SCRITTI
DI
GIUSEPPE PERA

III

DIRITTO PREVIDENZIALE
DIRITTO PROCESSUALE

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2007

SCRITTI
DI
GIUSEPPE PERA

III

DIRITTO PREVIDENZIALE
DIRITTO PROCESSUALE

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2007

INDICE

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

DIRITTO PREVIDENZIALE

1.

RAPPORTO DI LAVORO DELLA SUORA INSERVIENTE IN UN OSPEDALE E ASSICURAZIONE CONTRO L'INVALIDITÀ E LA VECCHIAIA

1. Questa sentenza del Tribunale di Macerata ripropone, pur prendendo in esame una fattispecie assai peculiare e in rapporto ad un istituto che non è quello in proposito finora esplicitamente e più compiutamente esaminato, un annoso problema quale è quello della posizione degli ecclesiastici e dei religiosi in genere nell'ambito della nostra legislazione sociale.

È noto, infatti, che il legislatore si è esplicitamente pronunciato solo per i sacerdoti con l'art. 3, n. 2, r.d. 28 agosto 1924, n. 1822, sul regolamento per le assicurazioni di invalidità e vecchiaia, statuendo che sono soggetti a detta assicurazione codesti ecclesiastici « solo nel caso che godano di una retribuzione da parte di enti, associazioni e privati, per un ufficio cui non sia annesso un beneficio ecclesiastico » (1). Per gli altri religiosi ed in particolare per le povere suore di carità che così frequentemente ritroviamo in ospedali e ospizi, in scuole e asili, ovunque insomma vi sia da alleviare l'umana sofferenza o da svolgere comunque

---

(1) Il Comitato esecutivo della Cassa nazionale assicurazioni sociali esaminò, in data 18 gennaio 1921, la questione se i sacerdoti potessero fruire dell'assicurazione invalidità e vecchiaia, giungendo alla stessa conclusione che fu poi legislativamente accolta nella citata disposizione. Lo Jemolo (*Rassegna di diritto ecclesiastico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1922, 148) criticò la decisione. L'A., dopo aver lamentato nella decisione una testimonianza del generale disinteressamento ai problemi della Chiesa, e dopo aver proposto di « risolvere le figure tradizionali del diritto della Chiesa in rapporti familiari al nostro diritto ... per fini di pratica utilità », definisce erronea l'affermazione secondo la quale il diritto canonico provvederebbe ad assicurare un trattamento di quiescenza ai sacerdoti privati dell'ufficio per invalidità o vecchiaia, e così conclude: « ... dovevasi considerare se il rapporto tra beneficio e beneficiato potesse risolversi in un rapporto tra datore di lavoro e lavoratore: e la risposta doveva essere affermativa, in quanto il beneficiato, se è il rappresentante dell'ente morale benefico, ne è al tempo stesso l'impiegato, retribuito con quanto resta di reddito del beneficio dopo detratti gli oneri vari, e, normalmente, le spese necessarie all'esercizio del culto ».

un'opera socialmente e cristianamente meritoria, la questione è rimasta, legislativamente, irrisolta. Onde il quesito se le suore di carità possano fruire dei benefici della legislazione sociale si è posto più volte, con tutte le inevitabili incertezze, e in giurisprudenza e in dottrina o in sede di direttive ministeriali e dei competenti istituti di previdenza.

Ora, per quanto concerne l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, la situazione si è alquanto chiarita nel senso che, dopo le prime incertezze e comprensibili riluttanze, oggi si ritiene unanimemente che anche le suore di carità che svolgano la propria attività in ospedali ed istituti consimili debbano essere sottoposte all'obbligo assicurativo, ove tra le stesse e l'istituito intercorra un normale rapporto di lavoro subordinato e retribuito (2). In sostanza, quando esiste il rapporto di lavoro non sussiste alcun motivo per escludere queste lavoratrici dalla tutela previdenziale (3). Questa tutela è esclusa solo quando « ... le religiose ... si limitino a prestare la loro opera manuale direttamente a servizio della corporazione cui appartengono, quand'anche questa gestisca un ospizio, un ospedale od altro simile stabilimento; oppure quando prestino la loro opera al servizio di terzi, anziché della corporazione cui apprtengono, ma al di fuori di ogni vincolo giuridico e senza retribuzione » (così E. Cataldi, *Gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dell'industria nella giurisprudenza e nella dottrina*, vol. I, 217). Sono le due situazioni esclusive della tutela previdenziale citate dal Cataldi, assai evidenti di per sé: nella prima, infatti, manca un qualsiasi rapporto di lavoro, in quanto le prestazioni della suora si risolvono nell'ambito dell'ordinamento gerarchico della corporazione religiosa di cui la suora è entrata volontariamente a far parte (4);

---

(2) Barassi, *Previdenza sociale e lavoro subordinato*, 1954, vol. I, 197-98; G. Cannella, *Le pensioni di previdenza sociale nel nuovo ordinamento*, 26; P. Corso, *Disposizioni particolari per alcune categorie di lavoratori*, in *Trattato di dir. del lav.* di Borsi e Pergolesi, vol. IV, 2, 323; E. D'Alfonso, *Rapporti di lavoro incerti ed assicurazione sugli infortuni sul lavoro*, in *Giur. it.*, 1941, I, 2, 65; L. De Litala, *Diritto delle ass. sociali*, 167; G. Miraldi, *Gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, 45; R. Richard, *L'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *Trattato*, cit., 222.

(3) Niente rileva che il compenso sia versato direttamente all'Ordine, anziché alla suora. In questo senso: App. Roma 28 gennaio 1940, in *Dir. lav.*, 1940, II, 203, con nota contraria della redazione. Nello stesso senso, tra gli A. sopra citati, Cannella e Richard.

(4) Il Comitato esecutivo della Cassa nazionale assicurazioni sociali, in data 18 novembre 1920, ritenne che « le comunità religiose le quali eserciscono direttamente case di salute, ospedali, istituti di educazione e simili, o che assumono in appalto servizi da prestare in tali istituti, sono obbligate ad assicurare le suore da esse occupate in detti istituti e servizi ». Erano ritenute pure tenute le comunità che fornivano le suore ad istituti ospedalieri pubblici, purché le comunità stesse avessero « la libera designazione

nella seconda si versa in una ipotesi di quel contratto gratuito di lavoro, innominato, cui si è accennato in dottrina e che è fuori della disciplina tipica del rapporto di lavoro (5).

Ma, per l'altra assicurazione di invalidità e vecchiaia, la situazione è in dottrina ben diversa. Tranne qualche voce isolata (G. Roberti, *L'assicurazione contro l'invalidità e la vecchiaia*, in *Trattato di dir. del lav.*, cit., 98), anche quegli autori che accettano l'opinione che può ora ben dirsi comune sul punto della tutela infortunistica, giungono ad opposta soluzione per quanto concerne l'assicurazione di cui qui si discute, anche quando debba ritenersi in fatto esistente un normale rapporto di lavoro. Scrive, ad es., il De Litala (*op. cit.*, 383) che « le suore ... sono da ritenersi esonerate dall'obbligo assicurativo, *siano esse addette* (sottolineatura mia) a istituti di beneficenza, di istruzione o di correzione, perché la comunità religiosa provvede in modo totalitario ai bisogni dei propri membri ».

C'è in questa duplicità di soluzione nelle due ipotesi, a mio modesto parere, una palese contraddizione, in quanto l'argomento, di solito addotto per la risposta negttiva in tema di assicurazione di invalidità e vecchiaia, fu già avanzato per negare alle suore di carità la tutela infortunistica e fu egualmente, a questo proposito, giustamente controbattuto. Scrive infatti R. Richard (*op. cit.*, 222), a sostegno del diritto alla

---

delle suore da mandare ogni giorno per tali servizi ». Ove invece le suore fossero assunte direttamente degli istituti in questione « individualmente e con carattere di relativa stabilità », l'obbligo assicurativo incombeva sugli istituti stessi. Le stesse istruzioni dovevano valere « per le comunità religiose maschili, nei riguardi delle persone ad esse appartenenti, se queste prestano l'opera loro come infermieri, istitutori o cappellani, presso altri istituti o presso privati ».

(5) In tal senso: Riva Sanseverino, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *sub* art. 2094, 174: « In quanto rapporto a titolo oneroso, il rapporto di lavoro richiede necessariamente una stretta correlazione tra l'onere della prestazione promessa ed il beneficio che se ne può ritrarre: mancando questa stretta correlazione, manca il rapporto di lavoro, anche se esistono due obbligazioni contrapposte, l'una di svolgere un'attività lavorativa e l'altra di corrispondere un compenso. Il rapporto di lavoro, quale rapporto immediatamente commutativo di lavoro contro mercede, potrebbe quindi essere contrapposto ad un tipo generale di rapporto vincolante ad una prestazione di lavoro a titolo non essenzialmente oneroso ». V., pure, Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, 118; ampi riferimenti in D. De Luca Tamajo, *Adempimento e liberalità nella prestazione di lavoro subordinato*, in *Dir. giur.*, 1951, 174; Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. 3°, 1 e vol. 1°, 225 ss., dove l'A. esplicitamente scrive: « Da tutto ciò risulta che chi dà l'opera propria non per la mira del guadagno, ma mosso a ciò da scopi altruistici o di beneficenza, non è "prestatore di lavoro" nel senso da noi presupposto. Perciò non è lavoratrice, nel senso che interessa il diritto del lavoro, la suora che per puro spirito di carità dà l'opera sua in un ospedale ».

tutela infortunistica, che « ... non è dubbio che di fronte alle eventualità dolorose della vita, una mutilazione potrà essere meno sensibile per chi ha diritto di essere mantenuto da terzi, ma non potrà mai essere eliminata, considerando i rischi che il mantenimento ha di poter venir meno per circostanze imprevedibili ». Ora siffatta rettilinea argomentazione vale anche per l'assicurazione di invalidità e vecchiaia, anche se è vero che la tutela infortunistica è concessa, per ragioni equitative e sociali, con una maggiore latitudine che non nelle altre forme assicurative; prescindendo cioè, spesse volte, dall'esistenza di un vero rapporto di lavoro di cui l'onerosità è dato fondamentale: tipico il caso degli apprendisti non retribuiti che, fruenti dell'assicurazione contro gli infortuni, non sono soggetti alle altre assicurazioni (v. Levi, *Istituzioni di legislazione sociale*, 180). Proprio l'esempio citato suffraga la tesi che quando esiste un rapporto di lavoro esiste anche la conseguente ed integrale tutela previdenziale. La legge, in sostanza, muove dal dato minimo ed essenziale (formale, se si vuole) dell'esistenza del rapporto di lavoro, nelle sue note costitutive e caratteristiche, andando semmai qualche volta oltre, nel senso di una maggiore latitudine.

Pertanto non si potrà argomentare dallo specifico *status* religioso, con le note caratteristiche, delle suore in questione per una soluzione per esse negativa dell'assicurazione contro l'invalidità e la vecchiaia, ma solo ed esclusivamente dal fatto che esse abbiano o meno stipulato un contratto di lavoro, in armonia con il dettato della legge che testualmente recita: « Le assicurazioni per l'invalidità e per la vecchiaia ... sono obbligatorie per le persone ... *che prestino lavoro retribuito alle dipendenze di altri* » (art. 37 r.d. legge 4 ottobre 1935, n. 1827) (6). Cosicché, come ben si disse in giurisprudenza a proposito dell'assicurazione contro gli infortuni (App. Roma 28 gennaio 1940, cit.), « non avendo la legge fatto esclusione alcuna, non può l'interprete distinguere o limitare ».

Sul punto ritornerò successivamente, ma intanto mi preme rilevare

---

(6) Nel senso che non si può aprioristicamente negare la possibilità di un rapporto di lavoro tra un religioso e un ente assistenziale, anche G.C.C., *Tutela infortunistica ed appartenenti ad ordini religiosi*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, II, 303. Per l'A., che sottoscrive, come egli dice, *toto corde* la sentenza del Tribunale di Macerata, la questione può essere risolta solo in base ad una indagine di fatto in ordine alla esistenza o meno del requisito della onerosità del rapporto, onerosità che per l'A. però difetta nel caso specifico. È però sintomatico che lo stesso A., come è testimoniato dal titolo apposto alla nota, astragga dalla considerazione esclusiva sul punto dell'assicurazione per l'invalidità e vecchiaia adottando una soluzione unitaria anche per la tutela infortunistica, senza operare quella artificiosa distinzione di cui nel testo. Il procedimento è quindi corretto, a prescindere dalla conclusione del G.C.C., che io mi permetto di rifiutare.

che una diversa soluzione nei due casi non si giustifica nemmeno per una considerazione, ci si consenta, *quantitativa*, considerazione che spesso ci è sembrato di leggere fra le linee dei vari autori, nel senso che, mentre per l'invalidità e vecchiaia le suore non abbisognano della relativa assicurazione per il già assicurato mantenimento a carico della congregazione o dell'ordine religioso, per gli infortuni sul lavoro il mantenimento dell'ordine sarebbe insufficiente, soprattutto ove una infermità permanente colpisca, a seguito dell'infortunio, la lavoratrice suora, privando l'ordine della sua capacità di lavoro. Che questo sia il fatto vero, che, in altre parole, l'eventuale esclusione dalla tutela infortunistica si appaleserebbe indubbiamente più iniqua dell'eventuale esclusione dalla nostra assicurazione, nessuno contesta; ma è altrettanto vero che questa pretesa facoltà di distinzione è, di fronte al preciso dettato della legge, esorbitante e non consentita. Non quindi in base a considerazioni, almeno apparentemente equitative, dell'interprete, si deve risolvere la questione, ma solo accertando se esista o meno, nel caso considerato, un vero e proprio rapporto di lavoro.

2. Vediamo ora, alla luce della precedente premessa, il caso esaminato dal Tribunale di Macerata. Nella fattispecie siamo chiaramente fuori delle due ipotesi enunciate dal Cataldi come escludenti la tutela infortunistica (*rectius*, a nostro parere, la tutela previdenziale in generale, salvo specifiche esclusioni da vedersi caso per caso). Qui né l'Ordine religioso gestiva direttamente il servizio ospitaliero, in modo che si avessero solo rapporti interni tra lo stesso Ordine e le suore incaricate del servizio e non un rapporto di lavoro, data la struttura comunitaria dell'associazione religiosa; né si aveva quel contratto gratuito di lavoro di cui parla una parte della dottrina, poiché la suora era in chiaro rapporto di subordinazione nei confronti dell'E.c.a., e qualche cosa pur percepiva, anche se resta da stabilire la natura di questo compenso. E con tutto ciò il Tribunale, che pur ha condotto fino ad un certo punto l'analisi su un rigoroso se non del tutto convincente piano giuridico, ha escluso che nell'ipotesi esistesse un rapporto di lavoro, sotto il riflesso che l'onorario percepito dalla suora non poteva qualificarsi vera retribuzione, bensì, per la sua esiguità, semplice onere o *modus* a carico dell'Ente, accessorio ad una prestazione essenzialmente gratuita.

