concezione etico-sociale in senso mazziniano e la formula è adeguata, nella sua letteralità, ad un diverso uso. Del resto le ideologie estremistiche in materia sociale non sono più proponibili. Non l'arcaica concezione liberistica ed egoisticamente proprietaria. In un secolo, bene o male, siamo andati verso un adeguamento sociale delle tradizionali strutture. Non l'ideologia socialistica pura o catastrofica. Anche in attesa della realizzabilità del programma massimo, *medio tempore* i lavoratori sono i primi ad avere interesse a che la torta sia la più consistente possibile perché s'accresca possibilmente il loro guadagno. In mezzo sta, in definitiva vittoriosa, la soluzione mediana che mira alla conciliazione dei valori; e in questo contesto non può aver corso determinante la logica degli egoismi contrapposti. Al contrario si impone una concezione morale austera come metro di valutazione di tutti i comportamenti.

Mi sono andato convincendo in questi ultimi tempi che tutto il nostro diritto del lavoro merita di essere ripensato integralmente alla luce di idee-forza che chiamano tutti ad operare nel senso del bene comune.

58.

# LE ORGANIZZAZIONI DI TENDENZA NELLA LEGGE SUI LICENZIAMENTI

1. Sulla base dell'esperienza tedesca si intendono genericamente per imprese o, come pare preferibile (1), per organizzazioni di tendenza le entità costituite ed operanti per il perseguimento di finalità ideali o confessionali o politiche o sindacali ecc. Per il comma 1 dell'art. 4 della legge n. 108 del 1990 sui licenziamenti individuali, l'ordine di reintegrazione in servizio che consegue all'accertata illegittimità del licenziamento ai sensi dell'art. 18 statuto dei lavoratori ora riscritto, non può trovare applicazione nei confronti di queste organizzazioni. Si tratta del primo riconoscimento formale *generale* nel nostro ordinamento di questa realtà. Generale in quanto la situazione aveva già fatto capolino con l'art. 20 della legge 5 agosto 1981, n. 416 sulla disciplina delle imprese editrici, quivi escludendosi l'obbligo di dare preventiva comuncazione della progettata cessazione di un giornale alle rappresentanze sindacali ove si tratti di « ... giornali quotidiani e di periodici che risultino, attraverso esplicita menzione riportata in testata, organi di partiti, di sindacati o di enti e comunità religiose ».

Ferma la soggezione al regime limitativo del licenziamento, nel senso della necessaria ricorrenza o della giusta causa o del giustificato motivo, il legislatore ha ritenuto eccessivo imporre la misura estrema della c.d. « reintegra reale ». Come si è detto (2), la previsione opera solo sul piano della sanzione del licenziamento ingiustificato. Ancora genericamente dicendo, si riconosce che, in queste organizzazioni, vi deve essere corrispondenza tra la finalità perseguita e il comportamento del lavoratore, non potendo ammettersi, ad es., che un funzionario di partito muti orientamento ideologico, presumibilmente ispirandosi d'ora in poi nella

---

(1) V. A. De Sanctis Ricciardone, *Licenziamento in una scuola privata (prima nota in materia di « imprese di tendenza »)*, in *GI*, 1975, I, 2, 894; M. Bentivoglio, *I licenziamenti individuali*, Milano, 1990, 35.

(2) V. G.M. Garofalo, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prima osservazione*, in *RGL*, 1990, I, 169, n. 14.

concreta condotta alla nuova fede. Si è ritenuto intollerabile imporre all'organizzazione i servigi di un soggetto sul quale l'organizzazione non può riporre più, a ragion veduta, fiducia (3). Come si è detto in alcune trattazioni anteriori, in questa situazione siamo di fronte al *lavoro c.d. ideologico*, ad un rapporto posto in essere sul presupposto della compartecipazione del collaboratore alle idealità perseguite dall'organizzazione, accettando il lavoratore di farsi « portatore della tendenza » (4); di guisa che la rottura della comunione ideale giustifica il recesso datoriale ed ancor quando questo si appalesi ingiustificato in ogni caso si sconsiglia l'ordine giudiziale di reintegra.

Questo finora sommariamente riepilogato è il contesto d'idee nel quale è maturata la norma. Ma la norma medesima « riconosce » le organizzazioni di tendenza con una specifica formulazione (v. *infra*, spec. n. 5). L'interprete deve cercare di dar conto di questa concreta previsione nella sua oggettiva portata. Sarà agevole constatare che il disposto non è di perspicua chiarezza, anzi involge diversi interrogativi esegetici, derivandone talora anche problemi di legittimità costituzionale (5).

2. Per cercare di entrare meglio nel tema, giova ricapitolare brevemente i termini pregressi del problema. Come ho già detto, alle spalle della problematica c'è, in primo luogo, quanto acquisito nell'esperienza giuridica tedesca, nonché quanto dalla medesima si è ritenuto di acquisire nella nostra dottrina con alcuni riscontri giurisprudenziali nei termini di cui subito dirò.

Nell'ordinamento fino a poco tempo fa tedesco-occidentale, l'esperienza presenta due dati, accumulabili nel contesto ideologico, ma diversi. In primo luogo la legge esclude, nei confronti delle organizzazioni di tendenza, l'operabilità delle istituzioni di compartecipazione dei lavoratori o di cogestione (6); per escludere in radice la logica potenzialmente almeno conflittuale. In secondo luogo è pacifico in diritto « vivente » e nell'applicazione della disciplina limitativa del licenziamento secondo la regola del giustificato motivo, che la sopravvenuta non

---

(3) V., ad es., F. Santoni, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Milano, 1983, 199.

(4) V. M. Pedrazzoli, *Aziende di tendenza*, *Digesto IV*, *Sez. Comm.*, Torino, 1987, e *ivi* completi riferimenti dottrinali.

(5) V. M. Roccella, *Il tramonto del recesso* ad nutum *e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *QDLRI*, n. 8, 9, n. 5.

(6) V., nella citata monografica di Santoni, il primo capitolo interamente dedicato all'esperienza tedesca; W. Daubler, *Diritto sindacale e cogestione nella Germania federale*, Milano, 1981, 302.

conformità del lavoratore al fine dell'organizzazione ed anche una condotta privata che si distacchi dai valori perseguiti dall'organizzazione (poniamo un'entità religiosa), giustificano del tutto il recesso datoriale; naturalmente è commesso al magistrato di valutare, nella concretezza dei casi, in ordine alla giustificazione per così dire ideologica del licenziamento (7).

Fino a poco tempo fa, e cioè fino alla legge n. 108 del 1990, la nostra legislazione era muta in materia. Ma, malgrado il silenzio del legislatore, la problematica venne purtuttavia affrontata in dottrina, sia in sparse affermazioni nella letteratura generale sia in specifiche monografie e trattazioni *ex professo* (8); segno eloquente che una realtà umana, oggettivamente riscontrabile nella vita, non può essere alla lunga misconosciuta.

Non è necessario riepilogare con ampiezza le elaborazioni dottrinali. Un riepilogo esaustivo sarebbe inutile, dovendosi ora badare all'esegesi della specifica norma, così come è concretamente formulata. Basti dire che la specifica realtà delle organizzazioni di tendenza era in linea di principio ammessa, salve incertezze e dubbi negli svolgimenti operativi. Dico, quindi, delle acquisizioni alla rinfusa: la licenziabilità era ammessa in ipotesi di rottura del vincolo ideologico; ne derivavano, inoltre, eccezioni o deviazioni rispetto a taluni disposti dello statuto dei lavoratori, a quei disposti volti a garantire, in generale, la personalità morale del lavoratore. Ad. es., si riconosceva che la realtà della tendenza poneva limiti alla libertà d'opinione del lavoratore *ex* art. 1 della legge n. 300 del 1970; che, nella medesima situazione, era consentito da parte datoriale informarsi della tendenza del lavoratore ai fini dell'assunzione ed oltre, in deroga all'art. 8 della medesima legge del 1970.

Viceversa in giurisprudenza il problema non emerse, per così dire, direttamente in quanto tale, ma, di massima, in termini distorti. La posta in giuoco, quella più sostanziosa (tanto che la legge n. 108 vi si è piegata), atteneva alla possibilità o no dell'ordine giudiziale di reintegra del lavoratore licenziato. Ai fini, sulla premessa che l'art. 18 dello statuto, per il disposto dell'art. 35 della medesima legge n. 300, poteva applicarsi solo in danno dei datori di lavoro imprenditori, si cercava di volta in volta di sostenere che la specifica entità datoriale non era impresa. Soprattutto perché la Corte cost. 8 luglio 1975, n. 189 (9) aveva disatteso l'eccezione

---

(7) V. M. Pedrazzoli, *Tutela della tendenza e* tendenzshutz, in *DLRI*, 1987, 744.

(8) V. anche M.G. Mattarolo, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza. Profili generali*, Padova, 1983.

(9) V. in *FI*, 1975, I, 1578.

d'illegittimità dell'art. 35 dello statuto in quanto alla lettera escludente la tutela reale nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori; la Corte aveva messo in rilievo che c'è una sostanziale differenza tra l'impresa perseguente finalità di lucro e le entità datoriali non imprenditoriali, spesso perseguenti finalità ideali; e i giudici costituzionali esemplificarono ricordando i partiti, i sindacati, gli enti di fatto, i comitati e associazioni semplici a fini culturali, sportivi, ricreativi, di assistenza e simili. Così reiteratamente, in questi termini di impresa o no, la questione si pose per diverse entità, specialmente per le scuole di orientamento confessionale (10), per gli ospedali o case di cura gestiti da ordini o congregazioni religose (11), per associazioni rappresentative del mondo del capitale (12). In qualche raro caso si fece omaggio alla specifica realtà dell'organizzazione di tendenza; ma, in genere, la giurisprudenza ammise la tutela *ex* art. 18 laddove comunque si trattasse di entità operante con struttura d'impresa e nel mercato; ad es., argomentandosi dalle rette, spesso constatate nella misura corrente nel mercato, pagate dall'assistito o dalle famiglie dell'alunno. Talora, nei confronti delle case di cura, si è

---

(10) Generalmente si è ritenuta l'applicabilità dell'art. 18: v., nei confronti dell'Ist. Gonzaga, P. Milano 18 novembre 1986, in *L80*, 1987, 251; P. Milano 24 luglio 1987, in *DL*, 1987, 2, 498; P. Milano 8 gennaio 1980, in *RGL*, 1987, 2, 205: nel caso un'insegnante della scuola gestita dall'Ist. Leone XIII conviveva con la madre di un alunno e si erano sollevate proteste dei genitori di altri alunni; P. Bologna 30 dicembre 1974, in *GI*, 1975, I, 2, 894. Per il caso della scuola musicale dell'Angelicum parificata agli enti del tipo, v. P. Milano 10 agosto 1988, in *L80*, 1988, 1090. Di segno contrario v. P. Napoli 1º febbraio 1980, in *RGL*, 1980, 2, 1093, con nota di Zoppoli. Per una scuola di formazione professionale gestita da una istituzione confessionale assistenziale, v. Cass. 9 novembre 1979, n. 5770, in *FI*, 1980, I, 358. Per la netta affermazione che l'attività didattica non può mai considerarsi imprenditoriale, v. Cass. 19 gennaio 1989, n. 253, in *RGL*, 1990, 2, 115, con nota di Visconi. Per il caso verificatosi in una scuola confessionale francese, dell'insegnante licenziata perché risposatasi civilmente dopo il divorzio, v. R. Romboli, *Libertà d'insegnamento e organizzazione di tendenza*, in *FI*, 1978, 4, 315. Dopo la legge n. 108, per una scuola di lingua inglese che invocava l'esenzione come organizzazione di tendenza adducendo che gli utili non venivano distribuiti, ma reinvestiti per gli scopi culturali perseguiti, v. P. Roma (ord.), 10 ottobre 1990, in *L80*, 1990, 750, con nota di Janniello; il giudice ha ritenuto che la circostanza allegata non implicava la possibilità di negare la natura imprenditoriale.

(11) V. Trib. Roma 29 luglio 1987, in *RIDL*, 1988, 2, 782; Cass. 15 febbraio 1980, n. 1138, in *MGL*, 1981, 4, 430; Cass. 2 febbraio 1983, n. 885, in *GC*, 1983, I, 1339. In generale v. F. Santoni, *I rapporti di lavoro nelle organizzazioni di tendenza a carattere religioso e confessionale*, in *DL*, 1988, I, 562.

(12) Per l'inapplicabilità dell'art. 18 nei confronti di un'associazione sindacale della piccola industria, v. Cass. 3 gennaio 1986, n. 33, in *GC*, 1986, I, 1384; per un'associazione di panificatori, v. Cass. 30 marzo 1982, n. 1996, in *NGL*, 1982, 288; per un periodico del sindacalismo padronale, v. P. Roma 27 dicembre 1982, in *GC*, 1983, I, 1339.

argomentato dal fatto che per altro verso le medesime fruiscono, in quanto discutibilmente ritenute imprese industriali, degli sgravi contributivi. Qualche volta con affermazioni almeno per me sorprendenti. Ad. es., in un'occasione la Cassazione ritenne applicabile l'art. 18 nei confronti dell'Istituto Cottolengo che notoriamente accoglie, se non erro, a titolo meramente caritativo poveri esseri condannati per natura (13). In altra occasione un pretore giunse alla medesima conclusione nei confronti del Centro Studi CISL di San Domenico di Fiesole (14) che io conobbi, agli inizi degli anni '50, come insegnante di legislazione sociale (se la memoria non m'inganna, credo di aver avuto tra gli allievi Pierre Carniti), quale scuola di preparazione per quadri sindacali senza alcuna traccia di prosaico commercio. Talvolta si argomentava, per ritenere l'applicabilità della disciplina comune dei licenziamenti, dal fatto che, in concreto, il lavoratore non risultava specificamente, in ragione delle mansioni commesse, « portatore della tendenza », trattandosi di mansioni ideologicamente « neutre » (v. *infra*, n. 6); ad es., trattandosi d'insegnante di materia non ideologicamente condizionabile (15).

3. Alla lettera l'art. 4, comma 1, della legge n. 108 recita che l'art. 18 modificato non trova applicazione « nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione e di culto ». La formula è tale da suscitare, a prima lettura, diversi interrogativi, forse anche col rischio di cadere in qualche trappola vietamente dommatica, cioè senza pratico costrutto. Ad es., ci si potrebbe interrogare, in primo luogo, sul carattere imprenditoriale o no dell'entità, accertando poi se detta attività sia svolta o no a fini di lucro; poiché per il legislatore, alla lettera, vi sarebbero datori di lavoro operanti o no a fini di lucro. Si può collegare il discorso alle controverse teoriche sulla nozione di impresa (16). La formula è tale da prendere in contropiede tutti quei giuristi che ritengono essenziale, per la configurabilità dell'impresa, il fine di

---

(13) V. Cass. 9 febbraio 1989, n. 819, in *RIDL*, 1989, 2, 519.

(14) V. P. Firenze 23 luglio 1986, in *TLG*, 1987, 6.

(15) V., ad es., P. Milano 9 dicembre 1986, in *LPO*, 1987, 455.

(16) V. M. Casanova, *Impresa (in generale)*, in *AppNDI*, 1962; F. Galgano, *La teoria dell'impresa* e *Il concetto di imprenditore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. economia*, II, Padova, 1978, 1 e 23; V. Panuccio, *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970. Per una rassegna ragionata di dottrina e giurisprudenza v. A. Tidu, in *RDC*, 1986, 2, 496. Riepiloga la problematica, in riferimento alla legge n. 108, A. Manna, in *I licenziamenti individuali*, diretto da G. Ferraro, Napoli, 1990, 150 ss.

lucro (17). È poi notorio che, per altri teorici, il fine di lucro non è affatto essenziale allo scopo, dovendosi avere soprattutto riguardo all'oggettiva struttura dell'entità, al suo operare nel mercato in concorrenza, alla gestione secondo economicità. Dovendosi ricordare, ad es., che le Casse di risparmio sono pacificamente imprese (pubbliche), anche se destinano gli utili, secondo obbligo statutario, a fini assistenziali.

Ci si poteva limitare a parlare di « datori non imprenditori » o, viceversa, di « datori operanti senza fine di lucro ». Ma nella formula adoperata il dato decisivo è rappresentato dalle parole « senza fini di lucro » (con quel che segue e di cui *infra*); siamo semplicemente di fronte ad una inutile ridondanza, essendo peraltro il concetto del tutto chiaro (18). Naturalmente spesso può essere controvertibile quando vi sia o no il fine di lucro. A parte il caso ovvio dell'entità che operi gratis per l'utenza, il problema si complica quando il prezzo praticato o il contributo richiesto siano sotto la tariffa corrente nel mercato per le prestazioni del tipo. Ne conseguiranno diatribe la cui soluzione è demandata alla prudente valutazione del magistrato; quando la contropartita è talmente esigua da escludere che la gestione sia nel complesso remunerativa per l'attività espletata, quando sia largamente simbolica, è da ritenersi l'assenza di lucro (19). In realtà non c'è niente di sicuro. E faccio l'esempio che mi pare eccezionalmente eloquente. Presumo che pressoché tutti i commentatori concordino almeno sul punto che rientra nella previsione l'attività di culto in senso stretto, nella gestione dei sacramenti e dei riti, donde quindi l'impossibilità del sacrista di invocare la tutela reale contro il licenziamento. Ma come la mettiamo con l'obolo che i fedeli solitamente elargiscono al sacerdote per la dedicazione della messa?

4. Il disposto della legge è tale, però, da rendere dubbia l'estensione del regime limitativo dei licenziamenti, come effetto generalmente attribuito alla legge n. 108, almeno per quanto è nella zona della tutela reale (estesa ai datori di lavoro, imprenditori e no, che occupino nel complesso più di sessanta dipendenti). Ove si consideri il disposto

---

(17) V., da ultimo, A. Caiafa, *L'azienda: suoi mutamenti soggettivi nella crisi d'impresa*, Padova, 1990, 68.

(18) Del resto molti ritengono che la formula adoperata nell'art. 2082 c.c. per la definizione d'imprenditore sia enfatica e pleonastica: v. Galgano, *op. cit.*, 59. In questo ordine d'idee R. Romei, in *NLCC*, 1991, 200, afferma che nell'art. 4/1 in commento il requisito dell'assenza di fine di lucro è pleonastico appunto perché per definizione l'impresa persegue il profitto.

(19) V., in riferimento agli enti pubblici, Galgano, *op. cit.*, 61.

relativo alle organizzazioni di tendenza, si deve constatare che la portata estensiva della legge è più apparente che reale perché la zona dei datori di lavoro non imprenditori è largamente coperta da queste organizzazioni ideologicamente ispirate e non è facile identificare, viceversa, altri datori non imprenditori. Mi viene in mente solo il grosso studio professionale con un apparato impiegatizio consistente, superiore al limite previsto in questa legge per il passaggio dalla tutela obbligatoria a quella reale (20). Per questo verso, l'operazione voluta dal legislatore al fine di impedire il referendum, appare risolversi, almeno in parte, in una beffa.

5. È importante precisare che l'art. 4/1 non si riferisce *tout court*, come nella legislazione germanica, a partiti, sindacati, confessioni religiose ecc., cioè a determinati soggetti. Al contrario la norma si riferisce a ben determinate *attività* (v. *infra*, n. 9) che siano poste in essere da datori non imprenditori senza fini di lucro (21).

Il che significa, *a contrario*, che ove partiti, sindacati, confessioni diano corso, come è ben possibile, ad attività lucrative, per queste diverse attività non vale l'esenzione dall'applicabilità dell'art. 18; quest'ultima norma è senz'altro applicabile al personale impiegato nelle diverse attività lucrative, variando la tutela, in ragione dell'entità del personale occupato, nella scelta tra tutela meramente obbligatoria e tutela, invece, reale e non rileva in contrario, data l'oggettiva formulazione della norma, che i profitti delle attività lucrative siano destinati al finanziamento delle attività poste in essere per il conseguimento dei fini istituzionalmente non prosaici. Si faccia il caso dell'impresa posta in essere da un sindacato, invitando gli aderenti a preferirla negli acquisti, per procacciarsi i mezzi finanziari necessari per l'attività sindacale; qui, al di là della destinazione ultima del profitto, c'è semplicemente impresa.

Ma l'esempio fatto dell'impresa strumentale è chiaro e forse anche raro, anche se è possibile riportare largamente al concetto di impresa strumentale le imprese cooperativistiche. Ma *quid* nell'ipotesi che non sia agevole distinguere nella coesistenza reale di attività lucrative e no e in quella che il personale sia promiscuamente utilizzato nell'una e nell'altra attività? Qui, probabilmente, deve farsi riferimento non alle attività, ma all'utilizzo promiscuo o no del personale. Infatti il riferimento alle attività, magari per giudicare alla stregua del criterio della

---

(20) Garofalo, *La nuova disciplina*, cit., fa gli ulteriori esempi delle organizzazioni del volontariato e dei circoli sportivi e ricreativi.

(21) V. P. Sandulli, A. Vallebona, P. Pisani, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, 1990, 27 ss.

prevalenza largamente adoperato nel diritto del lavoro e altrove, potrebbe condurre al risultato inaccettabile di qualificare *tout court* come non di tendenza, negandosi così la specificità dell'entità considerata dal legislatore, quasi cancellando in concreto la previsione in commento. Viceversa l'assurda implicazione si evita avendo solo riguardo all'utilizzo promiscuo o non del singolo collaboratore, a questo livello facendo applicazione del criterio della prevalenza. In ogni caso sarà prudente, per le organizzazioni di tendenza, distinguere nettamente la forza lavoro a seconda che sia utlizzata in attività lucrative o no; per rendere reale e indiscutibile la zona della bramata esenzione dall'art. 18.

Per altro verso, come diversi commentatori hanno rilevato (22), la disposizione dell'art. 4/1 della legge n. 108 non esaurisce affatto la problematica delle organizzazioni di tendenza. La norma tratta di queste organizzazioni nel luogo specifico della tutela contro il licenziamento arbitrario e qui le identifica in un certo modo. Ma resta del tutto aperta la problematica della tendenza, ad es., al fine di valutare la giustificatezza o no del licenziamento, quando comunque ci si trovi di fronte ad entità ideologicamente ispirate e in tal senso concretamente operanti. Egualmente dicasi, in questa data situazione, ai fini della tutela dei diritti di libertà del lavoratore. In altre parole la norma qui in esame non è per più versi esaustiva.

6. Si discute se la particolare considerazione delle organizzazioni di tendenza nell'ambito della disciplina dei licenziamenti debba riguardare o no tutti i dipendenti delle medesime. Secondo una tesi largamente diffusa (23) la disciplina specifica avrebbe senso solo per i lavoratori *portatori della tendenza* chiamati ad operare per il conseguimento dello scopo ideologico assunto; non avrebbe senso, invece, nei confronti dei lavoratori utilizzati in mansioni *neutre* sul piano ideologico; un portinaio, un inserviente operano indifferentemente in qualsivoglia unità e la loro posizione di lavoro non rileva al fine del perseguimento della tendenza. In Germania è rimasto famoso il caso, molto dibattuto, dell'imbianchino di un ospedale cattolico reo di una non conforme condotta sul piano matrimoniale.

Anche nel corso dei lavori preparatori della legge n. 108 la questione venne sollevata con un emendamento presentato dall'on. Ghezzi (24); la

---

(22) V., ad es., Garofalo, *op. cit.*

(23) V., per il completo riepilogo, Pedrazzoli, *Aziende di tendenza*, cit. La questione è ripresa da tutti i commentatori della legge n. 108.

(24) L'emendamento era così formulato: « quando si tratti di prestazioni essenziali

proposta di legge comunista, che ha come primo firmatario l'illustre collega, tende ad emendare la legge recente in questo senso (25).

La proposta modificativa dei parlamentari comunisti, attesta eloquentemente che, allo stato, l'art. 4/1 non consente di distinguere tra posizioni lavorative neutre e no. Così è la legge (26). Per altro verso sono proponibili, a mio avviso, precise ragioni per la scelta totalizzante. È nell'interesse dell'organizzazione di tendenza che anche i lavoratori « a prestazione neutra » siano considerati. Ad es., il partito ha interesse a che non gli venga imposta la reintegra del portiere o dell'inserviente ove consti che costoro siano ideologicamente dubbi e possano non conservare il segreto sulle cose riservate. E poi, più in generale, c'è la questione dell'*immagine* all'esterno; come può costringersi un'entità religiosa a tenersi un modesto collaboratore esecutivo ove questi conduca una vita eticamente scandalosa e sollevi battute umoristiche nel pubblico?

Tuttavia questa mia conclusione è il risultato di adeguata meditazione a freddo. Cioè non può negarsi che la tesi della necessaria distinzione tra posizioni lavorative neutre o no abbia, a primo impatto, notevole forza suasiva proprio in riferimento alla *ratio legis* dell'esclusione delle organizzazioni in questioni dal più rigoroso regime del licenziamento illegittimo; se la norma si spiega in termini di tutela della tendenza, le posizioni neutre in quanto tali non rilevano. I dubbi della dottrina sono comprensibili; così come si comprende che se ne faccia anche questione di legittimità costituzionale (27).

7. Piuttosto c'è altra questione da fare. Le attività contemplate nell'art. 4/1 (v. *infra*, n. 9) comportano il privilegio dell'esclusione della tutela forte *in quanto tali*, quale che sia la ragione del licenziamento. Il lavoratore può essere licenziato sotto l'accusa di aver rubato, per violazione sistematica dell'orario di lavoro ecc.; il giudice, sempre adibile per l'accertamento d'inesistenza di una causale giustificante il licenziamento (v. *infra*, n. 10), può giungere alla conclusione dell'inesistenza dei fatti

---

per il conseguimento dello scopo che il datore di lavoro persegue ». La proposta di legge Giugni faceva riferimento ai datori di lavoro che svolgono *esclusivamente* attività di natura politica, religiosa, sindacale e culturale.

(25) V. l'art. 5 della proposta pubblicata in *LI*, 1990, n. 13, 56, riproponendosi l'emendamento presentato vanamente nel corso dei lavori preparatori della legge. Secondo Magrini, *Intervista*, in *LI*, 1990, n. 10, 5, in sede legislativa non sarebbe possibile distinguere adeguatamente tra tipo e tipo di mansioni; in realtà sarebbe, in ipotesi, assai facile come è dimostrato dalla formula reiteratamente proposta dall'on. Ghezzi.

(26) V. Manna, *op. cit.*, 154-155.

(27) V. Garofalo, *op. cit.*

contestati o della loro non gravità ai fini risolutori e, malgrado questa valutazione, l'organizzazione ha ancora il privilegio di non poter essere colpita dall'ordine di reintegra; cioè questo privilegio ha corso anche nelle situazioni nelle quali non emerge affatto l'esigenza che la prestazione sia coerente con l'ideologia dell'organizzazione o che la condotta sia conforme a certi canoni. Tutto questo pare francamente eccessivo perché va oltre la comprensibile ragion d'essere del disposto. Non ci si limita a garantire che l'organizzazione possa rifiutarsi di mantenere in servizio un soggetto non fidato secondo insindacabili valutazioni interne (v. *infra*, n. 9); si dice, al contrario, che l'organizzazione è libera di non riammettere in servizio comunque il soggetto che non risulti gradito. Mi pare che se ne possa fare una questione di legittimità costituzionale per eccessività della norma ben oltre le ragioni che giustificano in sé il privilegio.

8. Le *attività* considerate sono quella politica, la sindacale, la culturale, quella d'istruzione, quella religiosa e di culto. L'operatore si troverà a dover valutare, volta per volta, se una certa attività rientra o no in una di quelle tassativamente previste. L'interpretazione deve essere rigorosa perché è in giuoco un privilegio che non deve diventare odioso (28); mentre l'onere della prova grava sul datore di lavoro convenuto (29). Possono schematizzarsi tre situazioni: l'organizzazione è esentata ove svolga l'attività formalmente prevista; non è esentata, invece, quando svolge attività lucrativa; non è esentata quando, pur essendo stato posto in essere il rapporto non per distinta attività lucrativa, a stretto rigore si tratta di attività del tutto estranea, secondo massime di esperienza, rispetto a quelle tipiche delle specifiche organizzazioni di tendenza. Questo è un tentativo in prime battute; la casistica che potrà emergere arricchirà il quadro.

Di conseguenza si deve stabilire che cosa si deve intendere propriamente per attività politica, sindacale, confessionale, d'istruzione o culturale. Varrà quanto queste formazioni solitamente fanno per tradizione; qui possono farsi solo delle enunciazioni generiche. Ad es., il partito è un'associazione che intende affermare certe idee nell'assetto pubblico-sociale e che, al fine, mira alla conquista del potere, partecipa alle competizioni elettorali, organizza anche in estate, al fine propagandistico e di reperimento di mezzi finanziari, grandi feste popolari come ormai quasi tutti i partiti fanno sull'esempio antico del partito comunista, per

(28) V. M. Roccella, *op. cit.*
(29) V. Sandulli, Vallebona, Pisani, *op. loc. cit.*

forza imitativa (come prima ancora, a cominciare dai primi del secolo, si affermò il modello socialdemocratico del partito-apparato illustrato da MICHELS). È attività partitica quella che normalmente o solitamente fanno le formazioni del tipo.

Nella letteratura si è sempre fatto, come caso classico di organizzazione di tendenza, quello del *giornale di partito* (v. le trattazioni generali, cit.) da distinguersi nettamente dagli altri quotidiani non di partito o « indipendenti ». Non a caso, per valutare la situazione dal lato opposto dello schieramento di classe, a favore dei giornalisti sussiste, in caso di cambiamento dell'indirizzo del giornale, l'istituto del c.d. « caso di coscienza » (30). L'art. 4/1 non parla dei giornali. Quindi la questione va risolta in riferimento alla formula generale adoperata nella norma. I partiti hanno normalmente un quotidiano o un periodico; si tratta di vedere se questa attività è lucrativa o no. Cioè anche questa attività può essere valutata come politica con la conseguente esenzione, ove consti che la pubblicazione è gratuita o viene distribuita per un corrispettivo del tutto sotto mercato o sottocosto. Di massima nella nostra situazione mi pare di dover concludere che questa è attività lucrativa: l'*Unità*, l'*Avanti*, il *Popolo* costano come qualsiasi altro giornale.

Non è facile stabilire quando un'attività sia *sindacale*. Grosso modo e in un'accezione del tutto generica, s'intende per sindacato una coalizione d'interessi con conseguente tutela dei medesimi in senso vasto. Ma la tutela può essere perseguita su diversi piani, ad es., quando non sia possibile giuridicamente l'azione diretta e sia escluso il sistema della contrattazione collettiva, anche solo cercando di entrare di fatto in rapporti col potere pubblico (come solitamente si verificava, in tempi ormai remoti, nella pubblica amministrazione). Occorre procedere con cautela. Dal lato dei lavoratori si può sostenere che si ha sindacato quando si cerca di piegare la controparte al metodo della contrattazione collettiva e si ha disponibilità a far ricorso allo sciopero.

Giustamente i commentatori si sono posti il problema dei *patronati*. Rettamente si distingue tra i patronati sindacali, cioè promossi da un sindacato in senso stretto, e quelli non sindacali, promossi da altre generiche associazioni di lavoratori; giacché solo per i primi l'attività è riconducibile a quella sindacale (31). Ma, anche per i patronati sindacali, può dubitarsi sotto il profilo del carattere lucrativo dell'attività; infatti

---

(30) Mi permetto di rimandare alla mia nota *Sul « caso di coscienza » dei giornalisti*, in *MGL*, 1976, 59.

(31) V. SANDULLI, VALLEBONA, PISANI, *op. cit.*; ROMEI, *op. cit.*, sempre distinguendosi tra patronali sindacali e no.

queste entità sono ben finanziate in ragione degli affari trattati, con la destinazione, per legge, di una quota della contribuzione previdenziale. Si è detto che possono ritenersi ricomprese le *casse edili* (32). Ma, a mio avviso, la conclusione è qui da respingersi senza ombra di dubbio; giacché abbiamo solo la gestione intersindacale di trattamenti dovuti ai lavoratori per conto dei datori di lavoro; è solo una particolare e singolare gestione sul piano dei rapporti individuali di lavoro.

Più difficile è la situazione riguardata dal lato del capitale. Certo sono sindacali le organizzazioni che si pongono come contraltare dei sindacati dei lavoratori come parti nella contrattazione collettiva. Ma, da questo lato, vi sono anche associazioni « economiche » che hanno statutariamente il fine di tutela, ad es., di una certa industria sul piano pubblico (33). La situazione si complica quando l'associazione è, nel contempo, autenticamente sindacale in senso classista e di servizio più vario a favore degli imprenditori associati.

Per le attività *confessionali* la norma parla di religione e di culto, con una formula ricorrente nella legislazione ai più svariati fini e soprattutto nel diritto ecclesiastico. Soccorre la tradizione, il modo di operare delle istituzioni confessionali. Ad es., nella chiesa cattolica, i vari riti per onorare e propiziare la divinità, la somministrazione dei sacramenti ecc., cioè qui propriamente il culto rispetto al quale la « religione » dovrebbe intendersi come concetto più vasto. La questione grossa interessa, secondo quanto risulta dalla non copiosa giurisprudenza, le *scuole* e gli *ospedali* quando siano, appunto, di affiliazione confessionale. E qui occorre tener presente che mentre l'art. 4/1 parla espressamente dell'istruzione, tace dell'assistenza in quanto tale, probabilmente per mera dimenticanza del frettoloso legislatore. Sennonché, per gloriosa tradizione plurisecolare, l'assistenza agli infermi è normalmente praticata dalle confessioni e qui, probabilmente, si può sostenere che rientra nel concetto vasto di attività religiosa o religiosamente ispirata. Naturalmente purché si tratti di attività non lucrativa, con la problematica già spesso accennata.

La norma considera specificatamente l'*istruzione* e la *cultura*. Cultura e istruzione sarebbero di per sé attività di tendenza, il che è largamente vero, ma non è però immancabile. Talora cultura e istruzione

---

(32) V. Sandulli, Vallebona, Pisani, *op. cit.*

(33) Per la negazione dei diritti sindacali nei confronti dell'associazione delle industrie siderurgiche, v. P. Milano 26 giugno 1979, in *OGL*, 1979, 967. Per l'applicabilità dell'art. 18 nei confronti del comitato direttivo fra gli agenti di cambio della Borsa valori di Milano, v. P. Milano 23 marzo 1988, in *L80*, 1988, 773.

possono essere del tutto neutre, non ideologicamente orientate. Si pensi ad un'istituzione che si prefigga unicamente la lotta all'analfabetismo, ad un'accademia, una delle tante che esistono, che professi non questa o quella cultura, ma la cultura in sé, promuovendo conversazioni una volta di un filosofo spiritualista e altra volta di un materialista. Si pensi alla scuola privata che operi del tutto laicamente sul modello della scuola pubblica. Si pensi, ad es., alla Dante Alighieri; ma qui nell'esempio non sono del tutto sicuro nell'ipotesi che questa istituzione si contrapponga, in chiave di difesa dell'italianità, agli scopritori e propugnatori di etnie sulla via del tramonto secondo l'ideologia delle « nazionalità oppresse ». Anche in queste ipotesi varrebbe l'esenzione in discorso? Alla lettera sì, ma non certamente secondo le intenzioni del legislatore. Non a caso la norma considera queste due attività insieme alla politica, al sindacalismo, alle confessioni religiose. Le tre attività centrali sono quelle ideologicamente intrise; si deve ritenere che anche l'istruzione e la cultura siano menzionate non in quanto tali, ma in quanto ideologicamente orientate (34). Quanto meno, ove si ritenga che la lettera non consenta la prospettazione qui fatta, c'è spazio per sollevare una questione di costituzionalità: la norma avrebbe disposto per eccesso, in violazione del principo d'eguaglianza; la gloriosa Accademia della Crusca non è, vivaddio, organizzazione di tendenza.

9. Le attività di tendenza, se hanno il privilegio dell'esclusione dal regime forte del licenziamento illegittimo, sono tuttavia soggette alla disciplina limitativa dei licenziamenti nel suo regime debole o meramente obbligatorio. In realtà, alla lettera, la questione potrebbe non essere così ovvia. Perché la legge n. 108, nel suo barocchismo, non ha determinato in positivo l'area di applicazione della tutela forte, aggiungendo che ove questa non si applica resta la tutela debole (salve le pochissime ipotesi residue di recedibilità libera), ma, al contrario, nell'art. 2, specifica in positivo quale sia il campo di applicazione di questa deteriore tutela; si potrebbe così pervenire alla paradossale conclusione che, rispetto ad organizzazioni di tendenza occupanti più di 60 dipendenti, non c'è alcun regime limitativo dei licenziamenti (35). Giustamente questa conclusione viene respinta (36) in termini di interpreta-

---

(34) V. M. De Luca, *Campo di applicazione della tutela e giustificazione del licenziamento*, in *FI*, 1990, 5, 352, nonché, in parziale dissenso con questo, A. Romei, *op. cit*.

(35) V. questa prospettazione in Sandulli, Vallebona, Pisani, *op. cit*.

(36) V. Romei, *op. cit.* La tesi venne precisata dal sen. Giugni nel corso dei lavori

zione sistematica; quanto meno ne deriverebbe una fondatissima questione di legittimità costituzionale (37). In parole semplici l'impianto della legge è chiaro: dove non si applica la tutela forte ha corso, escluse le ipotesi eccezionali di recedibilità libera (salvo il licenziamento discriminatorio), la tutela debole.

Quindi è del tutto possibile il sindacato di merito del giudice in ordine alla giustificatezza o no del licenziamento. Questo sindacato sarà del tutto pieno ove il licenziamento sia stato intimato per comportamenti che nulla hanno a che fare con la tendenza (v. *supra*, n. 7). Invece, quando si tratti di comportamenti attinenti alla tendenza, resta da vedere quale spazio di valutazioni resti al magistrato. Qui si potrebbe sostenere che il giudice non può fare un sindacato di merito; non può trasformarsi in teologo, in esperto di ideologie o di orientamenti politici o sindacali, per dire che, nell'ambito di quel dato orientamento, il fatto contestato è censurabile o no. Il dubbio s'accresce, nella zona sindacale, se si aderisca alla ben nota tesi dell'immunità svolta nella monografia di Carabelli. In particolare perché, come si è visto (v. *supra*, n. 6), la norma non consente di distinguere tra il lavoro propriamente ideologico e le prestazioni neutre, si può sostenere che la valutazione di non conformità di un dato comportamento alle tavole accettate è questione esclusiva dell'ordinamento interno dell'organizzazione. Né il magistrato potrebbe utilizzare sue eventuali e approfondite conoscenze in materia per il divieto di far tesoro della scienza privata. Ma il giudice potrà ritenere illegittimo il licenziamento se disposto in termini di illegittimità formale ai sensi dello statuto interno. Si faccia il caso che il licenziamento del funzionario sindacale sia stato disposto dal segretario dell'organizzazione, quando in materia la competenza è di un determinato consiglio o nel rispetto di un determinato procedimento. Ma in questa zona tutto è problematico o meglio segue alla lunga i mutamenti nella valutazione di determinati comportamenti che si impongono nel corpo sociale, come avviene sempre nel vivo dell'esperienza giuridica (si pensi a quanto è avvenuto in un quarto di secolo, a proposito dell'osceno). Ove il giudice sia convinto, con tutta sicurezza e per comune convincimento corrente nella compagine sociale, che un dato comportamento sia ormai indifferente rispetto

---

preparatori. Inspiegabilmente P. Fanfani ha affermato che partiti e sindacati possono liberamente licenziare: v. relazione ad un convegno di consulenti del lavoro tenutosi a Firenze il 1° giugno 1990, in *La scossa*, 1990, n. 6, 7. L'on. Valensise del MSI avrebbe voluto togliere il riferimento all'attività sindacale.

(37) In tal senso, del tutto a ragione, Sandulli, Vallebona, Pisani, *op. cit.*, dopo aver respinto gli AA. la tesi già in via interpretativa.

a certi valori e principi, è realistico prevedere che non avverta ostacoli di sorta.

10. Una notazione finale. A parte lo specifico disposto sull'esclusione della tutela forte per il licenziamento in determinate organizzazioni di tendenza, giustamente si è sostenuto, come ho detto (38), che la tendenza può rilevare ai fini della valutazione della giustificazione del licenziamento in qualsivoglia altra attività, anche svolta lucrativamente, che sia però ideologicamente condizionata. Un giornale di partito che pratichi i prezzi di mercato resta purtuttavia di partito; può pretendere che il giornalista non scriva secondo la nuova bandiera in corso di rapporto prescelta. Proprio l'art. 4/1 giuoca nel senso della rilevanza in sé della tendenza. Proprio la sussistenza di una norma che, in ragione della tendenza, *talora* esclude la reintegrazione in servizio, comprova che la tendenza non è fatto ignominioso da nascondere e che la rottura su questo piano può giustificare il recesso datoriale. Almeno quando il lavoro ideologico in quanto tale è dedotto in contratto, la tendenza oggettivamente rileva, sempre confidandosi nell'equilibrio dei magistrati oggi purtroppo spesso assente.

In quest'ordine d'idee potrebbe concludersi che l'art. 4/1 ha posto una norma per più versi sbagliata: non ha colto esattamente la questione nella sua dimensione sociale, riducendo il problema semplicemente a quello della non imponibilità della reintegra in servizio in date situazioni. Poi per qualche verso la norma pecca, come ho cercato di dire, per eccesso. Sarebbe stato preferibile un disposto, ben fabbricabile con un poco di fantasia, relativo all'oggettiva rilevanza della tendenza in tema di valutazione, per le organizzazioni ideologicamente ispirate, del giustificato motivo di licenziamento.

(38) V. ancora Garofalo, *op. cit.*

59.

# TRASFORMAZIONI, FUSIONI E INCORPORAZIONI NEL SETTORE CREDITIZIO; PROFILI DI DIRITTO DEL LAVORO

1. Scopo di questo contributo è di riferire sui profili specifici di diritto del lavoro del processo di trasformazione, credo ormai sostanzialmente compiuto con qualche eccezione (la più notevole è quella del Monte dei Paschi), nel settore creditizio, in applicazione della legge Amato del 30 luglio 1990, n. 218, tenendo anche conto di quanto dispone l'art. 47 della legge comunitaria per il 1990, 29 dicembre 1990, n. 428 in tema di trasferimento di azienda. Per i limiti naturali di questo contributo nonché, in tutta franchezza, per inadeguatezza personale, tralascio gli intricati profili previdenziali (v. Persiani e Piccininno) che, oltretutto, dovrebbero essere attentamente rimeditati alla luce delle più recenti previsioni, in generale, sulla previdenza integrativa.