Peraltro, la tesi ci sembra assolutamente infondata. Tralasciamo di approfondire l'argomento tratto dalla qualifica di « onorario », che nella famosa convenzione di cui diremo, venne attribuito a quanto la suora doveva percepire dall'Ente. È infatti noto che nei testi legislativi la terminologia è quanto mai varia: retribuzione per i lavoratori subordinati

(art. 2099 c.c.) (in pratica: salario o paga per gli operai; stipendio per gli impiegati e per i dirigenti); compenso o onorario per i lavoratori autonomi e per i liberi professionisti (art. 2233 c.c. e art. 633 c.p.c.). A parte il valore che può avere, però, la terminologia dei testi legislativi, qui siamo di fronte ad una privata convenzione e ben sappiamo che il *nomen iuris* adoperato dai privati contraenti non è per niente decisivo e rilevante. Qui, in particolare, l'assunto si rileva fondato: il rapporto di cui si discute è pur sempre un rapporto di subordinazione e non si ha a che fare con un libero professionista al cui compenso, a rigore, la legge dà la qualifica di onorario. Qualifica che nel caso specifico le parti possono aver utilizzato per rispetto a chi, pur svolgendo le più umili mansioni manuali, queste irradia, assolvendole per una missione di carità disinteressata, di un alone che spesse volte manca all'attività sovente ben onerosa dell'uomo di scienza!

Esaminiamo quindi i più sostanziosi motivi per i quali quanto la suora percepì dall'E.c.a. non può rettamente definirsi, a giudizio del Tribunale, retribuzione, cioè compenso, cioè corrispettivo dell'attività lavorativa, in modo da integrare quell'onerosità che è elemento naturale, imprescindibile del contratto di lavoro. Orbene il Tribunale rileva in primo luogo l'estrema modicità del compenso (vitto, alloggio più lire 1.500 mensili al 1° luglio 1949). Ma questa che, nell'architettura della sentenza, dovrebbe essere la motivazione fondamentale non viene né svolta né argomentata. Anzi, la sentenza subito passa ad altre considerazioni attinenti non già alla entità e quindi alla qualifica giuridica da attribuirsi a quanto dalla suora veniva percepito, bensì allo *status* della lavoratrice religiosa, a cosa cioè rappresenta nell'economia della suora inserviente (ci si perdoni questa comune locuzione economicistica) il compenso percepito. E non a caso avviene questo brusco passaggio nell'argomentare, da una constatazione che pretende essere obiettiva circa l'entità e quindi la proporzionalità, almeno subiettiva, del compenso al lavoro prestato, a constatazioni sullo *status* subiettivo della suora. Poiché, invero, su quel primo punto la sentenza non avrebbe potuto approdare ad alcuna plausibile conclusione.

Infatti, se si fosse discusso di una comune lavoratrice, nessuno avrebbe pensato di argomentare dalla esiguità della controprestazione l'assenza di un contratto di lavoro subordinato. Quello che si richiede, per l'esistenza di un contratto di lavoro, è appunto l'esistenza di una controprestazione, di una retribuzione, non già un determinato livello della stessa retribuzione. Solo ove vi siano tariffe obbligatorie in proposito, per determinazione legislativa o per l'esistenza di contratti collettivi generalmente obbligatori, la questione del livello della retribuzione

viene in giuoco. Ma anche in siffatta ipotesi, non già per negare o meno l'esistenza di un contratto di lavoro, sibbene per rendere operante, sul punto della retribuzione e in quel determinato rapporto, la disciplina obbligatoria eventualmente esistente. Quando la retribuzione esiste o quando essa è stata determinata o è comunque determinabile ai sensi dell'art. 2099 c.c., il contratto di lavoro esiste. Solo « la mancata pattuizione di un compenso e la mancata corresponsione di esso durante l'intero svolgimento di un rapporto di lavoro proseguito per un notevole periodo di tempo, costituiscono un grave indizio contro l'esistenza di un contratto di lavoro, salvo all'interessato di provare che il compenso era stato effettivamente promesso e richiesto » (Riva Sanseverino, *op. cit.*, 223).

Quindi l'entità del compenso non è sufficiente — in generale — a negare, per quel giudizio di equivalenza subiettiva che è proprio dei contraenti (v. Barassi, *Il diritto*, cit., vol. 3°, 4), la natura retributiva per negare poi l'esistenza del rapporto di lavoro. L'esiguità del compenso può essere discussa sotto altro piano e per altri fini che non quelli previdenziali: e cioè sul piano civilistico e al fine di realizzare, sul punto, quella tutela del contraente più debole che si sostanzia in un livello obbligatorio minimo delle retribuzioni (7).

Ma, nell'ipotesi specifica, l'esiguità del compenso è parsa divenire decisiva non in sé considerata, ma in rapporto allo specifico *status* della lavoratrice. In altre parole, quella eseguità, che in qualsiasi altro rapporto di lavoro non avrebbe assunto alcun particolare significato, sembra qui assurgere ad elemento risolutivo per il fatto che si tratta di una suora. Si legge infatti nella sentenza: « E ciò a parte la considerazione che, per l'assunto voto di povertà, non può essere ritenuto dalla suora, ma deve devolversi all'ordine. D'altra parte, è indubbio che la collaborazione della suora ad opera di assistenza è esercitata non in vista di un corrispettivo materiale, ma per adempiere ad un dovere religioso, oltreché umano, in osservanza di un voto di obbedienza e di carità cristiana. Negare un tale fatto — e ciò, si noti bene, sarebbe indispensabile perché un contratto di lavoro sussista — è non solo contrario alla realtà, ma

(7) V. in Richard, *op. cit.*, 217, l'esatta precisazione di questo concetto. Anche ritenendosi la natura precettiva dell'art. 36 Cost. sul punto della giusta retribuzione, questo « ... non è problema che possa prospettarsi ai fini infortunistici. Per questi deve ritersi sufficiente l'esistenza di una retribuzione comunque valutabile e indipendentemente dal suo ammontare o dalla sua permanenza ad un certo livello, determinato o almeno determinabile ». Basta, quindi, che la retribuzione non sia né fittizia né simbolica, poiché « ... allorché una retribuzione esiste ed è reale, la sua entità diviene, in tema di presupposti, irrilevante ».

varrebbe anche a privare di ogni contenuto ideale la elevata funzione e missione e la benemerita opera della suora ».

Con queste asserzioni, che veramente costituiscono i motivi della decisione, siamo al punto di partenza. La suora per il voto di obbedienza all'ordine presta la propria attività; per il voto di povertà deve versare all'ordine quanto eventualmente percepisca dai terzi alle cui dipendenze lavori: *ergo* non si ha il caratteristico rapporto di lavoro con quanto ne consegue. Ed è un concetto che già fu espresso più nitidamente dallo Scavo Lombardo (*Sulla posizione di dipendenza dei religiosi da un ente pubblico*, in *Dir. ecclesiastico*, 1943, 81): « Non impiegati o salariati con un requisito in più; bensì religiosi che entrano in un rapporto impiegatizio o salariale come modo per attuare la loro vita religiosa. Lo scolopio, il barnabita, la dorotea, la maestra pia Venerini che insegna, non è un professore che abbia l'accidentalità di essere religioso; ma è un religioso che adempie ai suoi voti, vivendo in uno *status* e sotto condizioni note al diritto dello Stato: così la suora infermiera non è prima infermiera e poi religiosa, ma presta un servizio previsto dalla legge canonica, come inerente al suo compito di religiosa ».

Ed è su questo assunto di fondo che si deve adeguatamente meditare.

3. Che le osservazioni della sentenza, alla stregua del diritto canonico, siano esatte, nessuno contesta. Resta però da vedere, dal punto di vista dell'ordinamento statuale, quali riflessi abbiano i vincoli interni della congregazione e dell'ordine religioso sui negozi e sui rapporti che l'appartenente agli stessi abbia posto in essere coi terzi. Ed è un punto che deve tenersi ben presente, affinché non si producano indebite confusioni. Perché altro è il vincolo, la regola cui una persona è vincolata nell'ambito dell'ordinamento della Chiesa, altro è precisare la rilevanza di codesto ordinamento e delle sue regole nell'ordinamento statale. Sul punto specifico la più accreditata unanime dottrina (Degni, *Le persone fisiche*, 56; Ferroglio, voce *Religiosi*, in *Nuovo digesto*; Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 96 ss.) ritiene che le incapacità economiche non valgono per il nostro diritto italiano, pur dopo la stipula dei Patti lateranensi. O meglio, le norme dello *status* di ecclesiastico e di religiso, poste dal diritto della Chiesa, non hanno rilevanza nell'ordinamento statale, ad eccezione dei casi espressamente previsti dalle nostre leggi. Pertanto le norme canoniche, cui non faccia espresso rinvio l'ordinamento statale, non possono essere invocate innanzi al giudice italiano. Si tratta di un principio generale, a riprova del quale possiamo rilevare

come l'ecclesiastico ed il religioso professo di voti solenni possano variamente celebrare il matrimonio civile.

Nel caso specifico il rapporto di lavoro sussiste anche se le regole dell'Ordine hanno costretto la suora a stipulare il relativo contratto e anche se il compenso derivatone deve, per le stesse regole, essere versato dalla suora all'Ordine senza ritenerlo a titolo personale (8). Nell'ambito della religione la suora non farà che ottemperare alla regola che spontaneamente si è imposta; nell'ordinamento statale essa stringerà un comune rapporto di lavoro. Non per niente, in armonia a questo principio di separazione dei due ordinamenti, la Sacra Congregazione dei religiosi, con rescritto n. 2509-48, esortò i religiosi e le suore che prestano la propria attività in asili, ospedali, cliniche, ad iscriversi alle corrispondenti organizzazioni sindacali.

---

(8) V. in proposito la nota d M. Gorino Causa, *Rapporto d'impiego e persone ecclesiastiche e religiose* (in *Dir. ecclesiastico*, 1940, 173) alla sentenza Trib. Torino 12 febbraio 1940 che aveva negato la sentenza di un rapporto di lavoro tra l'istituto religioso e la suora che insegna nelle scuole interne tenute dall'istituto stesso. L'A., concordando con la pronuncia, rileva però che vi sono dei casi in cui il rapporto di lavoro sussiste. Non si ha, infatti, rapporto di lavoro, ove ricorrano gli estremi della spiritualizzazione, cioè esercizio di attività ministeriale in dipendenza di un ufficio ecclesiastico. Però vi sono due tipi di spiritualizzazione, l'uno intrinseco ed oggettivo, legato alla *deputatio ad sacra ministeria* (« si ponga mente all'ufficio di parroco, di canonico, di confessore in un seminario ... ufficio che implica in ogni caso attività esclusiva del chierico ordinato, attività di natura carismatica, e, pertanto non svolgentesi in concorrenza con dei laici »); l'altro estrinseco e relativo nel senso che in questo caso una certa attività può essere esercitata anche da laici: « se però è esercitata da una persona ecclesiastica o religiosa è suscettibile, in concorrenza con l'ufficio ecclesiastico in senso lato, di vera e propria spiritualizzazione anche se di natura non ministeriale ». Pertanto, ad es., l'inserimento effettuato da un chierico regolare in una scuola privata di laici, esterna all'istituto religioso, non ha carattere di attività religiosa specifica: « in questo caso la condizione giuridica del chierico era perfettamente identica a quella dell'eventuale collega laico ». Se invece lo stesso insegnamento è impartito in una scuola interna di novizi, in virtù dell'obbedienza canonica, si ha un'attività religiosa specifica. La spiritualizzazione può avvenire *vi ordinis sacri* o anche *professionis religiosae* sia, in questo secondo caso, per un quarto voto di fatto sia in virtù del voto di obbedienza: « Per contro l'obbedienza canonica del chierico non religioso è troppo generica e troppo lata per avere conseguenze giuridiche sulla sua attività spirituale ». E l'A. conclude citando appunto il caso del rapporto d'impiego del religioso con un comune: qui non c'è che da applicare lo stesso diritto canonico laddove esso (canone 1529) rinvia al diritto statale: non c'è alcun profilo specifico canonistico, perché non c'è contrasto col diritto divino, e il diritto canonico non regola affatto il rapporto d'impiego.

Del resto le incapacità canoniche per il religioso professo, in ordine ai propri beni, non hanno rilievo, nel diritto italiano, che tramite appositi negozi civilistici, né si possono considerare *sic et simpliciter* acquisiti alla casa religiosa i beni del religioso senza il tramite dei citati negozi: v. De Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 1951, 211 in nota.

Pertanto, alla luce dei suesposti principi, se c'è nella entità del compenso corrisposto al lavoratore qualche cosa di anormale rispetto al livello, diciamo così, di mercato per le corrispondenti attività espletate dai laici, non può argomentarsi da ciò una pretesa inesistenza del rapporto di lavoro, bensì una ben diversa prestazione che ci permettiamo di esprimere con le lucide parole di V. Cassì (*La retribuzione nel contratto di lavoro*, 5 ss.): « in altri casi in cui la retribuzione si presenta, per l'influenza di altri elementi o di considerazioni altruistiche, limitata al suo vitto, alloggio, ecc. non può parlarsi di mancanza di onerosità, bensì di retribuzione ridotta. Saremmo allora di fronte a un contratto misto e precisamente ad un *negotium mixtum cum donatione* ... (e) ... dovrà indagarsi se lo scambio sia ancora discernibile quale elemento costitutivo del negozio, giacché la onerosità sussiste anche se la retribuzione sia fissata in misura minima ». E cioè, nella fattispecie in esame, la suora attrice aveva volontariamente limitato le proprie pretese « intendendo — cito ancora il Cassì, *loc. cit.* — altruisticamente per gli accennati motivi d'ordine religioso, morale ... rinunciare al di più a favore dell'ente o del privato che svolgono attività aderenti ai propri ideali ».

Ad abundantiam, e pur se non decisiva, dobbiamo considerare un'altra circostanza. E cioè — poiché il rapporto assicurativo in oggetto, a differenza di quello infortunistico, non sorge *ope legis*, ma solo in seguito ad una manifestazione di volontà del datore di lavoro — nel caso specifico l'E.c.a., provvedendo al versamento dei contributi, chiaramente dimostrava di considerare la suora Pompei quale sua dipendente.

4. D'altro canto il comportamento, nel caso specifico, dell'Istituto resistente, mi sembra in netto contrasto con quanto lo stesso dispone con una sua circolare del 1951 (v. *Riv. it. prev. soc.*, 1951, 494). Con precedente circolare dell'11 giugno 1947 l'Istituto, su istruzioni del Ministero, aveva sospeso la riscossione dei contributi per l'assicurazione del personale religioso, in attesa di un definitivo chiarimento sul punto. Con la citata circolare del 1951 si impartirono nuove disposizioni. In particolare si disse che l'obbligo assicurativo non sussiste per i religiosi in genere che prestino l'opera loro presso istituti dipendenti dall'associazione cui i religiosi appartengono, o qualora l'attività sia comunque data in forza del vincolo di obbedienza e il singolo religioso *non percepisca quindi alcuno specifico compenso in denaro*.