2. Le banche pubbliche sono state trasformate in società per azioni, con una strutturazione integralmente privatistica. Ha avuto così termine il lungo processo, iniziato verso la metà degli anni '30, che ha condotto dagli originari enti pubblici, attraverso la lunga fase intermedia degli enti pubblici economici, all'attuale situazione.

3. Di massima si possono indicare almeno alcune delle conseguenze immediate della trasformazione. Ad es., privatizzati gli enti, cade la premessa giusta la quale, rispetto agli e.p.e., almeno per un lungo periodo si parlò di un residuo potere pubblicistico di autorganizzazione sottratto, nelle sue implicazioni sui rapporti d'impiego, al sindacato del giudice ordinario del lavoro. Non c'è spazio per sostenere, ai fini delle assunzioni obbligatorie, l'applicabilità della disciplina del settore pubblico. Il sistema del collocamento è quello che ora ha corso nel settore privato. Egualmente dicasi in ordine al trattamento in ipotesi di aspettativa per mandato parlamentare; a prescindere dal fatto che, ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 sulla revisione della disciplina

del pubblico impiego, a decorrere dal 31 marzo 1993 è venuto meno l'ingiusto privilegio del doppio trattamento in precedenza praticato.

4. Sennonché, con l'operazione Amato, i vecchi enti di diritto pubblico non sono affatto scomparsi. Più esattamente, spogliandosi di ogni attività imprenditoriale bancaria, hanno conferito, al fine, il loro patrimonio alla società per azioni; i profitti della società bancaria conferitaria sono, poi, da questa, dati all'ente che li distribuisce secondo i tradizionali scopi istituzionali, per assistenza, iniziative culturali e, in genere, di pubblico interesse. Questi enti, di mera erogazione, sono, quindi, enti pubblici *non economici*. Di conseguenza, l'eventuale rapporto d'impiego diretto è rapporto con ente pubblico puro. Ho detto eventuale, in quanto questi enti abbisognano di pochissimo personale, per poche unità di mera segreteria. La soluzione più spiccia, largamente praticata a quanto so, è quella che la società comandi queste poche unità presso l'ente; magari pattuendosi, come ho visto in un accordo coi sindacati, il controllo collettivo vigente per i dipendenti delle casse società per azioni. Ma la situazione sostanziale e giurisdizionale è destinata a mutare. In termini sostanziali di fonte regolatrice del rapporto, questi enti, ormai pubblici, dovrebbero essere collocati, ai fini della contrattazione collettiva, in uno dei comparti del p.i., ammesso che non ci si dimentichi di questa peculiare situazione. Dal punto di vista della competenza giurisdizionale, per il momento le controversie sono di competenza del giudice amministrativo. Fra tre anni, ai sensi del d.lgs. n. 29, dovrebbe aversi la compresenza della competenza amministrativa e di quella ordinaria del giudice del lavoro, secondo l'inopportuna distinzione per materia operata in questa recente legislazione.

5. Da questa trasformazione (posto che le Casse di risparmio sono ormai imprese creditizie senza riserve) dovrebbe derivare l'unicità contrattuale collettiva, con un unico contratto collettivo per il credito complessivamente inteso, come ha sottolineato Pelaggi. Alla lunga, dovrebbe pervenirsi all'unicità associativa datoriale. In poche parole, parrebbe segnato il destino dell'ACRI rispetto all'ASSICREDITO. Salvo che la prima associazione non trovi una perdurante ragion d'essere nella peculiarità della categoria per quanto attiene ai fondi previdenziali integrativi interni, secondo una problematica che notoriamente da qualche tempo affligge questo settore tra riforma o controriforma del sistema pensionistico INPS e progettate riforme della previdenza integrativa; specie se, come mi parrebbe opportuno, ci si potesse orientare verso il

superamento delle particolarità aziendalistiche con un assetto organico di previdenza integrativa di categoria.

6. Le conseguenze della trasformazione, per quanto attiene alla regolamentazione del rapporto individuale di lavoro, sono precisate nell'art. 3/2 della legge Amato: « Per i medesimi dipendenti sono fatti salvi i diritti quesiti, gli effetti di leggi speciali e quelli rivenienti dall'originaria natura pubblica dell'ente di appartenenza ». Il rapporto passa alle società per azioni con tutti i diritti che ne derivano, in ragione della pregressa regolamentazione di varia origine. Grosso modo, in termini sistematici, la formula corrisponde a quella del novellato art. 2112/1 c.c. in tema di trasferimento di azienda: « il rapporto di lavoro continua con l'acquirente e il lavoratore conserva i diritti che ne derivano » (e non, come recitava la pregressa formula del codice del 1942, i soli diritti derivanti dall'anzianità di servizio). Detto altrimenti, la società per azioni deve « accettare » il rapporto così come era presso il precedente datore di lavoro.

In pratica la questione non ha grosso rilievo, perché fondamentalmente il rapporto era regolato dai contratti collettivi stipulati dall'ACRI e continuerà ad essere regolato dai contratti stipulati da quest'organizzazione. Ma restano alcune particolarità salvaguardate dalla citata disposizione di legge (v. Russo). Ad es., resta il diritto dei legali delle Casse ad essere iscritti all'albo professionale, come la normativa prevede per i legali degli enti pubblici con un albo speciale. A mio avviso, l'ingiustizia sta nel fatto di prevedere questa possibilità per i soli legali degli enti pubblici « in senso stretto » (così, da ultimo Cass., S.U., 9 dicembre 1992, n. 13005, in *CG*, 1993, 310, con nota di Danovi, a proposito degli addetti all'ufficio legale della RAI); non essendovi, sempre per me e sul piano del diritto di ragione, giustificazione per la negazione della possibilità in ragione della natura dell'entità servita.

Ove si considerino queste particolarità sopravviventi, ha torto Mazzotta (n. 2) allorché scrive che la norma di salvaguardia dei diritti quesiti è una mera norma di chiusura che « non sembra possa avere riscontri positivi di un qualche interesse ».

Naturalmente, come molti precisano, la salvaguardia vale solo per i lavoratori già alle dipendenze degli enti trasformati, e non è invocabile da coloro che vengano assunti in seguito dalla nuova società per azioni.

7. I diritti quesiti restano, ma con quale *forza di resistenza*? Questo è il punto più delicato. Qui occorre considerare che cosa dice la legge Amato in ordine alle *fonti regolatrici* del rapporto. Secondo l'art. 3/1, « ai

dipendenti delle società per azioni... continueranno ad applicarsi le disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge, fino al rinnovo del contratto collettivo nazionale di categoria o fino alla stipula di un nuovo contratto integrativo aziendale ».

È da rilevare che la norma non si riferisce alla pregressa contrattazione collettiva. Parla genericamente di disposizioni, e non può leggersi, come dice Mazzotta (*loc. cit.*) in termini di « congelamento » dei pregressi contratti collettivi. Col termine « disposizioni » la legge ha inteso riferirsi genericamente alla regolamentazione in atto al momento della trasformazione, quale che ne fosse il carattere; si tratti di contratti collettivi o, viceversa e almeno formalmente, di regolamentazione unilaterale secondo il modello puro pubblicistico antico (dico formalmente perché, al di là della forma, spesso la situazione è di fatto del tutto sindacalizzata; come spesso si registra per i regolamenti dei fondi integrativi pensionistici).

In secondo luogo, come ha rilevato Persiani, stranamente il disposto per il congelamento della normativa pregressa si riferisce non al momento della trasformazione in s.p.a., bensì a quello anteriore dell'entrata in vigore della legge. Cosicché, ad es., un istituto che effettuasse la trasformazione nel 1995 potrebbe sostenere che, almeno sul piano della legge, v'è obbligo di rispettare la normativa in atto nel 1990 e non quella successivamente subentrata. È probabile che si tratti di una svista del legislatore, fermo che la formula di legge vincola nella sua obiettività.

La cosa più rimarchevole è che la legge condiziona il venir meno della pregressa normativa alla stipula di un contratto collettivo nazionale o aziendale. Non vale una nuova regolamentazione « purchessia », ma solo quella sindacale, con superamento dell'unilateralismo datoriale. Dopo di che, tornando allo specifico interrogativo di questo paragrafo, credo che sia nell'opinione corrente ormai che il nuovo contratto collettivo possa modificare *in peius* la pregressa normativa. Cosicché resistono solo i diritti derivanti da leggi speciali o « rivenienti dall'originaria natura pubblica dell'ente »: formula, quest'ultima, invero non molto perspicua (v. Spagnuolo Vigorita). E, naturalmente, vengono salvaguardate anche le posizioni derivanti dai controversi usi aziendali (v. Liebman e G. Santoro Passarelli).

8. Autorevolmente (v. Spagnuolo Vigorita) si è sollevato rispetto alla previsione sopra esaminata, un dubbio di costituzionalità in riferimento all'art. 39 Cost., toccandosi la libertà di optare (o no) per la contrattazione collettiva. Non condivido. A mio avviso, per l'impostazione da tempo fermamente ritenuta, già oggi l'attuale contratto collet-

tivo c.d. « di diritto comune » può ritenersi generalmente obbligatorio se, ovviamente, stipulato dai sindacati maggiormente rappresentativi. In ogni caso sul punto l'art. 3/1 è applicativo del principio ricavabile proprio dall'art. 39. La norma costituzionale privilegia la regolamentazione sindacale dei rapporti di lavoro e qui se ne ha solo un'applicazione particolare. Si rilevi inoltre che, fermo il condizionamento sindacale, l'art. 3/1 però non è in realtà costrittivo in senso totale delle possibili scelte dell'impresa. Esso pone sullo stesso piano il contratto nazionale di categoria e quello aziendale. Per questa via v'è spazio per la scelta datoriale purché, ribadisco, la contrattazione abbia corso coi sindacati maggiormente rappresentativi.

9. La forma dell'art. 3/1 sopra visto è del tutto diversa da quella del comma 3 del novellato art. 2112 in tema di trasferimento di azienda (la coerenza sistematica in due leggi sostanzialmente coeve lascia molto a desiderare). Infatti per l'art. 2112/3 il nuovo imprenditore è tenuto ad applicare i contratti collettivi *vigenti* alla data del trasferimento fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti (o sostituibili?) da altri contratti *applicabili* all'impresa del medesimo nuovo imprenditore, con una previsione che comprensibilmente tormenta tutti i commentatori. Non a torto si è detto (Tinti) che si tratta di una norma ripiegata su se stessa, dove la seconda formula pare sopprimere la prima. Ne dico per quel poco che interessa nell'economia di questo contributo. Alla lettera parrebbe che il nuovo imprenditore sia obbligato ad applicare il contratto collettivo (anche se in precedenza questo non avveniva in ragione della non affiliazione sindacale dell'impresa) salvo l'applicabilità anche immediata (e cioè prima della scadenza del « vecchio » contratto) di un diverso contratto collettivo, in ragione del diverso settore merceologico in cui è collocata l'impresa che risulta dopo il trasferimento. L'ipotesi pare avere margini di attualità in caso di trasferimento di un ramo dell'impresa originaria, poi confluito in impresa di tipo diverso da quella. La problematica si svuota nella diversa ipotesi di cessione totale dell'impresa nella sua interezza, perché resta invariato il settore merceologico secondo l'inquadramento sindacale corrente nel sistema sindacale « di fatto ». Ricordata la diversità sul punto delle due leggi coeve, qui non c'è bisogno di andare oltre e di approfondire.

10. La legge Amato nulla dice in tema di necessarie previe procedure di consultazione sindacale in vista della trasformazione degli enti creditizi originari, a differenza di quanto dispone per il trasferimento d'azienda la quasi coeva legge comunitaria. La cosa può apparire strana.

Ma non si può esagerare. La trasformazione degli enti creditizi è operazione voluta, quanto meno sollecitata dal legislatore; pertanto, in diritto positivo, essa corrisponde, in riferimento all'art. 41 Cost., all'utilità sociale quale ritenuta dal legislatore. Qui non c'è spazio, nella procedura di consultazione sindacale, per discutere in ordine ai motivi della trasformazione (v. *infra*); è sufficiente dire che ci si trasforma così come la legge consente e sollecita. Inoltre di fatto la situazione è ampiamente sindacalizzata e, a quanto mi consta, in materia c'è sempre stato un confronto formale tra le parti. Infine, come si è rilevato in una recentissime pronuncia, P. Torino 9 maggio 1992, in *GPiem*, 1992, 515, proprio in ragione di quanto dispongono i due primi commi esaminati dell'art. 3, nell'operazione i lavoratori non corrono alcun rischio in concreto.

11. Come ho già detto, il discorso che qui intraprendo è in larga misura teorico poiché, a quanto so, il processo di trasformazione degli enti creditizi è in gran parte avvenuto. Ma è altrettanto vero che la soluzione sollecitata dalla legge Amato è in alcune situazioni ancora aperta. Di qui la necessità di condurre avanti il discorso rispetto alle previsioni normative obiettivamente considerate, tenendo conto del notevole travaglio registrabile tra gli interpreti.

12. In linea di massima, per molte ipotesi si può considerare scontata la risposta positiva al quesito sull'applicabilità dell'art. 47, in tal guisa integrandosi la disciplina della legge Amato del tutto muta sul punto. Per la situazione acquisita nel diritto comunitario, anche per pronunciati della Corte Europea, secondo il largo orientamento degli esegeti, pare pacifica l'applicabilità doverosa della procedura di consultazione sindacale nelle ipotesi di *fusione* anche per *incorporazione*, nonché in quella di *scorporo* (quando, cioè, un ramo d'azienda viene sottratto ad una certa impresa e va a costituire il substrato materiale di altre imprese). Come in genere si dice nei commenti all'art. 2112 vecchio e nuovo testo, di massima si ha trasferimento d'azienda ogni volta che c'è mutamento, passaggio da un imprenditore ad un altro. Il rispetto della procedura di consultazione sindacale deve coordinarsi in qualche modo con la normativa dettata nel codice civile (artt. 2501 ss.) sulle indicate vicende societarie.

Sennonché, in ordine all'identificazione della fattispecie, restano numerosi problemi aperti che qui si accennano del tutto sommariamente.

Generalmente si dice, credo a ragione, che la fattispecie legale non è identificabile quando si verifichino rilevanti mutamenti nella composizione del pacchetto azionario. Eppure anche in questa ipotesi, come si è

detto in un'impostazione però eccessivamente larga e non controllata (Pedrazzoli), non può negarsi l'interesse dei lavoratori nella vicenda. Se ne ha la riprova nelle cronache, quando si legge che, essendo diventato padrone dell'impresa, in ragione di certe manovre, il capitano X spodestando Y, si mettono in agitazione le organizzazioni sindacali. In quest'ordine d'idee si può applicare la clausola del contratto collettivo dirigenziale, che prevede le possibili dimissioni per giusta causa. Ma qui, tecnicamente, non si ha trasferimento. La vicenda avviene all'*esterno*, per il commercio delle azioni in Borsa o altrove e la società semplicemente la subisce. Non c'è deliberato della società in quanto tale, non c'è passaggio da un imprenditore ad altro, la società resta formalmente nella sua identità.

Più delicata e al limite è l'ipotesi della mera *trasformazione*, ad es., in termini di passaggio da un tipo ad altro di società (dove in genere si dice che vi è mera modifica dell'atto costitutivo) o nell'ipotesi qui specificatamente considerata delle trasformazioni sollecitate della legge Amato. Non è possibile argomentare esaustivamente dall'interesse dei lavoratori, dicendo che rileva anche la trasformazione di una società di persone in società di capitali, col conseguente mutamento nella responsabilità dei soci (Tinti). Sul piano dell'interesse tutto è argomentabile, restando però da risolvere la questione squisitamente tecnica della configurabilità della fattispecie prevista nella legge. Per altro verso è anche da ricordare che, come qualcuno ha notato, il trasferimento può aver corso col passaggio a società costituitasi *ex novo* nella e per la vicenda (Romei). E forse può essere di una certa rilevanza la circostanza che oggi, per recentissime modifiche, la società non è più di necessità un contratto, potendosi avere la costituzione « personale ».

Questo è un punto cruciale che richiede più adeguati approfondimenti, non avendo maturato personalmente, allo stato, un chiaro convincimento. Siamo, in ogni caso, al limite.

In termini pratici-operativi, poiché possono aversi contestazioni e complicazioni, è prudente attenersi all'ammonimento di Tarello circa l'intriseca difficoltà di previsioni tranquillanti circa gli esiti giudiziali (« ... *qualsiasi* pretesa ha *qualche* probabilità di trovare *qualcuno* dei giudici favorevole »: *Sullo stato dell'organizzazione giuridica*, 1979, 12). È quindi consigliabile dar corso alla procedura di consultazione sindacale. In un settore in cui i diritti d'informazione hanno avuto largo riconoscimento, con l'obbligo della parte datoriale di confrontarsi con quella sindacale per tante vicende aziendali e di gestione dei rapporti di lavoro, ci sta logicamente il consistente di più della trasformazione subiettiva dell'entità datoriale per tutte le implicazioni che possono venirne. Ritenuta per scrupolo la riconducibilità alla fattispecie legale, per completezza, pare

opportuno condurre innanzi il discorso, esaminando più da vicino la procedura richiesta nell'art. 47, prendendo posizione sui problemi più importanti postisi tra i commentatori, e tralasciando qualsiasi altro punto esorbitante dal piano di questo contributo.

13. Come risulta dai numerosi commenti, il dibattito attorno alla procedura di consultazione sindacale *ex* art. 47 si incentra soprattutto su tre problemi: delimitazione dell'oggetto dell'informazione, esistenza o no almeno di un obbligo a trattare per la parte datoriale, possibilità o no che il magistrato, adito *ex* art. 28 st. lav., possa invalidare il negozio di trasferimento non preceduto dalla richiesta procedura. Riassumendo forzatamente, pare che prevalga un orientamento che potrebbe definirsi, in termini ideologici, « liberista », in qualche caso con prospettazioni che, a livello personale, hanno suscitato in me qualche meraviglia. In ragione della garanzia costituzionale della libertà d'iniziativa economica, la procedura sarebbe preordinata unicamente ad un confronto sulle possibili « ricadute » sui lavoratori, non potendosi ammettere alcuna interferenza sulle scelte imprenditoriali in sé. Di conseguenza le informative non dovrebbero avere ad oggetto le ragioni determinanti di ordine economico-finanziario. Non vi sarebbe obbligo a trattare, tutto dovendosi risolvere nell'informazione e in una mera consultazione. Il pretore non potrebbe in ogni caso invalidare il negozio di trasferimento, ma dovrebbe limitarsi a ordinare il rispetto della procedura (il che, ad affare fatto ed incontestabile può suonare, almeno *prima facie*, come una beffa). Al massimo, il rispetto della procedura può essere valutato come requisito d'efficacia del negozio (Lambertucci). Il che dovrebbe intendersi, se ho ben capito, in termini d'inopponibilità ai lavoratori di provvedimenti derivanti da un trasferimento irritualmente attuato in spregio alla regola della procedura; ammettendosi al più che i lavoratori potrebbero agire per i danni (Foglia), con una conclusione invero problematica. Oltre tutto sul lavoratore graverebbe l'onere di provare che la misura è stata l'inevitabile conseguenza del trasferimento « irrituale » e che, se i sindacati fossero stati consultati, non avrebbe preso avvio la vicenda culminata nella lesione del suo patrimonio. Si è arrivati persino a dire (Tosi) che questa normativa avrebbe per qualche verso carattere, propriamente, di documento « politico »; di un documento, cioè (cerco di tradurre) che enuncia genericamente finalità programmatiche, ma di scarso pregio in termini propriamente giuridici.

14. Non sono convinto di queste prospettazioni. Se posso essere,

come devo, del tutto franco, convince assai di più, salve alcune eccessività, l'interpretazione prospettata da L. Guaglianone.

Per quanto attiene all'informazione, non si può cancellare la legge laddove dice che questa deve avere ad oggetto anche i *motivi* del programmato trasferimento, cioè le ragioni che possono essere le più diverse, economiche, finanziarie, ed anche strettamente personali (il medio imprenditore che è ormai stufo di fare l'industriale). Né in questo riesco a vedere una lesione della libertà dell'iniziativa economica. Spesso i giuristi, a tavolino, si inventano problemi inesistenti. Nel clima di oggi è largamente entrato in testa alla gente e nella psicologia che, bene o male, occorre fare i conti con l'opinione che l'impresa ha una responsabilità sociale e che, quindi, è naturale ed opportuno dar conto delle proprie ragioni. Del resto, come va normalmente il contenzioso in tema di licenziamenti collettivi o di licenziamento per giustificato motivo obiettivo?

È bene ricordare che i motivi devono essere dedotti tanto dal cedente che dal cessionario. Laddove sia in discussione il trasferimento di un ramo dell'originaria azienda (è qui la zona più nevralgica), ben potrebbe verificarsi una situazione di opposte valutazioni tra le parti sindacali, tra quella rappresentativa dei lavoratori dell'impresa cedente e quella rappresentativa dei lavoratori dell'impresa cessionaria. I primi, specie ove si tratti di impresa in crisi, potrebbero essere ben disposti alla cessione del ramo secco. I secondi, invece, potrebbero non gradire l'operazione, ove si ritenga che l'assunzione di quel ramo deficitario possa alterare negativamente l'equilibrio aziendale, ingenerando una crisi pericolosa per la specifica comunità di lavoro.

15. Si è anche ricordato che, per diritto comune, il trasferimento potrebbe aver corso attraverso un intermediario, per persona da nominare (art. 1401 c.c.) o con contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.), dandosi per pacifico che tanto sarebbe ancora ammissibile (Maresca e Pelaggi). Sennonché, posta questa nuova disciplina, l'operazione non è più possibile. Per legge la parte lavoratrice deve sapere chi sia il progettato nuovo imprenditore (Foglia); il rifiuto espone al rischio della procedura di antisindacalità (G. Santoro Passarelli). Quest'ultima conclusione mi pare ineccepibile, anche se la questione almeno teoricamente può refluire sul dubbio di legittimità costituzionale da qualcuno proposto (v. *infra*, n. 19).

16. Una questione che tormenta particolarmente gli interpreti è quella del termine previsto per la procedura, meglio in ordine alla

decorrenza del medesimo. Occorre tener presente che la legge testualmente dice che, quando si intenda effettuare un trasferimento, l'alienante e l'acquirente devono darne comunicazione scritta alle entità sindacali previste « almeno venticinque giorni prima ». Prima rispetto a che? Le risposte sono varie. Certo la questione si complica ove si ritenga obbligatorio dare comunicazione anche del mero intento o proposito di dar corso ad un trasferimento, secondo un progetto poi, come talora accade, abortito sul nascere; col rischio di riferirsi a stati d'animo, alla sfera emozionale (Tosi). Pare prevalere la tesi che dovrebbe aversi riguardo al negozio definitivo (non al fatto materiale eventualmente successivo della *traditio*; Gentili). Molti escludono che si possa far riferimento ad atti interni preliminari od anche al preliminare (ad es., Flammia). Quest'ultimo assunto è discutibile, in quanto già il preliminare è di norma vincolante per le parti; tanto che, in caso di inottemperanza, può chiedersi la pronuncia giudiziale costitutiva (art. 2932 c.c.). Se poi dovesse darsi conto anche delle intenzioni, rispetto alla complessa procedura di fusione (artt. 2501 ss. c.c.), a stretto rigore la procedura di consultazione dovrebbe essere preventiva rispetto al primo atto di questo *iter*, cioè il progetto di fusione (art. 2501/2).

In realtà credo che il termine (minimo: « almeno ») debba calcolarsi a ritroso rispetto al negozio perfezionato che si può concretizzare anche nel preliminare (De Luca). Ma io credo che una così grave questione debba impostarsi, in via chiarificatrice, altrimenti. Non vi è dubbio che è nelle intenzioni oggettive del legislatore l'imposizione di una procedura di consultazione sindacale che in ipotesi, esista o no l'obbligo a trattare (v. *infra*, n. 17), potrebbe concludersi con un accordo, in questa sede, che obblighi le parti del divisato negozio a recedere dal loro proposito traslativo. Ciò è nella logica che la legge sia propiziatrice in questo senso. Cosicché ove, in ipotesi, la consultazione si concluda con l'accettazione da parte del cedente dell'imposizione sindacale di non dar corso al trasferimento, il cedente medesimo è liberato da ogni obbligo eventualmente già assunto col progettato cessionario. In altre parole, la procedura è inderogabilmente richiesta ai fini del trasferimento. Vecchio e nuovo imprenditore sono obbligati a dire tutto, a cominciare dai motivi che reciprocamente li inducono all'affare (così come, ai fini della progettata fusione di società, non può prescindersi dai vari passaggi imposti dal codice civile). Ma se di tutto questo può discutersi in sede sindacale, se qui tutta l'operazione può essere messa in discussione, sarebbe illogico ritenere che il legislatore abbia congegnato le cose in guisa tale che, in ogni caso, i patti già eventualmente intervenuti tra i due imprenditori restino in ogni caso fermi. La procedura ha senso solo se si ammette, per

coerenza, che ne possono risultare accordi con la parte sindacale che del tutto legittimano la rimozione di patti anteriori, senza responsabilità di sorta. L'imprenditore, dopo l'art. 47, deve sapere (se non lo sa, *imputet sibi*), che può sì commerciare le aziende, ma con l'obbligo di sottoporsi ad una procedura il cui esito può essere eventualmente quello qui ipotizzato. In un certo senso, eventuali negozi preventivi sono legalmente *sub condicione*; in ogni caso, è prudentemente consigliabile un'espressa riserva nelle pattuizioni.

17. Francamente la questione se dall'art. 47 derivi o no un obbligo a trattare, mi pare del tutto oziosa. La legge parla di *esame congiunto*, con una formula che ha numerosi precedenti nella legislazione e nella contrattazione collettiva (ricordo la previsione dell'accordo interconfederale per le commissioni interne a proposito degli schemi, cioè progetti, di regolamento interno). Insomma le parti debbono sedersi attorno a un tavolo, parlare e discutere del progetto in cantiere. Ci sarà o no in senso rigoroso un obbligo a trattare, ma mi pare umanamente impossibile che il datore di lavoro, avendo a che fare con un interlocutore non sprovvisto di armi di convincimento, se ne possa stare bellamente zitto dopo aver illustrato i suoi progetti. Non può non rispondere a domande di chiarimenti o a richieste di approfondimento in questa o quella direzione. Cioè, se non sbaglio, la discussione è nelle cose e dalle cose tutto può nascere; chi all'origine avrebbe voluto essere deciso e rigidamente abbottonato, può nel prosieguo sciogliersi, entrare in franco confronto, convincersi alla fine della preferibilità di altre soluzioni; dopo di che, come ho detto, ci può scappare un accordo che certo non era nelle primitive intenzioni.

È bene chiarire quale possa essere l'esatta portata dell'obbligo a trattare, come risulta dalla recente pregevole monografia di Carlo Zoli. A differenza delle mere consultazioni che obbligano ad un semplice scambio di pareri e di opinioni, con l'obbligo a trattare c'è un preciso obbligo di negoziare secondo buona fede (p. 256). Ma le trattative debbono ritenersi concluse quando pervengono ad un punto morto, o quando una parte dà notizia all'altra del proprio ritiro (p. 255). Se è vero che non può esserci pregiudiziale ostruzionismo con atteggiamenti meramente passivi, ci può essere anche il « prendere o lasciare », anche il fallimento totale dell'incontro, perché altrimenti le trattative non sarebbero più tali (pp. 258-259). Fermo che il controllo del giudice non può estendersi al merito del conflitto (p. 262). Tutto qui. Confido che vi sia nell'imprenditorialità italiana piena idoneità a tener testa per alcuni

incontri alla parte sindacale, con la forza di tener fermo quanto si ritenga inderogabilmente opportuno.

18. Se è esatta la premessa di questa procedura come passaggio preventivo necessario del trasferimento, mi pare anche che non si ponga alcun particolare problema in ordine al possibile *dictum* del giudice. L'omissione della procedura comporta che non è correttamente identificabile, sul piano giuridico, un trasferimento e chiunque vi abbia interesse può dedurre la questione o nel contenzioso d'impulso sindacale o individuale. A stretto rigore il magistrato non ha nemmeno necessità d'invalidare il patto, potendo dire *incidenter tantum* dell'inconfigurabilità, appunto, del trasferimento, poi provvedendo alla rimozione degli effetti della condotta antisindacale, con una pronuncia, al fine, di segno positivo (su questa problematica in generale v. A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 1987, 158 ss., nonché Scognamiglio, *Condotta antisindacale*, I) *Disciplina sostanziale*, in *EGT*, nn. 2.9.2 e 2.10.3, con riferimento al famoso caso Maccarese).

In positivo il giudice dovrà ordinare che si dia corso alla procedura omessa; con la possibilità, già ritenuta, che dall'esame congiunto sortisca un accordo che rimuova il negozio già perfezionato tra le parti e del quale queste possono correttamente liberarsi.

19. Per altro verso inclino a ritenere che la tesi della non impegnatività del negozio non preceduto dalla prescritta consultazione sindacale, sia anche opportuna sul piano che potrebbe dirsi della deontologia dell'operatore giuridico. Nella scelta in termini di opportunità civile tra le diverse tesi, è alla lunga più producente, nell'assetto sociale, prescegliere quella che induca a comportamenti conformi alle prescrizioni normative. Se la legge dispone in un certo senso, è opportuno consigliare alla gente, ad es., che il previo procedimento d'irrogazione delle sanzioni disciplinari è da esperire anche quando si ritiene che la sanzione deve di necessità consistere nel licenziamento. Il giurista deve operare al fine di rendere edotta la gente della normativa, della sua esatta portata, della condotta conforme. Le complicazioni e le astruserie sono produttive solo in senso deteriore e avvocatesco, per moltiplicare le occasioni di necessario ricorso ai professionisti. Può darsi che all'inizio qualcuno faccia dolorosamente le spese di questa politica, che ne vengano processi e disavventure. Ma anche questi incidenti, specie in ragione del clamore giornalistico che ne può venire, non sono negativi sul piano generale, proprio perché fanno opinione giuridica, cioè opinione giuridicamente bene informata.

20. Vengo ora alla valutazione propriamente politica di questa normativa e al dubbio di costituzionalità. Qualche autore ha lamentato che questa procedura comporta un inevitabile rallentamento proprio nei momenti più delicati e « strategici » nella vita dell'impresa (Capo e Pelaggi). Si è anche rilevato che la legge non appresta qui alcuna tutela della riservatezza spesso comprensibile (Romei e v. anche Guaglianone), obbligo che tuttavia per altri (De Luca) dovrebbe già ritenersi direi per diritto comune.

Capisco benissimo queste preoccupazioni. Dati i miei precedenti ideologici mai rinnegati, nessuno mi potrà accusare di insensibilità. Qui la norma, che non opera alcuna riserva, pare escludere che la parte datoriale possa accampare la necessaria riservatezza, opponendo un rifiuto al tallonamento avversario. E d'altro canto come si può umanamente esigere dai sindacalisti, investiti da mandato rappresentativo e che debbono spesso rispondere alla base talora contestataria, un preciso obbligo? So bene che la riservatezza è positivamente posta nella legislazione tedesca sulla cogestione; ma so troppo poco di questa esperienza per poter condurre a fondo il discorso.

Può sollevarsi, specificatamente per la tutela della riservatezza e in generale per l'impatto dilatorio della procedura, una questione di costituzionalità. La norma di raffronto può essere solo il principio di cui al comma 1 dell'art. 41 Cost. Anche qui ci sono realtà assai diverse. Ci sono le imprese medio-grandi, anche i pachidermi, dove gli scambi sono pesanti e soppesati talora per mesi e per anni, prima di concludere, con larga possibilità di consultazioni sindacali. C'è la realtà medio-piccola dove la situazione può essere assai diversa, in qualche misura come nelle tradizionali fiere di paese. L'affare che è possibile stringere stamani a caldo e al culmine di un incontro in cui siamo stati convincenti, domani non è più possibile. Né si possono ignorare le leggi naturali della concorrenza, in sé feroci, in un'economia di mercato.

Sul momento non mi sento di poter rispondere al quesito in un senso o nell'altro. È una questione non risolvibile per lo stesso tenore letterale oggettivo della normativa, specie ove se ne consideri l'origine comunitaria con ampi riscontri a livello internazionale. Naturalmente la genesi non esclude automaticamente la proponibilità della questione (Luciani). Qui conta soprattutto l'*effettività*, l'impatto concreto nell'esperienza. Il futuro ci dirà, sulla base dei fatti, quali implicazioni derivano da questa normativa; se dovesse risultare che si tratta di un impaccio intollerabile e non accettabile nel generale interesse in un'economia di mercato, forse potrà adirsi la Corte costituzionale. In ogni caso già oggi l'interprete, l'operatore, il magistrato devono cercare di applicare la normativa in

equo contemperamento tra le ragioni dell'intrapresa economica e quelle sociali.

21. Questo mio contributo si chiude in un modo che può risultare paradossale rispetto a tutto quanto ho detto finora. Sul piano delle relazioni industriali nel settore del credito la parte datoriale non può avere, almeno allo stato, preoccupazioni. Secondo l'art. 140 del vigente CCNL del credito, per i processi di riorganizzazione, di decentramento, di fusione, di concertazione e scorporo, l'informativa ai sindacati e la consultazione sono successive alla fase decisionale. In ordine alle possibili ricadute nelle condizioni di lavoro, è prevista entro un certo termine una procedura formalmente di contrattazione. Solo dopo la scadenza del termine previsto le imprese possono adottare, non essendosi raggiunto l'accordo, provvedimenti unilaterali. Sostanzialmente nello stesso senso dispone il vigente CCNL per il personale delle Casse di risparmio. Poiché qui le operazioni divisate hanno, come ho già detto, la loro copertura di legittimità e di corrispondenza all'utilità sociale nella legge Amato, nel settore è escluso l'obbligo di dar conto alla controparte dei motivi delle medesime operazioni. Non vi possono essere dubbi sulla legittimità di questo assetto contrattuale in riferimento all'art. 47. La legge qui dispone a favore della parte sindacale latamente intesa e i sindacati ben possono disporre su quanto la legge prevede a loro favore. Il principio di inderogabilità opera nell'ordinamento a tutela del lavoratore soggetto debole nel rapporto di lavoro, non già nella zona sindacale collettiva, dove la parte sociale in quanto tale e le organizzazioni esponenziali non hanno bisogno di particolare protezione.

Bibliografia

1) *DRI*, 1992, n. 2, con contributi di G. Santoro Passarelli, 3; di A. Maresca, 7; di S. Liebman, 21; di Romei, 43, con ulteriori contributi sulle più interessanti esperienze straniere.
2) *GDLRI*, 1991, con contributi di M. De Luca, 766; di G. Santoro Passarelli, 777; di Tosi, 786.
3) *LI*, 1991, n. 13, 5, con contributi di F. Paternò, di P. Tosi, di L. Pelaggi e A. Maresca.
4) *NGL*, *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo; legge e contratto collettivo*, Roma, 1993, con introduzione di Brancaccio, relazioni di Flammia e Mazzotta e interventi di Perone, Persiani, Grandi, Ghera, G. Santoro Passarelli, relazione di sintesi di Scognamiglio, comunicazioni di Foglia, Gentili, Maresca, A.M. Minervini, Pedrazzoli, Pelaggi, S. Piccininno, Spagnuolo Vigorita, Tosi, Zangari.
5) *NLCC*, 1992, 627, con interventi di Magnani, Guaglianone, Tinti, Villani.

6) G. Capo, *Trasformazioni, fusioni e rapporti di lavoro*, in *Banca e lav.*, 1991, n. 3, 23.
7) U. Carabelli, *Crisi, impresa e lavoro*, (ed. provv.), Cacucci, 1990.
8) M. Cinelli, *Trasferimenti d'azienda, trasformazioni d'impresa e previdenza integrativa*, in *RIDL*, 1991, I, 272.
9) M. De Luca, *Trasferimenti d'azienda e diritti dei lavoratori nell'ordinamento comunitario*, in *DL*, 1991, 2, 251.
10) R. Foglia, *Trasferimento di azienda ed effetti nei rapporti di lavoro*, in *MGL*, 1991, 330.
11) A. Gentili, *Le problematiche nelle diverse ipotesi di ristrutturazione*, in ACRI, Roma, 1991.
12) D. Gottardi (a cura di), *Commento al CCNL per le aziende di credito*, 1992.
13) P. Lambertucci, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento d'azienda*, in *RIDL*, 1992, I, 152.
14) M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *PD*, 1992, 557.
15) M. Magnani, *Imprese in crisi nel diritto del lavoro*, in *RIDL*, 1991, I, 141.
16) P. Magno, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *DL*, 1991, I, 146.
17) L. Pelaggi, *Banche dal pubblico al privato*, in *Banca e lav.*, 1992, n. 7, 32.
18) L. Pelaggi, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda*, in *Banca e lav.*, 1991, n. 5, 43.
19) R. Romei, *La nuova legge sul trasferimento di azienda; prime osservazioni*, in *LD*, 1991, 585.
20) C. Russo, *Ristrutturazione degli enti creditizi pubblici e regime normativo dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 1993, III, 173.
21) G. Santoro Passarelli, *Il trasferimento di azienda rivistato*, in *MGL*, 1991, 464.
22) F. Vella, *La nuova disciplina delle banche pubbliche*, in *CG*, 1990, 994.
23) C. Zoli, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, 1992.

60.

# LA POSIZIONE DEL LAVORATORE NELLO SVOLGIMENTO DEL RAPPORTO DI LAVORO NEL *MASSIMARIO* CURATO DA REDENTI (*)

1. Questa giornata di studi è dedicata ai primordi del nostro diritto del lavoro. L'occasione è venuta dalla felicissima (v. E. AVANZI, *Ind. Sind.*, 1993, n. 8/9, 67) iniziativa di ristampare presso Giappichelli (nella collana diretta da Umberto SANTARELLI e a cura di Severino CAPRIOLI, che vi ha premesso un'introduzione feconda di spunti di riflessione) il *Massimario della giurisprudenza dei Probiviri* magistralmente curato, agli inizi del secolo, da Enrico REDENTI.

È bene precisare che questo *Massimario* va dal 1898 al 1905, per soli otto anni. Siamo veramente ai primi, incertissimi vagiti della materia. Manca una storia organica del diritto del lavoro nell'età prefascista (i probiviri vennero soppressi dalla dittatura), dopo la grande svolta neoliberale di fine secolo. Non mancano contributi (ad es., senza pretese di completezza, il compianto OFFEDDU, CAPPELLETTO e, da ultimo, ROMAGNOLI, in *LD*, 1993, 399). Ma sono, più che vere storie, « ragionamenti », spesso condizionati da pregiudiziali ideologiche correnti nella stagione contestataria, su taluni scritti fondamentali del periodo altrimenti in circolazione, ad es., di BARASSI, MESSINA, CARNELUTTI nonché, appunto, di REDENTI, poiché il contributo monografico del grande processualista, ora qui ristampato, può leggersi negli *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*. È auspicabile che qualche valente giovane, o storico del diritto o, preferibilmente, giuslavorista, lavori per questa teoria organica. Naturalmente, con la certosina pazienza che si richiede allo storico che voglia ritrovare e sistemare materiali di prima mano, armandosi di valigia e di schede, possibilmente ritrovando, in archivi polverosi ed immagino disordinati, le fonti per l'intero periodo.

---

(*) È l'intervento al Convegno promosso in Roma, il 22 gennaio 1994, dall'Accademia dei Lincei.

2. Inoltre è bene precisare che, nel volume edito dalla benemerita casa torinese, si trovano solo le *massime*, talora non del tutto perspicue (in alcune REDENTI ha posto un interrogativo). Presumibilmente le decisioni dei probiviri erano motivate, in ossequio alla legge, succintamente. Infatti l'art. 41/2 della legge istitutiva del 1893 rinviava, per la forma della sentenza, all'art. 460 dettato, nel codice di rito del 1865, per i conciliatori. Si richiedeva solo che si dicesse della domanda, delle eccezioni e delle « circostanze influenti ». Soprattutto perché queste decisioni venivano da collegi nei quali erano presenti le parti sociali contrapposte, in continuo contraddittorio (v. CECCHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, 1990, cap. I.2), le ragioni dovevano essere chiaramente enunciate. E con le decisioni è bene leggere, se possibile, i fascicoli.

3. Nei limiti di tempo assegnati, posso dire solo per grandi linee di quanto emerge da questa giurisprudenza in riferimento al tema affidatomi. Ricordiamoci che questi giudici operavano nel vuoto legislativo. A parte l'art. 1628, che riaffermava in zona il principio di temporaneità dei vincoli obbligatori (come la regola, oggi scritta nella legge n. 230 del 1962, per il contratto a termine dei dirigenti), il codice del 1865 ignorava il contratto di lavoro. Esso era considerato dai giuristi come una particolare locazione, rispetto alla quale dovevano aver corso i principi generali del codice borghese. Tutto questo per apprezzare veramente l'apporto costruttivo dei collegi.

4. Vi è un primo capitoletto di massime in ordine alla *costituzione del rapporto*: per dire, ad es. (v. n. 153), che se il datore non dà corso all'assunzione pattuita, sorge l'obbligo di risarcire; o per precisare che della « promessa » del consocio risponde la ditta (n. 149).

5. Più nutrito è il capitolo sulla *prova* (da 174 a 200). Si discute se occorra specifica pattuizione o si tratti, invece, di « clausola tacita », nonché della misura della prova, magari secondo consuetudine di piazza (v. 195). Si precisa che non si richiede preavviso di recesso (b. 190).

6. Segue il capitolo sulle *fonti del regolamento del rapporto di servizio*, potendosi far riferimento o al contratto individuale o alle consuetudini o ai regolamenti di fabbrica. Il contratto, nella sua impegnatività, ha naturali conseguenze: il lavoratore assunto per lavorare in una certa località non può essere utilizzato altrove, pena il risarcimento (203); l'industriale non può passare *ad libitum* dalla retribuzione a tempo a quella a cottimo, occorrendo il consenso del prestatore; questi non può

essere utilizzato in mansioni deteriori rispetto alle pattuite (216). Ogni mutamento esige il consenso della parte debole, pena il diritto di questa di andarsene e di rivendicare i danni. Tormentato è il capitoletto del regolamento di fabbrica, rispetto al quale prevalgono le consuetudini commerciali (207). Pare corrente l'orientamento di condizionare eventuali modifiche al consenso del lavoratore; anche se talora il silenzio protratto viene valutato come tacita accettazione. In ogni caso, le norme d'igiene prevalgono anche sugli usi (261).