Ora, a prescindere dal rilievo che nel nostro ordinamento la retribuzione può essere corrisposta anche in natura, sembra difficile poter affermare, nella fattispecie esaminata, la ricorrenza dei requisiti che legittimano l'esclusione dalla tutela assicurativa, se è vero che non può

negarsi nella stessa l'esistenza di una retribuzione e quindi l'onerosità del rapporto posto in essere.

5. Resta da precisare, sotto qualche aspetto, il punto della convenzione stipulata tra l'E.c.a. e l'Ordine circa il servizio da espletarsi da parte delle suore nell'ospedale. Giustamente il Tribunale ha respinto la tesi dell'I.n.p.s. che ravvisava in detta convenzione (stipulata, si noti, nel 1929, mentre l'attrice era già in servizio dal 1924) un'assunzione diretta del servizio da parte dell'Ordine, sotto forma di contratto, atipico, di appalto. Ed infatti, nella fattispecie, non ricorrevano né quella organizzazione propria né quella gestione a proprio rischio, che contraddistinguono il contratto d'appalto (art. 1655 c.c.).

Detto questo, non appare però comprensibile la qualifica di « rapporto individuale con pluralità di soggetti » adoperata dal Tribunale rispetto alla predetta convenzione. Di qui la necessità di un cenno più approfondito in proposito.

E all'uopo è opportuno risalire a quanto scrisse lo Scavo Lombardo (*op. loc. cit.*), l'A. che certamente più ha portato innanzi l'esame del tema.

L'A. delinea tre ipotesi: *a*) l'ente affida all'associazione religiosa il servizio mediante una convenzione, del tutto ignorando le singole persone dell'associazione che in concreto espleteranno il servizio stesso; *b*) l'ente delibera di affidare il servizio all'associazione, stipula all'uopo una convenzione, ma addiviene nel contempo ad emanare gli atti di nomina per i singoli incaricati dall'associazione di espletare il servizio; *c*) l'ente delibera di nominare solo degli appartenenti all'associazione, richiedendo l'appartenenza alla stessa come requisito di nomina, ma almeno nelle delibere ufficiali, non addiviene ad alcuna convenzione con l'associazione.

Nella ipotesi *sub a*) la situazione è chiara: si ha una concessione o un appalto del servizio all'associazione e l'ente ignora i singoli componenti della stessa, non stringe con questi alcun rapporto. Nella situazione *sub c*), l'A. dstingue ancora due casi: il caso in cui vi sia una formale delibera di nominare solo i religiosi di quel dato ordine, pur non esistendo una convenzione con quest'ultimo; e il caso in cui manchi qualsiasi delibera, ma *in fatto* si proceda alla nomina esclusiva di religiosi di quella detta associazione. Ora, mentre nel secondo caso si ha solo ed esclusivamente un rapporto d'impiego tra il singolo religioso e l'ente, il primo caso della ipotesi *sub c*) è, per lo Scavo Lombardo, assimilabile alla ipotesi *sub b*). E in questa ipotesi intermedia si accentra quindi l'interesse dell'indagine.

Ci sono in questa ipotesi (*b*), due atti: la convenzione tra l'ente e

l'associazione e la nomina dei singoli religiosi, quali dipendenti dell'ente stesso. Lo Scavo Lombardo si chiede quale sia il rapporto tra i due atti, quale preciso significato abbia la convenzione: « ... deve vedersi (nella convenzione, n.d.r.) una semplice misura precauzionale onde evitare eventuali futuri inconvenienti per il fatto dell'autorità ecclesiastica (sospensione, denegazione di ulteriore concessione di dipendenti, ecc.), o invece può cogliersi nell'ente la volontà di escludere i religiosi dal novero di categorie comprese in leggi generali? Ciò ammesso, sarebbe un tale comportamento dell'ente consentito dalla legge? ». L'A., dopo aver rilevato che i singoli religiosi, « quanto meno formalmente, entrano in un rapporto di dipendenza verso l'ente con posizione di impiegati o di salariati (altrimenti non si spiegano i singoli atti di preposizione) », e che non v'è alcuna norma né ecclesiastica né tanto meno statale « ... che assicuri sul terreno processuale civile la tutela attiva del diritto dell'ordine di fronte ad una eventuale ribellione del religioso », afferma che non è possibile fermarsi alla constatazione della posizione impiegatizia o salariale dei singoli, ma bisogna collegare i due atti. L'A. formula quindi due possibili ipotesi: o l'ente ha voluto *principaliter* affidare il servizio all'associazione ed in via esecutiva ha nominato i singoli religiosi o i singoli atti di nomina sono quelli in cui si è veramente fissata la volontà dell'ente, mentre la precedente delibera ha voluto solo fissare un requisito dei futuri dipendenti. « Peraltro — scrive l'A. — l'*id quod plerumque accidit* sarà sempre la realizzazione della prima ipotesi: nella vita reale si può essere certi che se l'ente faccia luogo a singole nomine sarà o perché norme di legge o di regolamento glielo impongono o, al più, per riservarsi la facoltà di non ammettere persona ingrata. Resta fuori della vita pratica l'altra di un ente che, volendo il requisito di religiosi nei singoli chiamati a disimpegnare il servizio, scelga però lui con una scelta libera le persone ». Posto quindi che delle due volontà la principale fosse quella di affidare il servizio all'associazione e la subordinata quella diretta alla nomina dei singoli religiosi, deve ritenersi, per l'A., che l'ente subordini la qualità di proprio dipendente a quella di religioso di quella tale associazione, in modo da ritenersi implicita nella nomina la condizione del persistere dell'appartenenza all'associazione e del persistere del consenso dell'associazione stessa al permanere del rapporto di impiego. Tuttavia questa volontà dell'ente non raggiungerà tutti i suoi effetti: « possono esserci norme di leggi o di regolamenti le quali tolgono all'ente la libertà di atteggiare il rapporto impiegatizio o salariale così come esso creda: che fissino ad es. che l'impiegato abbia un diritto di stabilità e così invalidino quella condizione di persistente appartenenza all'associazione religiosa; o stabiliscano certe forme previdenziali per tutti gli impiegati ...

e non consentano deroghe, si ché le forme debbono applicarsi pure all'impiegato religioso; se anche rispetto a lui possono mancare le ragioni di utilità sociale che giustificano la disposizione rispetto alla generalità degli impiegati ».

A nostro giudizio, il lungamente citato A. ha l'indubbio merito di impostare in termini esatti il problema, che è poi quello di fondo della fattispecie esaminata dal Tribunale di Macerata, senza però pervenire, dopo tante felici notazioni, ad una plausibile sistemazione conclusiva. Insomma, dopo questa disamina, resta da chiedersi se la suora di carità, assunta dopo che tra l'associazione religiosa e l'ente-datore di lavoro sia intervenuta una convenzione del tipo esaminato, abbia o meno una posizione impiegatizia o salariale. Ed è questo il quesito di fondo poiché, come disse autorevolmente lo Jemolo per altra, ma affine questione (*Rassegna di diritto ecclesiastico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1922, 148) « ... di fronte ad una legge che vuole essere omnicomprensiva e che ha finalità e scopi che valgono pur per quanti vivono nella organizzazione della Chiesa, occorre far luogo alla applicazione della legge stessa, ed all'uopo risolvere le figure tradizionali del diritto della Chiesa in rapporti familiari al nostro diritto: con procedimento che non sarebbe da approvarsi allorché si procedesse ad una esposizione storica o dottrinale, ma che diviene legittimo se applicato per fini di pratica utilità ». Ora, ai nostri fini, la legge « onnicomprensiva » di cui parla lo Jemolo è la nostra legge del lavoro con la conseguente legislazione sociale.

Ed allora precisiamo. Abbiamo visto che le incapacità canonistiche, che colpiscono il religioso in genere, non si ripercuotono nel nostro ordinamento. Da ciò consegue che la suora assunta dall'E.c.a. diviene una dipendente dello stesso ente allo stesso titolo e nella stessa situazione di un qualsivoglia altro privato cittadino. Che valore ha, di fronte a questo contratto individuale di lavoro o di impiego, la convenzione tra l'ente e l'associazione?

Trasportando qui i fecondi concetti che in diritto sindacale si sono elaborati in rapporto al contratto collettivo di lavoro, nella discussa convenzione deve ravvisarsi, a mio modesto parere, da una parte un comune impegno obbligatorio tra l'ente e l'associazione, dall'altra un contratto normativo da valere rispetto a quei contratti individuali di lavoro o di impiego che sulla base della convenzione, ma autonomamente dalla stessa, successivamente si pongano in essere. L'E.c.a., desiderando affidare il servizio nell'ospedale alle suore di quella determinata associazione, stipula con la stessa associazione una convenzione il cui contenuto può così analiticamente precisarsi: *a*) l'associazione si impegna a porre a disposizione dell'E.c.a., a sua discrezionale scelta, un certo

numero di suore per il disimpegno del servizio e nel contempo l'E.c.a. si impegna a nominare solo ed esclusivamente queste suore; *b*) l'associazione si fa riconoscere la facoltà di procedere in ogni momento e a suo discrezionale giudizio alla sostituzione delle suore nominate per il servizio ospitaliero e l'ente si impegna a dare esecuzione alla volontà della associazione; *c*) si conviene inoltre, tra i due contraenti, il trattamento da farsi alle suore dipendenti dell'ente, sia sotto l'aspetto retributivo sia al fine di opportunamente conciliare il disimpegno del servizio nell'ospedale con i doveri religiosi delle suore stesse.

Ma, ripeto, questo non toglie che il concreto rapporto di lavoro corra poi tra la singola suora e l'E.c.a.

Si origina pertanto un doppio ordine di rapporti: quelli che corrono, ai sensi della convenzione, tra l'associazione e l'ente e quelli invece che intercorrono, ai sensi del contratto individuale di lavoro o di impiego, tra la suora e l'E.c.a., con tutti i corollari che giuridicamente ne conseguono. In particolare, per quanto concerne il trattamento da farsi alla suora, varrà la disciplina predisposta nella convenzione nella misura in cui, implicitamente od esplicitamente, questa stessa debba ritenersi recepita nel contratto individuale. È questo l'aspetto normativo della convenzione, aspetto che deve porsi nella debita luce perché in pratica con questa parte della convenzione si colma una lacuna che altrimenti resterebbe. Solo, infatti, una convenzione del tipo delineato permette di informare il rapporto di lavoro del personale religioso alle peculiari esigenze del caso, sottraendolo alla disciplina comune degli analoghi rapporti del personale laico sia per la salvaguardia dei quotidiani doveri religiosi sia per contemperare, sul punto del trattamento retributivo, l'esigenza economica con quella spirituale cui è informata l'attività del personale religioso stesso.

Per quanto concerne, invece, la facoltà di designazione e di sostituzione dell'associazione religiosa, dobbiamo notare, in linea di massima: per la designazione questa si realizza sul piano dei rapporti E.c.a.-associazione nel modo sopra espresso e del resto chiarito nell'annotata pronuncia; per la sostituzione, egualmente, nel senso che all'ordine compete la facoltà di esigere dall'E.c.a. la risoluzione del rapporto di lavoro e di impiego. L'ente si atterrà a queste richieste, nella misura in cui ciò gli sia consentito dai termini precisi o dalle norme specifiche che regolano il contratto individuale, residuando, eventualmente, una sua responsabilità verso l'associazione, se e in quanto questa possa concretamente fondarsi.

Solo così può rigorosamente e linearmente inquadrarsi la regolare fattispecie, in ossequio ai principi del nostro diritto. Che poi, in fatto, le

cose siano molto più semplici per l'assoluta « disponibilità » che l'associazione religiosa ha del proprio appartenente, dato il normale rispetto che questi ha della regola, una circostanza di cui si può in altrui sede anche tener conto, a che è giuridicamente irrilevante e soprattutto non può legittimare ad operare artificiose costruzioni. Come ben dice Jemolo (*Lezioni*, cit., 104), « se le suore fossero nominate regolarmente ... sia pure in base ad una norma di regolamento e ad una delibera di massima la quale prefigga che le maestre debbono essere suore di quella data Congregazione religiosa, e esse assumerebbero qualifica di impiegate dell'Istituto, e non sarebbe più facile configurare la Congregazione come schermo che si frapponesse tra le religiose e l'ente pubblico ».

2.

IL SACERDOTE INSEGNANTE IN SEMINARIO E LE ASSICURAZIONI SOCIALI

1. Il caso sollevato innanzi ai giudici del Tribunale di Viterbo e da questi ottimamente risolto con la sentenza che qui si annota, si presentò in termini perfettamente identici alla Corte d'appello di Firenze che giunse ad analoghe conclusioni (App. Firenze 15 aprile 1957, in *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Previdenza sociale*, nn. 103-107). Nell'una e nell'altra causa si trattava di stabilire se un sacerdote insegnante in seminario e retribuito con normale stipendio mensile può fruire dell'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità e la vecchiaia e delle affini forme previdenziali.

Gli estremi della questione sono, sulla scorta dei dati del diritto positivo, estremamente semplici; tanto semplici che riesce perfino incomprensibile, in questi e in consimili casi di cui appresso diremo, l'ostinata resistenza dell'I.n.p.s. ad una lineare applicazione del dettato legislativo. Appare infatti veramente pretestuoso, da parte dello stesso Istituto, l'argomento che si vorrebbe ricavare da una recente legge che beneficamente ha inteso colmare una lacuna del nostro diritto previdenziale. Secondo l'art. 3, cap., r.d. 28 agosto 1924, n. 1422 « sono soggetti all'assicurazione i sacerdoti solo nel caso che godano di una retribuzione da parte di enti, associazioni o privati per ufficio cui non sia annesso un beneficio ecclesiastico ». Con questa norma, pertanto, l'assicurazione veniva dichiarata invocabile anche da parte dei sacerdoti, sul presupposto della ricorrenza di un normale rapporto di lavoro; ma, dato l'esclusivo riferimento del citato art. 3 ai soli sacerdoti, cioè ai soli ecclesiastici ai quali, mercè il conferimento del sacramento dell'ordine sacro, compete di poter distribuire tra i fedeli « i mezzi della Grazia Divina » (così Del Giudice, *Nozioni di diritto canonico*, 1948, 41 ss.), si discuteva a proposito del restante personale religioso. Particolarmente controverso era il caso dei religiosi, in specie monache e suore, utilizzate in ospedali e istituti affini con la corresponsione di un modico compenso (in genere oltre il vitto e l'alloggio), eventualmente versato direttamente all'Ordine

o alla Congregazione religiosa, sulla base o meno di una convenzione stipulata tra l'ente utilizzante e l'istituzione religiosa, dubitandosi da parte di molti della ricorrenza di un rapporto di lavoro nel caso di specie. Si giungeva così a negare alle povere suore di carità il trattamento previdenziale, con argomentazioni quanto mai discutibili, come ebbi a rilevare in una mia nota alla sentenza 12 giugno 1954 del Tribunale di Macerata (in *Foro it.*, 1955, I, 1108), nota alla quale rimando per tutti i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali del caso.