7. Sul *contratto o concordato collettivo*, come fonte regolatrice, vi sono, in otto anni, 21 massime che non rivelano un netto orientamento. Spesso si dice che le pattuizioni collettive valgono in quanto, in realtà, ricognitive di consuetudini correnti. C'è una decisione (275) giusta la quale il concordato vale anche per gli operai non sottoscrittori, essendo la tariffa sindacale « di pubblico interesse ». Ma si ammette la rinuncia al diritto (288).

8. Seguono alcune massime sulle *obbligazioni dell'industriale*. Egli deve, innanzitutto, far lavorare secondo i patti; altrimenti resta obbligato per la retribuzione; e deve garantire un ambiente sano e non pericoloso. Se il principale interviene con vie di fatto per sedare una rissa e provoca lesioni, è obbligato al risarcimento (306). Se il lavoratore, a seguito di provocazione dell'industriale, si dimette, ha diritto al trattamento economico di preavviso (308).

9. Nel capo sulle *obbligazioni del lavoratore*, diverse massime sono sul punto della responsabilità per danni e guasti; segno che ben spesso le cause dovevano essere d'impulso datoriale (anche questo punto dovrebbe essere approfondito in una storia a tutto tondo). Ma, in via d'equità, la meschinità delle paghe esclude la responsabilità risarcitoria (326). Nello stesso ordine d'idee, si afferma che il licenziamento è reazione più che sufficiente, negandosi poi i danni. La pretesa datoriale è pure rigettata se il datore ha affidato lavori superiori alle capacità dell'operaio.

10. In *materia disciplinare* è interessante la massima (346) secondo la quale la giuria può ridurre la pena « a quanto risulti giusto ed opportuno ». È un problema ancora aperto. Ricordo i contributi di Montuschi.

11. Secondo una giuria (n. 355) alla regola del *riposo festivo* può derogarsi per lavori di riconosciuta urgenza.

12. Nel succinto capitolo relativo alla *retribuzione*, dopo l'affermazione che non si presume la gratuità (364), c'è l'affermazione del diritto, quanto meno secondo l'uso corrente (370). Non vi è traccia di tariffe sindacali: certo perché, in quei primi anni, l'esperienza era labilissima. Ma se l'operaio è comandato a lavorare fuori sede, gli è dovuto il rimborso delle spese, nonché il « soprasoldo » (378). E se l'operaio è comandato a prestazioni diverse e superiori rispetto a quelle pattuite, ha diritto ad « un certo compenso oltre il salario pattuito » (384).

13. Più sostanzioso e costruttivo è il capo sulla *continuità del servizio*; in particolare sull'incidenza della malattia nel rapporto. Qui si pongono i primi tasselli dell'assetto che poi culminerà negli artt. 2110 e 2111 del codice del 1942, ed anche nella corrente legislazione *extra* codice. Al termine del servizio militare, il lavoratore deve essere riammesso al lavoro, pena i danni (395). Anche il lavoratore sospeso per forza maggiore deve rientrare (396). Egualmente dicasi in caso di arresto, seguito a breve dalla liberazione (397). *Idem* per la maternità (398) nonché, in svariate decisioni, per la malattia che, naturalmente, deve essere tempestivamente comunicata al principale (411). Ove alla sospensione segua il licenziamento, si ha diritto al trattamento economico di preavviso. Non si ha diritto al salario allorché, secondo consuetudine, l'attività aziendale sia sospesa per il lutto del principale (417). Se, in caso di sospensione dell'attività, l'operaio deve restare a disposizione, resta il diritto al salario.

14. Circa l'incidenza dello *sciopero* sul rapporto, si discute se, cessata l'agitazione, il lavoratore ha diritto di essere riammesso. Un lodo (452) condiziona l'accoglibilità della pretesa al ripristino della normalità aziendale. Ma non manca una giuria che (in corrispondenza ad una tesi largamente circolante allora in tutti i Paesi industrializzati) interpreta la partecipazione allo sciopero come manifestazione di volontà risolutoria (453). Non mancano lodi di opposto segno. Lo sciopero è un diritto, senza il quale il contratto sarebbe imperfetto per mancanza di parità tra le parti (441). Si riconosce anche lo sciopero di solidarietà (442); ma si reputa illegittimo quello attuato a seguito di un licenziamento ritenuto giustificato dalla giuria (454). Si devono i danni se, allo sciopero, segue il licenziamento di rappresaglia (447). L'astensione dal lavoro deve avere congruo preavviso (458 e 461).

15. Egualmente copioso e costruttivo è il capitolo relativo all'*estinzione del rapporto*. La questione di principio pare pacifica. Escludendosi la necessità della risoluzione giudiziale (come qualche dottrina aveva prospettato nei tempi più remoti) si ammette la possibilità di risolvere il rapporto per manifestazione unilaterale di volontà della parte, cioè licenziamento o dimissioni. La migliore dottrina aveva argomentato tale conclusione, per le imperiose esigenze del traffico nel mercato, o per la natura fiduciaria del rapporto (Barassi) o per il principio di temporaneità dei vincoli obbligatori delle codificazioni liberalborghesi (Carnelutti).

Ferma la premessa, solo in qualche decisione si afferma che, per il licenziamento, occorre un giustificato motivo (835). Altri afferma che le ragioni vanno quanto meno appalesate, per elementari principi di equità e di giustizia; altrimenti, infatti, « si viene a lasciare ampio e libero campo a tutte le più svariate e malevole congetture ed insinuazioni, e si proietta così una luce sinistra sul licenziato, senza che questi abbia modo di difendersi » (838). In particolare, l'operaio chiamato a far parte di una commissione provinciale di assistenza, non può per questo essere licenziato. Anzi ha diritto a permessi per dar corso all'incarico, non potendosi ammettere che la volontà degli industriali possa imporsi alla legge (854). Si reputa, inoltre, illegittimo il licenziamento per attività sindacale (807).

In genere, però, il requisito della giustificazione del licenziamento viene escluso, assumendosi la piena libertà di recesso. Nel contempo si afferma che deve esserci di norma preavviso, quanto meno nella misura consuetudinaria ritenuta di otto giorni, dovendosi erogare in ogni caso la retribuzione corrispondente al periodo. Ma, in un lodo, questo obbligo è escluso ove in tal senso si esprima il regolamento aziendale o vi sia stata rinuncia espressa dell'operaio (644).

Non vi è obbligo di preavviso quando sussista una giusta causa; una ragione, cioè, che giustifica l'immediata estromissione del lavoratore (ma, reciprocamente, anche il lavoratore deve dare di norma il preavviso in caso di dimissioni; salvo, appunto, l'ipotesi della g.c.). La giusta causa è elaborata, nella sostanza, nei termini tuttora correnti nella nostra giurisprudenza. Vi è pure una ricca casistica; con una certa frequenza, dati i tempi, dell'ipotesi dell'ubriachezza. Anche qui, allora come oggi, la previsione convenzionale lega; ad es., ove il contratto collettivo preveda come uniche ipotesi quelle dell'insubordinazione e dell'ubriachezza, non si può licenziare in tronco il lavoratore trovato addormentato (745). Il fatto che il lavoratore si sia adoperato per sollecitare l'iscrizione dei colleghi all'ufficio di collocamento e alla società di mutuo soccorso, non costituisce g.c. (770). Si ha l'impressione di una notevole frequenza delle

cause in cui, appunto, la posta in giuoco è la ravvisabilità o no della g.c. ai fini del diritto o no all'indennità di mancato preavviso, con un contenzioso così prettamente economico (ancora una volta, allora come oggi).

Posso citare qualche caso, per rendere meglio l'atmosfera dei tempi in questo « umile » contenzioso, promosso da lavoratori che finalmente hanno la possibilità, per le ragioni dette ottimamente da REDENTI, di adire il giudice. Il fatto di licenziare in « malo modo » espone alla responsabilità risarcitoria (803). Spetta un'indennità compensativa all'operaio anziano licenziato per futili motivi (810). I lavoratori anziani debbono essere protetti (825); e va liquidata un'indennità risarcitoria al lavoratore che, dopo molti anni di incensurato servizio, venga licenziato per mancanza di lavoro (818). Al lavoratore strappato alla concorrenza e poi licenziato poco dopo l'assunzione, spetta il risarcimento (829).

16. Non esiguo è il capitolo della giurisprudenza sul *benservito* cui il licenziato ha diritto, ma solo con indicazione delle mansioni espletate, senza valutazioni né positive né negative (890); con una conclusione acquisita per sempre.

17. C'è una decisione, isolata, sul *divieto di concorrenza* dopo l'estinzione del rapporto, pena il risarcimento (920).

18. In conclusione in questa giurisprudenza si posero, almeno in parte, le basi del nostro diritto del lavoro. Ho detto almeno in parte; come risulta dalla sommaria riepilogazione che precede, in larga prevalenza questi pronunciati riguardarono, soprattutto, la problematica delle situazioni sospensive, dove l'impatto è immediato (posto che il contratto di lavoro si caratterizza, rispetto a tutti gli altri, per l'immediata implicazione della persona) e quella del recesso. Non c'è traccia di molte altre cose, poi variamente emerse in epoche successive. Ad es., se la mia lettura è stata attenta, non c'è niente in materia di *ferie*. Per il *riposo festivo* c'è, come ho detto, una sola decisione. Un riscontro interessante sarebbe quello di collocare queste massime secondo l'indice della voce *Lavoro (rapp.)* nel *Repertorio del Foro Italiano* del 1992 (1944 voci, con un indice che copre ben nove colonne). Potremmo vedere meglio quanto dell'attuale diritto del lavoro nacque in quei tempi lontani; e quanto, invece, doveva ancora nascere.

19. Dopo questa lettura, che ha cercato di essere attenta e pignola, francamente non riesco a concordare con la valutazione del prof. ROMA-

GNOLI (in *LD*, cit., spec. 415 ss.). Secondo questo A., la giurisprudenza dei probiviri sarebbe stata innovativa sui profili collettivi della vicenda lavorativa, ma non sui capitoli del diritto del lavoro in senso stretto. In particolare quei giudici non avrebbero saputo sottrarsi al fascino delle raccolte degli usi, fatte dalle Camere di Commercio. L'assunto dovrebbe essere comprovato, in concreto, luogo per luogo, rispolverando le raccolte e valutandole in relazione specifica con le massime. Ma a mio sommesso avviso, l'assunto, se fondato, non avrebbe, per altro verso, pregio. Infatti, quelle raccolte dovevano, forzatamente, registrare le pratiche in corso nelle aziende, secondo il rapporto di forze allora notevolmente sbilanciato a favore della parte padronale all'epoca più forte. Per altro verso quei collegi avevano la presenza paritetica delle opposte parti sociali; e il presidente « imparziale » doveva, di necessità, barcamenarsi tra i due opposti schieramenti. Quei giudici non potevano dare di più di quello che hanno in concreto dato; che è comunque assai più di quanto avrebbero dato, come dice REDENTI, i giudici togati, allora di netta collocazione conservatrice.

È altrettanto vero che questa giurisprudenza, pur latamente registrando la pratica degli affari, fu nel contempo creativa in larga misura del nostro diritto del lavoro. Per questo concordo con quanto ha scritto, nel migliore contributo storiografico che conosco, Laura CASTELVETRI (*Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, ed. provv. (la definitiva è in corso di stampa), 1990). La CASTELVETRI (a conclusione del capitolo 4 dedicato alla giurisprudenza probivirale, n. 6) dice che i contenuti di queste massime furono poi largamente travasati nei contratti collettivi dell'epoca fascista. A loro volta, questi largamente ispirarono il codice del 1942. Magari ci metterei in mezzo la legge impiegatizia del 1919 e del 1924 che fu, nei suoi pochi articoli, sul piano della normazione, la prima legge organica del rapporto di lavoro, sia pure per la sola categoria impiegatizia. Piaccia o no, come efficacemente disse in una famosa relazione il prof. GIUGNI, il nostro diritto del lavoro si è formato in maniera alluvionale nelle varie stagioni, in tutte costruendosi una parte del complessivo edificio di oggi. In questo lavoro di diverse generazioni durato un secolo, anche questi umili collegi hanno portato il loro contributo.

20. Mi siano concesse alcune considerazioni finali sull'apporto del commentatore di quella esperienza. Il giovane REDENTI, allora, non era né grande né illustre come poi divenne. Ma rivelò subito, come ben ha detto CAPRIOLI nell'introduzione, tutte le sue doti. Con la sua lucida visione, disincantata e realistica, nella piena maturità, fissò il dato di

partenza della « dittatura contrattuale » datoriale e la logica di classe dell'evoluzione, secondo la migliore tradizione del pensiero liberale. Il pensiero classico liberale (quello che ideologicamente si espresse nel pensiero di Luigi Einaudi) rifuggiva da qualsiasi mistificazione vacuamente ideologica. Tutti i classici, quali che fossero le conclusioni, si alimentavano dello stesso *humus* culturale.

21. Come già scrissi (parlando di questa ristampa in *RIDL*, 1993, III, 156), in questa lettura mi ha particolarmente colpito, per la sua modernità e attualità, l'affermazione (p. 171) che dal contratto di lavoro deriva non solo un obbligo, ma anche un *diritto di lavorare*. Ancor oggi questo diritto è miopemente negato, sulla base di concettose costruzioni dommatiche, nella prevalente dottrina, nonostante il disposto dell'art. 2087 c.c. che obbliga il datore di lavoro a gestire il rapporto, anche tutelando la personalità morale del lavoratore. Ancora una volta la giurisprudenza (cui spetta, nella valutazione dei casi concreti della vita, la parte decisiva) è all'avanguardia rispetto alla dottrina. Alcune recenti pronunce hanno riconosciuto il diritto del lavoratore al risarcimento dei danni (da liquidarsi in via equitativa) che derivano dal mutamento di mansioni che comportino una dequalificazione professionale (Cass. 16 dicembre 1992, n. 13239, in *RCDL*, 1993, 315 ed ora in *FI*, 1993, I, 2883 unitamente a P. Napoli 10 ottobre 1992: nel primo caso si trattava di un dipendente della RAI, spostato di mansione solo per far posto ad altri nella logica della lottizzazione politica). C'è il diritto a lavorare secondo la posizione professionale ormai acquisita, e non è dato di lederla impunemente.

61.

# LE DOMESTICHE E IL DIVIETO DI LICENZIAMENTO PER GRAVIDANZA

1. L'ordinanza 14 maggio 1993 del Tribunale di Firenze è in *TLG*, 1993, 392. Le precedenti sentenze della Corte n. 27 del 1974 e n. 9 del 1976 sono in *FI*, 1974, I, 595 e 1976, I, 267. In dottrina v., da ultimo, anche per ulteriori riferimenti pure sulla questione specifica, M. Mc Britton, *Lavoro domestico*, in *Dig. 2000*, Sez. Comm., VIII, 225. Sulla particolare questione v., in critica alla sentenza del 1974 della Corte, G. Manghi, *Sul licenziamento delle lavoratrici domestiche*, in *RTDPC*, 1976, 372.

2. È bene precisare la particolarità del caso. Qui si trattava di lavoratrice domestica a tempo pieno, presumibilmente convivente con la famiglia servita. Credo che si trattasse, come si può ricavare dal nome, di lavoratrice extracomunitaria. Di guisa che il licenziamento, operativo con l'inizio del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro, comportò il venir meno di varie utilità derivanti da questo « speciale » rapporto. Perché, in termini fattuali, la questione si pone ben diversamente per le lavoratrici connazionali lavoranti ad ore, sotto il limite richiesto dalla legge del 1958; legge cui ha fatto riferimento il legislatore nel 1990 dettando, con la legge n. 108, la nuova disciplina del licenziamento individuale, con la previsione di uno dei residui casi di libera recedibilità *ex* art. 2118 c.c.

3. Il riferimento, fatto dalla Corte, agli impegni internazionali che legherebbero il nostro Paese, non mi pare del tutto persuasivo. Non si può invocare la Convenzione n. 103 dell'OIL (v. G. Kojanec, *Convenzione e raccomandazione della OIL*, 1969, 844), perché, per l'art. 7, lo Stato ratificante può derogare per certe categorie del lavoro non industriale, prevedendosi, alla lett. *c*), « il lavoro domestico salariato in case private ». Né può invocarsi la Carta Sociale Europea. Infatti questo testo, all'art. 8, qualifica come illegale il licenziamento disposto nel periodo di astensione obbligatoria dal lavoro (al pari dell'art. 6 della Convenzione OIL), ma, per l'art. 20, l'art. 8/2 non è ricompreso nell'elenco delle sette

parti, cinque delle quali debbono inderogabilmente aver corso. Se la mia lettura è esatta, la scelta del nostro legislatore di escludere per le domestiche il divieto di licenziamento è internazionalmente ineccepibile.

4. Nella sentenza n. 27 del 1974, redatta dal giudice Amadei, in particolare si fece leva sulla radicale differenza tra questo lavoro e quello nell'impresa. Infatti nell'impresa, normalmente, il lavoro è organizzato in forma plurima e differenziata con possibilità di ricambi e sostituzioni, mentre il lavoro domestico ha corso rispetto ad « ... un nucleo familiare ristretto ed omogeneo e, quindi, [è] destinato a svolgersi nell'ambito della vita privata di una limitata convivenza ». A prima vista potrebbe obiettarsi che la legge consente di sostituire temporaneamente la lavoratrice impedita, al fine stipulando un contratto a termine. Sennonché le cose si complicano per quanto attiene alla convivenza, specialmente quando si tratti di collaboratrice extracomunitaria. La famiglia può non avere una seconda stanza. E l'extracomunitaria si rispedisce, con aggravio economico, al Paese d'origine per il breve periodo?

5. Se le precedenti pronunce furono assai « sbrigative » (v. Manghi, *op. cit.*), in questa pronuncia c'è stato un maggiore impegno argomentativo. Ma per diversi punti il discorso non è del tutto chiaro.

Per la Corte vi sono « almeno due ragioni » che giustificano la scelta del legislatore. In primo luogo il divieto di licenziamento (fatta eccezione della particolare giusta causa) protratto per ben 21 mesi, cioè quasi due anni, « sarebbe un vincolo eccessivamente gravoso per l'economia familiare ». Forse i giudici costituzionali hanno pensato, con questo passaggio, al regime di irrecedibilità ordinaria « in sé »; ad es., perché impedire la possibilità di recedere perché ad un certo punto la famiglia reputa di non potercela far più economicamente? Oppure, più modestamente, la Corte ha ritenuto eccessivo imporre un regime così rigido in cui si richiede, per poter licenziare, non solo la giusta causa, ma addirittura la colpa grave, con sensibile differenza, almeno letterale, rispetto all'art. 2119 c.c.?

6. In secondo luogo la Corte ha argomentato dalla differenza « naturale » tra l'impresa (o studio professionale) e il lavoro domestico in ordine allo svolgimento attuativo dell'interdizione provvisoria del lavoro. Nell'impresa la lavoratrice si assenta, invece per la domestica il divieto di legge « non determinerebbe per sé solo tale effetto; occorre una norma che lo qualifichi come periodo di "congedo" e, quindi, di sospensione del titolo di ammissione alla convivenza, le cui *implicazioni pratiche* (il corsivo è mio) durante questo periodo eccederebbero ogni ragionevole tollerabilità

di una famiglia media ». Per l'ipotesi della lavoratrice a pieno tempo convivente, magari proveniente da un lontano Paese, sono considerazioni di molto buon senso qui già accennate. Dove si manda la lavoratrice protetta e dove si colloca l'eventuale supplente? Questioni pratiche organizzative e di costo. Col risultato, però, paradossale che la prima garanzia di tutela (la conservazione del lavoro) largamente condizionante, di fatto almeno, le altre forme di tutela previste nella legge n. 1204 del 1971, viene meno (e nel caso il licenziamento è diventato operativo, come ho già notato, all'inizio del periodo di interdizione del lavoro).

7. Da ultimo la Corte, delibando la questione in riferimento agli artt. 31 e 37 Cost., l'ha dichiarata inammissibile « ... perché implica una intromissione nella sfera riservata alla discrezionalità del legislatore, al quale soltanto spetta di determinare le modalità temporali del divieto... e di definire... i diritti e gli obblighi delle parti durante l'astensione obbligatoria dal lavoro, modulandoli secondo la varia tipologia del rapporto ». Cioè, in ipotesi, solo il legislatore può regolamentare, dettando la disciplina di svolgimento nella peculiarità della situazione, per i concreti interrogativi cennati per il caso, invero sempre più raro, del rapporto totale con convivenza. Qui potrebbe farsi un lungo discorso, ricordando gli svariati precedenti in cui l'atteggiamento della Corte è stato ben diverso rispetto all'inerzia del legislatore, con sentenze « monito » ed anche ben noti *ultimatum*. Qui non vi è stata nemmeno alcuna sollecitazione per il legislatore, come in numerose altre occasioni è avvenuto, solo registrandosi il « modello delle convenzioni internazionali, da troppo tempo non attuate su questo punto ».

8. Il problema è, quindi, di politica legislativa. Personalmente non riesco a dar torto alla Corte; perché, nella sostanza, ha difeso l'elementare libertà dei cittadini nelle pareti domestiche. Certo resta in parte il vuoto di tutela. Si può ampiamente discutere sui possibili rimedi, tenendo conto che il problema ha molte facce. Si potrebbe dire che è giusto che la collettività italiana, in quanto tale, paghi per l'elementare libertà di cui ho detto. Poi nella fascia del lavoro domestico a tempo pieno con convivenza, ci troviamo, prevalentemente, innanzi ad un aspetto della presenza extracomunitaria. In concreto, posto che l'ente previdenziale interviene per la parte economica, si tratterebbe di intervenire per l'equivalente del vitto e soprattutto dell'alloggio. Come? Così come, per l'altro verso, per mio sommesso avviso (posto che non sono entusiasta della prospettiva multirazziale), si deve decidere se convenga o no, ai

cittadini italiani, incentivare anche per questa via il mutamento di connotati della patria italiana.

62.

# IL LICENZIAMENTO VIZIATO NELLA FORMA DA PARTE DEL PICCOLO DATORE DI LAVORO: UNA SENTENZA CONTRADDITTORIA

1. Nel caso sollevato dal pretore di Biella si faceva questione, nella zona della tutela debole contro il licenziamento, del recesso datoriale intimato senza la previa procedura di cui all'art. 7 st. lav.; in quello proposto dal Tribunale di Catania il licenziamento era stato intimato oralmente. La Corte ha trattato congiuntamente i due casi, prospettando in entrambi i giudici remittenti, in termini di ragionevolezza, la necessità di applicare, per quanto attiene al regime sanzionatorio del licenziamento così variamente inficiato nella forma, il regime debole con l'alternativa tra la (teorica) riassunzione e la penale.

Evidentemente la Corte ha riunito i due incidenti di costituzionalità, rilevando che la questione di fondo era identica, apparendo irrazionale assoggettare il piccolo datore di lavoro, nelle due ipotesi di licenziamento pregiudizialmente viziato per ragioni di forma, ad una sanzione praticamente maggiore rispetto a quella prevista per l'ipotesi dell'infondatezza nel merito della risoluzione del rapporto, per mancanza della giusta causa o del giustificato motivo.

Ed invece la Corte, dopo aver unificato, ha risolto le due questioni con conclusioni radicalmente diverse, la non fondatezza « nei sensi di cui in motivazione » e la non fondatezza *tout court*. Con un esito contraddittorio che a mio sommesso avviso non regge.

2. Sulla prima questione il pretore di Biella aveva fatto un confronto particolarmente eloquente. Secondo la ben nota teorica della nullità c.d. « di diritto comune » esaltata da ALLEVA ed accettata da diversi altri Autori (v., per riferimenti, il mio *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, 67), il ladro licenziato senza la preventiva osservanza del procedimento previsto per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari, in ragione della dedotta nullità e della conseguente giuridica continuità del rapporto di lavoro, in pratica avrebbe diritto alla

retribuzione fino al compimento dell'età prevista per il collocamento a riposo. Viceversa l'innocente imputato di furto con regolare contestazione scritta e quanto ne consegue e poi riconosciuto in giudizio come non responsabile del fatto, dovrebbe contentarsi della blanda sanzione di cui all'art. 8 della legge n. 604 del 1966.

3. La Corte ha rilevato che, di fatto, la questione non si pone, perché, per orientamento ormai consolidato della giurisprudenza del lavoro (v., da ultimo, Cass., S.U., 18 maggio 1994, n. 4841, in *FI*, 1994, I, 2076; 26 aprile 1994, n. 3916, *ivi*, 1994, I, 3965, con nota fortemente critica di Mazzotta, *La terra è piatta? Forse...*, ivi, 2707; in senso contrario, condivisibile, v. Marino, *Il vizio di forma nel licenziamento*, in *RIDL*, 1992, I, 518), la teorica della c.d. « nullità di diritto comune » non è accettabile. Il diritto vivente è così e questo indirizzo consolidato alla Corte sta bene; che se, al contrario, il diritto vivente fosse in termini radicalmente opposti, la Corte medesima non avrebbe esitato ad accogliere, nella sostanza, la dedotta questione di legittimità costituzionale. Il tutto è nella logica del ragionamento.

4. La critica di Mazzotta non mi pare accoglibile. Invero il chiaro A. non manca di riconoscimenti per la corrente giurisprudenza, scrivendo che la medesima è ispirata a « sano realismo », perché la contraria tesi certo porta di fatto a conclusioni sproporzionate, sennonché, facendosi appello ad una sorta di purismo dommatico insensibile ai drammi della vita, poi scrive conclusivamente che « il problema non è questo di applicare la sanzione che all'interprete appaia più congrua, bensì, come è ovvio, quella che sia deducibile dal sistema ». Non sono d'accordo, non avendo mai condiviso l'apriorismo dommatico. Credo, al contrario, che l'operatore giuridico debba sempre ispirarsi alla ragionevolezza e al buon senso nei limiti in cui la legge scritta lo consente. E credo che, su questa specifica questione, la giurisprudenza abbia compiuto una scelta socialmente apprezzabile, costruttiva come in diverse altre occasioni nelle quali i giudici hanno posto dei punti fermi per la regolamentazione dei rapporti di lavoro.

5. Per il licenziamento verbale nella zona considerata il Tribunale di Catania mise in rilievo, nell'ordinanza di rimessione, le diverse e gravi incongruenze seguendosi la teorica delle nullità di diritto comune. Ancora una volta affermandosi che, in questa zona, il licenziamento meramente viziato per la forma comporterebbe una tutela ben più corposa di quella invocabile da chi sia stato licenziato in una situazione di smaccata

inesistenza, ed anche invenzione, della giusta causa o del giustificato motivo (basta aver l'accortezza di intimare per iscritto il licenziamento deducendo che il dipendente ha rubato la torre di Pisa). In secondo luogo mettendosi in rilievo che la tesi combattuta fa saltare la diversificazione tra tutela forte e tutela debole su cui è imperniata la disciplina limitativa dei licenziamenti, in un conclamato indirizzo di favore, piaccia o no la scelta legislativa, per i piccoli datori di lavoro; per questo verso richiamandosi l'art. 44 Cost.

Il dubbio è fugato dalla Corte con considerazioni formalistiche dommatiche. « La legge esige la forma scritta, quale elemento certo e costitutivo della volontà di recesso; volontà che deve risultare da un documento soprattutto per tutelare l'essenziale interesse della parte più debole del rapporto a conoscere e ad impugnare l'atto nel termine decorrente dalla data di notifica (!) dello stesso ». Cioè si fissa, esattamente, la *ratio* della norma che esige la forma scritta; ma la questione qui atteneva alla valutazione comparativa delle conseguenze della violazione della regola, nel confronto di ragionevolezza tra i due contrapposti regimi sanzionatori del licenziamento genericamente illegittimo.

In secondo luogo la Corte rileva che la tutela obbligatoria ha il suo presupposto nell'impugnazione dell'atto risolutorio mentre « il licenziamento verbale, non producendo alcun effetto, non incide sulla continuità del rapporto stesso e quindi sul diritto del lavoratore alla retribuzione fino alla riammissione in servizio ». Ma, ancora una volta, qui la sentenza semplicemente descrive quali siano, secondo il codice civile, le conseguenze della violazione della regola *statisticamente considerata in sé*, dicendosi in punto di valutazione delle conseguenze in un sistema che, bene o male, piaccia o non piaccia, deriva dalla scelta politica di rendere complessivamente meno gravoso, per il piccolo datore, il licenziamento comunque illegittimo. La questione in giuoco è la coerenza interna del sistema. O la Corte invalida il diverso regime del licenziamento illegittimo o non può sottrarsi all'imperativo di non sconvolgere questo assetto.

Infine, lasciandosi da parte l'art. 44 Cost. effettivamente tirato per i capelli, per la Corte non « costituisce valido *tertium comparationis* l'art. 18 dello statuto dei lavoratori relativo alla grande e media impresa, attesa la disomogeneità di questa situazione rispetto a quella della piccola impresa ». Ma anche questo ragionamento non convince. All'interno dell'art. 18 le tre situazioni di vizio del licenziamento sono poste sullo stesso piano agli effetti sanzionatori. Ancor oggi ove si segua la tesi ragionevole che consente alla possibilità di detrarre dai danni richiedibili dal lavoratore quant'egli abbia eventualmente percepito altrove o

avrebbe potuto facilmente conseguire adoperando la normale diligenza, il meccanismo risarcitorio della norma attribuisce al lavoratore licenziato oralmente meno di quanto altrimenti potrebbe rivendicare in base alla teorica della nullità di diritto comune. L'art. 18 è visibilmente compromissorio rispetto a quanto si potrebbe sostenere sulla base del codice civile. E se la legge ha previsto un'eguale sanzione per i tre possibili vizi del licenziamento illegittimo (vizio di forma, nullità per discriminazione, assenza di giusta causa e di giustificato motivo), non è nella logica del sistema a due livelli di protezione che nella zona della tutela debole e obbligatoria tutti i possibili vizi di licenziamento siano trattati nella stessa maniera? Risultando complessivamente che la legge giuslavoristica ha voluto dettare regole specifiche, qui rompendo del tutto il cordone ombelicale col diritto civile. Solo chi non sa liberarsi dal vizio che io ritengo di definire di « apriorismo dommatico » può ritenere il contrario.

6. A mio avviso c'è, in ogni caso, piena contraddizione tra le opposte conclusioni ritenute dalla Corte sulle due questioni (violazione dell'art. 7 dello statuto e licenziamento orale). Giacché, argomentando in chiave di libera ed incontrollata ricostruzione dommatica, non è arduo valutare il licenziamento non preceduto dalla previa procedura di irrogazione delle sanzioni disciplinari come giuridicamente inesistente; ben potrebbe dirsi, invero, che anche qui manca nel datore di lavoro, inosservante di quella procedura, il diritto postestativo di licenziare. Ma, malgrado questo, la giurisprudenza del lavoro, il diritto vivente della Cassazione, hanno optato, col sano realismo rimproverato da Mazzotta, per la conclusione che, nella zona debole, il regime sanzionatorio è sempre quello esplicitamente dettato dalla legge per il caso di ritenuta inesistenza della giusta causa e del giustificato motivo. E la Corte costituzionale ha ritenuto incensurabile, sul piano della legittimità costituzionale, questa conclusione. Nella pronuncia non c'è coerenza interna.

## 63.

## LA MINIGONNA NEGLI AMBIENTI DI LAVORO

1. La sentenza viene pubblicata anche in *Giur. merito*, 1995, I, 15, con nota di Belfiore. Non constano precedenti specifici rispetto all'indumento femminile oggi largamente di moda. Ma in zona si registrano nella più recente giurisprudenza (nel passato questa problematica era del tutto sconosciuta), taluni pronunciati. Cass. 9 aprile 1993, n. 4307, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 426, con nota molto equilibrata di Gragnoli ha affermato che, di massima, ben può il lavoratore recarsi al lavoro in calzoni corti. Trib. Latina 19 settembre 1989, in *Riv. it. dir. lav*., 1990, 2, 248, con nota di Poso, giudicò del caso di quell'originale che si recava sul lavoro col cappellone alla messicana e la stella di sceriffo, ritenendo integrati gli estremi della giusta causa di licenziamento. Trib. Napoli 8 giugno 1989, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2477, ancora con nota di Poso, affrontò il caso del bancario recatosi al lavoro in cannottiera; dopo si pronunciò Cass. 21 dicembre 1991, n. 13829, *ivi*, 1992, I, 3083, con nota di Pizzoferrato.

2. Per quanto riguarda l'uso di calzoni corti, credo che il buon senso induca a distinguere tra ambiente ed ambiente. Nessuno si meraviglia se in piena estate, sotto il solleone, muratori, sterratori, addetti alla manutenzione stradale lavorano in calzoncini. Sullo spaccapietre c'è una delle prose più belle di Renato Fucini. Altra è la situazione per gli uffici pubblici e privati, dove in estate non fa più scalpore che si lavori senza giacca e senza cravatta. Un tempo non era così. Mi si raccontò di un presidente di tribunale che bussò alla porta del giudice e che avendo poi visto il magistrato in maniche di camicia richiuse e se ne andò dicendo « ah, scusi credevo che vi fosse il giudice ». Un amico ultraottantenne un anno fa andò in luglio ad assistere alla discussione di laurea della nipote e vi andò, secondo il costume di un tempo, in abito rigorosamente grigio e con cravatta; tornò indignato per aver visto quel manipolo di docenti universitari « pellai ».

E c'è anche da ricordare che spesso anche l'utenza ha voce in

capitolo e talora può essere indotta a disertare un ambiente non conforme ai propri canoni di decenza: donde un evidente interesse datoriale per il propiziamento degli affari.

3. Il tema è alla moda nella cultura della c.d. « sinistra giuridica ». In una prestigiosa rivista, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 567, si può leggere il saggio, di quasi sessanta pagine, di Karl E. Klare, *Abbigliamento e potere: il controllo sull'aspetto del lavoratore subordinato*. L'A. è un accreditato giurista liberal-statunitense, di un Paese dove, com'è noto, la problematica dei diritti civili è molto intensa ed appassionata. Nel succo, fermo l'obbligo di lavorare, il lavoratore sarebbe del tutto libero nell'essere e nel manifestarsi.

4. Come nota a ragione Belfiore è dubbio che nel caso risolto dal pretore milanese possano ravvisarsi gli estremi della molestia sessuale. Grosso modo può dirsi che si ha molestia sessuale quando un'altra persona (maschio o femmina) diventa oggetto della nostra concupiscenza e si cerca di interessarla a questa nostra spinta. La molestia è un comportamento *attivo* al fine. Dico questo perché può esservi un interessamento sessuale meramente *passivo* e, quindi, innocuo. C'era un professore che teneva periodiche esercitazioni attorno ad un tavolo. Gli studenti impararono presto che era bene lasciare tra il docente e i « seminaristi » alcune sedie vuote; perché altrimenti, se tutte le sedie venivano occupate e una ragazza capitava in ritardo, c'era il rischio di essere presi per la collottola per far posto, vicino al professore, alla fanciulla. E agli esami le fanciulle facevano in modo di essere, per quanto possibile, discinte, giacché la cosa poteva favorire l'esito positivo.

Naturalmente nelle vere molestie attive c'è tutta una gamma di diversa intensità. C'è lo stadio iniziale, e innocente in senso relativo, del corteggiamento insistente ed inequivoco per far capire cosa idealmente si vorrebbe. Una volta in un ufficio giudiziario mi trovai a dover trattare, insieme ad un collega dongiovanni, con un magistrato di sesso femminile; una bellissima donna dai lineamenti perfetti ed anche elegantissima in modo austero; il collega si abbandonò alla sua spinta incontenibile e la signora, e del resto anch'io, eravamo a disagio. Perché nelle cose di sesso si gode anche con gli occhi, col discorso, con la fantasia. Poi si può passare dalle parole e dagli ammiccamenti ai fatti, con palpeggiamenti e tentate carezze. E poi c'è il culmine incivile dell'odioso ricatto, esplicitamente condizionando favori di vario genere alla prestazione sessuale.

5. Nel caso risolto malamente non c'era niente di tutto questo.

Poiché la donna era diventata oggetto di scandalo nell'ambiente, abbandonandosi i maschi a varie manifestazioni rumorose, il dirigente, senza nulla chiedere sessualmente alla femmina, si limitò ad invitarla a non venire più in minigonna (per giunta cortissima, come un prendisole) o con abiti meno scollati. Come rileva ancora giustamente Belfiore in questo caso semmai la molestia era della domna; perché questa col suo procace abbigliamento distraeva i maschi dal lavoro risvegliando le spinte naturali della sfera genitale. Perché la realtà è questa; questi modi di, per così dire, « vestirsi » (in realtà svestirsi), rispondono alla spinta esibizionistica. La donna che sa di essere bella gode nel farsi vedere ed ammirare; è lei che si adopera sessualmente in questo stadio iniziale, consapevolmente o no (magari poi di fatto può essere molto timorata).

6. Si può ricordare quanto è pacifico in dottrina e giurisprudenza (basta consultare i commentari allo statuto dei lavoratori) in ordine alle possibili manifestazioni della libertà d'opinione garantita dall'art. 1 della legge n. 300 del 1970. Si dice che l'attivista sindacale o politico può ben dar corso al volantinaggio nei luoghi di lavoro; purché non disturbi l'andamento normale del lavoro, purché, ad es., non induca l'operaio addetto alla macchina ad un attimo di disattenzione che potrebbe essere fatale. La donna può essere ben più fatale e conturbante. Una cinquantina di anni fa c'era nella mia città una signora bellissima che tutti guardavano con piacere. Un giorno un uomo di campagna si recò alla casa di un professionista per lasciare in omaggio un fiasco del nostro olio purissimo; aprì la porta quella signora che il bravuomo ignorava essere la signora del professionista; tale fu lo stupore che il fiasco cadde di mano e si infranse al suolo.

7. *Risum teneatis amici*: secondo il pretore quel malcapitato dirigente avrebbe attentato alla riservatezza e addirittura all'integrità morale. Chi tiene alla riservatezza si copre.

8. Stringi stringi il problema si potrebbe enunciare così: può il lavoratore andare nudo a lavorare? Certo l'interrogativo è largamente teorico perché, per fortuna, per la maggior parte dell'anno abbiamo bisogno di una copertura. Ma sotto l'implacabile camiciola? Del resto noi tutti sappiamo del ridottissimo abbigliamento tra i popoli che un tempo si dicevano selvaggi in certe plaghe dell'Africa. Credo che per la massima parte delle persone di buon senso la risposta negativa sia scontata; anche perché il vestito serve a nascondere la prevalente bruttezza o la pingue-

dine esteticamente non apprezzabile (è questo il limite naturale del nudismo).

9. Nella sentenza citata della Suprema Corte sui calzoncini si concede che il datore di lavoro possa prescrivere sui modi di abbigliamento per ragioni di immagine. In queste ultime settimane ho letto alcuni libri per sapere della vita e delle gesta dell'on. Berlusconi, un personaggio di cui fino a due anni fa non sapevo nulla. In particolare vi ho letto della meticolosità con la quale il signore di Arcore dispone in ordine all'immagine dei collaboratori che debbono essere borghesemente ben curati in tutto. Almeno in questo non riesco a dar torto al potente signore.

10. Di fatto nel costume l'alternativa non è affatto secca tra il vestire o no. Il giuoco sta invece in un sapiente dosaggio tra l'esserci e no. Si pensi al semiabbigliamento attorno al seno dove sol una piccola parte è scoperta, in tal modo vieppiù sollecitando la fantasia (un seno interamente scoperto impressiona meno). Cosicché c'è insieme esibizione e molta malizia, dove ancora giuoca attivamente la donna.

11. Siamo nella zona sempre per qualche verso incerta delle rilevanze del costume nell'esperienza giuridica. A poco a poco in questo dopoguerra nel costume è cambiato tutto. La donna sapientemente seminuda è ovunque. Si pensi alla pubblicità televisiva dove è tutto un giuoco di gambe, seni e deretani. Dove la donna è oggetto e strumento di richiamo ad opera delle imprese. Così come vi sono negozi nei quali la minigonna è dal datore prescritta (le c.d. « conigliette »). Ai maschi nella loro naturale brutalità queste cose in definitiva non dispiacciono; probabilmente è per questo che la consultazione referendaria ha avuto un certo esito. E, a quanto so, il vario movimento femminista non protesta adeguatamente contro questa mercificazione della donna. Credo serenamente che se una donna venisse licenziata per il rifiuto di indossare la minigonna, codesto recesso dovrebbe ritenersi ingiustificato.

64.

## LE DONNE NELLE LISTE ELETTORALI

1. Non sono molto convinto, *sul piano strettamente giuridico*, della persuasività delle argomentazioni della Corte e delle conclusioni. Ed immagino che la pronuncia sarà oggetto di valutazioni critiche, anche accese specie nell'ambito dei movimenti femminili.

*Prima facie* il discorso non fa una grinza. Alla lettera il capoverso dell'art. 3 Cost. obbliga la Repubblica ad attivarsi per rimuovere gli ostacoli sociali ed economici alla piena eguaglianza reale. Cosicché sarebbe inibito di incidere direttamente sulla situazione di fatto risultante non conforme al valore costituzionalmente assunto. Tanto più che, in materia elettorale (art. 51) vi sono disposti, rileva la Corte, che pongono su un piano di assoluta parità donne ed uomini e, quindi, stabiliscono l'assoluta irrilevanza del sesso.

2. Ma nell'esperienza giuridica in pura logica è sempre possibile un dato ragionamento e quello esattamente opposto. Certo l'art. 3 cpv. parla della necessità di « rimuovere gli ostacoli », ma la premessa di questo imperativo è che una situazione nella quale gli ostacoli di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona umana non è eticamente apprezzabile. E se si riscontra una situazione macroscopica del tipo, è veramente inibito aggredirla direttamente?

3. Il dato di comune esperienza è che le donne sono sottorappresentate nella composizione delle camere parlamentari e in tutti gli organi elettivi. In quarantanni nessuna donna è entrata nella Corte costituzionale anche se da qualche tempo vi è un folto manipolo di universitarie, anche eccellenti, e da tempo sono su piazza ottimi avvocati di sesso femminile che non hanno nulla da invidiare ai più valorosi degli uomini. Tanto che proprio in questi mesi nei giornali si è letto della possibilità di far arrivare alla Corte una donna.