Il legislatore intese proficuamente colmare la lacuna con l'articolo unico della legge 3 maggio 1956 n. 392 che così recita: « I religiosi e le religiose quando prestano attività di lavoro retribuita alle dipendenze di terzi diversi dagli enti ecclesiastici e dalle associazioni e case religiose di cui all'art. 29, lett. *a*) e *b*), del Concordato, sono soggetti alle assicurazioni sociali ... Agli effetti di cui al comma precedente si considera sussistente un rapporto di lavoro dipendente retribuito, anche se le modalità delle prestazioni di lavoro sono pattuite direttamente fra il datore di lavoro e l'Istituto religioso cui appartengono le religiose e i religiosi occupati e se la remunerazione delle prestazioni stesse è versata dal datore di lavoro all'istituto predetto » (circa l'applicazione in concreto della legge, v. la circolare n. 744 C. dell'11 giugno 1956 della Direzione gen. dell'I.n.p.s., in *Riv. dir. lav.*, 1956, 3, 297).

2. Ora l'I.n.p.s. pretende di interpretare la legge n. 392 nel senso che con essa il legislatore ha inteso quanto meno regolare *ex novo* ed integralmente la controversa materia del trattamento previdenziale del personale ecclesiastico in genere (v., in generale, L. Spinelli, *Appunti in tema di previdenza sociale del clero*, in *Dir. eccles.*, 1956, I, 345), sacerdoti compresi; con l'ulteriore conseguenza che, figurando i seminari nell'elenco degli enti ecclesiastici « conservati » (cioè già riconosciuti come persone giuridiche nella legislazione nazionale preconcordataria), ai sensi dell'art. 29, lett. *a*), del Concordato, non rientrerebbe nell'ambito della tutela previdenziale il rapporto instaurato tra il sacerdote insegnante e il seminario stesso.

Ma l'assunto è del tutto erroneo, poiché, come ben mette in rilievo l'annotata sentenza, la distinzione tra sacerdoti e religiosi, tra clero secolare e regolare non solo è ben netta nel diritto canonico, ma è ben chiara anche alla generalità del pubblico, oltre che recepita nel nostro ordinamento, sia attraverso il Concordato e la legislazione derivatane, sia attraverso la specifica legislazione sul punto. Sacerdote, come già ricordai, è il chierico che ha ricevuto il sacramento dell'ordine sacro; religioso è colui che, appunto, vive in religione, denominandosi « pro-

priamente, *religione* una società, approvata dalla legittima autorità ecclesiastica, i cui membri vivano in comune, e, secondo gli ordinamenti della stessa società, emettano *voti pubblici* di obbedienza, di castità e di povertà, per tendere alla perfezione evangelica » (così Del Giudice, *Nozioni*, cit., 91). Le due qualifiche non coincidono affatto, potendosi avere dei religiosi-sacerdoti e dei religiosi-non sacerdoti (v. Del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 1951, 224), ad es. l'umile fratello laico che se ne va di casa in casa raccogliendo le elemosine e che nelle campagne della mia Toscana il volgo chiama « frate zuccotto ». E ciò a prescindere dalle religiose, che per ora l'ordinamento canonico non conosce sacerdotesse.

Ora nel nostro caso, interpretando i citati testi di legge (l'art. 3 r.d. n. 1422 del 1924 e la legge n. 392 del 1956) non può non tenersi presente questa fondamentale distinzione secondo i criteri d'ermeneutica, di cui all'art. 12 delle preleggi; né si può dimenticare la particolare *ratio* della legge n. 392, l'intento esplicito del legislatore di provvedere per i casi lamentati e riferiti nella Relazione, poiché altrimenti la legge avrebbe attinto stranamente il risultato di peggiorare la posizione dei sacerdoti, rispetto ai quali, secondo la legislazione anteriore alla legge n. 392, l'unica situazione legittimante la non invocabilità della tutela previdenziale era quella della sussistenza di un beneficio ecclesiastico.

3. Né la tesi dell'I.n.p.s. poteva accogliersi sotto il profilo della sussistenza, nella specie esaminata, di un beneficio ecclesiastico. Anche del beneficio, infatti, l'ordinamento canonico ha una ben precisa nozione, recepita nella nostra legislazione. Ai sensi del can. 1409 del *codex iuris canonici*, il beneficio ecclesiastico è un ente giuridico che consta indissolubilmente di un ufficio sacro (*officium*) e di una dote (*dos*) patrimoniale (v. G. Forchielli, voce *Beneficio ecclesiastico*, in *Novissimo digesto italiano*), ed è chiaro come la titolarità di un beneficio non possa riscontrarsi nel sacerdote che, insegnando in seminario, riceve un semplice stipendio. E rettamente la sentenza annotata ha argomentato in proposito.

4. Meno rettamente sul punto argomentò la citata sentenza 15 aprile 1957 della Corte di Firenze. In quel caso i giudici respinsero la tesi dell'I.n.p.s. constatando come nella specie al Seminario di Cortona non fosse annesso alcun beneficio. Ma l'argomentazione appare erronea, perché, ai sensi dell'art. 3, cap., r.d. n. 1422, per escludere la tutela previdenziale del sacerdote non è sufficiente che costui presti la propria attività presso un ente ecclesiastico cui sia annesso un beneficio, ma è

necessario che il sacerdote sia titolare dello stesso beneficio. In altre parole presso l'ente ecclesiastico può anche esservi un beneficio, ma se il sacerdote che presta la propria attività a favore dell'ente medesimo non è titolare del beneficio stesso (investito dell'*officium* dal quale deriva un determinato complesso di diritti sulla *dos*), non ricorre la situazione prevista dalla legge per la negazione della tutela previdenziale. Nello stesso senso il Tribunale di Firenze (20 ottobre 1956, in *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Previdenza sociale*, n. 109) ha giustamente affermato che deve riconoscersi la qualifica impiegatizia al sacerdote che esercita le funzioni di « capo-sacrista » alle dipendenze dell'opera del duomo perché come tale non è titolare di un beneficio ecclesiastico; analogamente ha ritenuto il Tribunale di Caltanissetta (5 luglio 1957, *ivi*, n. 108) per il vicario cooperatore del parroco o cappellano, negandosi nella stessa sentenza la tutela assicurativa per il solo vicario coadiutore che invece indirettamente partecipa del beneficio ecclesiastico (nello stesso senso, App. Messina 31 maggio 1956, *id.*, Rep. 1956, voce cit., n. 143).

5. Riassumendo, allo stato del nostro diritto, i sacerdoti sono esclusi dalla tutela previdenziale sol quando siano titolari di un beneficio ecclesiastico; i religiosi e le religiose in genere sono esclusi dalla stessa tutela solo ove prestino la loro attività a favore degli enti ecclesiastici di cui alle lett. *a*) e *b*) dell'art. 29 del Concordato.

C'è quindi una inspiegabile discrepanza nel trattamento dei sacerdoti e dei religiosi: infatti, mentre deve riconoscersi la tutela previdenziale per il sacerdote che insegna in seminario, altrettanto non può dirsi, ad es., per la suora che nelle cucine di quello stesso istituto provvede alle necessità alimentari della comunità. Ora non si vede come e perché il legislatore abbia voluto diversificare nel trattamento i casi tanto simili della suora in ospedale e della suora in seminario, sanzionando una disparità di disciplina nell'ambito del personale ecclesiastico preso nel suo complesso; onde meglio si sarebbe fatto a precisare gli estremi del rapporto di lavoro, quale presupposto del trattamento previdenziale, del personale religioso in genere, senza incomprensibili distinzioni sulla base della qualifica, ecclesiastica o meno, dell'ente datore di lavoro.

3.

LA RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO PER OMESSO VERSAMENTO DI CONTRIBUTI PREVIDENZIALI E L'ART. 13 DELLA LEGGE 12 AGOSTO 1962, N. 1338 (*)

SOMMARIO: 1. L'omesso versamento dei contributi nell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità e la vecchiaia. Regolarizzazione tardiva ai sensi dell'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338; rilevanza pratica della nuova disposizione. — 2. La responsabilità del datore di lavoro prima del codice del 1942 e secondo l'art. 2116 c.c.; carattere sostitutivo della stessa. — 3. L'art. 2116 cpv. nell'elaborazione giurisprudenziale. — 4. Contributi dottrinali. — 5. Il fondamento contrattuale della responsabilità. — 6. La posizione del soggetto protetto nel sistema dell'assicurazione obbligatoria. — 7. La responsabilità del datore di lavoro per il ritardo nell'erogazione delle prestazioni. — 8. Considerazioni conclusive in relazione alla prevista regolarizzazione tardiva.

1. Spesso si è posto in giurisprudenza, sotto vari profili, il rilevante interesse pratico, il problema della esatta portata e delle implicazioni della norma di cui al capoverso dell'art. 2116 c.c., ai sensi della quale, ove il lavoratore non possa fruire delle prestazioni previdenziali a causa della omessa o irregolare contribuzione, il datore di lavoro è responsabile del danno. Ed anche in dottrina, ovviamente, il dibattito non è stato scarso, giacché la citata norma solleva vari interrogativi di fondo, taluni di pura pragmatica, direttamente rilevanti sul piano della costruzione del rapporto d'assicurazione sociale rispetto al rapporto di lavoro.

Ma la recentissima legge 12 agosto 1962, n. 1338, dettante « disposizioni per il miglioramento dei trattamenti di pensione dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti », contiene una norma di estremo interesse rispetto all'art. 2116 cpv.

Secondo l'art. 13 di questa legge, « ferme restando le disposizioni penali, il datore di lavoro che abbia omesso di versare contributi per l'assicurazione obbligatoria di invalidità, vecchiaia e superstiti e che non

---

(*) Questo scritto è destinato alla raccolta di *Studi in memoria di Ludovico Barassi*.

possa più versarli per sopravvenuta prescrizione ai sensi dell'art. 50 r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, può chiedere all'Istituto nazionale della previdenza sociale di costituire, nei casi previsti dal successivo quarto comma, una rendita vitalizia riversibile pari alla pensione o quota di pensione adeguata dell'assicurazione obbligatoria che spetterebbe al lavoratore dipendente in relazione ai contributi omessi. La corrispondente riserva matematica è devoluta, per le rispettive quote di pertinenza, all'assicurazione obbligatoria e al fondo di adeguamento, dando luogo all'attribuzione a favore dell'interessato di contributi base corrispondenti, per valore e numero, a quelli considerati ai fini del calcolo della rendita. La rendita integra con effetto immediato la pensione già in essere; in caso contrario i contributi di cui al comma precedente sono valutati a tutti gli effetti ai fini dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti. Il datore di lavoro è ammesso ad esercitare la facoltà concessagli dal presente articolo, su esibizione all'Istituto nazionale della previdenza sociale di documenti di data certa, dai quali possano evincersi la effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro, nonché la misura della retribuzione corrisposta al lavoratore interessato. Il lavoratore, quando non possa ottenere dal datore di lavoro la costituzione della rendita a norma del presente articolo, può egli stesso sostituirsi al datore di lavoro, salvo il diritto al risarcimento del danno, a condizione che fornisca all'Istituto nazionale della previdenza sociale le prove del rapporto di lavoro e della retribuzione indicate nel comma precedente. Per la costituzione della rendita il datore di lavoro, ovvero il lavoratore allorché si verifichi l'ipotesi prevista al quarto comma, deve versare all'Istituto nazionale della previdenza sociale la riserva matematica calcolata in base alle tariffe che saranno all'uopo determinate e variate, quando occorra, con decreto del ministro del lavoro, sentito il Consiglio di amministrazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale ».

In sostanza, l'art. 13 della legge consente al datore di lavoro e al lavoratore in via sostitutiva, di regolarizzare la posizione assicurativa del lavoratore interessato, ancor quando i contributi previdenziali siano prescritti nel termine di cinque anni di cui all'art. 55 r.d.l. n. 1827 del 1935 (1). Come si legge nella relazione dell'on. Pezzini al Senato (2), la

---

(1) Secondo il capoverso dell'art. 55 « non è ammessa la possibilità di effettuare versamenti, a regolarizzazione di contributi arretrati, dopo che, rispetto ai contributi stessi, sia intervenuta la prescrizione ». La norma, apparentemente regolare, è dettata a tutela delle esigenze contabili dell'assicurazione; del resto già in precedenza la giurisprudenza era giunta alla conclusione che costituiva un diritto-dovere per l'Istituto previdenziale il rifiuto dei contributi predetti. In dottrina, in considerazione dell'ecce-

norma « attua un congegno di regolarizzazione contributiva, che consente di valorizzare, ai fini del trattamento pensionistico, quei periodi lavorativi per i quali si siano verificate omissioni contributive non sanabili per effetto di prescrizione ». Così, quando, ad es., il lavoratore assicurato non può fruire della pensione di invalidità e vecchiaia perché non raggiunge i minimi contributivi prescritti all'uopo dalla legge mentre quei minimi sarebbero stati raggiunti ove non si fossero verificate per determinati periodi omissioni contributive, è ora possibile al datore di lavoro o al lavoratore, in linea di massima, ricostituire la posizione assicurativa e garantire in tal modo al lavoratore le prestazioni previdenziali, ricorrendo al congegno delineato nell'art. 13. Non può negarsi, quindi, che si tratta di benefica innovazione, sotto molteplici aspetti, giacché, come spesso si è posto in rilievo, l'affermazione in linea di principio della responsabilità del datore di lavoro per il mancato riconoscimento, totale o parziale, delle prestazioni previdenziali per omessa o irregolare contribuzione ai sensi del capoverso dell'art. 2116 c.c. implica una serie di conseguenze inevitabili, ma tutt'altro che eque in vario senso. Così, ai sensi della norma del codice civile, il datore di lavoro inadempiente anche in misura non trascurabile, sfugge ad ogni conseguenza se, per l'esatta osservanza della legge previdenziale da parte di altri datori, il minimo contributivo richiesto esiste a favore del lavoratore; viceversa, se quel minimo manca, sia pure per pochi contributi

---

zionalità della norma rispetto alla disciplina comune della prescrizione, si è discusso se nel caso di vera prescrizione si tratti o non piuttosto di decadenza: v. Altarelli, *Il risarcimento dei beni derivati da inadempimento dell'obbligo delle assicurazioni sociali*, in *Mag. lav.*, 1938, 98; Gueli, *Il risarcimento del danno per lesione nel diritto all'assicurazione sociale*, in *Le ass. soc.*, 1938, 145; Cannella, *La responsabilità del datore di lavoro verso il lavoratore per inadempimento agli obblighi delle assicurazioni sociali*, in *Lav. soc.*, 1956, 179; Id., *Corso di diritto della previdenza sociale*, Milano, 1959, 569; Ferrari, *Sulla responsabilità dell'imprenditore nei confronti del prestatore d'opera per inadempimento agli obblighi delle assicurazioni sociali*, in *Dir. giur.*, 1959, 809. Già prima del r.d.l. n. 1827 del 1935 provvide, per stabilire l'inammissibilità della regolarizzazione tardiva, il r.d. 14 gennaio 1932, n. 275, ed è interessante rilevare che talvolta, circa la proponibilità o no dell'azione di risarcimento dei danni contro il datore di lavoro per omesso versamento dei contributi, si argomentò dalla possibilità o no della regolarizzazione tardiva. Così la Comm. arb. centrale 29 dicembre 1934, in *Mass. giur. lav.*, 1935, 628, con nota di G. Nervi, *La responsabilità civile del datore di lavoro verso il lavoratore per mancato o incompleto versamento dei contributi delle assicurazioni sociali*, giunse alla conclusione della proponibilità dell'azione di danno appunto perché, a seguito dell'emanazione del r.d. n. 275 del 1932, non era più possibile al datore di lavoro regolarizzare la posizione assicurativa del dipendente; rettamente, secondo la Commissione, in precedenza era stata negata l'azione di anni per la possibilità, appunto, della regolarizzazione tardiva.