Una norma incidente non sulla composizione degli organi elettivi, ma su quella delle liste dei candidati, era veramente abnorme? Ne dubito.

Tanto più che la presenza in lista non garantisce automaticamente dell'elezione, in questo essendo decisivi gli umori del corpo elettorale nel quale donne ed uomini sono da sempre alla pari per quanto attiene all'uso del diritto di elettorato attivo. E spesso di fatto le donne preferiscono gli uomini.

4. Viceversa avverto in me una sorta di plauso alla pronuncia *sul piano politico* e delle valutazioni più largamente umane. Il problema della donna nel mondo del lavoro e della società è a molte faccie e non può farsi un calderone del tutto. Anche per ragioni d'ordine pubblico (anche per la sopravvivenza della nostra gente nel cimento universale), si impone una particolare protezione, di massima, per la donna in gravidanza e puerperio. È giusto che, sempre di massima, la regola della parità tra i sessi operi nel mondo del lavoro. Si può anche, in ragione della particolare esposizione al pericolo nella delinquenza dilagante, il divieto di lavoro notturno (ma anche per gli nomini da diverso tempo le strade non sono sicure come un tempo).

Sennonché in generale per quanto attiene alla presenza della donna nella società, politicamente si potrebbe dire che l'essenziale, ormai conseguito, è assicurare alla donna piena capacità giuridica e di agire come agli uomini. Dopo di che sta nella responsabilità delle scelte del tutto libere del soggetto, avvalersi o no di tutte le possibilità. Ad es., è la donna che deve decidere, assumendo tutti i costi della scelta, se confinarsi nel ruolo tradizionale della casalinga o, al contrario, cimentarsi nelle professioni, nel lavoro, nella vita pubblica. Non è la legge che deve garantire *artificialmente*, cioè per interventi formali giuridici, l'eguale presenza delle donne. In questo ordine d'idee, la conclusione della Corte può essere politicamente condivisa e può anche essere giudicata salutare. Aiutati, che Dio t'aiuta, ma niente di più. Perché la vita procede di necessità per scelte e per sacrifici.

5. Chiudo con una pagina d'umanità. Per tante ragioni (anche perché da universitario sono stato allievo di una Donna), ho una forte inclinazione simpatetica per le donne in ascesa, con molta sensibilità per il dramma della condizione femminile. Qualche mese fa nella cassa di risparmio di cui sono coamministratore, abbiamo, con convinzione, promosso vicedirettore generale una signora che è il cervello finanziario-fiscale dell'istituto. Si tratta di una signora sposata con figlio che è solita trattenersi a sera per molto tempo in ufficio e che è sempre disponibile. Ho sempre avuto in animo, e non l'ho fatto finora per una sorta di pudore, di chiedere a questa preziosa collaboratrice come si sia arrangiata per oltre trent'anni per combinare famiglia e lavoro. E il capo del personale mi ha detto che non è sola, vi sono

diverse altre impegnate in posizione direttiva nei vari uffici. Penso che alla prima occasione non mi mancherà il coraggio.

65.

# ANCORA UN INCIDENTE DI COSTITUZIONALITÀ SULLA LICENZIABILITÀ DELLE DOMESTICHE GRAVIDE

1. Si è riproposta nella sostanza la questione di costituzionalità della quale la Corte costituzionale è stata più volte investita; v., da ultimo, C. cost. 15 marzo 1994, n. 86, in *RIDL*, 1994, 2, 439, con mia nota. L'ordinanza 23 giugno 1994 con la quale un pretore fiorentino ha rimesso la questione alla Corte, può leggersi in *D&L*, 1994, 175, con nota del prof. Del Punta tutta d'ispirazione « progressiva », pur con una certa consapevolezza di talune asperità tecniche della questione.

Secondo il commentatore il principio di tutela della maternità riveste un ruolo preminente. Ma su questa affermazione di partenza sarebbe opportuno un approfondimento. Certo, nel contesto « individualistico » del rapporto di lavoro, l'ordinamento, di massima, prende in considerazione l'interesse della lavoratrice per comprensibilmente proteggerla in questa delicata congiuntura con una serie di garanzie. Ma da qui a ritenere un interesse pubblico, accolto in diritto positivo, alla tutela del fatto della maternità in quanto tale, anche nel senso dell'incentivazione, c'è un salto e si può, almeno allo stato, dubitare.

Indubbiamente sul piano politico, tenendo conto del calo della natalità registrato nel recente periodo, c'è spazio per sostenere siffatto interesse pubblico generale. Ma è, allo stato, tradotto in diritto positivo? Si potrebbe dire che per ora la Repubblica se ne disinteressa, magari sol perché non c'era finora motivo di preoccupazione visto che fino a poco tempo fa gli italiani procreavano in misura adeguata e talora sproporzionata.

Sennonché nel caso portato alla Corte, come in quello precedente della legge n. 86 del 1994, c'è un piccolo particolare a torto trascurato.

Come si ricava dai cognomi, qui si trattava di lavoratrici domestiche extracomunitarie. Il preteso interesse pubblico copre anche questa zona ormai diffusa nel settore? Chi politicamente ragioni in termini di salvaguardia nel tempo della comunità nazionale italiana e di consegueza non

plauda alla prospettiva della società multirazziale, arretrerà in ordine alla dilatazione di questo interesse. La questione dell'eventuale politica demografica nazionale è del tutto aperta. In ogni caso non potendosi fare confusione tra il discorso politico e quello rigorosamente giuridico.

Più in generale, è dubbia la causa della sopravvivenza della razza umana in quanto tale. Sento profondamente il discorso della qualità della vita per quanti hanno avuto la disgrazia di venire al mondo, mentre la morte o la fine, in quanto « nulla », non interessano. E qui, per svolgere adeguatamente il discorso, dovrei continuarlo per un corposo saggio. Provo a sintetizzare, nel tentativo di chiarire il pensiero, narrando un episodio della mia vita. Spesso accedo in Lucca città per un foro sotto le mura prossimo alla porta « a vapore » (prossima alla stazione). Qui, almeno un tempo, si trovavano in genere appostati dei testimoni di Geova che fermavano i passanti per collocare il loro giornale. Di norma tiravo di lungo, qualche volta acquistavo per cortesia. Un giorno mi bloccò un giovane particolarmente petulante che volle dirmi dell'importanza di quel numero di giornale dove si metteva in guardia per la prospettiva della prossima fine del mondo. Gli dissi che la prospettiva della fine di questo mondaccio non mi turbava; che, al massimo, poteva preoccuparmi il venir meno della possibilità per gli umani di ascoltare pezzi sublimi di musica o di poesia. Non mi hanno più fermato. Del resto se questo mondo, come si sostiene in diverse confessioni, deve finire, cosa importa?

2. Il discorso sulla questione di cui alla prima massima può essere breve. La Corte evidentemente non segue la tesi, cara in particolare al prof. Mazzotta, della c.d. « nullità di diritto comune » per inosservanza del previo procedimento *ex* art. 7 st. lav. Ritiene, al contrario, di adeguarsi al più recente diritto vivente della Cassazione (v. S.U., 18 maggio 1994, n. 4844, in *FI*, 1994, I, 2076 e 26 aprile 1994, n. 3966, *ivi*, c. 1708) di negazione della tesi per così dire civilistica; il regime del licenziamento così viziato nella forma, sarà, ogni volta, quello del recesso datoriale illegittimo in una determinata zona, di volta in volta in ragione dell'applicabilità del regime forte o debole contro il licenziamento non valido. Senza la possibilità di chiedere alcunché ove il regime sia quello della libera recedibilità ai sensi del codice e della legge n. 108 del 1990, come puntualmente si verifica nell'ipotesi che la domestica non sia stata licenziata in tronco per giusta causa. Semmai qui potrebbe dubitarsi del ricorso, in zona, alla categoria del « diritto vivente ». Dico questo perché ho letto alcune sentenze di merito di ribellione alla recente svolta delle Sezioni Unite.

3. Rispetto alla questione di cui alla seconda massima, ho un dubbio radicale che esprimo con una certa titubanza in ragione dell'intrinseca autorevolezza della Corte e di quella, in particolare, dell'estensore prof. Mengoni. Possibile che si sia preso l'abbaglio che è consustanziale al rilievo che sto per svolgere?

Non riesco a capire come, da parte e del pretore fiorentino e dei giudici della Consulta, si sia fatta questione di applicabilità o no, in zona, quanto meno in termini di legittimità costituzionale, del disposto di cui al comma 2 dell'art. 2110 c.c. in punto di determinazione, in ultima istanza in via equitativa da parte del giudice, del periodo di comporto. In generale, per le lavoratrici madri, non viene in questione l'applicabilità di quel disposto del codice, perché la questione è regolata a monte dalla legge n. 1204 del 1971 che assicura, art. 2, la conservazione del posto nel periodo di protezione, con la contestuale enunciazione tassativa delle situazioni in cui eccezionalmente non opera il divieto di licenziamento. A mio sommesso avviso non c'è spazio per richiamare la norma del codice, perché la legge n. 1204 si sostanzia nella regolamentazione specifica e generale per il fatto della gravidanza e del puerperio. Semmai avrebbe dovuto farsi questione di costituzionalità del comma 3 dell'art. 1 della legge n. 1204 laddove chiaramente esclude che le lavoratrici addette ai servizi domestici e familiari possano invocare la norma (art. 4) sulla conservazione del posto.

4. E non torna nemmeno, sempre a mio sommesso avviso, il discorso fatto dalla Corte giusta il quale, avendo preceduto nel tempo la comunicazione del licenziamento l'inoltro del certificato di gravidanza, non v'era spazio per la determinazione giudiziale del comporto. Semplicemente perché il comma 2 dell'art. 2 della legge del 1971 consente alla lavoratrice licenziata di presentare tardivamente, entro novanta giorni dal licenziamento, il certificato dal quale risulti che, al momento del licenziamento, era già incinta, derivandone il diritto al ripristino del rapporto di lavoro. Tremo nel dover dire che i giudici della Corte hanno fatto una lettura monca dell'art. 2 della legge n. 1204; ma ho il dovere di farlo.

5. Altra questione è quella se i giudici della Consulta, ritenuta l'ininvocabilità dell'art. 2110/2 c.c., avrebbero potuto tuttavia « trattenere » la questione (o magari sollevarla d'ufficio innanzi a sé medesimi come la legge consente), nei termini propri in cui è sollevabile. Per delibare questa prospettazione è necessario l'intervento degli studiosi del processo costituzionale.

6. Il difensore della lavoratrice, il collega e amico avv. Bellotti, avrebbe potuto impostare altrimenti la causa: instando per il riconoscimento del diritto al ripristino del rapporto a seguito della presentazione del certificato contestualmente sollevando la questione di legittimità costituzionale rispetto alla prevedibile eccezione datoriale d'inapplicabilità alle domestiche del divieto di licenziamento in ragione del comma 3 dell'art. 1 della legge n. 1204. Il pretore fiorentino avrebbe dovuto sollevare la questione in questi termini corretti e la Corte non avrebbe potuto esimersi dal prendere il toro per le corna.

7. *Prima facie* a tutela di queste lavoratrici è facile richiamare il principio d'eguaglianza. Personalmente inclino a ritenere che il legislatore democratico del 1971 abbia avuto buone ragioni di merito per escludere il beneficio, certo pregiudiziale, della conservazione del posto; dopo di che, sempre a mio parere, le ragioni di sostanza dovrebbero prevalere. E qui può essere utile un riepilogo a carattere storico-sociale.

Un tempo ormai remoto questo lavoro era diffuso nei ceti più umili; in tutte le famiglie di medio ceto c'era la domestica fissa; oggi non è così facile procurarsi questa collaborazione a vantaggio della padrona di casa, perché le connazionali normalmente rifuggono (seppi di un caso in cui la ragazza si spacciava col moroso come la nipote del ricco avvocato presso il quale abitava) tanto che ora si ricorre alla manodopera straniera. Perché il costo è insostenibile nel medio ceto. Perché, nel quadro del miglioramento delle condizioni medie di vita nei Paesi sviluppati, c'è stato un contestuale abbassamento di quello che un tempo era il ceto medio agiato, per un fenomeno che gli econonisti e i sociologi in genere non registrano. Perché l'indice più vero della ricchezza sta nella relativa facilità di procurarsi nelle pareti domestiche la collaborazione di altri. Oggi c'è molto più denaro in giro, con un mutamento di possibilità rispetto ai benestanti medi di un tempo. Oggi si viaggia, si comprano quadri, si può condurre, quando si è giovani e sani, una vita dilettevole. L'avvocato di un tempo di norma non aveva l'automobile, non viaggiava, ma poteva contare sulla presenza in casa dei domestici. E questo personale era in balia dello sfruttamento o talora benevolenza padronale (un mio vecchio amico avvocato ebbe in casa per decenni due donne che in casa morirono, avendo fruito negli ultimi anni di acciacchi dell'assistenza praticata per i familiari).

Oggi, per poter avere in questo campo le possibilità di un tempo, bisogna essere sempre, sempre più ricchi. Solo i nababbi possono concedersi i lussi del lavoro domestico di un tempo; magari possono anche superare agevolmente gli inconvenienti della gravidanza potendo di fatto

applicare integralmente la legge n. 1204 e provvedendo temporaneamente con una supplente; al limite si può mandare la gravida in albergo.

Nella fascia media si ricorre normalmente alla donna ad ore e alla fissa sol quando si è col coltello alla gola. Due coniugi entrambi impegnati nel lavoro possono trovarsi in casa un parente anziano malato, per questo spinti a ricercare forzatamente la collaborazione altrui.

È facile dire a parole che la legge di tutela del lavoro deve applicarsi integralmente anche qui. Come ha detto la Corte nella precedente sentenza del 1994, il costo può essere proibitivo e rendere drammatica la situazione. Inoltre qui è in giuoco l'elementare libertà della persona nel chiuso delle pareti domestiche; ci mancherebbe altro che il cittadino italiano fosse costretto alla coabitazione forzata.

Ci saranno pure delle buone ragioni per le quali, nel merito che è squisitamente di scelte politiche, il legislatore del 1970 ha disposto in un certo senso. Ci saranno delle ragioni per le quali i giudici della Consulta si sono rifiutati finora, magari col torto di essere arrivati alla conclusione in forma contorta, di invalidare questo assetto. Ragioni che solo l'astrattismo ideologicamente ispirato può fare ignorare.

Perché qui la situazione è, in un certo senso, come per lo sciopero nei s.p.e. Lo sciopero è un diritto sacro ed intoccabile, va tutto bene quando ha corso nelle fabbriche e negli uffici in danno dell'odiato capitalista. Ma quando scioperano gli ospedalieri, i ferrovieri, i professori, con danno per la collettività indifferenziata, è tutta un'altra cosa. Allora viene, col consenso del sindacalismo generale, la legge n. 146, allora si pensa, dopo le agitazioni nei trasporti negli ultimi mesi, a possibili perfezionamenti della medesima.

Anche una scelta politica diversa in tema di lavoro domestico sarebbe rovinosa per la gente più comune. Proviamo ad organizzare gli utenti di questo lavoro e a sondarne le opinioni in libera consultazione. Se poi venisse promosso un *referendum* abrogativo, è assai dubbio che la proposta possa accogliere il favore popolare.

## 66.

## L'ASSENZA DAL LAVORO PER ACCERTAMENTI CLINICI

Nel caso il medico curante, avendo sospettato qualcosa, aveva sollecitato il lavoratore a sottoporsi a svariati accertamenti clinici ai fini di un eventuale intervento operatorio. Di conseguenza il lavoratore si era allontanato dal lavoro per cinque giorni (col consenso del datore di lavoro), pretendendo poi il trattamento economico di malattia negato dall'INPS per non certificata malattia. Il pretore ha accolto la domanda nei confronti del datore di lavoro che in un primo momento aveva accolto la richiesta, poi agendo per il recupero dopo aver appreso della decisione del caso da parte dell'ente previdenziale.

Ho la massima stima del magistrato, da me incontrato in diverse occasioni, sia per l'equilibrio che lo distingue, sia perché ha avuto talora il coraggio di andare contro corrente discostandosi dagli « insegnamenti » della Cassazione. Ma questa pronuncia, certo lodevolmente ispirata in termini sociali, non mi pare accettabile. Del resto il magistrato deve avere avuto delle perplessità. Infatti ha integralmente compensato le spese sia per l'assoluta novità della questione sia perché nel caso il lavoratore non avrebbe « assolto lo specifico onere di informazione appena precisato » (ma la rivendicazione era chiarissima anche in sede stragiudiziale e l'essenziale — il fatto di essersi sottoppsto a quegli accertamenti — era stato documentato).

Mi pare, infatti, che il giudice abbia confuso tra la possibilità del lavoratore di allontanarsi dal lavoro evitando che la sua assenza sia considerata arbitraria, e il trattamento economico di malattia. Ove si accetti (e mi pare scelta di civiltà il farlo) la teoria dell'inesigibilità prospettata in particolare da Mengoni, il lavoratore può allontanarsi tutte le volte che possa comprovare una seria giustificazione; ad es., come si è scritto, per recarsi ai funerali di un prossimo congiunto o di persone cui era legatissimo. Se il lavoratore, magari (come spesso capita) malato immaginario, nel timore di avere un cancro desidera farsi visitare in una specializzata clinica estera, può farlo, ma naturalmente a sue spese.

Del tutto diversa è la questione ai fini del trattamento economico di

malattia. Qui l'accoglibilità della pretesa, come ritenuto nel caso dall'ente previdenziale, esige, secondo la migliore dottrina, la prova della malattia impeditiva in concreto della prestazione. Perché non ogni malattia, come stato bisognoso di cure, impedisce automaticamente il lavoro, anche perché deve tenersi conto delle caratteristiche peculiari della prestazione dedotta in contratto.

Né vale fare appello, come ha fatto il pretore, alla giurisprudenza in tema di cure termali. Il soggetto che ha diritto di andare alle terme, anche se non soffre sul momento di una malattia in atto, è portatore nella persona di una potenziale malattia sempre in agguato, spesso ad andamento ciclico; si tratta di un organismo non del tutto sano che può essere beneficamente sottoposto a cure termali preventive che possano scongiurare o temperare le ricadute, essendovi poi una specifica normativa nella quale si esige la comprovata certificazione di un medico specialista.

In conclusione la sentenza mi pare errata in diritto ed estremamente pericolosa, perché introduce un principio che costituirebbe il varco di un altro capitolo dell'abusivismo. Giacché se questo principio passasse, sarebbe facile farsi prescrivere accertamenti specializzati in località amena o artisticamente notevole, sommando così alla cura della persona una vacanza piacevole. Credo che l'Italia non abbia alcun bisogno di questo nuovo principio.

## 67.

## SULL'INSINDACABILITÀ DELL'OPZIONE DEL LAVORATORE PER L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DELLA REINTEGRAZIONE

Il caso è semplice ed è riepilogato in tutti gli elementi nell'ordinanza. Una lavoratrice, abitante in Massa città, lavorava già in un albergo di Forte dei Marmi, distante circa dieci chilometri. Dopo il licenziamento, e ancor prima della sentenza statuente l'illegittimità del recesso datoriale, la donna aveva trovato lavoro in un albergo di Marina di Massa, distante circa quattro chilometri dall'abitazione, con trattamento sostanzialmente non inferiore a quello goduto in precedenza. Quindi aveva optato, ottenendo decreto ingiuntivo, per l'indennità sostitutiva della reintegrazione.

A prima impressione, il dubbio di legittimità costituzionale sollevato dal pretore pare del tutto sennato e di buon senso. Perché mai dovrebbe poter fruire dell'indennità sostitutiva della reintegra che ha trovato da tempo altra occupazione non deteriore, per giunta in località più vicina al luogo di abitazione? Non è irrazionale una norma che collega automaticamente il diritto all'indennità alla circostanza che, di fatto, la reintegra non abbia avuto corso per qualsivoglia ragione subiettiva, escludendo la possibilità del sindacato del giudice in ordine all'esistenza o no di giusti motivi per preferire alla reintegra la speciale penale?

Non sono del tutto convinto e sono molto curioso di vedere come la Corte costituzionale se la sbrigherà, quale che sia la conclusione, di accoglimento o di rigetto.

In generale non è agevole identificare il fondamento razionale di questo singolare istituto, specialmente ove si consideri che la penale sostitutiva può essere richiesta dopo la pronuncia del giudice di primo grado, ancor prima che sulla illegittimità del licenziamento si sia formato il giudicato (di guisa che, ove l'esito finale del giudizio sia nel senso della legittimità del licenziamento, almeno in teoria il datore di lavoro può ripetere l'importo dell'indennità versata). E, in totale deficienza dei lavori preparatori rispetto a una normativa varata di corsa per l'imminenza del *referendum*, non è dato nemmeno di sapere quale sia stato

l'ordine d'idee del legislatore. Forse si volle contortamente sollecitare una definizione economica della causa tra le parti, con la grossolana determinazione che un posto di lavoro vale, nella proiezione temporale nell'arco della vita lavorativa residua, quindici mensilità (alquanto meno di quanto rivendicabile, per contratto collettivo, dai dirigenti).

Certo è che, proprio perché si tratta di un'opzione tra reintegrazione effettiva e indennità, vi è campo per le valutazioni del tutto libere del lavoratore. È il lavoratore che, secondo i suoi più vari ragionamenti può scegliere, ad es., perché, dopo la vittoria morale in giudizio, la reintegrazione in servizio, alle dipendenze del soggetto che ha smaccatamente violato la normativa del lavoro licenziando, non è appellabile. Il lavoratore può anche concludere che è meglio restare disoccupato rispetto a quel lavoro. Questa piena libertà di valutazione, dato il tenore della norma, c'è anche nell'ipotesi che nel frattempo si sia trovata altra occupazione ancor quando a questa si accompagni un trattamento economico deteriore; meglio guadagnare di meno alle dipendenze di un datore onesto. Così come, nel caso trattato dal pretore, ben si comprende che questa cameriera abbia preferito dimezzare il percorso necessario per andare e tornare dal lavoro.

Concludo che il dubbio sollevato dal pretore non ha fondamento razionale. La legge riserva al lavoratore piena libertà di valutazioni, è questi il giudice sovrano della situazione. Non c'è alcuna ragione per sostituire alla libertà del lavoratore l'imponderabile valutazione del magistrato. Nell'ambito della legge ogni soggetto dell'ordinamento è giudice supremo dei propri affari, né deve darne conto a nessuno.

## 68.

## FRANCESCO CARNELUTTI GIUSLAVORISTA (*)

Seppi del grande Maestro, variamente, dalle lezioni dei miei professori pisani. In un ristretto cenacolo di studenti particolarmente impegnati, arrivammo alla Sua rubrica di rapide recensioni e stroncature nella *Rivista di diritto processuale* e ce ne dilettammo molto. Faceva un certo effetto e piacere la stroncatura di tanti giuristi, togliendo loro l'aura del mito. E quando la scure si abbatteva sui nostri professori, peraltro cari, ci dicevamo gongolando che il colpo era ben assestato. Ad esempio, le poche righe dedicate a Lorenzo Mossa concludevano che al nostro commercialista « mancava la formula ». E infatti quanto penavamo su quei libri oscuri; quando a un certo punto credevi di aver capito una cosa e cinquanta pagine dopo constatavi che lo scrittore pareva dire il contrario. Ricordo quella per il nostro professore di penale, Arturo Santoro: Santoro dice nella prefazione di aver affrontato i più ardui problemi della penalistica; libero Santoro di dir questo, ma gli studenti di Pisa non sanno che... e via su questo tono.

Sempre da ragazzo lo vidi e lo sentii a Torino, nell'autunno del 1956, al convegno sulla certezza del diritto promossso dalla rivista, all'epoca vivacissima, *Il diritto dell'economia*, di Mario Longo. Parlò per primo il prof. Allara con un elogio sperticato, tipico delle assise staliniane, di Carnelutti: non è processualista, né privatista, né commercialista, è tutto. Dopo, Carnelutti assunse la presidenza e disse che non poteva accettare l'elogio: « Qualche tempo fa anche il regnante pontefice mi disse qualcosa di simile e io dissi "Non mi tenti Santità" ».

Da giuslavorista credo di aver letto tutti i contributi di Carnelutti relativi a questa disciplina, con diverse incursioni su altri contributi di altra collocazione. Ma non posso osare qui una valutazione complessiva

---

(*) È l'intervento al convegno promosso in Udine, il 18 novembre 1995, presso quella Università, a trent'anni dalla scomparsa di Carnelutti, con relazioni dei professori E. Fazzalari (Teoria generale), V. Denti (Diritto processuale civile), G. De Luca (Diritto penale), P. Rescigno (Diritto privato), U. Romagnoli (Diritto del lavoro).

nemmeno di Carnelutti giuslavorista; mi limito ad alcuni rilievi sull'apporto decisivo ch'Egli ebbe nella fase liberale. Del resto il prof. Romagnoli ha riepilogato nell'essenziale quale fu l'apporto del grande udinese.

Nella fase liberale il contributo più cospicuo fu quello sugli infortuni sul lavoro, con numerosi saggi raccolti poi in due volumi nel 1913 (*Infortuni sul lavoro (studi)*, Roma, Athenaeum, 1913). Scritti che l'A. definisce « di battaglia », nati cioè nel vivo dell'esperienza giuridica anche professionale, ma che nel complesso toccano tutti i capisaldi della tutela prevista nelle leggi del 1898 e del 1904, con una trattazione di ampio respiro, ben consapevole della dottrina e della giurisprudenza registrabili in tutti i più importanti Paesi industrializzati. Dalla rilettura che ho fatto in vista di questo convegno segno le cose che mi hanno particolarmente colpito.

Nell'introduzione, Carnelutti afferma che si tratta di costruire scientificamente il sistema, non facendosi condizionare dai non lodevoli intenti dei sodalizi operai, assicurativi, imprenditoriali, liberandosi dal condizionamento degli interessi di parte.

Carnelutti costruisce l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni in termini di un *supplemento di mercede* dovuto al lavoratore affinché si provveda con il congegno assicurativo; auspicando che tale congegno sia esteso per riparare alle conseguenze di tutti gli eventi che possono pregiudicare la parte debole del rapporto. In sostanza Carnelutti fu per la massima estensione delle assicurazioni sociali. Non a torto il prof. Romagnoli ha richiamato il modello bismarckiano che fu, appunto, a partire dal 1881, onnicomprensivo. E qui è bene ricordare che, nella classe politica prefascista, ci fu un grande uomo politico con queste intenzioni, S. Sonnino. Si potrebbe dire che la corrispondenza tra l'uomo politico italiano e il fondatore dell'impero germanico fu, in un certo senso, totale, nel bene e nel male. Alla *Kulturkampf* di Bismarck, come inane tentativo di estirpare i due grandi partiti di massa, il socialdemocratico e il cattolico del Centro, corrispose il famoso « Torniamo allo Statuto » di Sonnino (1897). E v'era corrispondenza anche nell'auspicio di una organica risposta alla questione sociale (che in Germania ebbe pieno successo politico, alla lunga legando gli operai all'impero). Io sono convinto che nella nostra storia unitaria vi siano stati tre uomini di alto livello, Cavour, Giolitti, De Gasperi. Ma Giolitti, pur perseguendo l'intento di allargare il consenso alle istituzioni liberali, procedette sempre episodicamente, a casaccio.

Sempre nell'introduzione, Carnelutti registra che « la scienza giuridica, soprattutto in Italia, è imperturbabilmente borghese, indifferente ai

problemi giuridici del lavoro ». Il compito del giurista era quello di ricavare, dai frammenti del diritto speciale dati dalle prime leggi sociali, il sistema.

Successivamente Carnelutti prende posizione sulla questione decisiva dell'interpretazione in materia. Con qualche frecciata ancora polemica (« Sono gli anarchici e i liberisti a oltranza, anch'essi anarchici », 39), constata che il diritto evolve e che, oltre il diritto positivamente posto, c'è, con un pizzico di giusnaturalismo, quello *latente*. Di guisa che si impone un'interpretazione estensiva larga della legge infortunistica, giacché, se si adotta una concezione ristretta del concetto di « causa violenta », la posta in giuoco (pp. 131-132) è quella di dover escludere dalla tutela il 50% degli infortuni denunciati. Pur se l'interprete deve tener conto che la legge ha adottato quel concetto, al fine di escludere dalla tutela le malattie professionali, per ragioni prosaiche di ritenuta insostenibilità economica; anche se l'A. afferma nettamente che questa esclusione è ingiusta.

Segue l'ampia dissertazione, anche casistica, in ordine alla causa violenta. Dove io ho potuto constatare un solo neo, laddove Carnelutti afferma che è necessario il contatto col corpo umano (p. 153), così dimenticando il caso, classico nella letteratura, dell'infortunio in miniera, ad es., per il crollo di una galleria; dove il corpo nell'immediatezza resta illeso, ma con la prospettiva di dover morire a distanza anche di settimane per inedia. Ricordo le pagine immortali di Zola in *Germinal*.

Vi sono alcune pagine, 162-166, esemplari non solo sulla pur importante questione specifica, ma per quanto vi è superbamente detto in ordine al momento essenziale dell'esperienza giuridica in concreto. Riassumo sperando di poter dare il filo dell'argomentazione. Quale è il limite preciso tra azione improvvisa e lenta? Non c'è, è difficile da risolvere. Si tratta di un apprezzamento di fatto incensurabile in Cassazione, il pratico deve regolarsi. Questo si verifica sempre nel diritto. Dove cessa il dolo e comincia la colpa? Si deve fare affidamento nel buon arbitrio del giudice; si tratta di giudizi di equità e la critica dottrinale deve essere riservata (cioè deve essere rispettosa del travaglio irripetibile del giudicare dei casi della vita). Sono concetti che vivono nella coscienza comune che il giudice rileva con la sua soggettività; non si può pretendere uniformità nelle decisioni. Si deve adattare la norma alle idealità giuridiche del tempo; il diritto latente reclama la tutela anche per le malattie professionali e allo stato tutto si giuoca su questa distinzione: « C'è da maravigliarsi che su questo apprezzamento possa influire l'inclinazione del giudice a concedere risarcimento anche in quel caso in cui la legge lo nega, ma l'aspirazione giuridica lo richiede? ». Il giudice allarga, fin che

può, la legge da sé, in attesa che l'allarghi il legislatore; « pressione del diritto, che vuol essere legge e non è ». Credo che siano pagine, all'epoca, di avanguardia, meditando sulle quali si può constatare che le tante teoriche dell'ultimo trentennio, propizianti ad una certa disinvoltura interpretativa, esaltavano, ma in forma spesso sbracata, linee di politica del diritto già intraviste da Carnelutti. Cosicché non stupisce che Carnelutti non abbia avuto dubbi nel considerare infortunio sul lavoro l'incidente verificatosi in rissa, in ragione delle tensioni che possono essere naturali negli ambienti di lavoro (p. 233).

Basta la considerazione dell'opera più corposa del periodo, per constatare come Carnelutti fu, con alcuni altri grandi giuristi dell'epoca (Barassi, Messina, Redenti), uno dei costruttori del nostro diritto del lavoro. Certo se Carnelutti avesse avuto la ventura o la sventura di morire verso il 1920, con tutta probabilità il prof. Romagnoli avrebbe presentato stamani un quadro meno duro dell'A.

Per l'epoca corporativa il prof. Romagnoli ha ricordato come Carnelutti fosse fermo all'impostazione esclusivamente contrattualistica per la regolamentazione delle condizioni di lavoro, opponendosi decisamente all'istituzione della magistratura del lavoro. Cosicché i lavoratori, privati dello sciopero tornato reato, sarebbero stati in balia del benvolere o no del padronato. Era una posizione francamente illiberale, distante dalla ben diversa impostazione di Luigi Einaudi. Giacché dello sciopero può darsi una spiegazione autenticamente liberale; è l'unico mezzo per ritrovare, a livello collettivo, vera libertà contrattuale, inesistente, nelle condizioni di massa, a livello individuale (dittatura contrattuale datoriale). E infatti la Confindustria tentò di opporsi in sede parlamentare e solo per un deciso intervento di Mussolini l'opposizione venne superata. So bene che attorno alla magistratura del lavoro c'è tutta una storiografia di sinistra, anche a livello monografico, di piena ripulsa. Sennonché è più realistico chiedersi se, inibito penalmente lo sciopero, per i lavoratori era utile o no codesta istituzione. Io credo di dover rispondere positivamente al quesito; vi era, oltre al tavolo delle trattative sindacali, un altro tavolo e si poteva sperare che il collegio misto di Stato ritenesse di poter dare ai lavoratori qualcosa di più rispetto alla piattaforma padronale. Il problema pratico è solo questo.

Nella stagione postfascista la linea di Carnelutti fu nel complesso involutiva. Ricavo dalle numerose citazioni che feci nella mia monografia del 1960 sul diritto sindacale che il Maestro professò opinioni di corporativismo cattolico vecchia maniera, pronunciandosi per il sindacato di secondo grado di diritto pubblico. Fu rigidamente sordo in ordine al diritto di sciopero e a favore della legittimità della serrata. Fu critico, ma

qui in buona compagnia, della legge Vigorelli del 1959. Singolarmente, fu nella minoranza che sostenne la legittimità della legge relativa allo sganciamento delle imprese in mano pubblica dalle associazioni sindacali dei datori di lavoro privati. Si trattò di interventi sparsi, degni di attenzione per l'autorevolezza dell'A.; che però resta, vivo e attuale, nella nostra storia per quanto costruì agli albori.

## 69.

## SULLA QUESTIONE FEMMINILE

1. La questione è diventata di attualità di recente, a seguito di due pronunciati, collimanti nell'impostazione e nella conclusione, della Corte di Giustizia della Comunità Europea e della nostra Corte costituzionale. La prima (in *DL*, 1995, 2, 421, con nota critica di FOGLIA) ha valutato negativamente la normativa del Land della città di Brema che, in una situazione di scarsa presenza femminile, aveva permesso a una donna di sopravanzare ai punti un uomo nella promozione (caso *Kalanke*). La seconda (vedila in *GC*, 1995, I, 2583, con note critiche di Simonetta SOTGIU e mia) ha invalidato la norma che già prevedeva un minimo di presenza femminile nelle liste elettorali. Ne è venuto un saggio, come sempre seriamente argomentato e nella forma splendido, di M.V. BALLESTRERO (*Azioni positive. Punto e a capo*, in *LD*, 1996, 117) che mi spinge a riprendere il discorso con ulteriori considerazioni, nel più ampio contesto attorno alla posizione della donna nella società.

2. Nella situazione di partenza, nel mondo allora prevalentemente maschilista, la pregiudiziale antifemminile era radicata e diffusa. Chi voglia averne uno scampolo eloquente consulti, nel n. 2 di *RIDL*, la rubrica « Libri ricevuti » di P. ICHINO; ivi si dice anche del libro strenna del nostro editore per il corrente anno, riportandosi diversi brani di uno scritto, di pochi decenni or sono, fortemente critico sulla possibilità della donna magistrato, di O. RANELLETTI. Secondo l'eminente amministrativista, la donna non avrebbe assolutamente le doti intellettuali e di serenità necessarie. Ho mandato a ICHINO, come sempre, una mezza pagina di considerazioni e suggerimenti, e qui mi sono chiesto « ma aveva una madre Costui? ». In genere, anche incalliti antifemministi hanno, almeno, un sentimento forte di affetto per la madre e quindi, a mio avviso, per coerenza non possono del tutto disistimare l'altro sesso. C'è poi il detto, credo napoletano, giusta il quale nessuna donna si salva, tranne la propria mamma e la propria sorella; e poiché tutti hanno una madre e quasi tutti una sorella, in realtà la generale condanna si rovescia.

3. Nel mondo latamente europeo (qui e in Nordamerica), specialmente in questo dopoguerra, la condizione della donna ha segnato un notevole innalzamento. C'è un netto stacco rispetto al terzo mondo e, soprattutto, a quello islamico dominato dal fanatismo religioso. La presenza nel mondo del lavoro è notevole.

Larga è la presenza femminile nella nostra magistratura. Alcune donne si sono laureate con me e di alcune di queste so che sono giudici eccellenti: penso a Laura Ghinoy, pretore del lavoro a La Spezia e a Rita Mancuso della sezione lavoro del Tribunale di Torino, di cui una volta il presidente Gamba mi parlò nel modo più lusinghiero. Diversi anni or sono andai al Tribunale di Forlì e trovai una situazione incerta perché, nel frattempo, alcuni magistrati già della sezione erano stati trasferiti e non si sapeva se l'udienza avrebbe potuto tenersi. Poi si disse che forse l'udienza sarebbe stata tenuta con la presidenza di una signora. Era una donna minuta, di cui non ricordo il cognome, visibilmente tutta sale e pepe. Presiedette per il civile fino alle dieci e poi disse che doveva allontanarsi un'ora per le cause fallimentari, tornò alle undici e disse che si potevano fare anche la cause di lavoro a condizione che gli avvocati parlassero per non più di due minuti; tanto che il collega avversario, prof. Alleva, ad un certo punto disse « nei pochi secondi che mi restano vorrei dire che... ». Ho l'impressione che tra quarant'anni il terzo ordine sarà in prevalenza femminile ed entro i prossimi quindici anni qualcuna arriverà ai supremi gradi. Questo *status* sostanzialmente impiegatizio meglio consente di conciliare lavoro esterno e impegni familiari (ben diversa è l'avvocatura); così pure, come una volta lessi, si è femminilizzata la professione medica nel sistema sanitario sovietico. Questa presenza può talora provocare problemi di funzionalità. Qualche giorno fa ho incontrato un consigliere pretore di una grande città, e mi ha raccontato quanti problemi derivano dalla contemporanea assenza per maternità di diversi giudici. Si potrebbe ovviare costituendo in ogni distretto una squadra sostituzioni.

Anche nel corpo docente universitario non sono poche le donne; ma sono, invece, scarsamente presenti in Parlamento. Nella competizione per la medaglietta, che annovera migliaia di aspiranti, gli uomini hanno ancora la meglio. Per quanto vi siano diverse donne universitarie di livello o in posizione eminente nell'avvocatura, finora nessuna donna è giunta alla Corte costituzionale. Spero che il Sig. Presidente della Repubblica se ne ricordi in una prossima occasione.

4. Del tutto diversa è la situazione nelle attività propriamente produttive, dove pure larga parte della manodopera è femminile. È

notorio che qui la presenza delle donne si accentra nella prima stagione lavorativa; segue poi, spesso, l'allontanamento per ragioni familiari. Scarsa è la presenza al livello direttivo dove, dato essenziale, non vi sono precisi limiti di orario. L'ostacolo vero è dato dalle peculiari esigenze della sposa e della madre. L'ostacolo non è di ordine economico e sociale (come prevede il capoverso dell'art. 3 Cost., così determinando l'imperativo dell'eguaglianza sostanziale), bensì *naturale*; e deriva, come invece recita l'art. 37/1, dalla essenziale funzione familiare.

5. Quanto sopra premesso, sul piano giuridico, come già ho detto in *GC*, la sentenza della nostra Corte costituzionale sulla norma relativa alla presenza delle donne nelle liste elettorali è giuridicamente dubbia. La tesi che la legge dovrebbe limitarsi a precostituire le condizioni assicuranti l'eguaglianza dei punti di partenza, senza incidere direttamente sul risultato è, come ha dimostrato M.V. Ballestrero, opinabile. Non si deve dimenticare che la norma incriminata non disponeva direttamente per una quota riservata alle donne fra gli eletti, ma si limitava ad esigere un minimo di presenza nelle liste, del tutto libero il corpo elettorale di privilegiare del tutto i maschi. La posta in giuoco era così esigua che non giustificava l'operazione demolitoria. Ben si sa che milioni di donne sarebbero ben più degne di sedere nei consessi in sostituzione di tanti maschi di dubbia qualità; l'intervento della legge nella direzione auspicata può raccomandarsi *per smuovere le acque*.

6. Inoltre a me pare che la Corte abbia dimenticato un assetto normativo ben più incisivo, nell'ordinamento, al fine di garantire la presenza negli organi di potere di certi segmenti della cittadinanza. Mi riferisco alla complessa normativa a tutela della presenza della minoranza tedesca in Alto Adige (v. M. Bertolissi, voce *Regione Trentino-Alto Adige*, in *Enc. dir.*). Qui si va ben oltre, imponendosi a tutti i livelli il rispetto della proporzione tra le varie componenti etniche. È dubbio, a mio avviso, che questa soluzione fosse giuridicamente e costituzionalmente necessitata.

La Costituzione impone la tutela delle minoranze linguistiche con pienezza di diritti e di possibilità; non impone, mi pare, una tutela istituzionale preordinata. Ma vi erano ragioni politicamente eloquenti: la massiccia presenza e volontà di sopravvivere di quella minoranza, la dimensione internazionale della questione, l'esigenza di eliminare la spinta al terrorismo che, per essersi concentrato sulle cose e non anche sulle persone (com'è nella scelta dei cattolicissimi nordirlandesi e dell'estremismo arabo) non era meno temibile.

7. Tutto concedendo ai progressi verificatisi, la questione femminile tuttavia resta, con punte di drammaticità, nella condizione umana. È importante rilevare che la gente cerca di superare questa condizione con rimedi estremi indivualistici. Calano i matrimoni, di norma si procrea una sola volta, si diffonde il rifiuto della paternità e della maternità. Nel nostro Paese si registra il calo della popolazione. Ed è, come ho detto in una noterella, la più incisiva rivoluzione verificatasi istintivamente a livello di massa, senza che nessuna forza sociale o politica l'abbia propagandata. È un suicidio collettivo, come talora si verifica in certe specie animali.

8. Alla soluzione di fatto del suicidio collettivo e alla drammaticità di oggi ci potrebbe essere, in teoria, un'alternativa nella costruzione di una società del tutto nuova. Per ricordare questo, non a caso, nel capitolo del mio manuale dedicato alla donna e al lavoro, ho inserito un brano assai eloquente di L. Trotsky sulle speranze riposte nella rivoluzione d'ottobre e sulle successive delusioni. L'obiettivo del pensiero classico socialista fu quello del superamento della famiglia come istituzione oppressiva per la donna. Questa spinta è stata abbandonata da diversi decenni, e non pare assolutamente proponibile nella totale bancarotta del collettivismo.

9. Come dissi in *GC*, nel fondo può esservi tuttavia un pizzico di consenso politico per la sentenza della Corte costituzionale. La cosa può apparire contraddittoria. Cerco di spiegare. Sarebbe preferibile, sul piano dell'autenticità, che le donne, ormai del tutto giuridicamente emancipate, conquistassero per forza loro propria sempre più avanzate posizioni di rilievo nella società civile e in quella politica. L'ascesa per forze solo proprie è gratificante; quella parzialmente indotta per disposto di legge lo è assai meno. Penso che una persona che sia giunta a una certa posizione dovendo riconoscere che tanto è dovuto alla legge, abbia un senso di mortificazione.

Mi spiego meglio con un episodio. Conosco e apprezzo M.V. Ballestrero dagli inizi degli anni '60. Nello spirito di questa amicizia fatta di stima, al Congresso di Gubbio del giugno 1995 in occasione delle elezioni del direttivo dell'associazione giuslavoristica, votai per lei e, acquisiti i risultati, andai a congratularmi, dicendole che non si era trattato di un'azione positiva, sibbene di merito individuale acquisito. Lei ebbe la cortesia di ringraziarmi pubblicamente nella replica congressuale. Voglio stimare le donne per quello che obiettivamente sono, del tutto favorevole alla loro causa. Non ho mai pensato nei termini in cui un mio

venerato maestro, Virgilio Andrioli, valutò, in quegli anni lontani, la nostra collega. Per qualche anno A. insegnò a Firenze ed ebbe come collaboratrice del *Foro Italiano* la Ballestrero, che per qualche anno lavorò magnificamente per la rivista. Una volta, come l'Amica mi disse, il professore ebbe occasione di parlare di Lei in una cerchia di colleghi e ne disse positivamente, concludendo: « Quella ha il cervello di un uomo ». È, mi duole il dirlo, la valutazione più rozzamente maschilista che possa aversi. Spesso molti uomini hanno, rispetto alle donne, un cervello di gallina.

10. L'imperativo è quello di fare tutto il possibile per agevolare le donne nella conciliazione tra impegno sul lavoro e obblighi familiari, specialmente verso la prole. Ad esempio, la proposta delle donne comuniste di qualche anno fa sull'assetto degli orari dovrebbe essere presa in seria considerazione per cercare di individuare il fattibile. Poi, rispetto alla via del suicidio collettivo che almeno la nostra etnia pare aver imboccato, si tratta di valutare se c'è un interesse pubblico alla conservazione della medesima, traendone con coerenza i corollari applicativi.

Parlo solo della nostra etnia, perché una consimile spinta non sussiste altrove. Come i demografi stimano, alla fine del secolo prossimo venturo da questo lato del Mediterraneo, scomparsi gli italiani, vi saranno popolazioni di altro ceppo. Non si drammatizzi. Niente di nuovo, ora e sempre, sotto il sole. Anche l'impero romano, al pari di diversi altri, finì.

70.

# QUALCHE CHIOSA SUL PROCESSO D'AGGIUSTAMENTO DEL DIRITTO DEL LAVORO (*)

1. È ben noto che, da circa vent'anni, in tutti i Paesi industrializzati si sta discutendo in ordine all'impatto del diritto del lavoro, e più in generale del diritto sociale, nella società contemporanea; e da diverse parti si sollecita, in ragione delle conseguenze negative di questa normativa o dell'insostenibilità dei costi che ne derivano, revisioni più o meno radicali. Anzi, nelle due grandi democrazie anglosassoni, vi è stata una vigorosa ripresa conservatrice e liberista; di qui, ivi, una notevole inversione di rotta. Un filone sostiene la necessità di smantellare questo diritto. Più prudentemente altrove, in pratica nei Paesi del continente europeo, si preferisce un'adeguata revisione razionalizzatrice, senza rinnegare i principi e i valori fondamentali.

Quest'articolo trae spunto dall'ultimo grosso contributo che, in questa zona, è stato pubblicato da un giuslavorista italiano. Alludo al libro di Pietro Ichino, *Il lavoro e il mercato. Idee per un diritto del lavoro maggiorenne*, in pubblicazione da Mondadori in questo scorcio d'anno. Ne traggo occasione solo per alcune chiose su questo affascinante tema del processo d'aggiustamento di questo diritto (sono tali e tanti i temi qui toccati, che per dirne adeguatamente dovrei scrivere un numero di pagine, circa 300, pari a quelle di cui consta il volume). Il discorso è, per questo, limitato ad alcuni punti che mi paiono di particolare interesse; del che chiedo venia all'amico Autore.

2. È bene ricordare che nel 1982 Ichino pubblicò, da De Donato Bari, un libro, il *Collocamento impossibile* che fece un certo scalpore. Infatti l'A., all'epoca deputato del partito comunista (oggi si rispecchia nel partito democratico della sinistra), prendeva criticamente di petto il sistema del collocamento pubblico obbligatorio della manodopera, caro

(*) Questo contributo è destinato agli studi in onore del prof. Hécton-Hugo Barbagelata, promossi dalla facoltà giuridica dell'Università dell'Uruguay.

alla tradizione del movimento operaio e socialista; il sistema per il quale, in sintesi, gli imprenditori, per poter assumere manodopera dovevano rivolgersi a un ufficio pubblico che avviava chi riteneva meritevole, in applicazione dei criteri di bisogno sociale fissati dalla legge: cioè sistema della richiesta « numerica » (voglio tot operai di una data qualificazione). In teoria, solo eccezionalmente la legge ammetteva la richiesta nominativa (desidero il signor X) che poteva aver corso a seguito di autorizzazione dell'ufficio. Ichino cercava di dimostrare che, in realtà, così tante erano le previsioni di richiesta nominativa che, al massimo, quella numerica aveva corso all'incirca nel 15% dei casi, mettendo inoltre in rilievo altre gravi disfunzioni di questo sistema.

Il precedente dimostra che Ichino è un uomo libero, che ragiona senza pregiudizi con la sua testa. È proprio per questo che noi due, pur di ben diversa collocazione ideologica, da undici anni stiamo benissimo insieme nella direzione della *RIDL* (che è rivista libera, senza pregiudiziali opposizioni di politica del diritto).

Anche il recente libro, rivolto non ai soli chierici della materia, ma al più vasto pubblico, tanto che è pubblicato da una casa editrice non giuridica, a prescindere dalle singole tesi sostenute, accettabili o no, si segnala soprattutto per aver detto come stanno le cose nella concreta esperienza, non trascurando niente delle varie situazioni in positivo e in negativo. Ad es., a 39, l'A. non esita a dire che negli anni '70 venne introdotto nel nostro sistema qualche elemento comunistico (s'intende di socialismo reale). Infatti, per quanto avveniva nella nostra zona e altrove la nostra esperienza era, per certi aspetti, « quasi » di democrazia popolare. Per questo è auspicabile che si legga attentamente questo libro, traendone spunto per adeguate meditazioni.

3. Ma, specialmente nelle scienze sociali, se possono esservi lavori almeno nelle intenzioni disinteressati, non vi può essere opera del tutto asettica, talune scelte di principio essendo inevitabili. Il contesto in cui si muove, con disinvoltura, Ichino è quello della tecnologia più avanzata, inveratasi o in via d'inveramento in talune regioni; una realtà che non ha riscontro in altre zone, perché la realtà italiana è varia e complessa. Il prof. Giugni ha scritto qualche tempo fa (mi spiace di non essere in grado d'indicare il luogo) che tra i giuslavoristi italiani c'è chi ancora pensa a una dominante reale di sfruttamento, specie nelle campagne del Sud; e chi, invece, ritiene che ci si muova in una situazione agli antipodi, molto avanzata. Pensai (e penso) che l'illustre professore avesse in mente, appunto, il suo pur bravissimo allievo prof. Garofalo e Ichino.

4. Tutto il libro insiste sulla contrapposizione tra le due zone nettamente distinte di quelli che sono « dentro » la zona protetta e gli esclusi; tra tutti quelli (forse ormai una minoranza) che hanno tutte le varie tutele del diritto del lavoro e gli altri non protetti. Una distinzione che, poi, ove si legga compiutamente, non è esclusivamente in termini di privilegiati e di paria; in più luoghi si registra che tra gli esclusi vi sono, nel lavoro autonomo e anche in quello irregolare, molti soggetti a prestazione qualificata, forti nel mercato (ed è, infatti, una realtà da tutti registrabile, essendo però opinabili tutti i tentativi di quantificazione).

Da noi la situazione è particolarmente drammatica nelle regioni meridionali, specialmente in danno dei giovani e delle donne. La nota particolarmente negativa dell'Italia è che qui, a differenza che altrove, largamente si registra la disoccupazione di lungo periodo, cioè la condanna sociale quasi per tutta la vita. Nel nostro massimo quotidiano economico *Il Sole 24 Ore* di venerdì 2 agosto 1996, 7, si può leggere un articolo, in questa chiave, del prof. Florin Aftalion, dal titolo eloquente, *Quanti luoghi comuni sui poveri*; i disoccupati oltre l'anno negli Stati Uniti non superano lo 0,73% contro il 4,6% della Francia. Come dice Ichino, quando è notevole la mobilità, con notevoli possibilità di trovare lavoro sia pure non a vita, il dramma si riduce. Da noi il *turn over* è minimo.

5. La tesi di Ichino sul fallimento del vecchio collocamento della manodopera è accettabile; aggiungendosi che il sistema è finito da ultimo anche formalmente, giacché la richiesta nominativa, cioè la libertà dei datori di lavoro di scegliere le persone, al massimo con l'obbligo di riservare una certa percentuale ai lavoratori in mobilità assistita o disoccupati di lungo periodo, è stata generalizzata. Ma, per la caratteristica di fondo del nostro sistema politico (la quasi impossibilità di scelte nette a breve, nella perdurante frammentazione partitica) è ancora ufficialmente una situazione solo provvisoria, in attesa della riforma organica sempre promessa (anche sul tema funzionalmente congiunto della formazione professionale), malgrado l'impegno dell'attuale ministro per il lavoro prof. Treu. Infatti i sindacati dei lavoratori, con l'apporto di alcuni illustri cattedratici come il prof. Ghezzi, si illudono (p. 34) nella soluzione della mera regionalizzazione del servizio, da vedersi magari nella prospettiva federalista ora ufficialmente adottata (per il terrore provocato dal sempre minoritario movimento secessionista della Lega Nord); basterebbe, cioè, un semplice trasferimento di questo fatiscente servizio. Assai più utilmente, invece, i collocatori di Stato potreb-

bero essere trasferiti agli ispettorati del lavoro, largamente carenti di personale (p. 60).

Registro la cosa con una punta di malinconia; perché significa la morte di quella che fu, tra fine '800 e primo '900, un'idea forza del movimento sindacale, quella della giusta ripartizione delle occasioni di lavoro ad opera di uffici imparziali e con criteri predeterminati (bisogno sociale concreto ecc.). Una concezione che, invero, era largamente circolante in un mio libro del 1965: con la pratica espropriazione della libertà individuale del lavoratore, indotto ad accettare la designazione dell'ufficio, senza possibilità di esprimere il non gradimento dell'impresa indicata. O meglio, poteva farlo, ma doveva essere allora collocato in fondo alla lista degli iscritti, perdendo l'anzianità registrata. A questo proposito vorrei segnalare un'interessante esperienza lucchese in tema di assunzioni obbligatorie (dove, invero coerentemente, e forse per giustificare ancora il ruolo dei collocatori, ufficialmente si dice che il principio della richiesta numerica, generalmente bandito, deve aver corso; ed infatti Ichino è, coerentemente, per il passaggio anche qui alla richiesta nominativa). L'ufficio da qualche tempo pubblica nei giornali l'elenco dei posti disponibili presso le varie aziende, sollecitando gli invalidi iscritti a manifestare eventualmente le loro preferenze; l'ufficio poi designa tra coloro che hanno dichiarato di aspirare a quel dato posto. Della soluzione può discutersi allo stato della normativa vigente, ma è ineccepibilmente elegante perché dà sfogo alla volontà del lavoratore.

6. Ben venga, come auspica Ichino, una rete di servizi efficienti, in concorrenza tra quelli promossi da entità pubbliche e private e sindacali o intersindacali (gli enti bilaterali che vanno diffondendosi), al fine di garantire ai lavoratori, occupati e no, la piena informazione sulle occasioni esistenti nonché sull'andamento della congiuntura e la piena formazione professionale (anche nel senso della riqualificazione) e infine la piena mobilità nel mercato nazionale (ma gli italiani sono strettamente legati, anche per serie ragioni familiari, al borgo natìo; la prima preoccupazione dei neoassunti nella pubblica amministrazione, destinati al Nord, è di cominciare a tempestare subito per tornare al Sud da dove in prevalenza provengono; esiste perfino una sorta di sindacato dei ferrovieri meridionali). Semmai Ichino è forse troppo innamorato di questa sua idea e giunge, a mio avviso, ad affermazioni esagerate. Ad es., nell'introduzione scrive che lo stato disastroso dei nostri servizi « è la causa principale della debolezza contrattuale » del nostro lavoratore. Da buon liberale che vede nei movimenti d'ispirazione marxista il naturale dirimpettaio (siamo entrambi figli della rivoluzione industriale) credo

che ancora, almeno al livello di massa, la ragione precipua della debolezza del lavoratore nel contratto di lavoro sia nel dato naturale della proletarizzazione (certo di vario livello: ci sono come disse ottimamente un sociologo francese, salariati di esecuzione o operai d'amministrazione o impiegati, di direzione o dirigenti); cioè nel fatto che l'occasione di lavoro è largamente nella mani della parte datoriale (tanto che solitamente è questa che formula la lettera di assunzione che il lavoratore sottoscrive in mera adesione).

7. Siamo poi sicuri che l'esatta informazione su tutte le occasioni di lavoro esistenti possa sempre giovare ai poveri diavoli in concreto? In parte ne dubito, giacché la diffusa conoscenza può provocare l'incremento delle domande. Da noi è normale, specie nei lavori latamente pubblici, a stabilità di fatto garantita, che per le poche decine di posti messi a concorso le domande siano migliaia, derivandone ingenti complicazioni. Posso citare una situazione toccata personalmente. Solo verso i quarant'anni appresi dell'esistenza in Firenze di una ristretta facoltà di scienze forestali, donde si ricava l'ufficialità del corpo forestale dello Stato; se lo avessi saputo prima dei vent'anni, perché preferisco per indole e storia mia lavorare nel silenzio della natura, avrei probabilmente tentato questa strada, ammesso (ne dubito) che avessi le doti per impadronirmi di discipline autenticamente scientifiche.

8. Ichino dà talora l'impressione che per la via ch'egli caldeggia dei servizi sufficienti sopportati dalle possibilità che l'informatica consente in tempo reale, si possa ridurre radicalmente il tasso assoluto della disoccupazione, portandola nei limiti di quella che gli economisti dicono normale e senza drammi perché meramente congiunturale e di breve periodo. Con tutta la mia inidoneità in punto di profezie per il futuro, nutro qualche dubbio. Indubbiamente molto si può fare o scovando occasioni possibili o con una deliberata politica pubblica (quale quella, ad es., dei lavori socialmente utili). Negli ultimi anni, al calo dell'occupazione nelle industrie si è accompagnata una non trascurabile crescita nel terziario. Si può essere d'accordo con Ichino registrando che le innovazioni tecnologiche aprono enormi possibilità di nuovi lavori (p. 127 ss.), cosicché contrariamente a quanto qualcuno ha detto, il lavoro « non è finito », c'è solo un processo di trasformazione. Ma tutto concedendo, non credo realistico ipotizzare un drastico calo della disoccupazione in assoluto a breve. Se in questi vent'anni vi fossero state autentiche larghe possibilità di sviluppo e di occupazione di massa fino al raggiungimento sostanziale del pieno impiego, il capitale, indigeno o no,

si sarebbe precipitato. Quanto meno resta un problema di ritmi temporali. Immagino che sarà necessario un non breve periodo per invertire la tendenza e giungere al traguardo. E intanto milioni di persone resteranno escluse.

9. Ichino, partendo dalla premessa che d'ora innanzi vi sarà una consistente quota di lavoro diverso da quello subordinato in senso stretto propone, invero con diversi altri, uno sviluppo dell'ordinamento nel senso della formalizzazione delle differenze. La tutela, giusta il precetto costituzionale dell'art. 35, dovrebbe estendersi anche al lavoro autonomo e parasubordinato, almeno a quello implicante, con continuità, una relativa dipendenza dal committente. Il lavoro subordinato tradizionalmente inteso diverrebbe un sottotipo rispetto alla disciplina protettiva generalissima. I possibili punti della tutela degli autonomi vengono minutamente specificati (non posso diffondermi). Per il lavoro parasubordinato si potrebbe avere un accordo interconfederale (dove sono i sindacati specifici di parte lavoratrice?). Condizione dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi (al fine di cercare di ridurre lo scarto tra chi è dentro e chi è fuori) sarebbe la partecipazione alla stipulazione di organizzazioni sindacali del lavoro non strettamente parasubordinato.

Ripeto: è, grosso modo, un'idea anche di altri. Nel corso dei lavori della consulta giuridica della CGIL sono state presentate due proposte alternative dei professori Alleva e D'Antona. Altri professori, Persiani, De Luca Tamajo e altri che ora non ricordo, hanno parlato, in un incontro con la Confindustria, di un lavoro « coordinato » di cui si è letto nei giornali e che io non ho ben capito.

Ho diversi dubbi, soprattutto in ordine alle ragioni della diffusione, negli ultimi tempi, del lavoro non subordinato formalmente. Le consulenze sono all'ordine del giorno. Ci sono a livello del personale direttivo, comprensivo dei quadri e del lavoro altamente qualificato, per procurare all'impresa la preziosa collaborazione dei pensionati sessantenni, ancora nel pieno vigore fisico e psichico. Ci sono ad altri livelli per cercare di evitare, talora con la miope connivenza del lavoratore, la contribuzione previdenziale. Ma, a livello di massa e se si toglie la posizione dei pensionati, almeno dal mio modesto angolo d'osservazione in provincia, ho l'impressione che ancor oggi la gente preferisca la relativa stabilizzazione di fatto del rapporto di lavoro subordinato, con conseguente tutela previdenziale. Almeno questa è la spinta che proviene, cosa non indifferente, dai padri e dalle madri.

E qui azzardo una mia spiegazione del fenomeno nella situazione italiana. Ritengo che largamente, alla base, ci sia il naturale contraccolpo

agli aspetti negativi e parassitari del nostro diritto del lavoro gestito, dal 1970, dal sindacalismo confederale. È in questa situazione spesso asfissiante che è maturata la reazione. Ma, per il momento, continuo a credere alla centralità dell'impresa e del lavoro nell'impresa, come fatti costitutivi essenziali dell'economia. Prima di dar corso a queste prospettazioni di complicati sviluppi normativi per zone, mi parrebbe razionale dar corso al processo d'aggiustamento e di razionalizzazione del diritto del lavoro. Ho una certa fiducia che, muovendosi decisamente per questa strada, il fenomeno ora tanto esaltato possa largamente rientrare.

Ove si superi la patologia dell'ultimo ventennio, il contratto di lavoro subordinato mi pare sia, a differenza del lavoro parasubordinato ed autonomo, il canale più naturale disponibile per il bisogno imprenditoriale di manodopera. Certo, come ho già accennato, di norma i contratti di collaborazione, sia pure sulla base di preventive intese, sono fabbricati negli uffici del personale. Ma c'è una differenza di sostanza, ben messa in luce da Ichino, tra il contratto di lavoro subordinato e gli altri possibili contratti. Il contratto di lavoro, nel rispetto della normativa di legge e di contratto collettivo, consente all'impresa di utilizzare largamente la forza lavoro secondo le diverse esigenze che emergono nella congiuntura (in ragione, ad es., dello *ius variandi* e del potere di trasferimento che è riconosciuto alla parte datoriale). Viceversa i contratti di collaborazione parasubordinata e di lavoro autonomo obbligano solo e irrevocabilmente (fatta salva l'ipotesi del mutuo consenso modificativo) a quello che è stabilito nei medesimi contratti, potendone risultare che l'impresa ha le mani legate. È una differenza di sostanza. Penso che di massima il datore di lavoro preferisca avere alle dipendenze persone alle quali un giorno può ordinare di fare una cosa e il giorno dopo un'altra.

Ma, se è dubbia la tesi di mettersi immediatamente a fabbricare diversi codici del lavoro, c'è pure qualcosa che si può fare subito a tutela del lavoro non subordinato, in svolgimento dei principi costituzionali.

10. In primo luogo niente osta, *ex* art. 35 cost., a che al lavoratore non subordinato sia in ogni caso garantito l'equo compenso per l'opera prestata. La legge può dirlo chiaramente. A prescindere dall'intervento legislativo, è ben possibile che la giurisprudenza si orienti in questo senso, ripetendo in sostanza l'operazione compiuta felicemente quarant'anni or sono per l'art. 36 (potendo il magistrato far ricorso, al fine, come si disse in una nota vicenda, a qualsivoglia « ragionevole espediente »).

11. Niente osta altresì ad una tutela previdenziale specifica. È, del

resto, quello che il legislatore ha fatto di recente imponendo il famoso contributo del 10% sui compensi per quanti non abbiano già tutela specifica. In verità la spinta a questo intervento non è stata genuinamente di protezione sociale. Ha risposto, invece, l'esigenza molto prosaica di trovare un altro canale di finanziamento degli enti previdenziali deficitari. Infatti alcuni giorni or sono l'INPS ha fatto sapere che purtroppo mancano 1100 miliardi rispetto a quelli preventivati, con la pretesa di far pagare anche i soggetti aventi già collocazione previdenziale. Così io, già garantito come universitario, dopo aver subito una ventina di anni or sono l'imposizione della cassa previdenza avvocati, in base a quest'ultimo intervento avrei dovuto pagare anche per i compensi che ricevo come amministratore di Cassa di risparmio. Sono stato poi risparmiato, dopo un tira e molla indecoroso durato diversi mesi, in quanto ultrasessantacinquenne (e il prof. Cinelli mi ha detto che rischia di avere ben quattro posizioni assicurative). Ma, sfrondato da queste miserie, l'intervento resta in positivo. Così come non vi dovrebbero essere dubbi in ordine all'estensione dell'assicurazione contro gli infortuni, ove vi sia esposizione a pericolo. Si ricordi che già il diritto prevenzionistico (l'assicurazione naturalmente accede a questa normativa) considera tutti i soggetti, lavoratori subordinati o no (« con o senza retribuzione » con significativa espressione delle vecchie leggi), che sono egualmente esposti al pericolo.

12. In più luoghi Ichino sostiene che è indispensabile la zona di inderogabilità della normativa, di legge e di contratto collettivo, dando spazio, oltre la garanzia minima congegnata anche con la tecnica di massimali retributivi rilevanti, all'autonomia individuale, magari con la possibilità di patti in deroga possibili con l'assistenza sindacale (p. 83). Ovviamente il problema, ove sussista la volontà politica tradotta in precise normative, non si pone sul piano della legge rispetto all'autonomia sindacale e individuale. Faccio l'esempio più semplice della disciplina dell'orario di lavoro. Da noi vige ancora la regola posta nella legge del 1923, per esigenze di tutela della salute, delle otto ore nella giornata e delle quarantotto settimanali; da decenni la contrattazione sindacale è andata oltre e di norma l'orario settimanale non va oltre le quaranta ore. E tuttavia la legge del 1923 potrebbe essere modificata, portandosi l'orario settimanale massimo di legge a 40 ore, nel diverso ordine d'idee di ridurre gli orari per favorire l'assunzione dei disoccupati; è questione di scelta legislativa libera non condizionata costituzionalmente (ma Ichino è contrario alla parola d'ordine « lavorare meno, lavorare tutti », ritenendo che la soluzione non porterebbe a nuova occupazione, ma

all'intensificazione della produttività col supporto di sviluppi tecnologici, p. 121 ss.).

Sul piano dei rapporti, invece, tra contratto collettivo e contratto individuale, è questione d'indirizzo sindacale. Per un lungo periodo il sindacalismo ha preteso che tutto fosse regolato per contratto collettivo, bandendosi la possibilità di miglioramenti a livello individuale ovviamente gestiti dal padronato. Probabilmente i sindacati oggi potrebbero cambiare orientamento per non pregiudicare le possibilità della contrattazione individuale sul mercato.

13. A 116 Ichino dice che sono possibili sei alternative di politica del lavoro sul piano dell'occupazione. La prima potrebbe essere quella di non fare, liberisticamente, nulla « ricreandosi... differenziali di reddito simili a quelli che nel secolo scorso consentivano alle famiglie agiate di circondarsi di una pletora di famiglia ». Ne prendo spunto per fare una considerazione sull'attuale situazione sociale dei Paesi sviluppati, che non mi pare convenientemente registrata dagli economisti. La notazione di Ichino è esatta. In una lettera di J. Swift del 28 giugno 1715 a Pope (v. *Opere scelte*, in *I meridiani*, Milano, 1995, 1159) il modesto pastore anglicano così descrive la sua situazione: « Dovete sapere che vivo in un angolo di una grande casa non arredata, la mia famiglia è composta da un maggiordomo, uno stalliere, un mozzo di stalla, un valletto e una vecchia cameriera, tutti pagati con vitto ed alloggio... » (senza stipendio).

Gli economisti parlano di un generale miglioramento di vita nei Paesi industrializzati; la gente ha, come è vero, soldi, abita in buone case, si veste con eleganza, ha l'automobile, può viaggiare ecc. A mio modesto avviso, questa è solo una faccia della realtà. Nel contempo, nel miglioramento generale delle condizioni di vita, c'è stato nell'ultimo secolo un relativo peggioramento delle condizioni della piccola borghesia e del ceto medio anche contadino. Dipende dai punti di vista. A mio avviso il segno più autentico della ricchezza è nella relativa facilità di procurarsi a modico prezzo la collaborazione altrui per i bisogni quotidiani della famiglia e per le più tristi evenienze della vita, le malattie e la vecchiaia. Un tempo non molto lontano (fino a quarant'anni fa), il ceto benestante non poteva concedersi i lussi che oggi sono possibili anche al medio operaio. Vi erano professionisti affermati senza automobili e senza viaggi; ma avevano in casa domestici, spesso solo per il vitto e alloggio e le minime necessità della vita, potevano provvedere agevolmente per l'assistenza di un congiunto lungodegente. Io mi sento per certi aspetti povero, pur avendo diverso denaro, rispetto a mio padre che da « possidente », (come orgogliosamente dichiarava ai pubblici uffici) lavorava

anche materialmente nei campi. Oggi, se capita in famiglia una grossa disgrazia, in pochi anni si volatizzano i risparmi accumulati: con buona pace degli economisti che falsano la ben più complessa realtà sociale. È brutale, ma sul piano egoistico è veramente ricco chi ha la ventura di essere benestante in un Paese depresso. È la ferrea logica economica.

14. Una seconda politica potrebbe essere quella di aumentare i sussidi di disoccupazione, evitando ai beneficiari di doversi piegare ai lavori più umili. È possibile. Ma questa politica, a mio sommesso avviso, nel contempo non sarebbe di sinistra e avrebbe una portata oggettivamente antinazionale sul piano della difesa etnica, favorendo, come di fatto avviene, l'immigrazione degli extracomunitari. Personalmente non ho mai capito come e perché si possa parlare di lavori umili o no. Tutti i lavori che hanno corso sono socialmente necessari e quindi utili. Forse perché da ragazzo e da adolescente ho avuto la ventura di dover lavorare, come ho raccontato altrove, come stalliere ed anche nei campi. Semmai vi sono naturali differenze di attitudini e di intelligenza; non a tutti è dato di poter operare come ricercatori scientifici. Ed è tutto un discorso diverso. Chi cerca di evitare ai connazionali i lavori ritenuti più umili oggettivamente è di destra e nel contempo antinazionale. Io ho la fortuna di avere quasi settant'anni.

15. Per Ichino, in ragione degli interessi oggettivi dell'impresa, tutte le forme possibili di contratto debbono aver corso, senza quelle preclusioni che un tempo il sindacato aveva non si sa bene perché, se per pregiudiziale ideologica o per avversione naturale a tutte quelle varie combinazioni che consentono agli uomini in carne e ossa (e specialmente alle donne) di conciliare la parziale partecipazione al lavoro e l'appagamento di altre esigenze. Quindi, alla rinfusa, contratto a tempo parziale, settimana di lavoro concertata, impegno per il fine settimana, *job sharing* ecc. (p. 135 ss.).

Naturalmente l'A. riconferma (p. 67 ss.) il suo favore anche per il lavoro interinale. Ma qui ribadisco le riserve già espresse in *Riv. it. dir. lav*. Le comprensibili esigenze temporanee delle imprese possono essere variamente appagate con ulteriore liberalizzazione del contratto a termine, ammissibile ogni volta che nella situazione concreta non si giustifichi l'assunzione a tempo indeterminato o con l'appalto quale disciplinato ora nell'art. 3 della legge n. 1369 del 1960. Se poi, come parrebbe giusto, i lavoratori dovessero essere compensati in ragione della reperibilità, verrebbe a costare assai di più e non si vede in cosa consisterebbe il vantaggio nel giuoco economico complessivo.

Interessanti le proposte in tema di lavoro festivo e notturno, dove la questione dovrebbe essere radicalmente « laicizzata », passando dall'attuale sistema di affermazioni di principio con numerose eccezioni, a un sistema assai più praticabile (e scoraggiante gli abusi) di forti maggiorazioni.

16. Passando al capitolo della risoluzione del rapporto, Ichino rileva che il regime limitativo dei licenziamenti, in sé approvabile, ha però costi diversi; tra cui quello che i lavoratori protetti vengono a percepire, quasi in compensazione, minori retribuzioni (p. 144). Ma in diverse situazioni, specie di dominio pubblico, vi sono lavoratori con regime di stabilità talora profumatamente pagati, nel complesso fenomeno che anni addietro si denunciò come « giungla retributiva ».

17. Vi sono nel libro varie considerazioni acute sulle difficoltà per il datore di lavoro di comprovare in giudizio la giustificazione del licenziamento, con eccesso di discrezionalità del giudice (p. 160), risolvendosi il contenzioso in un giuoco alla *roulette* russa (p. 161). Spesso (p. 156) risulta evanescente nelle aule di giustizia il motivo ben evidente nella realtà aziendale, per circostanze difficilmente riducibili in capitoli di prova, facendosi gli esempi dello scarso impegno e del difetto di *savoir faire*. Tutto questo è esatto nella realtà del contenzioso per un complesso di fattori. In primo luogo nelle imprese medio-grandi, per necessità di cose, l'impresa non è il magnate solitario delle caricature di Scalarini, il grande vignettista del quotidiano socialista prima del fascismo. Sotto il vertice vi è, in immediato contatto col lavoratore, la rete articolata della gerarchia interna. Di necessità i poteri sono delegati ad altri lavoratori di diverso livello, a persone che non hanno naturalmente la mentalità del padrone. In secondo luogo, come spesso mi sforzo di dire ai miei clienti datori, dovrebbe aversi una gestione per così dire non burocratizzata dei rapporti di lavoro. Tutti i comportamenti censurabili nella condotta, anche minimi, anche senza immediata reazione disciplinare, dovrebbero essere registrati, con l'indicazione delle relative fonti di prova, cosicché al momento della crisi il *dossier* dovrebbe essere già completo. Come avvocato, non so dire quanta fatica occorra, in estenuanti sedute, per ricostruire la vera carriera del lavoratore, in particolare nella causa d'impugnativa della mancata promozione. Ci vuole molta fatica per riuscire ad arrivare ai fatti decisivi. E talora, per una sorta di miracolo, si arriva. Ricordo il caso, verificatosi appunto per una lamentata non-promozione, che si fu in grado di provare, e l'interessato dovette ammettere, che in un'occasione, in ragione dell'affidamento di una pratica

bancaria, l'impiegato che si autodefiniva valoroso e degno di ascendere, scoppiò in lacrime non sapendo da che parte cominciare.

18. In tema di risoluzione del rapporto, Ichino approfondisce la tematica, soprattutto, del giustificato motivo oggettivo (p. 164 ss.), una proposta di innovazione legislativa poi trasferita ai licenziamenti collettivi (p. 184 ss.). L'intento è quello di eliminare l'alea del giudizio; con l'ambizione di poter trovare, addirittura con adeguato intervento legislativo, un filtro « automatico » per poter giudicare della giustificatezza del licenziamento. In realtà, qui ed anche in altri luoghi, l'*animus* è fortemente illuministico-razionalistico, con l'obiettivo, invero ambizioso, di poter ottenere la massima certezza, ritenendosi che vi sia spazio per soluzioni taumaturgiche. Pur concedendosi che le esigenze aziendali debbono in qualche modo coordinarsi con criteri sociali (specialmente a favore dei lavoratori anziani), Ichino parte da alcune considerazioni di peso: il licenziamento sarebbe giustificato quando la produttività del lavoratore risulti inferiore al costo del mantenimento del rapporto e quando si tratti di sostituirlo con lavoratori più efficienti. Di qui, con ragionamenti complicati e nel susseguirsi di formule, la conclusione (p. 178) che « sussiste il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel caso in cui il sacrificio derivante per l'imprenditore dalla prosecuzione del rapporto (misurato dalla sua disponibilità a sopportare un costo in cambio della risoluzione) sia pari o superiore al valore monetario dell'ultima retribuzione mensile del lavoratore moltiplicata per il numero dei suoi anni di anzianità di servizio aumentato di sei ». È una prospettazione del tutto originale nella nostra dottrina che qui, di necessità, viene solo accennata. Mi limito a dire che ne è dubbia la portata miracolistica.

Tutto concedendo, anche ammettendo la possibilità di questa formula, il campo risulterebbe del tutto aperto nei tentativi applicativi con nuove intrinseche difficoltà in questi giudizi. Ed invero nelle cause si potrà discutere, con faticose istruttorie e con eventuale ricorso alla consulenza tecnica, in ordine alla veridicità degli elementi di fatto dedotti. Resterà sempre decisivo il bilanciamento degli opposti interessi, dovendo sempre far conto, in ultima analisi, sulla prudenza del giudice.

19. Ichino tratta ampiamente (p. 195 ss.) delle cose sindacali partendo dall'interrogativo se il sindacato sia forza di progresso o di conservazione, su questo filo registrando spassionatamente la situazione con le sue luci e le numerose ombre. Deciso sostenitore del sindacato confederale, afferma che questo, senza egoismi corporativi, deve aprirsi

alle ragioni dell'utenza e dei cittadini. Criticato il ritorno al « doppio canale » secondo la proposta accolta, nel maggio 1995, dal Senato della Repubblica (nel tentativo disperato di evitare la consultazione referendaria, che si è risolta nella dura condanna politica di questo sindacalismo) la soluzione che Ichino accoglie a livello aziendale è quella della periodica consultazione elettorale di tutti i lavoratori, chiamati a esprimere le loro preferenze tra le organizzazioni concorrenti. In una seconda fase, poi, in conformità ai risultati elettorali, i vari sindacati designerebbero i propri rappresentanti sulla base della normativa statutaria interna; potendo poi il sindacato revocare il rappresentante aziendale, ove la politica di questi risulti incompatibile con quella dell'organizzazione. Infine dell'art. 39 Cost. dovrebbe restare solo il principio di libertà sindacale di cui al comma 1, abrogandosi quelli successivi.

Sono largamente consenziente con lo « spirito » di questo approccio. Come ho detto reiteratamente, il sistema deve far centro sul sindacato nazionale di categoria portatore di solidarietà a questo livello; ed è questo sindacato che deve totalizzare il contropotere a livello aziendale. Ma a me pare che tutto questo, come principio dominante e vivificante, sia nell'essenza scritto appunto nell'art. 39, a prescindere dallo svolgimento letterale storicamente datato. Possiamo sbarazzarci di questa base sicura?

20. Il settimo e ultimo capitolo (« Il mercato della tutela dei diritti; ipertrofia e crisi del sistema giuslavoristico ») è dedicato grosso modo alla situazione processuale. Anche qui c'è innanzitutto una registrazione puntuale della realtà, dicendosi del « grande *business* » del diritto del lavoro (con la grande fortuna, in parte parassitaria, del ceto degli operatori, specie avvocati). Per l'A. la gestione delle liti di lavoro andrebbe tolta agli avvocati e ai giudici per restituirla al sindacato (p. 234). Qui vi sono tante amare verità. Ma le cose potrebbero essere prese con una certa filosofia (con quella che io chiamo la teoria Massetani, dal nome dell'amico consigliere della Corte d'appello fiorentina, che più volte me l'ha esposta con estrema lucidità): è dubbio che la macchina serva al raggiungimento della giustizia; ma serve, piuttosto bene, a far vivere tanti operatori con relativi familiari, giudici e collaboratori vari, avvocati ecc. Quindi il parassitismo di ceto ha un'innegabile valenza sociale.

21. Ichino, come già diversi altri (capostipite il prof. Giugni), è per l'incremento della soluzione arbitrale, sindacalmente concordata, delle liti di lavoro. Ma, in un sistema di contratti collettivi generalmente obbligatori, la possibilità della clausola compromissoria in questi con-

tratti per le liti individuali, è dubbia; giacché, se la clausola si generalizzasse per tutte le categorie, *di fatto* si arriverebbe al risultato pratico di escludere la giustizia di Stato per questo ingente contenzioso del lavoro; ciò è costituzionalmente possibile? La soluzione accolta nella legge processuale del 1973, che pur ha suscitato critiche ricorrenti, non è malvagia. È possibile prevedere l'arbitrato nei contratti collettivi, libere ambedue le parti individuali di avvalersi di questa possibilità come di un servizio predisposto dalle parti collettive. Quindi l'arbitrato, se si vuole, può aver corso. La mia ormai lunga esperienza in materia mi insegna che l'arbitrato può aver corso solo se le parti sono disponibili con *assoluta lealtà*; perché se la reciproca lealtà manca, il rimedio è peggiore del male sol perché l'arbitro non ha i poteri autoritativi del giudice di Stato. E se la gente preferisce la giustizia ordinaria, dobbiamo farne una tragedia?

22. Ichino è anche per la soluzione unitaria delle liti collettive giuridiche (p. 235). È una buona idea che condivido, in base all'insegnamento del prof. Carnacini. Se una clausola di contratto collettivo è di controversa interpretazione, il sindacato potrebbe ricorrere al giudice, evocando in giudizio le controparti sindacali, chiedendo una pronuncia d'interpretazione destinata, con forza vincolante per tutte le parti collettive e individuali, a sostituire la clausola. Per me questo è già oggi possibile, anche se allo stato la scarsa gurisprudenza nega la possibilità di queste liti (ma i giudici possono essere sempre indotti a rimeditare). Ma perché non si percorre questa strada, perché si preferisce il vario ed episodico contenzioso a livello di liti individuali in tutte le preture del lavoro d'Italia, con esiti ovviamente di volta in volta contrastanti? La ragione è semplice. Se la posta in giuoo nel complesso dell'economia è di mille miliardi, se andiamo innanzi al giudice della lite collettiva, poniamo in questione, in unica sede e in unica occasione, l'intero compendio. Se, viceversa, andiamo innanzi di tanti pretori del lavoro, possiamo sperare di portare a casa almeno una fetta consistente del compenso. Perché rischiare tutto in una volta? Sul piano prosaico dell'affare, ben si comprende come le opposte organizzazioni sindacali, datoriali e dei lavoratori, preferiscano il contenzioso individuale spicciolo. Sarebbe necessaria un'altissima disponibilità, eticamente apprezzabile, alla semplificazione e al buon ordine nell'esperienza giuridica, l'amore disinteressato alle regole per le regole. E anche qui, al massimo, la legge può prevedere l'astratta possibilità, rimettendo la strategia in concreto agli interessati.

23. Ichino in più luoghi (ad es., p. 237) propone che, a lato del giudice di Stato, siano messi due giudici « di parte », datoriale e lavora-

trice, eletti, in modo che il magistrato utilmente sia immerso nella concretezza della lite. È un'idea eccellente. Dal 1975 presiedo il collegio nazionale intersindacale per le controversie relative ai licenziamenti dei dirigenti delle imprese assicuratrici. Inclino a ritenere che l'esperienza non sia stata negativa, se da ventun'anni le contrapposte organizzazioni sindacali mi danno fiducia (e a me è caro tornare ogni tanto al mio primo mestiere, che commisi l'errore di lasciare). Dalla viva voce degli scabini il terzo arbitro viene informato e può adoperarsi per la soluzione più equa. Le decisioni del collegio che presiedo sono state quasi sempre all'unanimità, con opportuni accorgimenti in ordine alla misura della penale risarcitoria.

24. Ichino vorrebbe semplificare la macchina giudiziaria eliminando l'appello, tornandosi per la cassazione all'esperienza *ante* 1925, con quattro sezioni del lavoro territorialmente distribuite. L'idea dell'eliminazione dell'appello circola largamente tra i processualisti, anche perché la cassazione non può toccarsi essendo costituzionalmente prevista. Non sono d'accordo.

Sono per la conservazione dell'appello come giudizio pieno di legittimità e di merito. Invece potremmo avere al vertice, previe le indispensabili modifiche legislative anche costituzionali, una Corte nel contempo di costituzionalità e di legittimità; con un procedimento eventuale e non immancabile che la Corte medesima potrebbe consentire o no in libera valutazione politica, come è in altri ordinamenti, su prospettazioni di certe entità autorevoli, tra le quali ben potrebbero essere ricomprese le opposte associazioni sindacali.

71.

## LICENZIAMENTO, PER RIDUZIONE DEL PERSONALE, DEI LAVORATORI PROSSIMI AL PENSIONAMENTO

1. Nello stesso ordine d'idee della pronuncia qui pubbblicata, ma in riferimento alla ben diversa ipotesi della sospensione per collocazione in cassa integrazione, v. P. Nola 1° giugno 1996, in *FI*, 1996, I, 2929. Sempre per questa diversa ipotesi v. Cass., S.U., 13 ottobre 1993, n. 10112, in *RIDL*, 1994, II, 376, con nota di O. Bonardi, *Sull'età pensionabile quale criterio di scelta dei lavoratori da collocare in C.i.g.* (della medesima, v. la nota *Sui limiti del controllo giudiziale sulla scelta dei lavoratori da collocare in Cassa integrazione*, in *RIDL*, 1993, II, 825). Sempre per la distinzione tra le due situazioni v. L. De Angelis, *C.i.g. straordinaria e scelta dei dipendenti; profili formali, in particolare*, in *FI*, 1994, I, 2895, spec. n. 4 e n. 11.