(2) V. in *Le leggi*, 1962, 1384.

omessi, il datore di lavoro, inadempiente per un minimo di contributi, deve essere ritenuto responsabile interamente del danno, cioè per la totalità delle prestazioni previdenziali perdute dal lavoratore ed è facile rilevare come in questa guisa manchi qualsiasi proporzione tra l'omissione e la conseguenza (3). D'altro canto, nell'ipotesi che al fatto di più datori di lavoro sia riconducibile la mancata fruizione delle prestazioni previdenziali, deve giungersi alla conclusione che tutti costoro sono responsabili solidalmente (4) ed anche per questo, nei singoli casi, può non esservi proporzione equitativa tra la misura della responsabilità e le sue conseguenze (5).

Inoltre, affermata la responsabilità *ex* art. 2116 cpv., assai complesso si presenta il problema delle possibili forme di liquidazione del danno in concreto; fermo il principio che al lavoratore deve assicurarsi l'equivalente delle prestazioni previdenziali perdute (6), può scegliersi, in concreto, o la liquidazione di una somma corrispondente alla rendita assicurativa capitalizzata o la condanna alla prestazione periodica di una somma o la costituzione di una rendita vitalizia riversibile in corrispondenza alla prestazione previdenziale mancata, secondo la scelta dell'attore, insindacabile da parte del giudice (7).

---

(3) V. Memmo, *Sulla retroattività o meno dell'obbligo di risarcimento del danno, sancito dall'art. 2116 cod. civ. in materia di assicurazioni sociali*, in *Mass. giur. lav.*, 1947, 42; Massart, *Azione di danni per mancata o irregolare prestazione assicurativa*, in *Dir. lav.*, 1961, II, 151.

(4) V. Cannella, *Le pensioni di previdenza sociale nel nuovo ordinamento*, Milano, 1953, 237: « Non mi sembra che possa evitarsi nell'ipotesi prospettata la responsabilità solidale, sia perché il principio generale accolto dal codice (art. 1294) è quello della solidarietà tra più condebitori, a meno che non risulti diversamente dalla legge o dal titolo, sia perché il danno da risarcire è quello del mancato godimento della pensione che ha un carattere unitario e che sarebbe stata corrisposta da un unico ente assicuratore, se la posizione contributiva del prestatore d'opera fosse stata regolare ». Il problema è enunciato anche dal Memmo, *Sulla retroattività*, cit.

(5) Il Cannella, *Le pensioni*, cit., osserva che la soluzione sul punto della responsabilità solidale di più datori di lavoro inadempienti può essere causa di conseguenze rovinose anche « per i lavoratori che non sarebbero più accetti nelle assunzioni, se presentassero periodi di lavoro indebitamente scoperti da retribuzione ». L'osservazione non è pertinente posto che non potrà mai affermarsi la responsabilità del singolo datore di lavoro ove costui regolarmente provveda ai sensi di legge.

(6) V. App. Napoli 16 marzo 1961, in *Foro nap.*, 1961, I, 99. Nel caso, poiché per l'omissione contributiva era stata liquidata al lavoratore assicurato, da parte dell'ente previdenziale, una pensione inferiore a quella che altrimenti sarebbe spettata, la differenza venne posta a carico del datore di lavoro.

(7) V. in tal senso App. Milano 14 dicembre 1956, in *Prev. soc.*, 1957, 629, nonché G. Cannella, *Corso*, cit.

Ma con la prima soluzione si corre il rischio della rapida dissipazione della somma, così frustrandosi quella finalità di assicurare un minimo vitale al lavoratore che è perseguita con le prestazioni previdenziali delle quali la responsabilità del datore di lavoro dovrebbe garantire l'equivalente, mentre con la seconda non si garantisce all'interessato la continuità reale della prestazione periodica, specie in caso di sopravvenuta insolvenza del datore di lavoro condannato (8).

Il congegno delineato nell'art. 13 della nuova legge consente, se e in quanto sia possibile ricorrervi nei singoli casi, di evitare delle abnormi conseguenze che si sono accennate e che discendono inevitabilmente dall'applicazione in concreto del capoverso dell'art. 2116 c.c. Il singolo datore di lavoro, inadempiente agli obblighi contributivi, può liberarsi da ogni responsabilità regolarizzando, per la parte che personalmente lo riguarda, la posizione assicurativa del lavoratore, con la costituzione presso l'I.N.P.S. di una rendita vitalizia riversibile esattamente corrispondente alla misura della omissione; in sostanza gli viene offerta una via assai facile per sanare le conseguenze della omissione, senza ulteriori e gravose implicazioni. Parimenti il lavoratore può ricostituire esattamente la posizione assicurativa, né sembra che questa sua iniziativa sostitutiva sia condizionata dalla prova di aver inutilmente richiesto al datore di lavoro di provvedere, poiché, nel sistema dell'art. 13, questo condizionamento non appare per niente giustificato. E anche questo è di ulteriore vantaggio, nel senso che il lavoratore può provvedere subito, ad es., quando aspiri a conseguire prima le prestazioni previdenziali, evitando ogni ritardo; in ogni caso resta al lavoratore così attivatosi il diritto di esercitare verso il datore di lavoro quell'azione che il quinto comma dell'art. 13 definisce impropriamente di danno, mentre in effetti si tratta di un'azione di semplice rivalsa di quanto versato all'ente previdenziale e dovuto dal datore di lavoro.

Secondo una prima osservazione superficiale potrebbe concludersi, quindi, che l'innovazione introdotta con l'art. 13 è destinata a risolvere pienamente, nella realtà delle cose, quelle complesse situazioni che discendono dall'affermata responsabilità dei datori di lavoro per omissione contributiva e che hanno finora tormentato e giurisprudenza e dottrina. In realtà le cose non stanno esattamente in questi termini e non è possibile fare previsioni così tranquillanti. Infatti, il ricorso al congegno

---

(8) V. in questo senso le acute osservazioni dello Scorza, *Sul risarcimento del danno da mancata contribuzione alle assicurazioni sociali*, in *Foro it.*, 1957, I, c. 384, ripetute dallo Sterle, *Verso il riconoscimento giurisprudenziale della responsabilità legale* ex *art. 2116, 2° comma?*, in *Temi gen.*, 1961, 395.

dell'art. 13 presuppone, ai sensi del quarto comma, la possibilità in concreto di fornire all'Istituto previdenzale una prova estremamente rigorosa: la prova, con documenti aventi data certa, della esistenza e della durata del rapporto di lavoro, nonché dell'ammontare della retribuzione corrisposta al lavoratore interessato. Con questa previsione si è voluto garantire l'ente previdenziale e con esso il pubblico erario dalla possibilità di far figurare con facili collusioni inesistenti rapporti di lavoro al fine di consentire il beneficio delle prestazioni previdenziali; in sostanza, la norma è ispirata, su questo punto, a quelle stesse ragioni che a suo tempo imposero di dettare, a proposito della prescrizione dei contributi previdenziali, la singolarissima norma di cui all'art. 55 cpv. r.d. n. 1827 del 1935. Ora è certo che sarà estremamente difficile fornire, almeno nella massima parte dei casi, la prova rigorosa che la legge esige e ciò si verificherà a maggior ragione per quelle imprese, medie e piccole, nelle quali più frequente è l'omissione contributiva e nel contempo più scarsa la possibilità di reperire la documentazione richiesta. Non è possibile, pertanto, nutrire soverchie illusioni sulla portata pratica della innovazione e sul conseguente svuotamento della problematica derivata dal capoverso dell'art. 2116 c.c.; il ricorso all'art. 13 sarà in molti casi impossibile *prima facie*, in altri darà luogo a contestazioni e controversie con l'ente previdenziale. L'innovazione, quindi, non risolve molto e per quei numerosi casi nei quali essa non potrà essere utilizzata, resterà aperto il problema della esatta limitazione e puntualizzazione della responsabilità del datore di lavoro ai sensi della norma del codice civile, con tutti i corollari che sono già emersi. Sotto questo profilo resta inoltre aperto, *de iure condendo*, e come da molte parti si è auspicato (9), il problema del superamento del principio di non automaticità nell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità e la vecchiaia, onde assicurare effettivamente ed in ogni caso ai soggetti protetti le prestazioni previste nella sopravvenienza di questi eventi (10). Resta, tuttavia, da esaminare se l'innovazione apportata con l'art. 13 è tale da offrire lo spunto per rimeditare i problemi insorti in sede di interpretazione dell'art. 2116 cpv. e se essa implica o no una revisione delle varie tesi in proposito finora

---

(9) V., fra i tanti, Memmo, *Sulla retroattività*, cit.; Massart, *Azione danni*, cit.

(10) Caniglia, *L'azione di danno da mancata o irregolare contribuzione da assicurazione di invalidità e vecchiaia*, in *Riv. giur. lav.*, 1962, I, 139, ha rettamente osservato che la non automaticità delle prestazioni nella particolare assicurazione contrasta con l'art. 38 Cost., in quanto detto principio può frustrare in pratica il diritto riconosciuto ai lavoratori dalla norma costituzionale. Resta da vedere, ed il punto esula dai limiti di questo studio, se sia sotto questo profilo proponibile una questione d'illegittimità costituzionale.

prospettate. A tal fine è opportuno riassumere, sia pure per sommi capi, la sostanza del dibattito, prima e dopo il codice del 1942.

2. È noto come della proponibilità o no, da parte del lavoratore, dell'azione di risarcimento verso il datore di lavoro per danni conseguenti all'omesso o irregolare versamento dei contributi previdenziali nelle assicurazioni obbligatorie nelle quali non vige il principio di c.d. automaticità (11), cominciò a discutersi circa trent'anni or sono. Talvolta si ritenne senz'altro proponibile l'azione (12), più spesso si giunse alla

---

(11) Si discute, in generale, se questo principio debba essere interpretato come automaticità delle prestazioni o anche come automaticità del rapporto assicurativo: v. in particolare Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Firenze, 1958, 454 ss. Soprattutto si discute, per l'assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia, se il rapporto assicurativo sorge *ex lege* verificandosi il presupposto del rapporto di lavoro: in questo senso v. Cass. 21 aprile 1961, n. 899, in *Mass. giur. lav.*, 1961, 193, con osservazione del Persiani, *Il diritto del lavoratore protetto dalla tutela previdenziale al rilascio della tessera assicurativa*. Secondo la Suprema Corte la richiesta della tessera assicurativa ed in genere il perfezionamento formale del rapporto attengono semplicemente all'attuazione del rapporto. *Contra*, nel senso che la richiesta della tessera vale come atto costitutivo del rapporto, Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960, 436; in realtà è discutibile la configurazione di un rapporto assicurativo sorto *ex lege*, in difetto di tutte quelle attività che allo Stato sono richieste affinché il soggetto protetto abbia, nei confronti dell'Istituto previdenziale, posizioni giuridiche rilevanti. Più esattamente, in rapporto alla tesi accolta dalla Cassazione, il Persiani osserva che le obbligazioni dei soggetti interessati alla realizzazione della tutela previdenziale sorgono automaticamente al verificarsi delle condizioni oggettive e soggettive previste dalla legge.

(12) V. Pret. Napoli 14 maggio 1928, in *Mass. giur. lav.*, 1930, 244, con nota del Memmo, *Della responsabilità del datore di lavoro per danni dipendenti da tardivo adempimento delle assicurazioni obbligatorie*, sostanzialmente adesiva, pur auspicando l'a. la determinazione per legge di un breve termine per la prescrizione dei contributi previdenziali al fine di troncare le speculazioni in danno dei datori di lavoro, anche perché la possibilità di regolarizzazione tardiva poneva gravi problemi sotto il profilo attuariale. È evidente che con queste affermazioni il M. implicitamente collegava la questione della proponibilità dell'azione di danni al perdurare della obbligazione contributiva, stabilendo quindi un nesso tra questa obbligazione e la responsabilità ritenuto esistente anche in seguito da gran parte degli studiosi. Pure il Trib. Roma 5 ottobre 1931, in *Mass. giur. lav.*, 1932, 519, con nota del Bernabò Filorata, *Responsabilità civile del datore di lavoro per omesso o tardivo adempimento alle assicurazioni sociali*, affermò la responsabilità del datore di lavoro, richiedendo al lavoratore la prova in concreto del danno; per il commentatore si trattava di colpo extracontrattuale, prescrivendosi la relativa azione nel quinquennio. Anche la Comm. Arb. Salerno 28 novembre 1931, in *Mass. giur. lav.*, 1932, 227, ritenne il datore di lavoro responsabile del danno derivato al lavoratore assicurato per lo spostamento nella decorrenza della pensione in conseguenza del tardivo adempimento degli obblighi assicurativi. Genericamente, nel senso della responsabilità del datore di lavoro, v. Zanobini, *La legislazione sociale*, in *Arch. studi corp.*, 1931, 193;

conclusione opposta, variamente argomentandosi. Così si disse che la legge speciale, mentre specificava le sanzioni penali e civili (nei confronti, queste, dell'Istituto previdenziale) a carico del datore di lavoro adempiente, taceva sul punto particolare (13); che, maturata la prescrizione per i contributi, sarebbe stato « giuridicamente assurdo che alcuno, cessando di essere debitore per estinzione della sua obbligazione per prescrizione, divenga poi debitore per titolo di responsabilità colposa » (14); che, infine, era inconcepibile, in omaggio all'antico adagio *volenti non fit injuria*, voler addossare la responsabilità al datore di lavoro, quando il lavoratore, in sostanza del rapporto, ha tralasciato di controllare l'esatto adempimento degli obblighi previdenziali (15). E se taluno (16) criticava quest'ultima ricorrente affermazione, ricordando come spesso sia di fatto estremamente difficile per il lavoratore controllare l'operato del datore di lavoro per quella nota situazione di inferiorità che induce il contraente più debole all'inerzia, altri allo opposto (17) poneva l'accento sulla necessità, morale, di reagire a questo stato di cose, sollecitando i soggetti protetti ad una vigile azione di intervento, senza passivamente confidare in rimedi che prescindono dal rischio personale. Pertanto, contrariamente a quanto spesso si è detto nel più recente periodo (18), sulla scorta di un'affermazione contenuta nella relazione al

---

Bottai, *Essenza giuridica dell'Istituto della previdenza sociale*, in *Dir. fasc.*, 1933, 303: il datore di lavoro è responsabile del danno per aver leso il diritto soggettivo del lavoratore all'assicurazione.