La sentenza della C. cost. 30 giugno 1994, n. 268 leggesi in *RIDL*, 1995, II, 237, con lunga nota di E. Manganiello in ordine al controllo di ragionevolezza suggerito dalla Corte.; v. anche la nota di G. Mannacio, in *MGL*, 1994, 475.

La previsione dell'art. 5/1 della legge n. 233 del 1991 è stata reiteratamente considerata nella vasta letteratura formatasi su questa legge. Mi limito a citare i contributi più corposi: D'Antona, in *NLCC*, 1994, 923; R. Del Punta, nel volume di Papaleoni, Del Punta, Marini, *La nuova C.i.g. e la mobilità*, 1993, 336 ss. (e di questo A. v. in precedenza il corposo saggio *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e nella C.i.g.*, in *DLRI*, 1983, 775); F. Focareta, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, ivi, 1992, 319.

Circa la propensione del legislatore degli ultimi tempi di privilegiare il criterio della maturazione dei requisiti per accedere alla mobilità lunga e al prepensionamento, v. G. Ferraro, *Il d.l. n. 185/94; un ponte verso l'ignoto?*, in *RGL*, 1994, I, 163.

2. Ritengo che la sentenza del pretore sia sbagliata. Ma intendo fare un discorso critico alquanto « alla larga », sol perché la pronuncia mi

fornisce l'occasione di esternare alcune riflessioni in zona. Secondo l'art. 5/1 della legge n. 223, ove il contratto collettivo non disponga in materia, sono enunciati direttamente i criteri cui l'impresa deve attenersi nell'individuazione dei licenziandi (carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico-produttive ed organizzative). In ultima istanza, adunque, criteri dettati per legge. Ma tutti sanno che, nella sostanza, si tratta dei criteri fondamentalmente posti, da decenni, nell'accordo interconfederale per i licenziamenti collettivi nell'industria e tramandatisi nel tempo con alcune variazioni, qui senza importanza, nelle successive tornate contrattuali. Nella sostanza criteri che vengono, come molti amano dire, dall'ordinamento intersindacale.

Per quanto la disputa sia aperta da sempre in ordine all'alternativa tra anzianità anagrafica e, invece, di servizio, qui la legge parla *tout court* di anzianità, facendo così propendere per il primo corno dell'alternativa. E in questo senso vi sono buone ragioni, certo « in generale ». « Di norma » l'anziano è radicato in un certo contesto col suo nucleo familiare; il « giovane » è invece, spesso, solo e disponibile a circolare nel mercato. E si sa come l'anziano sia proprio, in quanto tale, di più difficile collocazione. Si capisce, quindi, la preferenza, per quanto attiene alla conservazione del posto, degli anziani; anche dell'anziano che abbia una minima anzianità di servizio in quella data impresa.

I tre criteri debbono operare *in concorso*. Ma avrà pure un certo peso la circostanza che, nell'elencazione, i carichi di famiglia vengano prima dell'anzianità. Perché si può capire che il meno giovane, con maggior carico di famiglia rispetto all'anziano, debba essere più tutelato nella partita.

3. Come ho accennato, i tre criteri debbono operare in concorso. Sulla base della mia esperienza professionale, è questo il dramma delle nostre imprese che denunciano in proposito gravissime difficoltà. Sennonché, sempre nella mia esperienza, ho avuto un caso del tutto singolare, circa quindici anni or sono. Venni richiesto dalla società Vossloh-Schwabe; un'impresa tedesca che, avendo diversi stabilimenti in Germania, preferì installare un nuovo stabilimento in Romagna per sottrarsi ai pesanti oneri urbanistici e sociali che la legislazione germanica impone e che poi doveva affrontare un problema di riduzione del personale. Avemmo un colloquio per chiarire il problema secondo la normativa italiana. Dopo poche settimane tornarono con una lista ragionata, gestendo la quale l'operazione venne condotta in porto con un episodio contenzioso trascurabile. Nella mia mente ho sempre associato questo episodio ad una lezione di comparazione che, nel giugno 1955,

nella sua casa di villeggiatura a Positano, Manlio Rossi Doria fece a Giugni, a Danilo Dolci e a me: che la Germania aveva avuto come noi, dopo l'unificazione, la successione di monarchia costituzionale, fascismo, democrazia repubblicana; sennonché la nostra esperienza era stata sempre inferiore, in termini di funzionalità, a quella tedesca.

4. Ma ai criteri di legge si deve far ricorso sol quando non vi siano criteri posti dall'autonomia contrattuale collettiva. Alla lettera, si tratta di criteri dettati « da *contratti collettivi* » stipulati coi *sindacati* previsti nell'art. 4/2 della legge; cioè dai sindacati nel cui ambito siano operanti le r.s.a. costituite in azienda o, in mancanza di r.s.a., dai sindacati di categoria aderenti, secondo la formula tralaticia, alle confederazioni maggiormente rappresentative operanti sul piano nazionale. Cioè deve trattarsi di una normativa fabbricata *fuori dell'impresa*, nel territorio.

Per questo, contrariamente a quanto ha scritto Focareta, non credo che, ai fini, sia possibile il contratto con le r.s.a. A mio avviso la r.s.a. è un'entità del sindacato operante nell'impresa, come detta esplicitamente un inciso dell'art. 20 st. lav.; ma non è sindacato, cioè associazione esterna.

Attenendosi strettamente alla lettera, Del Punta (p. 1003) esclude che in materia possa disporre un accordo interconfederale. Ma qui ho qualche dubbio. A parte quanto già detto in ordine alla derivazione di questi criteri, la confederazione deriva dall'accorpamento in associazione complessa dei sindacati di categoria, contrattandosi « insieme ».

5. Un criterio diverso da quelli legali può essere quello, risultante in genere dagli accordi giudizialmente impugnati, di prescegliere per la riduzione del personale i lavoratori ormai prossimi al pensionamento, usufruenti della mobilità lunga o prepensionabili. E qui è successa una cosa singolare di cui non so capacitarmi. Questa ipotesi è stata formalmente enunciata come possibile e come giuridicamente corretta dalla Corte costituzionale nella famosa sentenza n. 268 del 1994, soprattutto quando nel mercato di lavoro i giovani abbiano scarse o nulle possibilità di collocazione. Orbene, il giudice milanese si è impippato di questa indicazione dei giudici costituzionali. Ma ha preso appieno la « filosofia » della sentenza n. 268 in chiave di ragionevolezza, sindacabile dal giudice, dei criteri che si discostino da quelli di legge. E qui dovrei ripetere, al pronunciato della Consulta, le severe critiche del presidente Mannacio, giacché, secondo i principi e nella logica in ordine ai rapporti tra le fonti, non è possibile un sindacato di merito sulle determinazioni contrattuali sindacali; si corre il rischio, ha concluso il commentatore, di aprire la porta alla ragionevolezza ritenuta dall'interprete, cioè ad un valore

soggettivo, inverificabile ed arbitrario; come è puntualmente avvenuto con la sentenza di cui qui si discorre. Giacché tutte le persone di buon senso sono portate a ritenere che non c'è ragione socialmente apprezzabile di tutelare dal licenziamento gli anziani pensionabili, quando in Italia, specie nelle regioni del Sud, per i giovani è tanto difficile trovare lavoro. Cioè, con la possibilità di pensionamento, per gli anziani il rischio del licenziamento non è drammatico, o quanto meno il danno è assai contenuto per aspetti marginali, nel confronto col più giovane lavoratore altrimenti gettato nella folla dei disoccupati.

Né la conclusione del pretore regge se ragionevolmente valutata in relazione alla prospettazione teorica, pur difficilmente accettabile, nella sua schematicità, di D'Antona. Secondo questo A., infatti, il criterio della pensionabilità non potrebbe aver corso in deroga ai criteri legali, se esclusivo, perché escluderebbe in partenza un procedimento selettivo imparziale, risolvendosi nella diretta individuazione *per relationem* dei licenziandi (ma resta l'astrattezza della eventuale previsione contrattuale); si potrebbe giungere, invece, a diversa conclusione, se il criterio della pensionabilità concorresse con altri criteri (criteri?), ad esempio se la situazione dei lavoratori più giovani risultasse così debole nel mercato « ... da rendere preferibile il licenziamento del vecchio, che può contare almeno sul pensionamento ». Poiché da questa distinzione consegue che, almeno in una vastissima zona del Paese, la giustificazione di mercato deriva da una massima di comune esperienza. Forse in qualche plaga del prospero Nord-Est si potrebbe sostenere il contrario. Ma resta decisivo, ed è questo che conta, che tra i lavoratori in forza nell'impresa la situazione del lavoratore non pensionabile a breve non è per niente comparabile con quella del pensionabile.

Quale sia la situazione delle persone di mezza età in questi ultimi anni nel mercato del lavoro, ben lo sanno i tanti dirigenti che sono stati comunque estromessi dal lavoro, confermandosi ancora l'erroneità della ben nota tesi del prof. Giugni giusta la quale il diritto del lavoro non dovrebbe aver corso per il personale direttivo.

6. Del Punta, evidentemente nel tentativo di immaginare criteri posti contrattualmente di dubbia legittimità rispetto a quelli legali, ha ipotizzato una clausola in ragione della quale dovrebbero essere licenziati i lavoratori con maggior carico familiare. Ma è, consapevolmente anche da parte dell'A., un'ipotesi di mera scuola, formulata a tavolino; perché è inimmaginabile che un sindacato pattuisca tanto. In realtà, nella logica della situazione, è principio che siano mantenuti preferibilmente in servizio quei dipendenti il cui licenziamento potrebbe essere rovinoso

per un intero nucleo familiare. Proprio per questo nell'ultima edizione del mio manuale Cedam (p. 549) ho scritto che la formale legittimazione della contrattazione collettiva è, in larga misura, teorica, « anche perché in astratto è difficile ipotizzare criteri razionali diversi da quelli posti nella legge ». Infatti, a quanto mi consta, l'autonomia contrattuale collettiva, nei cinque anni trascorsi dall'entrata in vigore della legge n. 223, ha trovato solo il criterio della pensionabilità.

7. Ancora Del Punta, nella sua apprezzabile disamina, ha fatto un cenno ad eventuali pattuzioni in danno degli immigrati. E questo criterio potrebbe in verità avere sviluppi. Ma anche qui la puntualizzazione è, da noi, solo teorica. Da noi non ci sono partiti o sindacati « nazionalsocialisti » sul modello che si ebbe in Boemia, nella monarchia asburgica, come organizzazione volta alla tutela della minoranza qualificata di lingua tedesca, assai prima che la formula passasse al movimento hitleriano. Da noi, aiutando il « progressismo » di varia ispirazione, anche religiosa, la tendenza almeno ufficiale è per la non discriminazione; salva la possibilità di conflitti sul campo tra indigeni e immigrati.

8. D'Antona paventa che il criterio della pensionabilità giuochi sistematicamente a favore delle imprese in una loro eventuale politica di svecchiamento della manodopera. Politicamente non condivido. Ci sono molti che, con l'avanzamento dell'età, non vogliono o non sanno stare al passo delle continue modificazioni che la velocità dell'innovazione tecnologica impone. Svecchiare, mettere al pezzo giovani energie, è nel senso dell'utile sociale complessivo. Quanti avvocati e anche professori, legati alle vecchie normative utilizzate per decenni, sono polemici e frenanti rispetto alle innovazioni e alla diavoleria dei tempi recenti?

9. Diversi commentatori obiettano al criterio della pensionabilità che con questo si darebbe corso alla valutazione della persona in contrasto alla normativa comunitaria. Premesso che non sono un patito della normativa comunitaria (sovente di peggior fattura della nostrana), così come non sono mai stato « pancostituzionalista », propendo a ritenere che questo riferimento non abbia base. In realtà in quella normativa si è cercato di fissare l'esatta nozione di licenziamento « collettivo », dicendosi che questa ha causa determinante nell'intento esclusivo di eliminare quote della manodopera ritenuta esuberante, e non già in una valutazionne del comportamento della persona. Tutto qui. Anche se resta da dimostrare (nessuno me ne ha finora convinto) che uno dei criteri razionali potrebbe essere ragionevolmente quello dello scarso rendi-

mento; non ho mai capito perché l'impresa dovrebbe conservare il soggetto scadente, gettando sul lastrico lo stakanovista. E non a torto, se ho ben capito, Del Punta (1993, p. 339) ha lasciato aperto il problema.

10. Se non vi sono criteri convenzionali, debbono aver corso i tre criteri di legge e l'applicazione dei medesimi è del tutto soggetta al controllo dei giudici del lavoro, avendo esercitato l'imprenditore un potere che può aver corso solo se applicato nel rispetto della normativa.

E qui, nelle trattazioni e nelle sentenze, compresa quella citata della Corte costituzionale, circola una spiegazione; si tratterebbe di « accordi sindacali *gestionali* » di contenimento del potere imprenditoriale (altrimenti libero, solitamente si dice) che, avendo questo contenuto, automaticamente sarebbero opponibili a tutti i lavoratori, per questo verso aggirandosi l'eterno problema dell'*erga omnes*.

Di questa prospettazione qui forzatamente riassunta, non so se felicemente o no, non sono convinto. Certo in teoria nell'ordinamento potrebbero aversi accordi gestionali, secondo previsioni o di legge o di normativa contrattuale inderogabile; ad esempio, nell'ipotesi in cui certe decisioni fossero condizionate, per una fonte esterna regolatrice, al previo consenso o intervento (in termini di previa procedura) del sindacato. E in questo senso, siffatte regole sarebbero rilevanti in quanto tali nell'ordinamento, o per vizio di procedura o per mancato consenso. Dopo di che, proprio per la rilevanza diretta nell'ordinamento, anche queste pattuizioni (qui lo dico ancora da trentanovista convinto) dovrebbero intervenire solo col sindacato o coi sindacati maggiormente rappresentativi.

Ma nella nostra situazione il discorso è del tutto diverso. Quello che conta è l'esercizio corretto del potere imprenditoriale. L'eventuale accordo in precedenza intervenuto con un sindacato, magari di discutibile rappresentatività, è solo un *fatto indifferente*, come è un fatto l'eventuale intervento e pressione, come spesso avviene, dell'autorità politica o di un arciprete o di un presule nella situazione di crisi aziendale. Cioè, conta solo l'accertamento del fondamento o no del provvedimento datoriale, quali che siano stati gli svolgimenti della vicenda. Qui non siamo sul programma della contrattazione sindacale di categoria « esterna », ponente criteri diversi da quelli di legge, ma su quello della concretizzazione del programma imprenditoriale di sfoltimento. Cosicché nella sostanza — a prescindere da una certa confusione, come in altri autori — tra livello propriamente normativo e quello meramente attuativo — mi pare condivisibile la conclusione di Del Punta (1993, p. 345), nel senso che, quando si è innanzi a pattuizioni relative al secondo momento, non

si pone propriamente un problema di illegittimità dell'accordo in sé, perché « ... non debbono essere considerati, al di sotto di un certo *quid* di generalità e astrattezza, accordi sui criteri di scelta, bensì accordi direttamente autorizzativi di singoli e nominati licenziamenti » che non sono idonei ad impedire l'applicazione di criteri suppletivi di legge.

11. Dalla sentenza non si ricava con chiarezza di che specie d'accordo si trattava nella vicenda, se solo con le r.s.a. o anche con l'intervento del sindacato. Si ricava che vi fu patto nella fase attuativa, non in applicazione di un diverso criterio posto nella contrattazione collettiva in via preventiva ed astratta.

12. In diverse prospettazioni si assume che, oltre il livello normativo, non vi potrebbero essere pattuizioni di individuazione *in concreto* dei lavoratori da licenziare (c.d. « accordi fotografia », v. Del Punta, 345). Più in generale per D'Antona, « disporre non dei criteri di scelta, ma della scelta stessa dei licenziandi è esorbitare... perché la scelta deve essere il risultato di una selezione imparziale, non il prodotto immediato di un accordo tra le parti ». Non sono d'accordo. Pattuizioni del tipo sono del tutto possibili, fermo che costituiscono solo una delle possibili premesse *in fatto* dei recessi imprenditoriali, restando da valutare se la decisione è stata corretta o no in applicazione dei criteri di legge. Del resto va ricordato che l'accordo interconfederale prevedeva, in caso di esito positivo della procedura sindacale, la possibilità per il sindacato di consultare la lista dei licenziandi per eventualmente segnalare alla controparte casi meritevoli di riesame. Certo, almeno ufficialmente, il disposto non è stato in genere utilizzato, ma esso ben si spiega nella logica dell'« amministrazione » in concreto delle pattuizioni collettive. E in sede di gestione a livello aziendale le parti possono anche attenersi a un criterio significativo nella realtà specifica. Ad esempio, trattai una causa per l'Alpi di Modigliana, una notevole industria del legno a mercato internazionale, unica realtà significativa di quel centro dell'Appennino, dove si era seguito il criterio, del tutto possibile, di conservare il posto almeno ad un componente del nucleo familiare, giacché frequente era la situazione di più familiari occupati presso detta industria.

13. Indulgendo all'ideologia ricavabile dalla sentenza della Corte costituzionale, il pretore si è diffuso nella « minutaglia », variamente fissando le implicazioni, a suo avviso inaccettabili, del criterio della pensionabilità. Così ha trattato della differenza tra la pensione di anzianità e quella di vecchiaia, del pregiudizio eventuale alla facoltà di optare

per il proseguimento del rapporto per raggiungere il massimo contributivo, della particolare situazione delle donne tra 55 e 60 anni. Tutte cose vere, ma irrilevanti; perché, stringendo, resta il fatto insormontabile che possibilmente si licenziavano i dipendenti aventi comunque una tutela pensionistica, qualcosa rispetto ad altri che rischiavano di perdere tutto.

14. Il pretore ha addirittura detto che una pattuizione del tipo sarebbe illegittima nell'ipotesi che il numero dei pensionabili fosse superiore a quello dei licenziandi poiché in siffatta ipotesi in pratica l'impresa avrebbe piena libertà di liberamente scegliere! Ma se, putacaso, in un vero contratto collettivo viene adottato il criterio della pensionabilità, e in azienda i pensionabili sono mille, dovendosi licenziare solo 100 lavoratori, è evidente che, nella cerchia dei pensionabili, poi la scelta in concreto va fatta in applicazione dei criteri di legge, lavorando sui due criteri dei carichi di famiglia e delle esigenze dell'impresa.

15. Per il pretore l'accordo specifico doveva considerarsi illegittimo anche perché disponeva che, ai fini, si giudicasse in base alla documentazione in possesso dell'impresa. Di fatto si dice in sentenza che undici lavoratori furono in grado di comprovare la loro posizione previdenziale, diversa da quella risultante all'impresa, e nei loro confronti si desistette dal licenziamento. È evidente che, per questa parte, l'accordo non può essere preclusivo, non è ostativo a che il lavoratore agisca giudizialmente per far risultare la sua diversa posizione e quindi l'illegittimità del licenziamento. Con un minimo di fantasia la risposta giuridica è scontata; anche perché qui siamo oltre la determinazione dei criteri di scelta in senso sostanziale.

72.

# RILEGGENDO *IL CONTRATTO DI LAVORO* (1915-17) DI LUDOVICO BARASSI

1. In *LD*, 1997, 521, il prof. Lorenzo Gaeta ha pubblicato un medaglione, demolitorio ed acre, di Ludovico Barassi. Sono rimasto sorpreso, perché, generalmente, Ludovico Barassi è considerato il primo sistematore organico della nostra disciplina agli albori; possibile che, una trentina di anni or sono, i nove professori del comitato direttivo dell'associazione giuslavorista, dei quali io ero il più sprovveduto anche perché giovane, nel decidere di intitolare a Barassi il premio annuale per la migliore tesi di laurea, abbiano preso un clamoroso granchio? Eppure quel premio è stato mantenuto fino a oggi, sotto i successivi direttivi e sotto le successive presidenze dei professori Mazzoni, Riva Sanseverino, Giugni, Romagnoli, Treu, Persiani. Me ne è venuta una forte curiosità e così in queste ultime settimane ho rivisto con estrema attenzione i due ponderosi volumi dell'opera maggiore (824 pagine più 944 per un totale di 1768). Mi sono convinto che la stroncatura non è giustificata.

Distribuisco il discorso in tre parti. Faccio alcune considerazioni generali. Segnalo poi, alla rinfusa, diverse affermazioni di quell'opera imponente ancora degne di attenzione sotto qualche profilo. Infine traggo alcune parziali conclusioni.

Naturalmente ricordo, per scrupolo forse eccessivo, che non sono un civilista e tanto meno un romanista, visto che spesso Barassi argomentava con le Pandette e del diritto romano parlava, come ricorda Gaeta, come di un diritto immortale. Sono un giuslavorista di mezza tacca, con talune conoscenze sulla storia sociale europea degli ultimi due secoli.

Rilevo poi che, nella sostanza, Gaeta nulla dice nel merito né delle costruzioni né delle prospettazioni di Barassi. Nessuno dei passaggi di quell'opera, almeno grossa se non grande, viene direttamente preso di petto per comprovarne l'erroneità. Si resta sempre sul piano delle ritenute qualificazioni sommarie esterne. Il che mi pare invero singolare.

2. L'opera di Barassi non venne contenuta nei confini del lavoro

subordinato secondo l'impostazione che poi si è sviluppata nella nostra dottrina per decenni, fino ai tempi recentissimi di attualità. Si può dire che l'A. mira a trattare organicamente del lavoro in qualsiasi forma dedotto. Quindi anche del lavoro autonomo, toccando poi anche il mandato, la mediazione, cioè tutti i rapporti accumulabili per il fatto che taluno presta la sua attività diretta e personale per altri. Superando remote impostazioni (1, 244) l'A. afferma con convinzione che non può ritenersi una radicale contrapposizione tra opere liberali e no, anche le prime potendo essere dedotte nel contratto di lavoro subordinato. Forse questa impostazione larghissima può risultare proprio oggi di una certa utile consultazione, visto che proprio in questi ultimissini anni i giuslavoristi vanno oltre il confine e si propongono di far proprie anche le tematiche del lavoro non subordinato, parasubordinato ed autonomo (v., appunto, il n. 3/1997 di *LD* ove trovasi anche la stroncatura di Gaeta).

3. È bene anche ricordare quale era la situazione complessiva del diritto del lavoro italiano negli anni in cui l'opera venne pubblicata, nel corso della prima guerra mondiale. Il codice liberale-conservatore del 1865, copia di quello napoleonico, nella sostanza ignorava il nostro contratto; c'era una sola norma, l'art. 1628, che, all'insegna del principio di temporaneità dei vincoli obbligatori, fondamentale nel diritto della grande rivoluzione di Francia, proscriveva come illegali i contratti a vita o di lunga durata. Nel silenzio del codice, c'era solo la giurisprudenza creativa probivirale. La prima legge organica sul contratto di lavoro, ma parziale in quanto rivolta alla sola categoria impiegatizia, doveva ancora venire. Vi erano solo alcune leggine sociali. Sulla base della libertà sindacale, formalmente conquistata col codice penale Zanardelli del 1889 e in realtà inveratasi con la svolta neo-liberale di fine secolo teorizzata da Einaudi, si avevano, con incerto regime giuridico, i primi contratti o concordati collettivi. Sul piano previdenziale, la cosa più consistente era allora l'assicurazione per gli infortuni sul lavoro degli operai dell'industria (estesa ai contadini nell'anno tragico di Caporetto) e per il resto solo alcune labili anticipazioni. In conclusione, del diritto del lavoro sviluppatosi dopo la prima e, soprattutto, dopo la seconda guerra mondiale, v'era ben poco. Ma i problemi di vita insiti nella vicenda del rapporto di lavoro c'erano tutti e bene o male dovevano essere risolti dai giudici e, quindi, dalla dottrina. La vita c'è e così una qualche risposta del ceto dei giuristi vi deve, bene o male, pur essere. A cominciare dalla questione pregiudiziale di individuare l'esatta casella d'inserimento nel diritto del rapporto sociale di massa, specialmente nelle industrie che

stavano piano piano trasformando l'antico contesto generalmente agrario.

4. Il giurista responsabile, intenzionato a fare opera socialmente utile, doveva cercare allora di prospettare ai giudici, in termini di progetti di sentenze innanzi ai mille problemi di svolgimento del rapporto di lavoro, soluzioni suscettive di essere accolte in quanto non contrastanti coi principi di quell'ordinamento monco, con l'ausilio delle poche leggi sociali. Certo, secondo un atteggiamento spirituale del tutto ammissibile, sarebbe stato possibile, viceversa, procedere in tutta libertà, fregandosene della legge esistente, assumendone l'erroneità in base ai valori di un auspicato migliore diritto. Ognuno è libero di optare per l'alternativa radicale petroliniana « tutto sbagliato, tutto da rifare ». È in sostanza quello che tentò di fare il c.d. « socialismo giuridico » che Gaeta contrappone a Barassi, cioè in un ordine d'idee che oggi esiste sol perché taluni eruditi cercano di farlo rivivere, togliendolo dalla polvere delle biblioteche. Ma questa scuola ha portato vittoriosamente avanti qualche progetto di sentenza? Cosa ne resta? Credo che si debba rispondere: niente. Del resto sul tema ad esempio del lavoro a domicilio anche Gaeta ha proceduto in piena libertà, in totale dissonanza rispetto alla giurisprudenza corrente, rendendo un pessimo servizio all'avvocato che conti di erudirsi sulle sue pagine (v. *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, 1993, 41 ss.). E dico questo senza alcun malanimo; al contrario con simpatia per l'A. per l'irruenza dissacrante (in fondo a me c'è sempre un poco di sovversivismo) e perché, in tanta incultura, è uno dei pochi che sa il tedesco. Ma resta che le operazioni produttive sono solo quelle che abilmente, e con molta dialettica, si inseriscono nei modi di pensare correnti; ad esempio, come Pugliatti e Natoli fecero sul tema della retribuzione sufficiente o come il prof. Branca fece, quale presidente della Corte costituzionale, sul problema della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto; per non ricordare poi le grandi operazioni costruttive della giurisprudenza (ad esempio, la disciplina delle rinunce e transazioni, l'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune, il comporto per sommatoria ecc.).

5. Certo Barassi programmaticamente intese operare come giurista in senso tradizionale e quindi, come ricorda Gaeta, prese decisa posizione contro il sociologismo (v. l'*Introduzione* del 1915, spec. 22, con una frase incisiva: « non si sa se siano giuristi che si impancano a sociologi o sociologi che si atteggiano a giuristi »). Così come fu duro contro certi

modi d'intendere il lavoro in ispirazione socialistica, specialmente da parte di CHÀTELAIN (1,69 ecc.).

6. Quindi, per Barassi, ogni prospettazione doveva essere proponibile ai sensi del diritto positivo rigorosamente inteso. Ma con l'avvertenza che il codice non sempre garantiva una libertà illimitata, avendosi interferenze pubbliche quanto maggiore è la diseguaglianza tra i soggetti (1, n. 7). E in più luoghi sottolinea come, ai sensi dell'art. 1124 (l'antecedente dell'attuale art. 1374 sul quale tanto ha insistito il prof. RODOTÀ), possa farsi ricorso all'equità in funzione integrativa (v. ad esempio, 1, n. 8). Anche perché « ... occorre talora spuntare le angolosità di un sistema individualista troppo romanamente rigido » (1, n. 9).

7. Per coerenza, per limare le asperità del diritto comune vigente, più volte Barassi valuta positivamente l'opera di adattamento ed integrativa della giurisprudenza dei probiviri (v. 1,30 e n. 8).

8. In generale Barassi afferma che non si può illustrare bene il diritto in questa zona se non si considera quel substrato economico che in nessun istituto del diritto ha tanta importanza quanto qui (v. prefazione); di guisa che deve esserci un intimo e fecondo connubio con gli economisti (1,23). E infatti in tutta l'opera il riferimento agli apporti delle altre scienze sociali, in particolare degli economisti, è continuo.

9. Né può dirsi che Barassi abbia trascurato l'importanza delle poche leggi sociali dell'epoca, che sono richiamate di volta in volta quando è necessario, con una valutazione nel complesso positiva. Già nella prefazione al primo unico libro del 1900, mise in rilievo l'opera d'impulso di queste leggi per colmare le lacune del codice. E nell'introduzione del 1915 (n. 5), pur riaffermando la centralità del codice soprattutto per la garanzia dell'autonomia contrattuale di cui la contrattazione collettiva è lo sviluppo, ritiene ampio lo spazio d'intervento della legislazione sociale, anche alla luce della « odierna coscienza giuridica » per colmare la lacuna del codice; pronunciandosi però contro l'adozione immediata di un codice privato-sociale che sarebbe stato destinato, come accadde al codice prussiano, ad invecchiare in pochi anni. Nel n. 7 rileva che talora le leggi sociali offrono uno spiraglio che può beneficamente reagire sul diritto comune. Nel n. 8 sostiene che lo Stato deve intervenire più energicamente. Anche se (p. 329) con le leggi sociali non si deve esagerare, inceppando eccessivamente l'iniziativa economica col risultato di danneggiare in ultima istanza il lavoro (p. 530). Innanzi a questa

apertura e ad altre dell'A., non condivido quanto Gaeta scrive dicendo che il prof. Mazzoni in un discorso commemorativo avrebbe detto delle bugie.

10. I veri reazionari hanno spesso, *pour cause*, una visione idilliaca della realtà sociale. Invece Barassi non ignora la realtà delle cose. In genere il lavoratore è solo innanzi al datore di lavoro potente, cosicché si giustifica la legislazione sociale (1,26); perché, come dice oltre, il salariato « si trova ad essere la parte più debole e facile preda di chi domanda il lavoro ».

11. Di conseguenza reiteratamente Barassi denuncia i possibili abusi della parte padronale (v., ad esempio, 1,616). Quindi afferma che la subordinazione (tecnica o funzionale) non deve di necessità avere la forma « aspra » che spesso sussiste specie nelle grandi fabbriche. In particolare denuncia gli abusi in punto di intermediazione che è bene in certe situazioni vietare (2,225). Parla degli abusi del liberismo sfrenato per le implicazioni in punto di determinazione della retribuzione (2,392). Dichiara grave il problema in tema di determinazione dell'orario di lavoro (2,476). Nello stesso ordine d'idee non è tenero verso la politica padronale in tema di « patronato » (iniziative assistenziali e dopolavoristiche ecc.) (2,626 ss.) per la portata paternalistica, dovendosi offendere il meno possibile la naturale suscettibilità dei lavoratori, di guisa che propone di affidare la gestione di questi servizi agli operai.

12. Ne consegue, in più luoghi, la valutazione positiva del sindacalismo, anche se con altrettanta insistenza sollecita la maturazione intellettuale non estremistica di quello nostrano (v., ad esempio, 1,26). Addirittura (1, n. 8) parla di « grandiosità » del movimento che ha avuto corso « sotto le ali grandi del liberalismo giuridico », come figlio naturale del principio liberale; vedi anche lo specifico capitolo dedicato ai gruppi collettivi (2,41 ss.), dove ribadisce che la coalizione è il naturale sviluppo della libertà d'associazione, onde è « ... morbosa l'opinione della nullità dei sindacati operai perché limitano la libertà di lavoro » (ivi, p. 55); ne consegue che non si può condannare in via di principio la tendenza al monopolio del collocamento, ribadendosi il solo limite delle liceità in senso penalistico secondo la normativa del codice Zanardelli. Anche in tema di licenziamenti la garanzia più autentica è il controllo vigile dei sindacati (2,836 ss.). Ma, per il principio di neutralità dello Stato nelle lotte del lavoro pacifico nella stagione dell'egemonia giolittiana, ammette di massima la liceità del boicottaggio delle due parti sociali

contrapposte e quindi anche delle liste nere dei datori di lavoro (v. 2,78 ss.). In particolare è positiva la valutazione dell'autonomia contrattuale collettiva ai fini della regolamentazione delle condizioni di lavoro; perché la legge è inevitabilmente rigida, mentre nei concordati collettivi possono aversi adattamenti alle diverse situazioni (2,73).

13. Fondamentalmente Barassi, in piena adesione ai principi liberali, non considera favorevolmente l'intervento eteronomo nei rapporti di lavoro, esprimendo fiducia negli sviluppi contrattuali. In diversi luoghi — ed è punto che dovrebbe essere approfondito — esprime la massima diffidenza in ordine alla proposta di demandare ai magistrati la risoluzione delle liti su punti essenziali. Respinge la proposta di demandare ai giudici la determinazione dell'*equa* retribuzione (« ... in quale inestricabile pelago di controversie questo breve vocabolo getterebbe la giurisprudenza, quanto ne soffrirebbe la certezza dei rapporti giuridici... »; 2,395). Nega che il magistrato possa utilmente intervenire nelle controversie in tema di trasferimento (2,468), con « interferenza estranea nel dominio dell'autarchia industriale ». Egualmente in tema di possibile sindacato su abusi in tema di recesso, dovendosi respingere la « inquisizione tirannica » del magistrato (2,836).

14. Ho fissato per grandi linee, del tutto per sommi capi, le impostazioni di principio di Barassi. Dopo di che basta scorrere i due grossi volumi per rendersi conto che l'A., vi sia consenso o no sulle conclusioni su singoli problemi, seppe raccogliere tutta la possibile casistica, ancora in parte attuale, della disciplina che allora stava faticosamente sorgendo. E la disamina è sempre informatissima della giurisprudenza ordinaria e probivirale nonché della letteratura giuridica e no di tutti i principali Paesi (arriva a citare Tolstoj, v. 1,46). E non è mai una dissertazione astratta a tavolino, perché in più luoghi l'A. dimostra di avere piena consapevolezza di quanto avviene in fatto nella realtà dello svolgimento dei rapporti di lavoro (v., ad esempio, 2,595, quanto dice in ordine all'esercizio in concreto del potere disciplinare nella realtà delle grosse fabbriche, attraverso la trafila gerarchica). Gaeta dice che Barassi fu liberale e conservatore. Liberale, certo; ma con la precisazione, che mi pare assai importante, che lo fu non nel senso più remoto, avendo accettato integralmente la svolta neo-liberale avutasi a cavallo dei due secoli. Conservatore? Anche qui, come sempre avviene con tutti gli « ismi », si tratta di intendersi; certo Barassi non fu socialista (nemmeno della cattedra), ma se le cose che ho finora registrato sono vere, non fu certo un retrivo forcaiolo, bensì, al contrario, aperto alla prospettiva di

un progressivo condizionamento del capitalismo attraverso un non eccessivo sviluppo della legislazione sociale e, sopratutto, col crescente condizionamento della presenza sindacale. Tutto sommato trovo ancora preferibile, di gran lunga, la ricostruzione di Laura Castelvetri, *Il diritto del lavoro delle origini*, 1994.

15. Piuttosto, poiché Barassi nel primo dopoguerra fu nel manipolo dei primi professori della Cattolica, si potrebbe ritenere in Lui una convinta adesione ai postulati della scuola cristiano-sociale secondo il manifesto della *Rerum novarum* leoniana del 1891. Invece nell'opera somma, dove è costante il riferimento al sindacalismo di colorazione rossa e il confronto con le posizioni avveniristiche di ispirazione socialista, v'è ben poca traccia della terza via cattolica. Vi sono solo due accenni sostanzialmente critici o distaccati. Criticando la tensione paternalistica in tema di patronato, si distacca dagli orientamenti degli economisti di parte cattolica (1,627). Rigettando la teorica del giusto salario, liquida l'impostazione leoniana, mettendone solo in rilievo l'altissimo valore *morale* (2,393). Cioè Barassi pare un liberale puro. E forse, pur essendo con tutta probabilità cattolico convinto (come dice Gaeta ne sappiamo ben poco), è possibile (ma non ne so niente di preciso) che abbia accettato la chiamata alla Cattolica solo per convenienza personale, come occasione per lasciare finalmente Genova ottenendo la cattedra nella città di residenza.

16. Passo alla seconda parte del mio discorso, dicendo, alla rinfusa, di diverse posizioni di Barassi su singoli problemi, prescegliendo poche cose tra le centinaia di questioni, come manifestazioni interessanti sul piano tecnico oppure solo culturale; oppure per comprovare che, spesso, quest'opera è ancora di utile lettura e non semplicemente da collocare tra le anticaglie che possono interessare solo l'erudito. Nei confronti del lavoro, anche socialmente umile secondo i ricorrenti pregiudizi sociali, Barassi non ha alcuna boria piccolo-borghese. I capi operai svolgono mansioni intellettualmente di rilievo (1,49). L'operaio addetto a macchina delicatissima occupa una posizione di prevalente intellettualità, a differenza degli impiegati più infimi d'ordine, scrivani, dattilografi ecc. (1,816).

17. Barassi parla apertamente, per il lavoro alle dipendenze dello Stato o di enti pubblici, di contratto (1,380 ecc.), discostandosi dalla corrente impostazione pubblicistica.

18. In linea di principio la legislazione sociale dovrebbe applicarsi anche al lavoro « associato », ad esempio nelle cooperative, perché qui si collabora in stato di subordinazione tecnica (1,241).

19. Barassi professa una concezione rigidamente scambista del rapporto di lavoro in polemica con le prospettazioni associative di varia ispirazione ideologica conservatrice o socialistica (1,54 ss.), pur non negando che possano esservi, sul piano retributivo, elementi secondari associativi (1,187); mettendo in rilievo che i lavoratori non bramano rischi e non sono favorevoli ad avventure partecipazionistiche, semmai con una propensione verso la teorica, affermatasi in anni non lontani, del salario come variabile indipendente (1,196 ss.).

20. Sulla struttura del contratto di lavoro (1,440 ss.), è ben nota la polemica di Barassi contro la concezione carneluttiana, con l'affermazione che il contratto di lavoro non asservisce affatto la personalità, tutto risolvendosi solo nella promessa di una prestazione personale. Confesso che per lungo tempo ho considerato alquanto oziosa nel mio intimo questa questione, con una certa propensione verso le posizioni di Carnelutti proprio in termini di brutale verità, senza alcuna mistificazione idealistica; giacché gira e rigira, di fatto avviene che il lavoratore asservisca, sia pure con certi limiti di tempo, la sua persona, tanto che nella letteratura sociologica correntemente si parla di « schiavitù salariata ». Sennonché questa rilettura, soprattutto per l'ampio svolgimento della tesi della subordinazione, accettabile non in termini di supremazia tra persone, ma solo come subordinazione tecnica o funzionale ai fini della prestazione dedotta (1,620 ss.), mi ha un poco scosso. Giacché, forse, per alcuni snodi essenziali non basta valutare la corrispondenza delle costruzioni alla realtà effettuale. C'è anche, nella logica di un ordinamento che voglia essere civile, la dimensione dei valori. E la tesi di Barassi ha un enorme valore di principio nell'affermazione che, prima di tutto, il lavoratore è una persona che non può ritenersi assoggettata ad altri in termini di un rapporto investente l'intera personalità; qui trovando giustificazione, ad esempio, la legislazione statutaria del 1970.

21. Barassi nega (1,522) che per la qualificazione del rapporto, in termini di subordinazione o di autonomia, abbia valore risolutivo la volontà formalmente espressa dalle parti nel contratto, perché il negozio va identificato in modo oggettivo e le parti possono essere del tutto ignare del diritto. Mi pare una precisazione importante nella tediosa

diatriba degli ultimi anni; l'ho ripreso di recente commentando, per *GC*, un'esemplare pronuncia della Cassazione.

22. Il corposo capitolo sulla distinzione tra locazione di opere e locazione d'opera (1,597) è anch'esso di piena attualità; in particolare per la reiterata affermazione (v., ad esempio, p. 633) che, in concreto, il grado reale di subordinazione varia in funzione della qualità della prestazione. E sempre con notazioni corrispondenti alla varia realtà sociale, non sempre corrispondente alla contrapposizione tra le due forme di collaborazione, come è solitamente intesa in termini di posizione sociale: il vetturale con magro ronzino è autonomo (p. 637).

23. Certo per la realistica considerazione che il lavoro inerisce alla persona e può aver corso sol quando l'obbligato ne abbia volontà, Barassi sostiene (2,7) che per la stipulazione del contratto occorre l'intervento diretto del minore incapace, riducendosi la necessaria presenza del rappresentante a mera assistenza.

24. Barassi considera utili e socialmente apprezzabili le clausole contenute, allora per mera direttiva politica, nei capitolati d'appalto a favore degli operai (2,286).

25. Il capitolo relativo all'esigibilità delle mansioni al dipendente è significativamente intitolato (2,419) dell'invariabilità del lavoro (e della mercede), potendosi ammettere lo *ius variandi* datoriale sol quando si possa sostenere che tanto è contrattualmente previsto o per la via di previsioni del regolamento aziendale da ritenersi accettato o per « abitudini locali ». Perché, in linea di massima, tutto deve essere nel contratto.

26. Anche in punto di tempo di lavoro valgono i patti. La protrazione del lavoro va concordata e una maggiorazione retributiva è in ogni caso dovuta, anche se formalmente non prevista (2,471 ss.), denunciandosi il grave problema dei frequenti abusi datoriali e studiandosi i possibili rimedi.

27. Le clausole di non concorrenza dopo la risoluzione del rapporto sono possibili solo quando abbiano durata predeterminata e lascino al lavoratore spazio concreto di attivarsi secondo la professionalità acquisita (2,152 ecc.); anche qui, nel silenzio della legge, c'è l'apporto costruttivo della dottrina secondo equità e buon senso.

28. Nel secondo tomo è ampia la trattazione relativa all'organizzazione sindacale, alla prima contrattazione collettiva, allo sciopero. Netta è l'affermazione della causa normativa del concordato o contratto collettivo (2,131), pur se si nega l'efficacia reale (2,317). Interessante mi pare l'affermazione della capacità processuale dell'associazione non riconosciuta (2,115). Sullo sciopero (2,81 ss.), mi pare realistica la considerazione che il « diritto » sussiste sol perché di massima l'azione non è più penalmente repressa, pur se resta aperto il problema della qualificazione civilistica sul piano del rapporto; ma anche qui non può dubitarsi della liceità se l'astensione dal lavoro sia stata provocata dalla colpa datoriale oppure sia stato dato congruo preavviso; ancora con la realistica considerazione che di norma, in punto di astratte responsabilità, la conciliazione che pone termine al conflitto chiude tutto. Ma poiché tutto si risolve nel rapporto di forza, è critico di tutte le varie teoriche in ordine alla « causa giusta » del conflitto medesimo.

29. Comprensibilmente (2,111 ecc.) Barassi è risolutamente critico della teorica del giusto salario, preferendo parlare semmai di prezzo corrente, esaminandosi poi (404 ss.) se vi siano possibili rimedi giuridici contro lo sfruttamento in modo indegno della forza lavoro.

30. Ampia è la trattazione nel potere disciplinare che ha una giustificazione obiettiva nell'esigenza di disciplina del lavoro (2,591 ecc.); considerandosi il licenziamento come la massima sanzione (596 e 599).

31. In ordine al recesso, costruito sulla base della concezione fiduciaria del rapporto, è notevole la tesi sulla nullità del patto che lo escluda del tutto, perché « nessuno può abdicare validamente al riguardo della propria personalità, del proprio decoro » (2,839).

32. In caso di sopravvenuta crisi aziendale (2,445 ss.), sarebbe socialmente preferibile ridurre le retribuzioni e salvare i posti di lavoro; ma in caso di riduzione del personale si possono colpire i lavoratori « in organico » solo dopo aver licenziato gli avventizi, mentre per scegliere tra i lavoratori in organico si deve seguire il criterio dell'anzianità.

Dove si constata che il problema, tuttora aperto, era stato già avvertito da una dottrina che si muoveva nel vuoto legislativo. Perché nella nostra disciplina, come del resto in tutte quelle umanistiche, è assai difficile che vi siano autentiche novità. Pressoché tutto è stato detto da qualcuno, da qualche parte e solo per i limiti naturali delle possibilità di conoscenza nel breve arco di vita di uno studioso è possibile pervenire a

diversa impressione. Tante cose che, ad esempio, attribuiamo a scrittori degli ultimi decenni, in realtà sono già negli scrittori delle origini. Quante illusioni si scrivono nelle relazioni delle commissioni concorsuali! Ma, ripeto, in perfetta buona fede per i limiti di conoscenza dei contemporanei. È proprio vero, ad esempio, che un critico letterario di oggi, se scrive una storia della letteratura italiana, lo fa dopo aver letto e schedato tutto, a cominciare dai primi poeti siciliani e toscani?

33. A mio modesto avviso, l'opera principale di Barassi fu, all'epoca, la prima trattazione organica e completa del nostro diritto ed è ancor oggi utilmente leggibile per gli innumerevoli spunti di meditazione che offre. Certo, in quella feconda stagione d'inizio secolo, anche altri autorevoli giuristi, che tutti conoscono, apportarono notevoli contributi. Io non ho alcuna particolare autorevolezza e quindi non oso tentare una pagella comparativa; mi limito ad osservare che gli altri dettero contributi su singoli spaccati e problemi, nessuno si cimentò in una comparabile trattazione unitaria. Ed anche dopo non si è avuta alcuna opera comparabile per ampiezza e approfondimento. Nel periodo fra le due guerre avemmo l'ottimo libro del prof. Paolo Greco che, però, non fu alla pari quanto meno per quantità. E veri trattati del tipo non sono venuti da nessuno, nemmeno dopo il 1945. Certo vi sono stati alcuni trattati in diversi tomi, risolvendosi però in una serie di monografie autonome per argomenti, talora non coordinate. Le grandi opere distese, forse perché non abbiamo più avuto studiosi che abbiano dedicato integralmente e a pieno totale tempo la loro attenzione a una disciplina, sono cose del passato, non oltre l'800, che è finito anche qui con la prima conflagrazione mondiale (avessimo avuto un Manzini!). Né si possono confondere i manuali, il cui autentico interlocutore è lo studente, coi trattati.

34. Del resto mi pare di poter riscontrare nel medaglione del prof. Gaeta singolari contraddizioni che ne distruggono la coerenza. Infatti si parla dell'opera qui ricapitolata nei termini della « ... prima trattazione ampia, compiuta e sistematica » che è, appunto, proprio la conclusione cui sono giunto e che vale come pieno riconoscimento dell'autore. Senza dimenticare poi il successo dell'opera, ancora richiamata spesso dopo ottant'anni. E infatti il prof. Gaeta conclude rilevando che, dopo quest'opera, il diritto del lavoro non è stato più lo stesso, eliminando il diritto operaio delle prime prospettazioni. Certo il criterio del successo non è del tutto tranquillante, ma quanto meno ne deriva una sorta di presunzione che impone una rigorosa prova del contrario (qui mancata).

E mi risparmio il lungo discorso che dovrebbe farsi sul « diritto operaio », limitandomi a constatare che codesto diritto è venuto meno in tutte le esperienze. Anche qui colpa di Barassi?

35. Gaeta dice che, dopo Barassi, la previdenza sociale è stata relegata come cenerentola. Non capisco. Barassi nel trattato disse ampiamente dell'assicurazione per gli infortuni (v. 2,692 ss.); oltre questo intervento, di tutto il resto allora c'era ben poco. Cosa avrebbe potuto fare? E la previdenza sociale non è rimasta cenerentola anche dopo la scomparsa di Barassi? In realtà la colpa è nel contempo dei professori e del legislatore di questa Repubblica socialmente impegnata. Questa materia tanto rilevante non viene studiata. Da molti anni nel mio piccolo cerco invano di convincere qualche editore a dar vita a una rivista specifica. Si è forse istituita qualche cattedra? Cosa si è fatto per rendere obbligatorio questo insegnamento? Colpa del legislatore, che ben avrebbe potuto renderlo obbligatorio. Né si obietti che, allo stato, curando i cattedratici di impegnare i giovani nei soliti vecchi e triti temi del sindacale e del lavoro, senza spronarli ad avventurarsi su un terreno pressoché inesplorato, non esiste la possibilità di reperire nel mercato buoni professori in numero sufficiente. Una volta lessi che, all'inizio, l'insegnamento del francese nelle scuole ebbe corso utilizzandosi i doganieri. Cosa impedisce di fare delle selezioni provvisorie prescegliendo professori « in mancanza di meglio », e quindi provvisori, in attesa che altri più validi si possano reperire?

36. Il prof. Gaeta si pone l'interrogativo se Barassi sia stato o no fascista, lamentando che in proposito i documenti esistenti presso la Cattolica siano segregati. L'interrogativo non mi interessa, posto che Barassi resta ancora leggibile e studiabile per quanto fece nella stagione neoliberale. Ho poi il dubbio che i ricercati documenti siano scomparsi per l'interesse che tanti ebbero, alla fine del fascismo e della guerra, di far scomparire le prove della loro connivenza. Almeno questo è il caso pisano, a Pisa trovandosi durante il regime la più accreditata scuola corporativa, fondata da Bottai. Restano i libri e le riviste, ma della scuola in senso proprio è tutto scomparso, registri e documenti. Non si sa bene chi vi insegnò e per quali discipline, come funzionava l'istituzione, chi e quanti furono gli allievi, quale collocazione ebbero dopo. Una ventina di anni or sono non riuscii a procurare nulla a una studentessa della facoltà torinese di lettere che doveva fare la tesi in argomento. Scrissi invano ad Augusto Gotti Lega, avendo letto sulla coperta di un suo non disprezzabile romanzo che era stato allievo del collegio Musso-

lini; mi rispose che non ne aveva voglia. Sono riuscito a pubblicare qui, dopo anni di persecuzione, un contributo di Nicola Pinto (*Il Collegio Mussolini di Pisa negli anni Trenta*, in *RIDL*, 1995, III, 107 ss.). Ora si è costituita una commissione coordinata dal prof. Cubeddu, di cui anch'io faccio parte, per quel nulla che posso fare; sono nettamente pessimista.

37. Il prof. Gaeta rileva che Barassi non riuscì a collocare in cattedra, come giuslavorista, qualche suo allievo. Anche qui, come nota all'inizio l'autore del medaglione, sappiamo ben poco dell'uomo e della sua attività. Forse non era un maneggione, secondo il prototipo del nostro cattedratico. Ma è bene ricordare che, alla fine del regime, i cattedratici della materia, in genere insegnata per incarico da professori di altra disciplina, si contavano sulla punta delle dita.

40. Il prof. Gaeta, riprendendo uno spunto del prof. De Cupis, obietta anche in ordine allo stile letterario di Barassi. Al massimo, c'è una certa prolissità; ma il discorso è sempre chiaro per chi voglia seguirlo. E io preferisco la prolissità all'ermetismo socialmente deprecabile.

41. Infine il prof. Gaeta pone il problema del nome, se Lodovico o Ludovico, constatando che l'A. ha usato di volta in volta l'una o l'altra dizione. In realtà la grafia diversa dello stesso nome in senso sostanziale è ricorrente e di conseguenza è facile lo scambio: Enrico o Errico, Raffaello o Raffaele, Gabriello o Gabriele. Certo si può obiettare che almeno il nominato deve sapere la dizione esatta e qui abbiamo la prova che Barassi invece alternava; forse perché, da persona saggia, se ne fregava (come a me non interessa essere chiamato Giuseppe o Beppe). Voglio solo dire che talora, a un livello sociale certamente molto inferiore a quello della famiglia di Barassi, può anche avvenire che nell'ambiente nemmeno l'interessato sappia come effettivamente si chiama. Nell'autunno del 1954 morì un mio zio che era sempre stato chiamato Alipio. Mio cugino mi pregò di andare in Comune per fare i fogli necessari. Trovai che non c'era alcun Alipio e che lo zio si chiamava in realtà Olimpio. In famiglia si decise di fare i manifesti col nome Alipio, altrimenti nessuno avrebbe capito. Pochi mesi fa, avendo fatto una piccola ricerca sui miei nonni materni presso il Comune di Montecarlo, ho scoperto che mia madre sui registri si chiamava Maria Pia e non semplicemente Pia come tutti avevano saputo. Forse se ne potrebbe scrivere a Pirandello all'altro mondo.

73.

# APPUNTI SUL CONTRATTO DI FORNITURA DI LAVORO TEMPORANEO (*)

1. I giuslavoristi, a ragione, stanno intensamente lavorando in termini esegetici attorno alla recente introduzione nel nostro ordinamento del lavoro temporaneo. A quanto mi consta abbiamo avuto finora un intervento del prof. Mazzotta (1), scritti del prof. Miscione, una relazione del prof. Del Punta (2), una relazione, purtroppo da me non vista, del prof. Maresca. Questa forma di intermediazione lecita, così posta *a latere* di quella illecita che permane per la legge n. 1369 del 1960, suscita comprensibilmente molta attenzione. Ma, allo stato, mi pare che, altrettanto comprensibilmente, la disamina abbia corso nell'ottica naturale del giuslavorista, in particolare per quello che a noi sta soprattutto a cuore, cioè per la tutela della parte più debole del rapporto. La struttura portante della notevole innovazione, cioè il rapporto tra le due imprese, quella fornitrice e quella utilizzatrice, resta ancora nell'ombra, mentre merita, a mio avviso, di essere adeguatamente meditata sia in sé sia per capirne bene le interferenze sul punto centrale della gestione del rapporto di lavoro tra le due imprese, profilo che pare meritare un impegno a livello monografico.

2. L'affare dell'impresa fornitrice non può avere corrispettivo a carico dei lavoratori. Infatti, per l'art. 10/4, « chi esiga o comunque percepisca compensi da parte del lavoratore... » commette reato. E qui possono segnalarsi, *per incidens*, le parole singolarmente adoperate per la fissazione della pena: « ... con la pena alternativa dell'arresto non superiore ad un anno e dell'ammenda da lire 5.000.000 a lire 12.000.000 », quando la premessa alternatività avrebbe comportato la *o* in luogo della *e*. Stupito, ne ho parlato col mio collega penalista pisano

---

(*) In memoria dell'incomparabile amico prof. Walter Binni.

(1) Vedilo in *RIDL*, 1998, I, 181.

(2) Anch'essa in *RIDL*, 1998, I, 199.

prof. De Francesco il quale si è detto pressoché sicuro che deve leggersi *e*. È inutile insistere sul motivo, che ci delizia da tanto, della legge malfatta. Certo se la repubblica italiana fosse una società commerciale, da tempo ne sarebbe stato dichiarato, per tante buone ragioni, il fallimento.

3. E così abbiamo il contratto, nominato e tipico, tra le due imprese avente per oggetto la fornitura di lavoro temporaneo. Qui, a differenza di quanto solitamente avviene nelle formule definitorie, nel codice civile, dei diversi contratti, non si parla di corrispettivo per il servizio reso; ma il corrispettivo è ovviamente nelle cose, perché in genere la gente non lavora *gratis et amore Dei*. Il fornitore fornisce una merce come tanti altri operatori economici forniscono altre cose. Né meno scandalo perché qui il lavoro è implacabilmente merce. Perché la realtà è sempre indissolubilmente di fronte. Da una parte l'ideale sacrosanto dell'emancipazione, per quanto possibile, del lavoro. Dall'altra la prosaica salutare realtà che il lavoro si emancipa soprattutto se diventa utilmente merce. Se sono merce, se sono utile a qualcuno, ho vinto la partita nel commercio umano.

Così il punto centrale del corrispettivo dovuto dall'impresa utilizzatrice alla fornitrice è demandato alla privata contrattazione interindividuale nella logica di mercato. E nel contratto, nei limiti della legge, potranno essere risolti molti punti di concreto svolgimento.

4. Qui a me preme solo di sollevare il problema, con questi sommari appunti su questioni rispetto alle quali allo stato non sono possibili conclusioni sicure. Per quanto qui mi interessa (la regolamentazione dei rapporti tra le due imprese e lo svolgimento del rapporto di lavoro specifico) la legge dice poco e sorgono diversi interrogativi. Per il momento possiamo cercare di giuocare, con cautela, d'anticipo. Verrà poi la pratica degli affari e con gli affari il vario contenzioso, in particolare tra le due imprese. Dove si avrà, come in genere si verifica, la risposta equilibratrice della giurisprudenza.

5. C'è un frammento della legge che dimostra che il legislatore ha prestato attenzione alla logica dell'affare; nel senso, vorrei dire, che qui non si scherza, l'impresa fornitrice s'impegna a fornire all'altra lavoro effettivamente utilizzabile in relazione alle esigenze contingenti dell'utilizzatrice che, presumibilmente, non tollerano ritardi. Si lavora per consegnare una certa commessa in un termine essenziale, questo è l'imperativo.

Per l'art. 2/8 la disciplina delle assunzioni obbligatorie e l'obbligo di riserva di cui all'art. 25/1 della legge n. 223 del 1991, non si applicano all'impresa fornitrice con riferimento ai lavoratori da avviare al lavoro temporaneo; né detti lavoratori sono computabili ai fini dell'applicazione di dette discipline. Sarebbe ben strano, invero, dover avviare all'utilizzatrice un lavoratore di ridotta idoneità. Meno comprensibile è, invece, l'esclusione della riserva della legge n. 223, sol che si pensi che qui vi sono lavoratori spesso di piena idoneità e freschi di occasioni di lavoro prolungate e recenti. Qui il legislatore ha fatto frettolosamente di ogni erba un fascio. Indubbiamente, però, non obbligo, ma facoltà; perché la fornitrice può ritenere del tutto ben « avviabile » il lavoratore provetto e sperimentato ed anche un invalido che, in concreto, possa trovare utile collocazione non caritatevole.

6. Ovviamente il corrispettivo dovuto dall'impresa utilizzatrice dovrà essere tale da garantire alla fornitrice un profitto oltre il costo della fornitura. A questo proposito deve tenersi conto che il lavoratore ha diritto a un trattamento pari a quello spettante al lavoratore in organico del medesimo livello; che questo trattamento è addossato *in primis* alla fornitrice, dovendo essere rimborsata dall'utilizzatrice; che se la fornitrice non paga regolarmente, deve provvedere l'utilizzatrice, salvo rivalsa sull'altra impresa, le due imprese essendo complessivamente obbligate in solido (art. 6/3). Cioè il rapporto di lavoro corre tra la fornitrice e il lavoratore; anche se questi svolge la sua attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo della utilizzatrice (artt. 3/2 e 4/1).

Questa è stata una scelta politica liberamente opinabile. Infatti, in alternativa, poteva configurarsi la fornitrice come entità di mero collocamento di questa manodopera, imputandosi poi il rapporto derivatone all'impresa utilizzatrice. Anche perché con quest'altro possibile sistema si sarebbe favorito, anche psicologicamente, il trattenimento in servizio a tempo indeterminato del lavoratore assunto con contratto a termine, il che pare essere nei voti del legislatore, per la reiterata declaratoria di nullità delle clausole che, anche indirettamante, ostacolino questo risultato desiderato.

Piuttosto c'è da chiedersi se sia possibile o no convenire tra le due imprese, semplificando l'operazione, che per gli obblighi retributivi e contributivi provveda direttamente l'utilizzatrice. C'è da dubitare che la risposta negativa sia fondata. Non a caso sono partito dalla premessa che il contratto di fornitura è un contratto di puro diritto privato. Né si deve dimenticare che l'inderogabilità attiene propriamente al contratto di lavoro per la *ratio* ben nota di tutela. Del resto al lavoratore preme solo

di ricevere quello che gli spetta e che siano versati i contributi, chiunque vi provveda.

Per altro verso, se è nulla la clausola limitante la possibilità di restare in servizio dopo l'estinzione del contratto a termine, perché dovrebbe essere nulla l'assunzione diretta a termine *ab initio*? In realtà qui la questione è diversa. La legge ha voluto che operino come imprese fornitrici entità serie e solvibili, dettando al fine una serie di requisiti rigorosi. La permanente obbligazione di queste imprese, con tutta probabilità, è stata considerata come una garanzia per il lavoratore; chi lo ha assunto per questo particolare lavoro deve risponderne.

Se è fondata la considerazione da ultimo fatta, si dovrebbe ritenere, superando il dubbio da cui ho preso le mosse, che la fornitrice, chiamata a operare come garante, non possa in ogni caso liberarsi dall'obbligo che le addossa la legge. Ciò non si oppone a che avvengano tra le due imprese pattuizioni diverse, che prevedibilmente avranno pieno corso di fatto senza che ne derivino problemi.

Altrove, per gli altri punti in cui la legge, sulla premessa della riferibilità del rapporto alla fornitrice coerentemente attribuisce a questa impresa poteri rilevanti nella gestione del rapporto di lavoro, il problema sopra prospettato della derogabilità o no della disciplina non si pone neppure, per una questione assorbente. Perché si tratta di norme attributive di legittimazione e non è sennato prestarsi alla facile eccezione del lavoratore che la sanzione, ad esempio, è illegittima perché irrogata da impresa non legittimata.

7. Sempre sul piano dei rapporti economici tra le due imprese, qui influendo quanto doverosamente spetta al lavoratore, mi pare opportuno un chiarimento in ordine all'inquadramento del lavoratore medesimo. Secondo l'art. 3/3/d, nel contratto di lavoro temporaneo vanno specificate « le mansioni alle quali il lavoratore *sarà* adibito e il relativo inquadramento ». Dove mi par chiaro che nella logica dell'affare, e soprattutto secondo le finalità di questa legge di aprire anche questa strada per offrire occasioni di lavoro ai disoccupati, rispetto all'occasione che si presenta il lavoratore può ripartire *da zero*, quali che siano i suoi precedenti lavorativi e il precedente inquadramento. Il lavoro possibile è questo, o prendere o lasciare. Quindi in primo luogo le mansioni, le attività possibili e su questo dato di fatto l'inquadramento, secondo la normativa contrattuale-collettiva corrente per quel determinato tipo d'impresa; perché può ben avvenire che il lavoratore venga utilizzato in impresa di categoria diversa rispetto ai precedenti di lavoro.

8. È prevedibile che nella determinazione del corrispettivo dovuto dalla utilizzatrice alla fornitrice, si tenga conto dell'indennità di disponibilità che la seconda deve al lavoratore assunto con contratto a tempo indeterminato per i periodi di non utilizzazione. Per questo tutti i commentatori reputano che l'utilizzo di questo contratto sarà alquanto costoso. Ma, comprensibilmente, la legge (art. 4/3) non dice niente in ordine alla misura dell'indennità, tutto essendo rimesso alla contrattazione collettiva o, in difetto, al decreto ministeriale.

9. Potrà verificarsi che un'impresa ricorra con una certa costante periodicità al lavoro temporaneo. E in questa situazione potrà aversi l'esigenza di convenire tra le due imprese una sorta di convenzione preliminare normativa, quivi fissandosi alcuni caposaldi dei futuri probabili contratti di fornitura.

10. L'impresa fornitrice può assumere (art. 3/1) tanto a termine (per corrispondere a una richiesta già acquisita) quanto a tempo indeterminato, previ calcoli circa la normale assorbibilità nel mercato suo specifico. Ma poiché per i lavoratori assunti a tempo indeterminato corre l'obbligo dell'indennità di disponibilità, è probabile che si cerchi di ridurre al minimo questa eventualità. Essendo pacifico che l'avviamento deve aver corso con contratto a termine, perché questa legge riguarda il lavoro temporaneo, altrimenti snaturandosi il tutto. Probabilmente si potrà ricorrere all'espediente di registrare in una sorta di albo quanti si siano dichiarati disponibili per lo specifico contratto e ne abbiano fatto domanda, così come avviene in altre situazioni, attingendosi poi di volta in volta da questo albo per corrispondere a precise richieste.

11. Nel contratto di lavoro temporaneo è possibile il patto di prova (art. 3/3E). Quale delle due imprese può deliberare nel senso dell'esito negativo? Sarebbe del tutto logico che fosse l'utilizzatrice che ha constatato direttamente l'inidoneità. Ma la questione è dubbia, sia perché il rapporto fa capo alla fornitrice, sia perché è questa che deve esercitare il potere disciplinare (v. *infra*). Per evitare complicazioni ed eccezioni, è consigliabile che l'utilizzatrice richieda l'intervento della fornitrice premurandosi che la comunicazione giunga al lavoratore in tempo utile per scongiurare la definitività della collocazione (a termine). Ne potranno sorgere liti tra le due imprese. Con la specifica pattuizione è superata la questione della clausola di gradimento di cui ha trattato il prof. Del Punta.

12. Per l'art. 6/2, l'utilizzatrice deve dare immediata comunicazione scritta della destinazione del lavoratore a mansioni superiori; se la comunicazione è omessa la prima impresa risponde esclusivamente delle differenze retributive (art. 6/3). Ma la previsione è del tutto monca in ordine alle implicazioni logiche possibili. La comunicazione deve avere pure un senso; probabilmente facultizzando la fornitrice a opporsi alla superiore collocazione. D'altro canto, non ci dovrebbero essere preoccupazioni in ordine alle implicazioni di un utilizzo tanto prolungato nelle mansioni superiori da comportare l'acquisizione, in via definitiva, di superiore posizione di lavoro, giacché, come ho detto, rispetto a ogni avviamento il lavoratore professionalmente riparte da zero; al massimo si può sostenere che si deve tener conto di questa scalata, se si tratta dello stesso tipo d'impresa o della medesima impresa, nei limiti del possibile.

Il lavoro temporaneo non può tecnicamente ricondursi alla figura del comando. Ma anche in caso di comando l'impresa che distacca il lavoratore presso altra non deve subire nocumento dagli svolgimenti verso l'alto del rapporto. Io ho visto professionalmente il caso, ancora *sub judice*, del lavoratore che opponeva alla distaccante di essere divenuto, in corso di comando, per prolungato utilizzo in posizione superiore, dirigente.

13. Per la premessa, l'esercizio del potere disciplinare fa capo alla fornitrice, dovendo l'utilizzatrice comunicare gli elementi che sono suscettivi di contestazione, il che vale ovviamente anche ai fini del licenziamento, ritenuto ormai in sé disciplinare. Sennonché qui è da tener conto che, per l'art. 4/4, il lavoratore ha diritto di prestare la sua opera per l'intero periodo di assegnazione, salvo il caso di mancato superamento della prova o della sopravvenienza della giusta causa di recesso; non rilevando, quindi, il giustificato motivo soggettivo, il notevole inadempimento agli obblighi contrattuali. Il che è veramente eccessivo, potendosene fare una questione di legittimità costituzionale. Resta che l'utilizzatrice ha interesse, quando l'utilizzazione sia di non indifferente periodo, a una rigorosa applicazione della normativa disciplinare, per liberarsi di soggetti ritenuti non produttivi. Ne può derivare uno stato di tensione tra le due imprese, teoricamente con spazio per azioni risarcitorie.

14. L'impresa utilizzatrice risponde nei confronti dei terzi dei danni arrecati dal lavoratore (art. 6/7). Niente da eccepire, in linea di principio, perché il lavoratore è ausiliario dell'impresa. Ma mi domando se, nei rapporti tra le due imprese, non vi sia spazio per specifica regolamenta-

zione, giusta la quale la fornitrice debba rifondere quanto pagato a titolo risarcitorio, condizionatamente all'accertamento dell'inidoneità in partenza del lavoratore, ove il fatto sia avvenuto durante la prova.

15. Per l'evenienza che il lavoratore sia comunque assente dal lavoro, in particolare quando l'attività cui il medesimo sia destinato non tolleri soste, v'è spazio per opportune intese tra le due imprese per colmare la vacanza. Le imprese fornitrici dovrebbero essere in grado di operare come « pronto soccorso ».

74.

# SUL COMPORTO PER SOMMATORIA NEL *PART-TIME* (*)

1. In una noterella del 1991 (in *RIDL*, I, 265) mi dichiarai perplesso della tesi circolante giusta la quale, per i lavoratori con contratto a tempo parziale, il comporto di malattia per sommatoria dovrebbe essere per necessità equitativa riproporzionato, cioè ridotto, rispetto a quello previsto per il lavoratore a tempo pieno. Lo dissi d'istinto. In tutti questi anni ho spesso rimuginato sul problema. Finalmente, per togliermi il peso, ho affrontato di petto, rivedendo organicamente quanto si è scritto, giungendo alla conclusione del pieno fondamento del mio dubbio.

Non ci si meravigli di questa lunga digestione. Per temperamento sono assai lento nel processo di formazione dei miei convincimenti. Da magistrato e quando facevo l'avvocato ero sempre terrorizzato dall'urgenza di dover fare alla svelta. Odiavo il processo penale per l'imperativo di dover decidere subito (e per questo preventivamente studiavo le cause, in fatto e in diritto, nei piccoli particolari). In civile, seguendo il consiglio dell'amico istruttore Capaccioli, mi sono sempre riservato (ma rispettando sempre i termini per il deposito). Così ho sempre avuto bisogno di tempo per studiare, meditare, far lievitare l'idea. Una volta, in un colloquio con un anziano amico, grande avvocato, Egidio Ceragioli, dopo aver constatato la comune predisposizione alla lenta maturazione, Egli mi raccontò che in un'occasione per settimane si arrovellò per

---

(*) In memoria di Leonetto Amadei, già presidente della Corte costituzionale, nel ricordo delle appassionate lotte interne nel partito socialista negli ultimi anni '40 e nei primi '50. Ho l'impressione che sia stato un giudice e un presidente equilibrato e di buon senso, ben al di sopra, su questo piano, degli eccelsi professori. Ho cavato l'impressione dalle confidenze che talora ne ebbi. E da alcune innocenti esternazioni. In una intervista alla *Stampa* fu fermo sostenitore dell'anonimato della camera di consiglio, a garanzia della genuinità dei deliberati (siamo uomini di partito e nell'anonimato possiamo raggiungere equi compromessi). E di recente raccontò come riuscì a far emergere una maggioranza, in un'occasione in cui ognuno divideva il capello in quattro, sollecitando a non fare come la moglie del sor Pasquale, che « se è piccolo non lo sente, se è grosso le fa male ».

trovare il filo in una causa delicata; i giorni passavano senza progressi; una notte gli comparve in sogno il maestro avv. Casini che gli disse « oh bischero, l'hai visto l'articolo x della legge...? ». Egidio si alzò di corsa, trovò nella stanza di lavoro l'articolo dov'era la soluzione del caso!

2. Per Ichino (*Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. II, 1985, 383-397), il principio (ovvio in questo contratto) di riduzione proporzionale dei trattamenti opera soltanto dove il trattamento è legato alla prestazione da un nesso di stretta corrispettività (ad esempio, per la retribuzione e le ferie), ma non vale quando non c'è tale nesso, ad esempio, in tema di prova, preavviso, comporto; di conseguenza deve applicarsi per il comporto quanto previsto per il tempo pieno. Nello stesso senso è, in via molto assertoria, C. Filadoro, *Il* part-time, 1984, 90. A parte il consenso sostanziale con la conclusione (v. *infra*), l'argomentazione non è appagante; sol perché, notoriamente, si entra nel terreno accidentato della corrispettività e dell'onerosità nel contratto di lavoro, dove la disciplina è ben lontana dal modello rigido scambista, tanto che si è elaborata la teorica della corrispettività « complessiva » che, come tale, significa un bel nulla. Viceversa la maggioranza degli autori è, almeno per il contratto verticale, per il riproporzionamento, assumendo che altrimenti il sacrificio per la parte datoriale sarebbe ingiustamente eccessivo. Le poche sentenze di merito hanno seguito nel complesso questa strada. Vi sono due sentenze della Cassazione che hanno detto, a mio avviso, due cose assai importanti, a torto non tenute adeguatamente presenti.

3. La Cassazione ebbe occasione di pronunciarsi su un caso vecchio (cioè anteriore alla formale previsione del contratto a tempo parziale con la legge n. 863 del 1984), trattandosi nella specie di un contratto che impegnava il lavoratore per alcuni mesi nell'anno, da maggio ad agosto, con la sentenza 11 giugno 1983, n. 4034 (in *OGL*, 1984, III). Poiché in appello i giudici avevano ritenuto di poter risolvere il caso alla stregua dell'indirizzo, superato, sul giustificato motivo oggettivo risolutivo delle situazioni di eccessiva morbilità (su questo si soffermò Papaleoni, in *GC*, 1984, I, 239), la Corte, in ragione della svolta compiuta con la fondamentale pronuncia del 1980, respinse questa impostazione e cassò con rinvio: il Tribunale, invece di negare apoditticamente l'applicabilità della disciplina del contratto collettivo in tema di comporto per il tempo pieno, avrebbe dovuto accertare se codesta disciplina poteva essere adattata e con quali modalità; se la disciplina contrattuale fosse risultata inapplicabile, il Tribunale avrebbe dovuto decidere o secondo gli usi o in via

equitativa, avendo riguardo alle particolarità del rapporto, serbando l'equilibrio dello scambio tra prestazione e controprestazione.

In sede di rinvio, si pronunciò sul caso il Tribunale di Lodi, 20 novembre 1984 (in *OGL*, 1985, 509), accettando la tesi del necessario riproporzionamento, già ritenuta in primo grado dal pretore; in conclusione, poiché il contratto obbligava a lavorare 105 giorni nell'anno al fine di assicurare il funzionamento della piscina in un centro sportivo, il Tribunale ritenne equo, per non aggravare ingiustificatamente la posizione datoriale, determinare il comporto in 52 giorni nell'anno, in pratica avallando il licenziamento.

Nella sostanza, con questa impostazione il Tribunale « distrusse » il contratto a tempo parziale nella sua portata normativa obbligante proiettata nel tempo. In un contratto che, come disse la Cassazione nella sentenza n. 4043 del 1983, è a tempo indeterminato, sia pure con prestazioni delimitate nel tempo (e quindi di massima risolubile per il sopravvenire della giusta causa o del giustificato motivo), si viene in effetti a dire che, ove la questione emerga in termini di comporto, il contratto è risolvibile assai prima nel confronto col contratto a tempo pieno. È la soluzione caldeggiata anche da J. Piccinini (v. *Comporto, part-time ed equità*, in *GI*, 1992, I, 2, 504, a commento di P. Roma 19 ottobre 1991, esemplare per un calcolo assai complicato); infatti, se ho ben capito, tutto dovrebbe risolversi con la formula 180:365 = x: 100; dove 180 è il comporto contrattualmente previsto nell'anno e x i giorni lavorativi previsti, sempre nell'anno, secondo contratto, arrivandosi alla conclusione di un comporto equitativamente determinato di 49 giorni. Per altro caso di riproporzionamento equitativo, v. P. Firenze 27 maggio 1987, in *FI*, 1988, I, 1587. V. anche Morgera, in *GI*, 1984, I, 675, mentre L. Menghini, in *RIDL*, 1984, II, 166, registrando il rischio di soluzioni eccessivamente sbilanciate o in danno del datore o del lavoratore, auspica che possa trovarsi qualche regola di appagante equità.

4. In genere, come ho accennato, si pretende di poter distinguere nettamente tra il contratto a tempo parziale orizzontale e quello verticale; mentre rispetto al primo quasi tutti paiono « possibilisti » in ordine all'applicabilità, quasi *de plano*, della disciplina posta nel contratto collettivo per il lavoro a tempo pieno, pressoché tutti concordano in ordine alla necessità di discostarsi da codesta disciplina per il contratto verticale per passare al riproporzionamento equitativo, nella premessa, quanto meno implicita, che altrimenti ne sortirebbero conseguenze inique per la parte datoriale. Singolarmente si pronuncia in questo senso anche un autore che in premessa parte, invero alquanto contraddittoria-

mente, dall'accettazione della tesi di Ichino: v. R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, 1992, 392-394.

5. La questione dovrebbe essere diversamente impostata per il contratto orizzontale, in sostanza perché in questa ipotesi il lavoratore deve essere presente in tutti i giorni lavorativi, seppur in misura ridotta rispetto al tempo pieno: v. Piccinini, F. Amato, *La disciplina legale del lavoro a tempo parziale*, in *L80*, 1985, spec. 735. In sostanza perché qui il lavoro ha la stessa estensione nel tempo del lavoro a tempo pieno: Del Punta, *loc. cit*. Per la stessa conclusione pratica v. M. Brollo, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, 1991, 189; G. Nicolini, *Lavoro a tempo parziale*, 1988, 70. Mentre Maresca, *La nuova disciplina legale del lavoro a tempo parziale*, in *RGL*, 1987, I, spec. 58 afferma che in questa ipotesi non vi sono eccessive difficoltà.

Sennonché, rispetto a questa impostazione, il pretore di Roma (29 marzo 1994, in *DL*, 1994, 2, 143), ha detto efficacemente, che se è vero che il lavoratore con contratto di lavoro parziale orizzontale è presente in azienda tutti i giorni lavorativi, non è ben vero che la prestazione è per definizione ridotta; di conseguenza questo giudice, coerentemente, ha operato anche qui il riproporzionamento grosso modo determinando il periodo di comporto nella misura del 60% rispetto al contratto a tempo pieno. Se il riproporzionamento deve esserci, deve aver corso anche per il contratto orizzontale. Non si può scappare. Se è iniquo che il lavoratore obbligato ad operare per periodi predeterminati (o nella settimana o nel mese o nell'anno), possa invocare la misura del comporto prevista per il lavoratore a tempo pieno, è altrettanto iniquo che possa sollevare questa pretesa il lavoratore che lavora tutti i giorni, ma per la metà del tempo cui è obbligato il lavoratore a tempo pieno.

6. A mio avviso la questione dovrebbe essere impostata altrimenti. Ammettendo che nel contratto collettivo vi sia una lacuna in ordine al comporto per sommatoria per i parzialisti, si impone giocoforza il ricorso alla determinazione equitativa del giudice (cioè purtroppo *ex post*, di guisa che, ragionevolmente, Maresca ritiene che sia opportuno provvedere nella disciplina collettiva), giacché in zona, per la brevità della vicenda — posto che il contratto a tempo parziale è stato formalmente previsto in via legislativa tredici anni fa —, non pare che vi siano usi. Quindi si tratta di vedere se siano prospettabili ragionevoli criteri equilibrati per questa determinazione equitativa.

7. A me pare che non vi sia spazio per un riproporzionamento

incidente sulla determinazione del periodo di comporto in sé (c.d. termine « interno » nella letteratura formatasi in materia). Determinandosi questo termine interno, si fissa, in via di pretesa ragionevolezza contemperatrice degli opposti interessi, il limite massimo superato il quale l'assenza del lavoratore diventa intollerabile per l'impresa. Per quale arcana ragione su questo piano il parzialista dovrebbe avere un trattamento diverso da quello del tempopienista? Non sono mai riuscito a capirlo ed in questo, e solo in questo, ebbe ragion d'essere la mia noterella di dissenso del 1991. Non vi sono lavoratori di prima e di seconda categoria.

8. Il vero problema è un altro. Spazio per la determinazione equitativa c'è, propriamente, solo per il termine « esterno », cioè della determinazione del periodo entro il quale deve operare il comporto. Ed è interessante registrare che talora è stata la parte lavoratrice che si è avvicinata all'esatta impostazione del problema, suggerendo al magistrato un raddoppio o comunque un aumento di questo termine esterno. Ciò avvenne nel caso di cui alla sentenza n. 4034 del 1983 della Cassazione, come risulta dalla sentenza pronunciata, in grado di rinvio, dal Tribunale di Lodi; qui la difesa di parte lavoratrice proponeva di determinare il termine in questione in tre anni e mezzo rispetto all'anno previsto per il tempopienista. Anche nel caso di cui alla Cass. n. 3063 del 1990 il lavoratore chiedeva il raddoppio. Ed è interessante registrare che cosa ha detto la Corte in proposito. Due cose molto importanti. In primo luogo, che il lavoratore prospettava una scelta equitativa *diversa* (penso rispetto a quella sostenuta da parte datoriale); diversa, ma implicitamente *possibile* in diritto. In secondo luogo, che la determinazione è rimessa alla valutazione, incensurabile in sé in sede di legittimità, del giudice di merito; è ben noto che la pronuncia d'equità non è, almeno « nel merito », impugnabile in Cassazione (art. 114 c.p.c.), potendosi sindacare solo la mancanza o l'illogicità della motivazione, non il criterio adottato.

Qui è la vera lacuna. A quanto mi consta, nei contratti collettivi, allo stato, non si rinviene la determinazione del termine esterno relativo al periodo di riferibilità del comporto per i contratti a tempo parziale verticale, cioè per periodi predeterminati o nella settimana o nel mese o nell'anno; particolarmente angustiante è l'ultima ipotesi.

Ma il problema esiste anche per il contratto a tempo parziale orizzontale; dove, in prima battuta, non pare irragionevole la pretesa di parte lavoratrice di raddoppiare il periodo di riferimento; ad esempio, se

chi lavora a tempo pieno può contare su un comporto di 180 giorni in un anno, chi lavora per metà ben potrebbe pretendere due anni.

È qui che dovrebbe provvedere la contrattazione collettiva. In difetto, è inevitabile il ricorso al giudice (*ex post*), potendo il magistrato far ricorso a quei « ragionevoli accorgimenti » di cui disse la fondamentale pronuncia della Cassazione 20 marzo 1980, n. 2072 (in *FI*, 1980, I, 936). Ma senza toccare, a pena d'ingiustizia, il termine di comporto in sé, provvedendo solo per il termine esterno anche per il contratto orizzontale.

75.

# MALATTIA E LICENZIAMENTO (*)

1. La giurisprudenza pare consolidata nel senso che, in pendenza della malattia, il lavoratore può essere licenziato solo per giusta causa e non, con preavviso, per giustificato motivo *ex* art. 3 della legge n. 604 del 1966 (1). Quindi non vale nemmeno il g.m. subiettivo, cioè il notevole inadempimento agli obblighi contrattuali. La tesi ha pieno riscontro, quasi per implicito, in dottrina, almeno se prendiamo le due più recenti trattazioni generali sulla malattia nel rapporto di lavoro (2). A mio sommesso avviso è una conclusione fortemente discutibile. Soprattutto perché, come rilevò Ichino (3), la tutela specifica e temporanea del lavoratore ammalato contro la possibilità del recesso nei termini indicati nel comma 2 dell'art. 2110 c.c. ha perso gran parte della sua concreta rilevanza dopo la disciplina limitativa, in generale, dei licenziamenti siccome rafforzata con l'art. 18 dello statuto dei lavoratori. Infatti, se nel rapporto opera per la risoluzione ad iniziativa datoriale la regola che occorre la giusta causa o, quanto meno, il giustificato motivo, in questo ambito non ci dovrebbe più essere spazio per la norma del codice.

2. È probabile che da questa acquisizione giurisprudenziale abbia preso spunto, in un senso indubbiamente logico, la lettura suggerita della norma del codice da Del Punta, che ritiene configurabile un diritto alla conservazione del posto « in senso forte», un diritto, cioè, a non essere

---

(*) Il presente scritto è destinato agli Studi in onore del prof. Emilio Romagnoli.

(1) V. Cass. 22 febbraio 1995, n. 2019, in *GI*, 1995, I, I, 2040; P. Firenze 31 ottobre 1990, in *NGL*, 1990, 853; Cass. 7 febbraio 1987, n. 1314, in *RIDL*, 1987, II, 774; Cass. 7 maggio 1983, n. 3142, in *NGL*, 1983, 388. Da ultimo v. Cass. 20 dicembre 1997, n. 12915, in *MGC*.

(2) V. A. Pandolfo, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1992, con completi riferimenti nelle due monografie.

(3) V. P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1984, 79-81.

licenziato, dovendosi tener conto dello stato di bisogno del malato, che non può essere privato dei mezzi ordinari di sussistenza.

Sennonché Pandolfo (4) ha intelligentemente osservato che, se fosse esatta la prospettazione generale di Del Punta, la via sarebbe aperta per ritenere preclusa anche la possibilità del licenziamento per giusta causa che, invece, Del Punta ammette. In realtà, sul terreno interpretativo-applicativo, allo stato l'ipotesi prospettata da Pandolfo non può aver corso, perché vi osta il dettato della legge. Infatti l'art. 2110/2 dispone, inibendolo, per il recesso *ad nutum*, niente viceversa dicendo del 2119, di guisa che, implicitamente e secondo interpretazione corrente, il licenziamento per giusta causa può aver corso. Se questo è vero, non ha senso impostare il problema, come fa Del Punta (5), in termini di prevalenza del 2119 sul 2110, proprio perché il secondo disposto, tacendo del primo, ne ribadisce la piena vigenza anche in ipotesi di malattia. Per raggiungere l'obiettivo desiderato sarebbe pertanto indispensabile passare per un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2110/2, lamentando che la norma, non estendendo la protezione anche ove sia prospettabile una giusta causa, sia censurabile rispetto a diversi principi costituzionali (tutela del lavoro, della salute ecc.), nella speranza di ottenere una pronuncia additiva.