(13) V. Cass. 4 dicembre 1931, in *Mass. giur. lav.*, 1932, 227, con nota di Memmo, *Ancora della responsabilità del datore di lavoro per danni dipendenti da tardivo adempimento alle assicurazioni sociali*, adesiva; Cass. 4 luglio 1938, n. 243, in *Foro it.*, 1938, I, c. 1544.

(14) Così Comm. Arb. Centrale 13 luglio 1938, in *Foro it.*, 1938, I, c. 1544.

(15) V. Cass. 12 luglio 1932, in *Mass. giur. lav.*, 1933, 59; App. Roma 27 marzo 1935, in *Dir. lav.*, 1936, II, 52, con nota adesiva del Miraldi, *Sulla responsabilità civile del datore di lavoro per mancato versamento dei contributi delle assicurazioni sociali*; Cass. 5 luglio 1939, n. 2357, in *Foro it.*, 1940, I, c. 384; Memmo, *Ancora della responsabilità*, cit.; Nervi, *La responsabilità civile*, cit.

(16) In particolare Gueli, *Il risarcimento del danno*, cit.; nonché Altarelli, *Il risarcimento dei danni*, cit.

(17) V. Nervi, *La responsabilità civile*, cit.

(18) V. Trib. Arezzo 23 gennaio 1958, in *Dir. lav.*, 1958, 2, 241; Trib. Spoleto 23 luglio 1959, in *Orient. giur. lav.*, 1981, 167; Cons. Stato 25 marzo 1960, n. 297, in *Foro it.*, 1960, 3, c. 120, e, in dottrina, Caniglia, *L'azione di danno*, cit.; Ferrari, *Sulla responsonsabilità dell'imprenditore*, cit.; Massart, *Azione di danni*, cit. Più esattamente, nel senso che prima del codice l'opinione prevalente negava l'azione di responsabilità, Cass. 9 novembre 1954, n. 4205, in *Foro it.*, Rep. 1954, v. *Prev. soc.*, n. 165-167; Cannella, *La responsabilità del datore di lavoro*, cit. Nel senso che già prima del codice l'azione di

codice (19), prima della codificazione del 1942 l'orientamento di gran lunga prevalente era nel senso della improponibilità dell'azione. Solo da ultimo la giurisprudenza parve orientarsi in senso diverso (20); in quello stesso periodo si ebbero anche, in corrispondenza a questo nuovo orientamento appena delineato in sede giurisprudenziale, alcune notevoli affermazioni dottrinali nel senso della responsabilità del datore di lavoro (21), fondata sulla inosservanza della obbligazione, *ex lege* inserita nel contratto di lavoro, di fare quanto necessario per garantire al lavoratore le prestazioni previdenziali (22).

La norma di cui al capoverso dell'art. 2116 c.c. risolve positivamente il quesito nel senso della indefettibile responsabilità del datore di lavoro; l'acquiescenza ed anche il consenso, discutibilmente libero, del prestatore d'opera sono in linea di principio irrilevanti, come si è ripetutamente affermato nella giurisprudenza successiva al codice (23), salvo eccezionali

---

danni a favore del lavoratore conseguiva, *ex* art. 185 c.p., al reato di omesso versamento dei contributi, Trib. Napoli 11 marzo 1953, in *Dir. lav.*, 1953, II, 356. Per un'analoga costruzione v. Mazzotta, *Responsabilità civile in tema di inadempimento delle leggi sulle assicurazioni sociali*, in *Dir. lav.*, 1933, I, 72; per l'a., trattandosi di reato permanente e cessando la permanenza al momento dell'estinzione del rapporto di lavoro, la prescrizione dell'azione iniziava a decorrere da questo momento.

(19) Nella Relazione si affermò, infatti, che il capoverso dell'art. 2116 rappresentava la « codificazione di un notevole indirizzo giurisprudenziale ».

(20) V. Trib. Genova 13 gennaio 1939, in *Foro it.*, 1939, I, c. 1092; Cass. 4 febbraio 1941, n. 352, *ivi*, 1941, I, c. 691.

(21) V. Gueli, *Il risarcimento del danno*, cit.; Uckmar, *Mancata corresponsione dei contributi per le assicurazioni sociali e risarcimento dei danni*, in *Riv. giur. lav.*, 1941, 318.

(22) In tal senso Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, 372: per l'a. la responsabilità del datore di lavoro va affermata perché costui, per quanto attiene al versamento dei contributi previdenziali, è obbligato non solo nei confronti dello Stato, « ma anche ed essenzialmente, sia pure *sub specie* di un obbligo legale, di fronte al lavoratore, in conseguenza dell'assunzione, e quindi come elemento integrante del rapporto di lavoro ».

(23) V. Trib. Arezzo 23 gennaio 1958, cit.; Trib. Palermo 4 giugno 1959, in *Foro sic.*, 1959, 179. Si è anche affermato che il datore di lavoro non si libera corrispondendo al lavoratore una maggiore provvigione (nel caso si trattava di un agente di commercio), con l'intesa che questi avrebbe direttamente provveduto all'assicurazione presso l'E.n.a.s.a.r.c.o.: Trib. Milano 20 maggio 1957, in *Foro it.*, Rep. 1957, v. *Prev. soc.*, n. 529-531. *Contra*, nel senso che il lavoratore non può pretendere dal datore di lavoro il risarcimento ove sia venuto alla necessaria vigilanza, App. Bari 13 febbraio 1953, in *Foro it.*, Rep., 1953, voce cit., n. 164-165, nonché il Trib. Torino 7 maggio 1954, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 831. Accenna, invece, ad un concorso di colpa del lavoratore, nella valutazione del quale deve tuttavia tenersi conto delle preoccupazioni che possono indurre l'interessato al silenzio, Trib. Napoli 11 marzo 1953, cit. In dottrina, nel senso della rilevanza del comportamento trascurato del dipendente, Chiappelli, *Limiti dell'azione di danni o della*

e particolari situazioni in atto (24). C'è, quindi, piena corrispondenza alle esigenze reali, perché sarebbe estremamente iniquo richiedere al lavoratore, in mancanza del rapporto, un attivo intervento di vigilanza, a prescindere da altre ragioni, più giuridicamente pertinenti, che a mio parere sono veramente ostative di ogni tentativo di liberare il datore di lavoro dalla responsabilità in considerazione del comportamento tenuto in concreto dal soggetto protetto e per le quali rinvio a quanto dirò avanti.

Tuttavia, l'elaborazione successiva al codice sul tema non si è rivelata né agevole né del tutto persuasiva nei suoi risultati. Al contrario, proprio la norma inserita nel codice al fine di troncare ogni obiezione di principio e del cui carattere innovativo o no si è ampiamente discusso (25), ha provocato una serie di delicati problemi interpretativi sui quali il dissenso è stato e resta nettissimo.

---

domanda di rettifica della carenza della pensione di invalidità in caso di tardiva regolarizzazione dei contributi, in *Mass. giur. lav.*, 1956, 323. Per l'irrilevanza del consenso prestato dal lavoratore al comportamento omissivo del datore di lavoro, v. Grechi, in Azzoni e Grechi, *Corso di diritto del lavoro*, Bologna, 1951, 265; Torrente, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1962, *sub* art. 2116.

Anche il Caniglia, *L'azione di danno*, cit., esclude la rilevanza del comportamento del lavoratore ed afferma che in ogni caso, per i rapporti anteriori al codice del 1942, non può trovare applicazione l'art. 1227 c.c. in tema di concorso di colpa del creditore, posto che questa norma è innovativa e non ha precedenti nell'anteriore codificazione; sennonché l'art. 1227 codifica un principio già consolidato nell'elaborazione giurisprudenziale anteriore al codice del 1942.

(24) Si è esclusa la responsabilità del datore di lavoro ove l'omissione contributiva debba attribuirsi al fatto del lavoratore stesso, investito della gestione dell'impresa e, quindi, anche di quanto aveva attinenza alla posizione assicurativa del personale: Cass. 22 ottobre 1958, n. 3398, in *Mass. giur. lav.*, 101. In corrispondenza, nei rapporti interni tra il datore di lavoro e il lavoraitore, si è affermata la responsabilità del secondo, salvo che questi fornisca la prova di aver agito per le direttive del primo: Cass. 11 giugno 1958, n. 1948, in *Foro it.*, 1958, I, c. 1758. Cass. 26 ottobre 1959, n. 3103, *ivi*, 1960, I, c. 235 ha escluso la responsabilità del datore di lavoro quando, superando la retribuzione corrisposta il massimale già previsto, il lavoratore non abbia denunciato carenza di una precedente posizione assicurativa comportante l'obbligo del versamento dei contributi, non potendosi pretendere che il datore di lavoro compia, dato il silenzio del lavoratore, indagini talora complesse e difficili. La sentenza è stata criticata dal Siniscalchi, *In tema di tredicesima mensilità e di obbligo dell'imprenditore di accertamento di precedente posizione assicurativa del dipendente*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1961, 91, ritenendo l'a. che il datore di lavoro sia direttamente obbligato verso l'ente previdenziale a svolgere le indagini del caso.

(25) Nel senso del carattere non innovativo della norma v. Caniglia, *Azione di danni*, cit.; Ferrari, *Sulla responsabilità dell'imprenditore*, cit.; Massart, *Azione di danni*, cit., e, in giurisprudenza, App. Firenze 23 gennaio 1957, in *Giur. tosc.*, 1958, 97; App. Trieste 30 luglio 1957, in *Riv. dir. lav.*, 1957, II, 455, con nota di V. Geri, *In tema di responsabilità dell'imprenditore verso il prestatore d'opera per omessa o irregolare con-*

Come è naturale, questi problemi si sono posti in giurisprudenza sotto un profilo di decisiva rilevanza pratica: posta la responsabilità del datore di lavoro si trattava, concretamente, di identificare il momento d'insorgenza del danno ai fini della determinazione del termine di prescrizione dell'azione, variamente rispondendosi al quesito. Così in una isolata pronuncia giurisprudenziale (26), posto che la responsabilità del datore di lavoro discende dall'omesso versamento dei contributi previdenziali, si è affermato che l'azione di risarcimento deve ritenersi prescritta nello stesso termine quinquennale nel quale si prescrivono i contributi, in quanto, si è detto, le cause d'estinzione dell'obbligazione principale logicamente colpiscono anche il diritto al risarcimento per il danno conseguente, essendo inconcepibile la sopravvivenza di questo diritto secondario e derivato. La soluzione così accolta dai giudici di Torino venne giustamente criticata (27). È vero che, in definitiva, la responsabilità del datore di lavoro si collega all'omesso versamento dei contributi, ma è certo che tra questa omissione e la responsabilità non può sussistere il nesso che giuridicamente si pretende di stabilire, onde la responsabilità stessa non trova *sic et simpliciter* il suo fondamento nell'omissione contributiva. In primo luogo, come si è messo in risalto (28), il datore di lavoro è obbligato a versare i contributi all'ente previdenziale (29). Inoltre, ai sensi del capoverso dell'art. 2116 c.c. non

---

tribuzione previdenziale; Cons. Stato 25 marzo 1960, n. 297, cit. *supra. Contra*, Cass. 9 novembre 1954, n. 4205, cit. *supra*. Naturalmente, ritenuto il carattere non innovativo della norma, si pone il problema della sua invocabilità per i rapporti anteriori al codice del 1942, della quale tratterò in prosieguo.

(26) Trib. Torino 7 maggio 1954, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 831.

(27) V. Terracina, *Responsabilità dell'imprenditore per omesso versamento dei contributi assicurativi e prescrizione dell'azione*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1956, 209.

(28) V. Cannella, *La responsabilità del datore di lavoratore*, cit.; Traversa, *Osservazioni sulla responsabilità del datore di lavoro* ex *art. 2116 cod. civ.*, in *Dir. econ.*, 1960, 431. In generale, sul problema dell'esistenza o no di un sinallagma genetico tra contributi e prestazioni, v. Persiani, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, cit., 88 ss.

(29) Assai singolare è l'opinione espressa dal Roberti, *L'assicurazione contro l'invalidità e la vecchiaia*, in *Trattato di dir. del lav.* di Borsi e Persiani, I (2), Padova, 1959, 461-462. Secondo l'a., che non cita l'art. 2116 c.c. (la norma del codice appare nella massima di una sentenza citata in nota a p. 462), è dubbio se possa affermarsi la responsabilità del datore di lavoro per mancata contribuzione. « Senza pretendere di pervenire ad una definitiva soluzione del complesso problema », il R. afferma che questa responsabilità può ritenersi considerando che allo stato della legislazione i contributi base, dai quali dipende il diritto del lavoratore, fanno esclusivamente carico al datore di lavoro, a differenza di quanto avviene per i contributi integrativi: « sembra pertanto — continua l'a. — che se perplessità poteva sorgere quando datore e lavoratore erano entrambi *condebitori pro quota* dei contributi, oggi, invece, che tale rapporto più non

tanto rileva l'omessa contribuzione, quanto la circostanza che, per questa omissione, viene meno o si riduce il diritto del lavoratore alle prestazioni previdenziali. La norma non dice che il datore di lavoro è responsabile del danno conseguente dall'omissione contributiva, ma dice che la responsabilità a seguito di detta omissione sorge « nei casi in cui le istituzioni di previdenza e di assistenza, per mancata o irregolare contribuzione, non sono tenute in tutto o in parte a corrispondere » le prestazioni previdenziali. Questa formulazione è del tutto ridondante sotto un certo profilo, giacché è evidente che l'omissione contributiva è suscettiva di provocare, in concreto, un solo e possibile danno, quello del mancato o ridotto riconoscimento delle prestazioni da parte dell'ente; si avrebbe, quindi, nel capoverso dell'art. 2116, a parte l'affermazione di principio della responsabilità del datore di lavoro, una inutile descrizione del danno in conformità ai princìpi generali in materia. Non è credibile che il legislatore si sia dilettato a dettare una norma meramente descrittiva; è da presumersi, al contrario, che la formulazione dell'art. 2116 cpv., altrimenti singolare, sia stata deliberatamente prescelta per qualche ragione sostanziale in corrispondenza alla *ratio legis*. Il riferimento al fatto che, a seguito dell'omessa o irregolare contribuzione, gli Istituti previdenziali non sono tenuti a corrispondere le prestazioni, delimita la proponibilità dell'azione di danno al verificarsi di un presupposto, costitutivo del diritto, che non è semplicemente quello dell'omissione contributiva, bensì l'altro della mancata erogazione delle prestazioni a ragione di detta omissione. Pertanto, accogliendosi la tesi del tribunale torinese, visibilmente si sovverte la finalità della norma; questa si propone — in coerenza con l'obbligo posto a carico del datore di lavoro di provvedere per la regolare formazione ed esecuzione del rapporto assicurativo (30),

---

sussiste, non si possa negare il diritto del lavoratore ad essere indennizzato dal datore di lavoro del danno che costui, e costui soltanto, gli ha procurato con il mancato versamento ». Quindi il R. afferma che la responsabilità del datore di lavoro è di natura contrattuale poiché « nel regolamento del rapporto di lavoro rientra proprio, fra l'altro, la prestazione della tutela assicurativa da parte del datore ». Ora è certo, appunto per il fatto che la legge positivamente risolve il quesito con l'art. 2116 cpv., che della responsabilità del datore di lavoro non può esservi dubbio, fermo il problema della individuazione del fondamento di questa responsabilità con tutte le implicazioni esaminate nel testo; mi pare quindi che, per il chiaro disposto di legge, la soluzione delineata dall'a. in riferimento alla diversa distribuzione dei contributi base ed integrativi, non sia per niente pertinente.