3. In stretta interpretazione letterale, tutto deriva dall'obiettiva formulazione dell'art. 2110/2, che consente solo la recedibilità per giusta causa e, quindi, si dice, non per qualsivoglia altra ragione. Oggettivamente il disposto del codice fascista fu così alquanto sbilanciato in termini di protezione del malato. Invero sarebbe stato più sennato affermare semplicemente la non recedibilità di massima, salvo la ricorrenza di un giustificato motivo, rimandando in ogni caso alla prudente valutazione del magistrato. Dopo di che, ancora con una certa facile logica, Del Punta rileva che, se la legge ammette solo il licenziamento per giusta causa, non può certo ammettersi il licenziamento per giustificato motivo, cioè per ragioni indubbiamente di minore gravità (tanto che ne deriva l'inderogabilità del preavviso) (6).

4. In realtà ben potrebbe argomentarsi per la deducibilità anche del giustificato motivo. Perché, ad esempio, il notevole inadempimento agli obblighi contrattuali è, se così può dirsi, quasi grave come la giusta causa

(4) V. Pandolfo, *La malattia*, cit., 217, nota 46.
(5) V. Del Punta, *op. cit.*, 370.
(6) V. Del Punta, *op. cit.*, 365.

(tra le due situazioni c'è solo una differenza di grado). Si tratta pur sempre di una giustificazione obiettiva controllabile, se del caso, dal magistrato e non si vede perché il lavoratore, che abbia la fortuna di essere malato (in verità la prova ufficiale è estremamente facile, data la notoria compiacenza dei sanitari), debba avere un privilegio nel confronto col lavoratore non ammalato. Dopo la legislazione limitativa dei licenziamenti, lo spazio di operabilità dell'art. 2110/2 è quello residuale minimo del recesso *ad nutum*, per i pochissimi casi che ora risultano dalla legge n. 108 del 1990. Altrimenti tutto refluisce, per tutti, nel regime limitativo dei licenziamenti.

Nel fondo c'è la radicale impossibilità di equiparare il recesso *ad nutum* di cui all'art. 2110/2 al successivo licenziamento per giustificato motivo. Nella sentenza n. 3142 del 1983 della Cassazione sopra citata c'è un brano che comprova con quanta superficialità viene sbrigato il problema: « Invero, durante la malattia, del rapporto di lavoro vengono meno alcuni elementi soltanto, per quello che interessa nella fattispecie, l'art. 2110/2 limita, esclusivamente il diritto di recesso spettante al datore di lavoro a norma dell'art. 2118 c.c., come modificato dalla legge n. 604 del 1966, ossia il recesso per giustificato motivo, ma non apporta alcuna limitazione al recesso per giusta causa, previsto dalla diversa disposizione di cui all'art. 2119 c.c. richiamato dalla legge n. 604 ».

Adunque, a parte l'italiano e la punteggiatura, la legge n. 604 avrebbe semplicemente modificato l'art. 2118, così banalizzandosi una radicale innovazione apprezzabile anche sul piano della civiltà giuridica! E qui ha invero buon giuoco Del Punta (7): dedurre che l'art. 2118 è stato semplicemente sostituito dalla disciplina limitativa dei licenziamenti è un salto non giustificato, una trasposizione meccanica dimenticando la novità di sostanza; aggiungendo altrettanto sennatamente l'A. che, in realtà, non sappiamo come l'art. 2110 si sarebbe regolato se avesse dovuto rapportarsi ad una disciplina limitativa del recesso e non all'art. 2118. Ma se questo è vero, l'operatore non deve arrendersi, deve fare uno sforzo, invero non immane, di razionalizzazione nel sistema.

5. Quanto meno, ammesso, ma non concesso, che la razionalizzazione non sia possibile in via interpretativa, c'è forse spazio per sollevare una questione di legittimità costituzionale in termini di ragionevolezza nel confronto che ne deriva, seguendo la tesi qui criticata, tra i lavoratori

(7) *Op. cit.*, 377.

a seconda che siano malati o no. Come si spiega il privilegio dei malati? Solo la Corte costituzionale potrebbe con autorevolezza spiegarlo.

6. Stranamente la questione di legittimità non è stata finora sollevata. E così ha corso la giurisprudenza consolidata; ho visto di recente una sentenza della Cassazione, inedita, che cita, nel senso della distinzione tra giusta causa e giustificato motivo, mezza pagina di precedenti della Corte non pubblicati in riviste. E su questo consolidato ha poi corso anche in dottrina un eguale orientamento dato come ovvio e scontato. In tutta questa letteratura ci sono in realtà molte cose che fanno venire il latte alle ginocchia. Secondo Carlo Lapucci (8), questa espressione popolare indica chi sia uggioso o chi sia, in particolare, stucchevole, sdolcinato, svenevole. In verità non è questo il senso dell'espressione, così come io l'ho appreso da ragazzo dai miei maestri contadini in questa parte di Toscana; dove significa persona colposamente di troppo buon core, nella sostanza corrispondendo all'altro adagio sul medico compiacente che provoca rovine. Nella nostra situazione, in piena contrarietà agli imperativi della morale sociale in un consorzio ben ordinato.

7. Credo che la punta estrema dell'orientamento qui combattuto sia stata la pronuncia della Corte costituzionale giusta la quale il licenziamento della lavoratrice in stato di gravidanza non è solo temporaneamente inefficace, ma radicalmente nullo (non deve esserci, ma di fatto può esserci) (9). Perché, disse la Corte, non si debbono turbare ingiustificatamente le condizioni della donna, né si deve alterare il suo equilibrio psico-fisico, con possibili serie ripercussioni sulla gestazione e sullo sviluppo del bambino; perché anche un licenziamento ad effetti differiti potrebbe provocare grave turbamento. Con altra perla. All'obiezione che allora, per poter licenziare la donna una volta esaurito il periodo di conservazione del posto, ci vorrebbe una nuova giusta causa, si risponde che non è necessaria una nuova giusta causa, essendo soltanto necessario che la giusta causa in origine contestabile sussista ancora nel momento in cui il licenziamento sia legittimamente intimato. Sussista ancora in che senso? Che la lavoratrice abbia insistito nel comportamento censurabile?

Naturalmente alla pronuncia ha fatto seguito il plauso di Del Punta (10) che, in particolare, afferma che, forse, il turbamento da licenzia-

---

(8) *Modi di dire della lingua italiana*, Milano, 1981, 151.

(9) V. C. cost. 8 febbraio 1991, n. 61, in *FI*, 1991, I, 697, e in *RIDL*, 1991, II, 724, con nota di Mattarolo.

(10) *Op. cit.*, 630-632.

mento potrebbe nuocere alla crescita normale del feto. Non ho alcuna competenza di medicina per valutare quest'ultimo assunto; forse i giudici costituzionali e l'Autore sopra citato hanno la ventura di potersi avvalere in materia di massime di comune esperienza.

8. Lasciamo tutte queste diatribe. A dimostrazione della erroneità di questi sviluppi, è preferibile muoversi su altro terreno. A mio avviso ci si deve chiedere se, in questa zona di protezione rispetto agli eventi della malattia e della gravidanza, il datore di lavoro sia « espropriato » della possibilità di gestire al meglio i rapporti di lavoro, in particolare potendo liberarsi dei soggetti il cui apporto sia valutabile in termini solo negativi. Tenendo conto che la disciplina limitativa dei licenziamenti, in particolare consentendo di sbarazzarsi in caso di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, è d'interesse sociale pubblico. Ormai tutti si dicono convinti, almeno a parole, che l'efficenza degli apparati di lavoro è nell'interesse pubblico.

C'è di più. Una certa frequenza nel mutamento della forza lavoro in ragione dei licenziamenti disciplinari e delle conseguenti necessarie sostituzioni, può funzionare, in un certo senso, come un modo invero singolare di dar corso alla parola d'ordine dell'on. Bertinotti e di una parte dei sindacalisti « lavorare meno, lavorare tutti ». La periodica disoccupazione, con la conseguente emergenza delle necessità elementari di vita, possono ben servire a raddrizzare il cervello di persone non disponibili a fruttuosa collaborazione. Del resto, dopo tanto vociare contestatario, l'aspirazione diffusa è quella di poter tornare a gemere sotto il dominio del capitale. Del resto, nei confronti di tanta gioventù oggi inidonea perché naturalmente ostile, perché non preparata né dalla scuola né dalla famiglia alla cura salutare della sofferenza, non sarebbe male condizionare l'applicabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti alla prestazione del lavoro per un certo numero di anni. Al livello delle professioni intellettuali, con tanta massa di giovani in mortificante attesa, il problema della scelta dei migliori non si pone, dato l'andamento del mercato. Si può profittare della crisi per selezionare i pochi preparati e adatti.

9. Il datore di lavoro che voglia riservarsi la possibilità di trattare a dovere il cattivo soggetto, malgrado l'insorgere di eventi paralizzanti della possibilità di recesso, deve per forza, facendo tesoro dello stato della giurisprudenza e della dottrina, tener conto della regola dell'immediatezza, seppur relativa, che vige pacificamente per la giusta causa e, sostanzialmente e comprensibilmente, anche per il giustificato motivo

soggettivo. E la giusta causa, seppur con una forte connotazione di rimproverabilità soggettiva richiedendosi la colpa grave, è ben possibile, come la legge dice, anche nei confronti delle donne in stato di gravidanza.

Quindi la giusta causa va contestata. Ma è bene contestare anche il giustificato motivo soggettivo, dando corso al regolare procedimento disciplinare. Dopo di che, concluso il procedimento, ben può comunicarsi al lavoratore che l'impresa, tenendo conto della ritenuta irrecedibilità nel periodo di comporto, si riserva di deliberare per il licenziamento una volta compiuto quel periodo. Questo è esercizio elementare del diritto. E l'eventuale turbamento psichico del destinatario, malgrado quanto affermato dalla Corte costituzionale, è nelle cose, seppur temperato nel momento dalla considerazione che non oggi, ma domani si sarà estromessi. Il datore di lavoro, siccome ormai si ammette, può anche adire subito il giudice in accertamento del suo diritto. Non c'è ovviamente un frammento di legge impeditivo di queste possibilità; salvo che non si faccia una legge o non si riesca ad ottenere una sentenza della Corte costituzionale che paralizzi qualsivoglia iniziativa cautelare, magari inibendo *tout court* di parlare. Ma non credo che tanto sia possibile nell'ordinamento, perché credo che dalla Costituzione si ricavi il principio che tutti possono agire stragiudizialmente e in giudizio per la tutela, in forme civili, dei loro pretesi diritti e interessi.

## 76.

## MOVIMENTI DEL CAPITALE E LIBERTÀ DEI LAVORATORI

1. Di recente si è sollevato il problema della genuinità o no, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c., di movimenti entro l'azienda presentati dal padronato come, appunto, trasferimenti di un ramo dell'azienda; ove si dia al quesito risposta negativa ci si chiede se il lavoratore che non accetti il passaggio alle dipendenze di nuovo imprenditore possa pretendere la continuità del rapporto con quello originario. Giacché, trattandosi di mera cessione di contratto, sarebbe indispensabile il consenso della parte ceduta. In *RIDL* (1999, II, 416) sono state pubblicate due sentenze di segno opposto, P. Milano 16 settembre 1998 e P. Genova 22 ottobre 1998, con nota di L. Corazza. Di recente anche in *DLRI*, 1999, 507, sono state pubblicate altre due confliggenti pronunce, T. Milano 30 maggio 1998 (in un caso in cui la precedente impresa aveva conservato in servizio il dipendente, però degradato da elettricista a distributore di carburante) e T. Genova 19 luglio 1999. Quivi seguono poi le opinioni di M. Magnani, (p. 485) e di F. Scarpelli (p. 491), nonché un articolo di U. Runggaldier (p. 523) nel quale si dà compiutamente conto del travaglio, sul problema, della giurisprudenza e della dottrina di Germania e d'Austria.

2. È notorio come da parte lavoratrice si seguano con preoccupazione e ansietà questi movimenti; il profilo sindacale è stato messo bene in rilievo da Scarpelli. Voglio raccontare un episodio concreto, soprattutto per far vedere che queste preoccupazioni derivano anche da un giudizio di prospettiva rispetto alla nuova proprietà. Qui nella piana di Lucca c'è, credo dagli inizi del secolo, un grosso molino Pardini, credo ancor oggi all'avanguardia della tecnologia, con un mercato transnazionale. Da ultimo faceva capo ad alcuni fratelli. Morto il fratello che era il cervello dell'impresa, gli altri convennero, con la tradizionale prudenza lucchese, che non erano all'altezza e decisero di disfarsi. Ho potuto seguire la vicenda grazie alle confidenze di un amico dirigente. Dopo mesi e mesi di voci incontrollabili, una sera uno dei fratelli convocò il personale direttivo; prima ancora che questi prendesse la parola, la prese

l'amico dicendo « lei sta per dirci che... », dando conto dell'acquirente e dei particolari essenziali e annunciando ch'egli se ne andava subito; anche perché l'acquirente era, come poi risultò da vicende giudiziarie, in odore di mafia. Ci fu il passaggio e ben presto la crisi, poi il passaggio in affitto ad altri; da qualche mese l'attività è cessata del tutto e ho letto nei giornali della protesta sindacale perché i lavoratori non ricevono l'acconto del trattamento di integrazione salariale.

3. Il problema, se *giuridicamente* il lavoratore abbia possibilità d'interloquire, si pone rispetto ad ogni ipotesi, rispetto a quelle di trasferimento genuino o no di singoli rami e rispetto al trasferimento dell'azienda nella sua globalità. È comprensibilmente corrente la lettura della norma in senso protettivo, di massima per la conservazione del posto e la garanzia dei diritti e dei trattamenti; e così l'automatico passaggio dei rapporti di lavoro. Che si vuole di più? Ma la conseguenza che il lavoratore non avrebbe diritto di parola l'ho sempre avvertita come ripugnante per considerazioni ovvie; talora m'è accaduto di dire che il lavoratore non è un sacco di carbone liberamente commerciabile.

4. Poi, all'interno, c'è l'ulteriore questione, ora riesplosa, di cosa debba intendersi, ai fini, come ramo d'azienda. Qui, in verità si potrebbe fare un rilievo pregiudiziale; se non erro il « ramo » è stato costruito dalla giurisprudenza, sempre nel perseguimento del generico intento protettivo. Perché alla lettera l'art. 2112 parla di trasferimento dell'azienda nel suo complesso, nel senso di stabilimento o *Betrieb*, e il ramo c'è stato aggiunto, almeno da noi, dai giudici.

5. Ma, tutto concedendo, le applicazioni che da ultimo la parte imprenditoriale vorrebbe fare sulla premessa della trasferibilità del singolo ramo, a mio avviso sorprendono e non convincono. Mi convince di più l'elaborata pronuncia del pretore genovese Gelonesi, come quella del tribunale del luogo sul caso Ansaldo, e non sto a ripetere le argomentazioni. Anche se, forse, al fondo di questa mia valutazione c'è la stima e la simpatia per questi magistrati, avendo bazzicato per quasi vent'anni quegli uffici in difesa della Cassa di Risparmio di Genova nelle cause di lavoro. È notorio come questa parte sociale, come del resto quella contrapposta nella zona in cui è possibile, sia molto disinvolta nell'aggiustare formalmente e presentare le cose. Io ebbi la ventura di conoscere un signore che, al fine di non incappare nella legislazione limitativa dei licenziamenti, faceva figurare le cinque sale funzionalmente collegate di lavorazione dell'azienda come facenti capo a cinque diverse società!

6. Forse l'applicazione del trasferimento per singoli rami è più convincente rispetto alle diverse attività gestite dalla medesima impresa, con distinto rapporto col mercato. Penso, ad esempio, al caso frequente della piccola impresa che nel contempo gestisca un'officina di riparazioni automobilistiche e in altra parte dell'edificio curi il commercio dei veicoli, officina più negozio. Forse l'elemento autentico è l'immissione diretta e immediata nel mercato esterno. Cioè il ramo deve potersi staccare agevolmente dal precedente agglomerato, ad esempio, chiudendo alcune porte.

7. È bene ricordare che talora la contrattazione collettiva ha restituito al lavoratore una parziale e sostanziale libertà di scelta. In diversi contratti collettivi della categoria dirigenziale, cioè dei salariati di direzione, è previsto che il dipendente può dimettersi, in caso di mutamento della proprietà, entro un certo termine, 180 giorni per il contratto per i dirigenti assicurativi; e qui il contratto aggiunge che il dirigente può adire il collegio arbitrale rivendicando un'indennità supplementare in ragione del pregiudizio subito nel cambiamento della proprietà.

8. Rispetto alle clausole sopra richiamate, è noto come la giurisprudenza diverga in ordine all'applicabilità o no nell'ipotesi che il mutamento di proprietà sia derivato da movimenti nella composizione del pacchetto azionario. Per me non vi possono essere dubbi. Quello che conta è il mutamento di padrone; tanto che solitamente si legge nei giornali, andando al concreto, che Tizio o Caio sono divenuti proprietari di quella certa impresa. Semmai, rispetto a questa ipotesi, siamo fuori dell'art. 47 della legge comunitaria del 1990 circa la preventiva procedura di consultazione in sede sindacale.

9. E qui è bene ricordare quanto sta avvenendo nel settore delle fondazioni bancarie, costrette a spogliarsi, per imperio della legge voluta dall'attuale premier Amato, delle loro partecipazioni bancarie. In tutte le banche che così hanno dovuto cambiare padrone, da parte lavoratrice si nutrono molte preoccupazioni.

10. Certo non può dirsi che il lavoratore sia costretto. Come tutti dicono, può sempre « liberamente » dimettersi *ex* art. 2118 c.c. Ma può anche limitarsi a comunicare all'impresa originaria che non intende passare all'entità acquirente. Tuttavia, come ha rilevato Scarpelli, ove non sia utilmente collocabile (teoria dell'*extrema ratio*) nell'impresa

ormai spogliata, rischia il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Cioè tutto è a rischio per la parte lavoratrice.

11. Ci sono gli estremi delle dimissioni per giusta causa? Per la maggioranza dei lavoratori, operai e impiegati comuni, la posta in gioco è sul piano economico minima, per l'equivalente dell'indennità di mancato preavviso (la situazione è diversa a livello elevato). In generale possono nutrirsi dubbi, in quanto si richiede una causa impeditiva della prosecuzione anche provvisoria del rapporto. Questa impossibilità assoluta di norma non sussiste; se ne ha la riprova nelle clausole dei contratti dirigenziali che prevedono un termine abbastanza lungo per la possibilità di dimettersi. Ma in qualche caso può giungersi alla conclusione affermativa; si pensi all'ipotesi che il lavoratore sia chiamato ad operare, presso l'impresa che succede, alle dirette dipendenze di persona con la quale è in notorio stato d'inimicizia.

12. Forse, *de iure condendo*, potrebbe inventarsi un parziale rimedio. Conformandosi alla soluzione accolta nei contratti dirigenziali di cui ho detto, la legge potrebbe prevedere un'indennità supplementare a favore del lavoratore che, in questa congiuntura, abbia optato razionalmente per l'estinzione del rapporto ormai per lui impossibile.

13. Il dramma è nelle cose, nella logica della nostra costituzione economica. Da una parte ci sono questi movimenti del capitale, in gran parte coperti dalla garanzia costituzionale della libertà dell'iniziativa economica. Dall'altra parte ci può essere solo l'azione collettiva sindacale dei lavoratori. La questione si risolve nella lotta.

14. Per altro verso, nutro qualche dubbio sulla lungimiranza di determinate operazioni dal lato imprenditoriale. In un certo senso si rischia di annullare in gran parte il beneficio che, nella storia del movimento sindacale in tutti i Paesi liberi, venne dal passaggio dal primo modello di sindacato di mestiere a quello corrente di sindacato d'industria. Col primo sindacalismo l'impresa doveva trattare con diversi sindacati delle varie categorie e nessuno poteva garantire la simultaneità del conflitto. Il sindacalismo di tipo industriale conseguì il vantaggio dell'unificazione sindacale di tutte le categorie, esclusi i dirigenti. Ora c'è il rischio che l'impresa debba fare i conti con le diverse situazioni: lavoratori « diretti », lavoratori dipendenti da imprese cessionarie gestenti servizi già diretti dell'impresa « principale », lavoratori delle imprese che gestiscono in appalto. Se vi fosse lo sciopero a oltranza dei

lavoratori delle imprese di pulizia, cosa succederebbe? La flessibilità nella gestione delle diverse componenti della forza di lavoro complessivamente utilizzata può avere alla lunga serie contropartite.

77.

# UNA POSSIBILE POLITICA DEL DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO (*)

1. In quest'intervento accenno a tante cose ben note agli addetti ai lavori; cosicché sono esonerato dalla necessità di apparato bibliografico. Per introdurre mi pare opportuna una schematica periodizzazione per i cinquantacinque anni di questo dopoguerra; certo, parafrasando C. Sforza, quale io la vidi. Per affermare, in sintesi, che è stato un succedersi di epoche di segno diverso e opposto, grosso modo ogni volta nello strapotere e nell'abusivismo di una delle due classi contrapposte; proprio perché la ragione psicologica dello scritto sta nella volontà di un appello a una società equilibrata senza sopraffazione di nessuna parte.

La democrazia italiana risorse, non se l'abbiano a male gli apologeti totalizzanti dell'antifascismo e della resistenza, soprattutto grazie alla ventura di essere capitati nella zona d'influenza angloamericana. Scontata la scelta di principio, certo ci fu il concorso positivo e non trascurabile della sinistra maggioritaria, perché da questo lato avemmo l'altra ventura dell'intelligenza di Togliatti, che ebbe tutti i titoli per figurare tra i padri fondatori (è un discorso che ho fatto spesso con tante incomprensioni). Fu la stagione dei duri sacrifici per la ricostruzione e il riavvio dell'economia, in sostanziale concordia di fondo nel comune interesse. In quelle condizioni difficili tanto socialmente svantaggiate, si ebbe anche un accordo interconfederale di tregua temporanea salariale. Il grande segretario della CGIL, G. Di Vittorio, andò a parlare in una situazione assai difficile, all'indomani di un eccidio di agrari ad opera dei braccianti esasperati da secoli e iniziò il discorso con parole bellissime,

---

(*) Tristezze recenti mi inducono ad accomunare qui, nel ricordo affettuoso, due eminenti professori di diritto amministrativo. Giovanni Miele, deceduto in primavera a Firenze a 93 anni, di cui fui uno degli ultimi allievi pisani nel 1950. Franco Ledda che, dopo l'esordio perugino e prima di approdare a Roma, fu per diversi anni collega nella facoltà pisana e del quale fui amico per la ricchezza umana che lo distingueva e per i valori di razionalità democratica che ci legavano.

nel contempo d'immedesimazione nello stato d'animo e di dissenso politico: « compagni *abbiamo* sbagliato ».

Venne poi l'epoca centrista, nella quale non si fece sostanzialmente niente, salvo la raccolta imponente di materiali per eventuali riforme, con le grandi inchieste parlamentari sulla disoccupazione e sulla miseria. Nel complessivo clima anticomunista, si approfittò largamente della scissione sindacale, instaurando nelle fabbriche un regime repressivo denunciato anche da organizzazioni di lavoratori cristiani. La Costituzione, entrata in vigore il 1º gennaio 1948, era di là da venire. Venne poi, negli anni '60, la stagione del primo centrosinistra scarsamente concludente, segnato dall'egemonia deleteria di un uomo politico la cui unica preoccupazione era quella che la compagine di governo raccattasse la maggioranza in parlamento. Venne poi la lunga stagione della contestazione, il ritorno, cioè, all'orgia diciannovista, nell'abusivismo e nel dominio di massa, nel connubio tra operai e studenti e con la maggioranza degli intelettuali proni al nuovo principe non gramsciano; quanti di allora oggi non hanno remore a pubblicare nei fogli della borghesia! Poi ci fu il noto riflusso, con un processo, faticosissimo, di riaggiustamento nelle normative e, soprattutto, nelle coscienze. Nell'ultimo decennio, sotto la minaccia della crisi e della disoccupazione, tutto, almeno per ora, è cambiato. Gli scioperi sono fortemente diminuiti, la politica è quella della moderazione e della concertazione, coi grandi patti triangolari. I capitoli dell'antisindacalità e delle forme anomale di sciopero sono pressoché scomparsi nella giurisprudenza.

2. E qui mi consento una parentesi, nella forma prettamente politica, ma che in realtà non lo è, ove si consideri che la dimensione politica è storicamente connaturata al sindacalismo europeo d'ispirazione socialdemocratica o confessionale. Le grandi idee-forza muovono la storia, bisogna farci i conti, decide soprattutto quanto è nelle coscienze. E così qui si inserisce il discorso sull'anticomunismo che vale anche sul piano dell'attualità. È ben nota la storia dell'anticomunismo « viscerale » o no. Non ho mai ben capito. L'anticomunismo, in quanto ripudio di certi principi e di certe pratiche di governo, non può non essere viscerale; al pari, del resto, dell'antifascismo e dell'avversione al vario fondamentalismo religioso. Anche se c'è margine per mettere in discussione la fraseologia. Mi spiego. Un liberale non potrebbe essere violento verso un movimento volto a un assetto interamente collettivistico condotto con metodi del tutto pacifici e democratici. Sarebbe più esatto, con riferimento alle tragiche esperienze del comunismo reale, parlare di antista-

linismo; ma poiché tutto ebbe origine nella concezione del buon padre Lenin, forse sarebbe più appropriato parlare di antibolscevismo.

Per altro verso (è questo il discorso d'attualità), appare del tutto arbitrario e strumentale il discorso sul valore morale, oggi, dell'anticomunismo come perdurante valore morale sbandierato da un grosso capo politico. Per chi è la condanna senza appello? Forse può giustificarsi verso il partito che s'intitola alla Rifondazione comunista; forse nei confronti di quell'altro partito di comunisti che hanno ritenuto di andare al governo. Ma non nei confronti del più forte partito della sinistra, che non è certo più comunista in senso classico e ha rinnegato tutti i principi della terza internazionale; questo partito oggettivamente è o socialista in senso antico o, al massimo, socialista con certe propensioni massimaliste. Un partito, cioè, che va giudicato secondo i programmi e i problemi dell'ora.

Certo farebbe comodo avere a che fare, ancora, aldilà delle cortine di ferro, con Baffone e magari coi terribili processi tipo anni '50. Si vorrebbe poter inchiodare per l'eternità. Qui oggettivamente si tende a una rottura radicale, muro contro muro, nel corpo della società, in un clima praticamente di potenziale guerra civile. Ma, in spirito di democrazia, non si possono inchiodare, né è auspicabile, né gli stalinisti né i neofascisti di ieri. È doveroso rifiutare queste tensioni. Personalmente sono molto contento che vi sia in giro minore intolleranza reciproca.

3. Per quanto sopra riepilogato, non ho una particolare simpatia né per una parte né per l'altra, ambedue riconoscendole egualmente colpevoli per quanto hanno fatto in senso abusivistico e di ingiusta prevalenza ogni volta che nella congiuntura ne hanno avuto la possibilità. Giacché l'egoismo umano è alimentato soprattutto dalle occasioni. Quando facevo l'avvocato, fui prevalentemente, e con convinzione, nel momento dell'orgia diciannovista, dalla parte dei padroni (allora in larga misura spodestati). Non me ne pento. Da qualche anno non esercito più, felicemente, l'avvocatura; se esercitassi ancora ho qualche dubbio di poter avere la salda convinzione degli anni '70, ora constatando che il lupo ha perso il pelo, ma non il vizio. Giacché, riflettendo sulla storia, è facile constatare, in relazione a qualsivoglia grosso moto eversivo, che con tutta probabilità la fiducia rivoluzionaria è mal riposta, mantenendo fermo, però, che il vecchio ordine nulla meritava. E infatti ben pochi sono nostalgici o della Francia dei Borboni o della Russia degli zar.

Ma il discorso oggettivo è altro. Il diritto del lavoro si è andato costruendo quanto meno al fine di garantire alla parte più debole del rapporto un minino di diritti certi ed effettivi. Il che corrisponde, se ne

dia pure una prospettazione paternalistica, all'interesse del tutto sociale; occorre che la gente di massima possa fruire di quel minimo di garanzie che eviti gravi perturbazioni. L'ispirazione ideologica specifica non interessa, conta il risultato complessivo. Questo è il cimento che fa tenere in piedi l'edificio.

4. Che fare nella direzione indicata? A me, come impegnato nel diritto positivo italiano di oggi, preme soprattutto cercare di individuare almeno alcune soluzioni concrete. Prendendo un poco le distanze dal complesso discorso che pervade oggi tutte le scienze sociali in ordine alle grosse novità che si dicono, o già verificabili o potenziali, significative dell'esperienza statunitense, della società informatica, delle profonde trasformazioni nelle tecnologie e nell'economia, delle capitali ripercussioni nel mondo del lavoro. Anch'io ho cercato in questi anni di tenermi, per quanto possibile, al passo addentrandomi in questa immensa letteratura sulla *new economy* ecc. In un contesto molto mutato rispetto a quello tradizionale del giuslavorismo. Con difficoltà di capire appieno. E nel contempo, pagina dopo pagina, con tanti dubbi.

Ho molte riserve rispetto a tante prospettazioni. Mi pare che vi sia una forte carica di utopismo, un ritorno alla grande allo scientismo positivistico della seconda metà dell'800. L'America, con l'imperialismo culturale di oggi, è cosa grossa. Ma non è tutto. Nel mondo-villaggio ci sono ben altre realtà; sopratutto vi sono immense sacche di potenziale conflitto, anche sanguinoso. Ed è prudente non scartare l'ipotesi che il secolo che sta per cominciare possa essere ancor più conflittuale di quello breve che abbiamo alle spalle.

Non mi convince la spiegazione puramente « privatistica ». E infatti taluni, a ragione, ricordano il ruolo non trascurabile della presenza pubblica, nell'intreccio tra pubblico e privato, soprattutto nel lungo periodo della guerra fredda con l'imponenza dell'apparato militare-industriale. Non tutto convince secondo lo schema corrente privatistico-liberistico, in termini di pretesa autosufficienza delle leggi economiche; tanto che di recente, nella *RTDPC*, N. Irti ha acutamente fatto cenno a una nuova sorta di giusnaturalismo.

Molto grossolanamente, per un verso il diritto è coessenziale alla convivenza umana, giacché dove è società è diritto. Ma la convivenza è fatto sociale di necessaria cooperazione, ma nel contempo di altrettanto naturale antagonismo, donde derivano spinte di movimenti sociali e politici e ideologici. E nell'evo moderno il diritto è anche, non voglio dire soprattutto, forza politico-sociale manifestatasi e concretizzata. Dobbiamo fare i conti con le leggi « naturali » dell'economia, ma anche

l'economia deve fare i conti coi conflitti che provoca e con le forze che si sprigionano nel corpo sociale complessivo.

Soprattutto, al fine di trovare lo spazio per il fare, si deve tener conto della *risorsa giuridica* a livello normativo; cioè nell'ordinamento si può regolamentare equamente contemperando tra esigenze contrapposte, calando nello schema del diritto soggettivo aspettative e attese. Che poi non restano lettera morta, sol perché entrano nei patrimoni individuali e determinano, data la molla dell'egoismo individuale, pretese azionabili innanzi ai giudici. Giacché c'è strumentalmente la risorsa giudiziaria ed è un dato acquisito quale sia la disponibilità prolavoro dei magistrati, almeno nel contenzioso d'impulso individuale.

5. Ma bisogna guardarsi dal ritenere possibile l'onnipotenza del legislatore. Lo Stato è di necessità, in misura maggiore o minore, *tiranno* (chiamiamo le cose col loro nome), ma si scontra sempre con la realtà umana non totalmente irregimentabile. L'uomo ha intelligenza e volontà e reagisce come può. E così l'importante è fare leggi relativamente *possibili*, cioè con un alto grado di accettabilità da parte della media dei sudditi e, quindi, di osservanza. Mentre spesso si fanno leggi al rovescio largamente con scarsa effettività in partenza. È la vendetta quotidiana dei sudditi. Cosicché la prima garanzia dell'effettività del diritto è nella interiorità degli uomini.

Ho sempre meditato sulla singolarità dell'atteggiamento dell'uomo della strada verso il potere. Fino a pochissimo tempo fa (non più di due secoli nell'intero arco), la convinzione diffusa nei popoli era quella monarchica-assolutistica. Da ragazzo ho incontrato talora vecchi contadini fermamente convinti che il re doveva esserci con pienezza di poteri e che l'esercito era del re (e una volta uno aggiunse che non riusciva a capire come fosse possibile avere anche l'armata del duce, la milizia). Con tutto il terrore che vi fu, hitlerismo e stalinismo furono voluti in definitiva dai rispettivi popoli. Eppure nemmeno nella Russia staliniana vi fu, mi si perdoni il bisticcio, un totalitarismo totale; ho letto spesso del ruolo non trascurabile che aveva l'appezzamento individuale del colcosiano.

Salto alla nostra attualità. Come è rigorosa, a maglie strette, la nostra legislazione fiscale. E quale inosservanza di massa! Ovunque pensionati che lavorano da mattina a sera a richiesta, l'idraulico, l'elettricista ecc. Gente che non verrebbe mai se dovesse mettersi fiscalmente a posto e l'utente ha tutto l'interesse a non battere ciglio perché sa bene che non può, altrimenti, contare che un qualche pubblico ufficio gli mandi il

provetto operaio indispensabile. Né è pensabile il rimedio della moltiplicazione dei controllori (ammesso che ci si possa fidare di questi).

La verità è che mentre facilmente sfuggono i milioni di poveri diavoli che si arrangiano, il discorso diventa diverso a livello di entità di una certa consistenza. L'impresa di una certa consistenza è portata *sponte* a darsi delle regole, per le sue stesse proporzioni sfugge meno facilmente, ha molto interesse egoistico a mettersi in regola. Da noi fino a poco tempo fa c'era l'apologia, invece, del piccolo; ma nella letteratura liberal americana è acquisito che gran parte delle piccole imprese sono solo satelliti delle grosse e anche il nostro legislatore di recente se ne è reso parzialmente conto. Oggi la tendenza pare invertita, specie dopo gli ammonimenti del governatore Fazio, ma in altro ordine d'idee del tutto giustificato, avendo riguardo alle possibilità di tenere il passo col progresso tecnologico incessante. E così la questione è di linea politica nell'alternativa tra piccolo e grande.

6. Il bilancio della legislatura moribonda sul piano della normativa del lavoro non è entusiasmante. Diverse cose marginali. All'inizio del 2000 tre cose di un certo rilievo: la legge sui congedi parentali ecc.; il decreto legislativo sul lavoro a tempo parziale; soprattutto la riforma della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali sotto la pressione dell'utenza e nella particolare congiuntura giubilare. Ma le cose più importanti paiono, almeno per il momento, arenate. In primo luogo per la legge sulla rappresentanza sindacale; cosicché oggi siamo al paradosso che nel settore del lavoro privatizzato con le pubbliche amministrazioni abbiamo una regolamentazione organica di chiaro stampo trentanovista e altrove siamo ancora al niente. In secondo luogo non si parla più della legge sul lavoro « atipico » dove, pel rispetto del principio costituzionale di tutela di qualsivoglia lavoro, c'è una intollerabile lacuna da colmare in reazione alla tendenza naturale del mercato capitalistico.

7. Ma vi sono altre cose che, a mio avviso, merita affrontare, ammesso che vi sia buona volontà. In primo luogo, in reazione alla crescente precarizzazione dei rapporti di lavoro possibile per varia via, va affrontato il problema della *prescrizione* dei diritti del lavoratore, allo stato risolto, da ben 35 anni, per le regole poste dalla giurisprudenza combinata costituzionale ed ordinaria, distinguendosi tra rapporti garantiti e no. Ma la linea distintiva è incerta. Se poi si considera che, a ragione, qualche giurisprudenza esige, ai fini, che il lavoratore sia, per così dire, subiettivamente certo della sua situazione giuridica in tema, per questo verso la questione si complica. A mio parere non sarebbe mal-

vagia la regola dell'imprescrittibilità; il capitale faccia pure i movimenti che vuole, ma almeno paghi fino all'ultimo centesimo senza poter sollevare l'eccezione, non a caso sempre ritenuta immorale. O quanto meno dovrebbe porsi la regola generale della decorrenza dall'estinzione del rapporto. Ma vi possono essere situazioni, ad esempio, di sperata reiterazione del contratto a termine, in cui il lavoratore è incerto se può coltivare o no speranze con quella data impresa, se può sparare o no visto che ormai non ha più niente da perdere. E non è facile formulare una norma che possa coprire anche queste situazioni.

8. Merita anche rivedere l'art. 2113 c.c. Certo la norma, in sostanza costruita dalla giurisprudenza negli anni '30 in compromesso con l'esigenza datoriale alla certa definizione dei rapporti, ha un suo equilibrio soprattutto perché, per i negozi abdicativi posti in essere in costanza di rapporto, fa decorrere il termine per l'impugnativa dalla scadenza del medesimo. Ma tutto questo suppone che la parte debole sappia del trattamento di questi negozi. Aggiungendo che da qualche tempo abbiamo anche gli extracomunitari che masticano poco la lingua e il diritto locali. Perché onerare la parte sprovveduta dell'onere dell'impugnazione? Meglio statuire telegraficamente, in pieno svolgimento del principio dell'art. 35 Cost., che i diritti in questione non sono suscettivi di essere oggetto di negozi abdicativi. Stabilendo poi che eventuali conciliazioni sono possibili ed impegnative solo con la partecipazione sindacale (eliminerei la possibilità giudiziale, perché, visto che oggi il previo tentativo di conciliazione è discutibilmente divenuto obbligatorio, è meglio che i magistrati non perdano spesso tempo, come accade, di rinvio in rinvio alla ricerca dell'agognata soluzione compromissoria, dedicandosi esclusivamente a istruttorie e decisioni).

9. Resta il grosso problema del regime limitativo del licenziamento ingiustificato. La tesi che la garanzia è indispensabile come condizionamento dell'effettività di tutti gli altri diritti del lavoratore è comunemente accettata. È altrettanto nota la distinzione tra le due aree della tutela, forte e debole. E la seconda, per i tanti lavoratori che non superano i due milioni di salario (e sono ancora tanti) è veramente debole, poiché la penale è ora, nella generalità dei casi, un minimo di cinque e un massimo di 18 milioni. Troppo poco, spesso, per il danno effettivo derivante dall'ingiusta perdita del lavoro.

È costituzionalmente legittima questa differenza? Ne dubito.

La Corte costituzionale è stata sempre di un'ammirabile coerenza fin dalla prima sentenza del 1965 sul recesso *ad nutum ex* art. 2118. E sul

fondamento di quella prima pronuncia non ho mai avuto dubbi, perché sono stato sempre convinto di quanto sostenuto nel famoso libro di Mazziotti di Celso, non potersi derivare dalla norma sul diritto al lavoro la conseguenza del superamento della recedibilità libera; il fatto che la Repubblica deve attivarsi per una politica che assicuri la piena impiegabilità di tutte le energie di lavoro non condiziona le scelte del legislatore in ordine al regime di recedibilità. Ma, rispetto alla sussistenza del doppio regime, la questione m'è sempre parsa ben diversa. La questione è all'interno; come si giustifica che, rispetto allo stesso fatto lesivo, taluni abbiano assai meno? Quanto meno è tutto molto opinabile.

10. A favore della generalizzazione al livello più alto, potrebbe addursi l'esito del referendum della primavera 2000 sull'art. 18 st. lav., posto che il corpo elettorale, ed è stato molto importante, ha rigettato la tesi abrogazionistica liberista. Si potrebbe dire che un legislatore veramente rispettoso della volontà popolare dovrebbe trarne le conseguenze logiche. Non è del tutto sicuro. Perché, a stretto rigore, il popolo ha rigettato la proposta abrogativa, ma non ha deciso, in positivo, per l'estensione del regime forte alla zona ora coperta dalla tutela debole. E c'è poi il fatto che la differenza è stata consapevolmente confermata dal legislatore del 1990 col concorso di quasi tutte le forze politiche ed è difficile derivarne una contrapposizione netta tra rappresentanti e corpo elettorale. Forse la verità è altra. Probabilmente la tesi che deve farsi ai piccoli datori un trattamento più favorevole rispetto a quello possibile per le imprese di una certa consistenza è largamente accettata. Tutti populisticamente d'accordo contro i « veri » capitalisti, dovendosi avere però un riguardo per i piccoli, per gli artigiani ecc. E in questo la contrapposizione non è tra destra e sinistra. In certe regioni e località, ad esempio, laddove i DS raccolgono più del 50 % e un altro 10 % va a RC, il popolo rosso non è fatto tutto di lavoratori in senso stretto, ma anche, largamente, di autonomi e di piccoli imprenditori. Come dissi una volta in un convegno a Prato, il consociativismo non era solo DC. Dobbiamo concludere che è questione demandata alla scelta libera del legislatore? Come dato storico è forse vero.

11. Mi paiono opportune altre chiose, per renderci pienamente conto della complessità della questione. Alla rinfusa. Il legislatore del 1990 ha avuto assai minore enfasi sulla centralità della reintegra, sol perché ha previsto, in alternativa, la libera scelta del lavoratore per le 15 mensilità; il lavoratore può ritenere che comunque non gli convenga rientrare a forza in quel dato ambiente di lavoro, preferendo una somma

consistente. Poi, in sede di gestione dell'art. 28, la pretesa dei danni può ridursi a poco ove sia comprovato in causa che, nel frattempo, il lavoratore ha trovato altra appetibile occasione di lavoro; i danni sono una cosa seria e prosaica, o ci sono o no. Viceversa la penale della zona debole non è un vero risarcimento dei danni, ma una sorta di pena privata. Basti por mente a quanto rilevò Dell'Olio in ordine agli elementi cui deve aver riguardo il magistrato, che spesso prescindono dall'effettiva entità del danno; si pensi alle dimensioni dell'impresa e al comportamento delle parti. Ma la penale è una cosa tangibile e seria se la misura è consistente; il che avviene per i dirigenti dove il contratto collettivo commisura la penale, nel minimo, al preavviso; e poiché per questa categoria il preavviso è molto lungo, è facile la conclusione.

12. Eppure, in via d'opportunità e compromissoria, qualcosa si può fare. La soglia famosa dei 15 dipendenti per far scattare la tutela reale mi pare troppo elevata; basterebbe, a mio avviso, esonerare dalla reintegra quanti occupano fino a tre dipendenti. Non potersi infliggere al veramente piccolo di dover convivere giorno dopo giorno con chi in casa sua non digerisce assolutamente. In secondo luogo dovrebbero essere elevate le misure della penale; ancora una volta sei libero di non riprendere, ma per favore paga adeguatamente.