(30) Per chi ritiene (v. *supra, sub* nota 11) che anche il rapporto assicurativo per l'invalidità e la vecchiaia discenda automaticamente, *ope legis*, dal presupposto del rapporto di lavoro, gli obblighi del datore di lavoro attengono unicamente alla regolare esecuzione di questo rapporto, mentre, esclusa questa costruzione e ritenuto che le formalità richieste della legge rilevino al fine della costituzione del rapporto assicurativo,

con il versamento dei contributi anche per la parte per la quale questi fanno eventualmente carico al lavoratore (art. 2115 c.c.) (31) — di sanzionare le eventuali inosservanze con l'affermata responsabilità: la legge vuole che quando l'Istituto previdenziale non può erogare le prestazioni, a causa della mancata contribuzione, in suo luogo provveda il datore di lavoro. Aggiungasi che, accogliendosi la tesi del tribunale torinese, il lavoratore dovrebbe agire proponendo tante azioni di risarcimento in rapporto ai contributi omessi in ogni periodo prescritto, appunto per non far maturare di volta in volta e progressivamente la prescrizione; è una conclusione veramente discutibile, del tutto inadeguata rispetto alla *ratio legis*.

3. Secondo la prevalente giurisprudenza (32), la responsabilità del datore di lavoro *ex* art. 2116 cpv. è da ritenersi contrattuale, poiché essa discende dalla violazione di un obbligo *ope legis* inserito nel contenuto del contratto (art. 1374 c.c.). Tuttavia, in genere, non si è esaurientemente chiarito il contenuto di questo conclamato obbligo contrattuale, poiché, come si è detto, si è fatto ricorso all'affermazione non per trattare *ex professo* del fondamento della responsabilità, bensì per determinare il termine di prescrizione per la proponibilità dell'azione di danno, eccependosi *ex adverso*, la prescrizione quinquennale per la pretesa natura extracontrattuale della responsabilità stessa come conseguente alla violazione di un obbligo legale. In tal modo non è ritenuta applicabile la prescrizione ordinaria decennale. Ma, come esattamente si è osservato (33), « se (...) si considera che l'oggetto immediato delle pronunzie in questione riguarda l'applicabilità del termine di prescri-

---

deve appunto configurarsi l'obbligo del datore di lavoro, *in primis*, come obbligo di provocare la costituzione del rapporto.

(31) Si discute circa la qualificazione del datore di lavoro come soggetto obbligato a provvedere al versamento dei contributi anche per la parte di questi che fa eventualmente carico al lavoratore e la soluzione del quesito dipende ovviamente da quanto ritenuto, in generale, circa la costruzione del sistema e del rapporto previdenziale e della connessione di questo rapporto con quello di lavoro. Così per il Gueli, *Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali*, cit., 74 ss., il datore di lavoro opera come esattore dell'Istituto previdenziale. Invece per il Persiani, *Il sistema giuridico*, cit., 223, ritenuta la natura tributaria dei contributi, il datore di lavoro deve qualificarsi quale sostituto d'imposta.

(32) V. App. Palermo 20 dicembre 1954, in *Giur. sic.*, 1955, II, 130; Cass. 5 maggio 1955, n. 1269, in *Foro it.*, 1956, I, c. 151; App. Firenze 23 gennaio 1957, cit.; App. Trieste 30 luglio 1957, cit. *supra*; Trib. Saluzzo 15 aprile 1958, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, 335; Trib. Napoli 8 settembre 1959, in *Dir. giur.*, 1959, 809; Cass. 23 giugno 1961, in *Mass. giur. lav.*, 1961, 334.

(33) Traversa, *Osservazioni sulla responsabilità*, cit., 434.

zione del diritto al risarcimento per omissione contributiva e che il termine ridotto a cinque anni concerne solo il risarcimento da fatto illecito, mentre non vi è alcuna differenza di disciplina nelle azioni per inadempimento di obbligazioni, sia che queste derivino da contratto, sia da altri atti o fatti idonei a produrle (art. 1173 c.c.), si deve concludere che alla decisione sul termine di prescrizione la Corte sarebbe correttamente pervenuta in base alla sola affermazione del carattere legale dell'obbligo del datore di lavoro di pagare i contributi ».

La giurisprudenza, inoltre, è, nel complesso, assai ambigua per quanto attiene alla decorrenza del termine, decennale, di prescrizione. In alcune sentenze si è affermato, alquanto apoditticamente, che la prescrizione decorre dalla risoluzione del rapporto di lavoro (34). Più frequente è l'affermazione che la prescrizione decorre dal momento in cui il lavoratore, avendone astrattamente titolo per il verificarsi dell'evento previsto dalla legge, non può ottenere o comunque invocare dall'Istituto previdenziale le prestazioni, appunto a ragione dell'omessa contribuzione (35), argomentandosi dal fatto che, di per sé, la singola omissione può essere irrilevante ai fini del conseguimento delle prestazioni o perché il lavoratore può altrimenti contare sul minimo contributivo richiesto o perché nel caso possono comunque far difetto altri requisiti per il conseguimento delle stesse prestazioni (36); pertanto, sol quando il la-

---

(34) In tal senso App. Firenze 23 gennaio 1957, cit. *supra*; Cass. 23 giugno 1961, n. 1511, cit. *supra*.

(35) V. App. Venezia 15 giugno 1956, in *Foro it.*, Rep. 1956, v. *Prev. soc.*, n. 213-214; Trib. Crema 27 dicembre 1956, in *Mon. trib.*, 1956, 319; Trib. Arezzo 23 gennaio 1958, cit.; Trib. Roma 10 febbraio 1958, in *Temi rom.*, 1958, 261; Trib. Saluzzo 15 aprile 1958, cit.; Trib. Venezia 10 giugno 1959, in *Sicurezza soc.*, 1960, 227; App. Genova 14 aprile 1960, in *Temi gen.*, 1961, 395; Trib. Vallo della Lucania 20 maggio 1960, in *Foro nap.*, 1960, I, 71; Trib. Napoli 5 luglio 1961, *ivi*, 1961, I, 72. Per l'applicabilità della prescrizione quinquennale, sempre dal verificarsi in concreto del danno, Trib. Napoli 11 marzo 1953, cit. Nel senso della prevalente giurisprudenza, in dottrina, Caniglia, *L'azione di danno*, cit. che, però, sembra ammettere la proponibilità di azioni preventive di accertamento e cautelari; Scorza, *Sul risarcimento del danno*, cit.; Simi, *La responsabilità del datore di lavoro secondo l'art. 2116 cod. civ.*, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1961, II, 6; Sterle, *Verso il riconoscimento*, cit.; Terracina, *Responsabilità dell'imprenditore*, cit. Il Gennari, *Sulla responsabilità dell'imprenditore*, cit., rileva che per la proponibilità dell'azione non basta la semplice omissione contributiva, potendo il datore di lavoro provvedere alla regolarizzazione tardiva, onde la proponibilità dell'azione presuppone l'impossibilità della regolarizzazione, per la prescrizione maturata dei contributi *ex* art. 55 r.d.l. n. 1827 del 1935.

(36) V., in particolare, Trib. Spoleto 23 luglio 1959, cit. E sostanzialmente in conformità: Trib. Palermo 28 giugno 1956, in *Mass. giur. lav.*, 1956, 323; Trib. Milano 31 dicembre 1956, in *Foro it.*, Rep. 1957, v. *Prev. soc.*, n. 176-177; App. Ancona 20 marzo

voratore non ottiene le prestazioni unicamente a ragione dell'omessa contribuzione sussistendo gli altri requisiti richiesti, il danno concretamente emerge e può essere proposta l'azione.

Per altro verso si è delineato un indirizzo del tutto opposto, notevolmente comprensibile sulla base di una ben individuabile spinta della concreta realtà pratica. Posto che la responsabilità del datore di lavoro si traduce in definitiva nell'obbligo di risarcire il danno (37), è inevitabile che di questa responsabilità ci si voglia avvalere secondo la logica intrisenca in un'azione di questo tipo nelle più varie situazioni che possono presentarsi nella pratica. Se di risarcimento si tratta, è naturale che si tenti di aggredire il soggetto obbligato quanto prima, in relazione alla sua attuale situazione patrimoniale che può modificarsi radicalmente nel tempo, così come nel tempo può venir meno lo stesso soggetto obbligato (si pensi alla società). L'unica garanzia è data dal patrimonio dell'obbligato, da un *quid* per definizione suscettivo di modifica e di riduzione; è comprensibile che si badi alla sollecita, puntuale realizzazione della pretesa su quello che è certo oggi e può sfumare domani, senza attendere il verificarsi dell'evento (vecchiaia e invalidità) a ragione del quale il lavoratore potrebbe in linea di principio aspirare alle prestazioni previdenziali, rischiando così di trovare vanificato il patrimonio all'obbligato (38). Così si è sostenuto che il lavoratore può agire non appena si verifichi il fatto generatore, alla lunga, del danno, cioè l'omissione contributiva. Questa impostazione è stata accolta in una elaborata

---

1958, in *Foro it.*, Rep. 1958, voce cit., n. 222; Trib. Roma 27 aprile 1960, in *Foro it.*, Rep. 1960, voce cit., n. 227: per la proponibilità dell'azione è necessaria la prova della sussistenza di un danno attuale e concreto. In dottrina v. Palermo, *Legislazione sociale del lavoro*, Torino, 1962, 472.

(37) V. Simi, *La responsabilità del datore di lavoro*, cit. Osserva l'a. che il carattere sostitutivo della responsabilità del datore di lavoro non toglie che questa responsabilità si traduce in un obbligo di risarcimento del danno: « la costituzione è qui nella sostanza e nello scopo della legge, ma non si esprime in una precisa figura giuridica ». La notazione è felice nella misura in cui coglie l'inevitabile atteggiarsi della pretesa nella realtà pratica; resta, tuttavia, da vedere se, come tenterò in prosieguo, la finalità sostitutiva presente nella norma non si traduca in una più precisa individuazione della responsabilità, mentre, in ogni caso, come letteralmente si ricava dall'art. 2116 cpv. la misura del risarcimento deve corrispondere quanto meno all'entità delle prestazioni previdenziali perdute dal lavoratore.

(38) Si comprende, quindi, come il Massart, *Azione di danni*, cit., abbia potuto scrivere: « per quanto riguarda il momento in cui il lavoratore ha diritto al risarcimento e quindi all'azione, la teoria che lo vuole all'epoca dell'età pensionabile ... mi è sembrata talmente abnorme e immorale ... ».

sentenza del tribunale fiorentino (39); in applicazione dei princìpi elaborati in tema di risarcimento del danno futuro (40), la responsabilità del datore di lavoro — si è detto nella sentenza — può essere affermata ancor prima che sia concretamente emersa l'impossibilità di conseguire le prestazioni dall'Istituto previdenziale a ragione dell'omessa contribuzione; già questa omissione integra gli estremi di un danno esattamente valutabile, quando la lesione delle aspettative del lavoratore appaia certa o comunque possibile, conseguenza pressoché immancabile del comportamento del datore di lavoro.

Ma, se si giunge a questa conclusione, siamo nuovamente nell'incertezza per quanto attiene alla individuazione del fondamemto della responsabilità e alle prese con gli aspetti del tutto peculiari dei singoli casi concreti. La responsabilità viene ancora direttamente collegata all'omissione contributiva e si ricade inesorabilmente nella tesi secondo la quale la prescrizione decorre dal momento dell'omissione; il lavoratore dovrebbe agire sistematicamente in relazione ad ogni periodo di omissione contributiva, con una serie di iniziative che sono inimmaginabili in costanza del rapporto, per la situazione di inferiorità nella quale il dipendente versa (41). E resta aperto, accettando questa impostazione, il problema della determinazione quantitativa del danno; problema assai difficile, posto che non vi è corrispondenza tra l'entità dei contributi evasi e il danno che in effetti ne deriva in termini di prestazione previdenziali (42). Salvo situazioni particolarissime di agevole valutazione, come quella in effetti presentatasi al tribunale fiorentino (43), è estremamente arduo identificare criteri univoci in materia (44).

Come già dissi, è la stessa letterale formulazione dell'art. 2116 cpv. che impone, a mio parere, il rifiuto di questo indirizzo. Questa formula-

---

(39) Trib. Firenze 4 maggio 1960, in *Dir. lav.*, 1961, II, 151.

(40) Sul punto della risarcibilità dei danni c.d. « futuri », v. Brasiello, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1959, 348 ss.; Cigolini, *La responsabilità dalla circolazione stradale*, Milano, 1955, 733 ss.; De Cupis, *Il danno*, Milano, 1951, 156; Torrente, *Rassegna di giurisprudenza al codice civile*, Milano, 1954, *sub* art. 1223.

(41) Come sennatamente ricorda lo Scorza, *Sul risarcimento del danno*, cit.

(42) V. Cannella, *La responsabilità del datore di lavoro*, cit.

(43) Nel caso fu possibile determinare esattamente di quanto sarebbe stata diminuita alla lavoratrice la pensione di vecchiaia in corrispondenza ai contributi non versati dal datore di lavoro.

(44) Per il caso dell'azione di risarcimento proposta dal lavoratore, nell'ipotesi unicamente interessato alla prosecuzione volontaria dell'assicurazione, quando, non essendo ancora maturata la prescrizione dei contributi *ex* art. 55 r.d.l. n. 1827 del 1935, era ancora possibile far intervenire l'I.n.p.s. per la regolarizzazione della posizione assicurativa, v. Trib. Lucca 10 settembre 1962, in *Giur. tosc.*, 1962, 689.

zione deve ritenersi voluta *ad hoc*, per porre il principio che il datore di lavoro inadempiente deve intervenire così come sarebbe altrimenti intervenuto l'Istituto previdenziale, garantendo al lavoratore l'equivalente delle prestazioni previdenziali, verificandosi quegli eventi che la legge ha preso in considerazione. Questa obbligazione sostanzialmente sostituita armoniosamente si inquadra nel sistema previdenziale, preordinato per assicurare, nell'interesse pubblico che si pone anche contro la spinta immediata dei soggetti interessati, il minimo vitale ricorrendo determinati eventi (45); di qui la particolare natura del diritto alla pensione, quale diritto personalissimo, indisponibile. Coerentemente, prima del verificarsi dell'evento considerato nell'assicurazione obbligatoria, non può configurarsi il diritto al risarcimento del danno e cadono le premesse per sostenere, come si è fatto (46), la disponibilità di questo diritto.

Naturalmente questa impostazione non deve essere portata agli eccessi; non è affatto necessario, nei singoli casi, che il lavoratore attenda, per agire, il verificarsi dell'evento e il rigetto della domanda di prestazione da parte dell'Istituto previdenziale. Per fare l'ipotesi più semplice, è assurdo che un lavoratore di 58 anni a favore del quale non siano stati mai versati i contributi, debba attendere il raggiungimento dei 60 anni per agire; in questa situazione è certo che il lavoratore non potrà mai conseguire la pensione di vecchiaia ed è evidente l'interesse ad agire subito per garantirsi tempestivamente l'equivalente. Si è acutamente osservato (47) che la prova richiesta ai fini dell'accoglibilità della domanda non è quella che l'Istituto previdenziale ha negato le prestazioni, bensì l'altra che in ogni caso, per gli elementi specifici della fattispecie, l'Istituto non è tenuto né ora né poi alle prestazioni. Quando sia acquisita questa certezza non è necessario attendere; l'essenziale è che, nella peculiarità del caso, la sentenza possa tempestivamente operare in rapporto al verificarsi di quell'evento che è stato preso in considerazione nel sistema, statuendo per la corresponsione al lavoratore dell'equivalente delle prestazioni previdenziali a carico del datore di lavoro. In sostanza non è il tempo dell'azione che conta, ma il contenuto della pronuncia; il contenuto deve poter essere tale da garantire al lavoratore

---

(45) V. Cannella, *Le pensioni di previdenza sociale*, cit., 52 ss. e, in generale, circa le finalità del sistema previdenziale, Persiani, *Il sistema giuridico*, cit.; Levi Sandri, *Ist. di legislazione sociale*, Milano, 1958, 152 ss.

(46) V. Marazza, *Disponibilità del diritto al risarcimento del danno da omissione contributiva*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, 44, in nota alla sentenza App. Genova 1° aprile 1959. Per la rinunciabilità del diritto al risarcimento del danno v. Gueli, *Il risarcimento del danno*, cit.

(47) Massart, *Azione di danni*, cit.

l'equivalente, esatto e puntuale, delle prestazioni previdenziali; il tempo dell'azione può essere, con una certa elasticità, quello che esattamente consente questo contenuto. Non è possibile, quindi, indicare un criterio assoluto, dovendosi aver riguardo alle circostanze specifiche del caso; così, a mio parere, se vi è certezza sulla ricorrenza degli elementi costitutivi della fattispecie ben può aversi, prima del verificarsi dell'evento, l'azione e la condanna (in futuro) (48), ad es., nell'imminenza della vecchiaia. Le cose ovviamente cambiano per l'invalidità. Va quindi respinta ogni soluzione che frustri quanto con l'art. 2116 cpv. si è voluto, in particolare ogni liquidazione preventiva ed astratta del danno nella specie di danno futuro, appunto perché questa liquidazione non garantisce affatto al lavoratore quel minimo sul quale egli deve precisamente contare quando sarà effettivamente vecchio o invalido, in armonia coi principi del sistema. Che questa impostazione, che mi pare rigorosa, possa apparire deludente quando realisticamente si pone il problema di afferrare il certo senza inseguire l'incerto, è indubbio; ma le impostazioni di principio non possono ricercarsi con l'animo turbato dalla consapevolezza degli inconvenienti, anche se di questi si deve tenere il debito conto per sottolineare ancora una volta l'adeguatezza del sistema e della norma specifica (49).

4. Dell'art. 2116 cpv. si è ampiamente discusso anche in dottrina con notevoli divergenze. Così, mentre alcuni, in corrispondenza al prevalente orientamento giurisprudenziale, ripetono che questa responsabi-

---

(48) Il Trib. Napoli 9 agosto 1948, in *Riv. it. prev. soc.*, 1950, 214, ritenne di poter affermare con condanna generica la responsabilità del datore di lavoro, rimandando per la liquidazione del danno al momento in cui, liquidata la pensione di vecchiaia dall'Istituto previdenziale, sarebbe concretamente emersa la riduzione della prestazione da attribuirsi all'omissione contributiva, essendo allo stato certo che questa riduzione vi sarebbe stata. La sentenza venne riformata da App. Napoli 12 giugno 1950, *ivi*, 1951, 66; si rilevò da parte dei giudici di appello che allo stato il danno conseguente all'omessa contribuzione era del tutto incerto ed eventuale, posto che il lavoratore, con i contributi già versati da altri e con quelli che probabilmente sarebbero stati versati prima del raggiungimento dell'età legale di pensionamento, avrebbe comunque potuto conseguire il minimo assicurativo per la pensione.

(49) Talvolta si negò, prima del codice, la responsabilità del datore di lavoro, rilevandosi che per l'assicurazione di invalidità e vecchiaia mancava una norma corrispondente all'art. 31 della legge 31 gennaio 1904, n. 51 sull'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro per la quale il datore di lavoro era personalmente responsabile della corresponsione dell'indennità al lavoratore infortunato nell'ipotesi di mancato versamento dei premi: v. in tal senso Comm. Arb. Centrale 13 luglio 1938, cit. L'argomento è stato ripreso da Trib. Torino 7 maggio 1954, cit.

lità consegue alla violazione di una obbligazione contrattuale *ex lege* inserita nel contratto di lavoro (50), altri, argomentando dal fatto che l'obbligo contributivo corre nei confronti dell'Istituto previdenziale, ha ritenuto che si tratti di una responsabilità extracontrattuale, accessoria nei confronti del lavoratore, ravvisandone il fondamento nella violazione dell'obbligo generico del *neminem laedere* (51).

In un notevole studio il Cannella (52) ha affermato che questa responsabilità non può definirsi né contrattuale né extracontrattuale. Non contrattuale perché il rapporto obbligatorio originario (quello relativo ai contributi) non corre tra il datore di lavoro e il lavoratore e può non esistere più, maturatasi la prescrizione di cui all'art. 55 r.d. n. 1827 del 1935, quando si verificano i presupposti dell'azione *ex* art. 2116 cpv.; non extracontrattuale perché questa responsabilità non deriva dalla violazione del generico precetto del *neminem laedere*, bensì dalla violazione di un precetto esplicitamente posto dalla legge. Trattasi, quindi, secondo il chiaro a., di una responsabilità *sui generis*, derivante direttamente dalla legge, in virtù della quale il datore di lavoro è sostituito all'Istituto previdenziale nella tutela dovuta al lavoratore. Ne consegue che, scartata la prescrizione quinquennale decorrente dalla omissione dell'obbligo contributivo (infatti, ritenuta la natura contrattuale della responsabilità, varrebbe lo stesso termine di prescrizione stabilito per i contributi e, ritenuta la natura extracontrattuale, dovrebbe applicarsi, *ex* art. 2947 c.c., la prescrizione quinquennale sempre decorrente dalla omissione contributiva), la pretesa azionabile *ex* art. 2116 cpv. deve ritenersi imprescrittibile, al pari del diritto alla prestazione previdenziale altrimenti invocabile. Dalla omissione contributiva non deriverebbe, secondo il C., un danno immediato, bensì un rapporto risarcitorio che pende e si perfeziona nei suoi elementi costitutivi qualora si accerti, al verificarsi dell'evento previsto dalla legge, la inevitabile perdita delle prestazioni previdenziali (53).

---

(50) V. Caniglia, *L'azione di danno*, cit.; Geri, *In tema di responsabilità*, cit.; Gueli, *Il risarcimento del danno*, cit.; Scorza, *Sul risarcimento del danno*, cit.; Siniscalchi, *In tema di mancato recupero dei contribuiti previdenziali*, in *Dir. lav.*, 1961, II, 84; Torregrossa, *Responsabilità dell'imprenditore*, cit.; Id., *L'obbligo del datore di lavoro di versare i contributi assicurativi e il diritto del lavoratore di chiederne l'adempimento*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1958, 164; Torrente, in *Commentario*, cit.

(51) V. Ferrari, *Sulla responsabilità dell'imprenditore*, cit.

(52) Cannella, *La responsabilità del datore di lavoro*, cit. Nello stesso senso, sostanzialmente, cfr. Simi, *La responsabilità del datore di lavoro*, cit.

(53) La costruzione del Cannella è stata sostanzialmente accolta da Trib. Arezzo 23 gennaio 1958, cit.

Altro essenziale contributo sul tema devesi al Traversa (54) che, come esplicitamente scrive, giunge sostanzialmente alla conclusione del Cannella. Anche per questo a. non può parlarsi di responsabilità legale; trattasi di un diritto autonomo, attribuito *ex lege* al lavoratore, sostitutivo del diritto alla prestazione previdenziale, giacché l'obbligazione contributiva non è rapportabile alla causa tradizionalmente ritenuta del contratto di lavoro, quale contratto di scambio tra lavoro e retribuzione, onde in questo contratto non è ravvisabile una obbligazione giustificatrice della responsabilità. L'a. suffraga la sua argomentazione facendo leva sul carattere irriducibilmente pubblicistico del sistema di previdenza sociale, nel quale il datore di lavoro opera solo come oggetto obbligato al pagamento dei contributi (art. 2115 c.c.) e ripropone il discusso problema della relazione, corrente o no secondo le varie impostazioni, tra il rapporto di lavoro e quello previdenziale. Secondo il T., per ritenere la natura contrattuale della responsabilità, dovrebbe dimostrarsi che l'obbligo del versamento dei contributi sussiste nei confronti del lavoratore, ma questo deve escludersi poiché al lavoratore non è dato di ottenere attivamente l'adempimento di questo obbligo, perché « il nostro ordinamento processuale non fornisce al prestatore di lavoro il mezzo per costringere il datore di lavoro a pagare i contributi assicurativi. L'esecuzione forzata degli obblighi di fare non si riferisce agli obblighi che hanno per oggetto il pagamento di somme di denaro, né può ammettersi una espropriazione forzata presso il debitore datore di lavoro ad iniziativa del lavoratore opposto creditore ». Quindi, continua il T., i contributi costituiscono un credito dell'Istituto previdenziale (art. 2753 c.c.), né sarebbe possibile al lavoratore versare i contributi in qualità di terzo (art. 1180 c.c.) (55); il lavoratore, verificandosi l'omissione, può solo avvalersi della generica facoltà di denunzia presso l'istituto previdenziale (56).

---

(54) Traversa, *Osservazioni sulla responsabilità*, cit.

(55) *Contra* Trib. Milano 12 aprile 1950, in *Giur. it.*, Rep. 1951, v. *Prev. soc.*, n. 101. Trib. Palermo 21 maggio 1956, cit., ritenne il lavoratore legittimato ad agire in giudizio contro il datore di lavoro per ottenerne la condanna al pagamento dei contributi previdenziali.

(56) Si è affermato che l'Istituto previdenziale non può essere ritenuto responsabile per danni verso il lavoratore per non aver agito contro il datore di lavoro ai fini dell'accertamento del rapporto di lavoro, essendo l'attività dell'ente del tutto discrezionale: Cass. 25 giugno 1959, n. 2007, in *Dir. lav.*, 1961, II, 84, con nota adesiva del Siniscalchi, cit. In senso contrario App. Brescia 6 dicembre 1961, in *Riv. giur. lav.*, 1962, II, 300: nel caso si è affermata la responsabilità dell'Istituto per non aver agito per il recupero dei contributi non prescritti. Si legge nella motivazione che l'attivita dell'ente

5. In coerenza a quanto ritenuto precedentemente, c'è senza dubbio, nei contributi del Cannella e del Traversa, un apporto positivo, in funzione critica rispetto alle altre impostazioni e a conforto della conclusione pratica delineata, che può ritenersi acquisito. Ma, a mio avviso, il discorso non può ritenersi esaurito; escluso che il diritto del lavoratore *ex* art. 2116 cpv. possa configurarsi come un diritto di risarcimento per l'inadempimento contributivo, resta ancora da vedere se la responsabilità del datore di lavoro non trovi più esaurientemente il suo fondamento in una obbligazione insita nel contratto di lavoro, da individuare e da chiarire nel suo contenuto. Che questa responsabilità debba qualificarsi legale, cioè posta del tutto autonomamente nella legge, almeno ad un primo approccio, non convince. Intanto al lavoratore è riconosciuto un diritto verso un ben determinato soggetto passivo, verso l'altra parte del contratto di lavoro. Che, quindi, la responsabilità *ex* art. 2116 cpv. sia collegata ad una obbligazione specifica insita nel contratto di lavoro è, quanto meno, una ipotesi di lavoro sulla quale conviene insistere, prima di giungere alla conclusione negativa, appunto perché è ragionevole presumere che se la legge addossa questa responsabilità al datore di lavoro, questo avvenga sul presupposto della violazione da parte di costui di una qualche obbligazione nei confronti del lavoratore protetto. Ho, quindi, l'impressione che il discorso dei due autori rischi di rimanere incompleto, anche perché esso è stato condotto esclusivamente in funzione di quella tesi, erronea, secondo la quale la responsabilità del datore di lavoro dovrebbe collegarsi, *sic et simpliciter*, al fatto dell'omesso versamento dei contributi. Chi legga attentamente lo studio del Traversa nota subito, infatti, che questo è il contesto polemico nel quale l'a. si muove; non a caso egli, nella parte centrale del suo discorso, pone in questi termini il quesito di fondo: « nelle norme che regolano la previdenza sociale non è dato ravvisare alcun elemento che faccia ritenere la causa del contratto lo scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione più contributi assicurativi ».

Il quesito enunciato solleva problemi assai delicati sui quali la dottrina è ancora estremamente divisa; in particolare il tema, molto discusso, dell'autonomia o no del rapporto previdenziale e del nesso che corre tra questo rapporto e quello di lavoro. In proposito, com'è noto, le costruzioni sono assai varie e mentre l'opinione tradizionale ritiene

---

non può essere ritenuta discrezionale, bensì doverosa in rapporto alla finalità pubblica dell'assicurazione di diritto; in difetto di questa attività l'Istituto va ritenuto responsabile a titolo extracontrattuale, poiché « le leggi non devono essere interpretate giungendo ad assurdità e ad iniquità manifeste ».

esistente un nesso tra i due rapporti (onde, secondo le varie formulazioni, il rapporto di lavoro costituirebbe il presupposto o l'occasione del rapporto previdenziale) (57), più recentemente (58) si è costruito il sistema previdenziale su basi del tutto autonome. In particolare è controverso in quale precisa posizione debbano considerarsi i tre soggetti che pacificamente operano nel sistema dell'assicurazione obbligatoria, datore di lavoro, lavoratore ed ente previdenziale (59).

Una precisa presa di posizione su questi nodi così essenziali della costruzione esula dai limiti di questo studio. Pur tuttavia, mio parere, nella valutazione complessiva dei vari tentativi sistematici, è naturale tener conto del fatto che queste costruzioni della dottrina si pongono in realtà rispetto ad una materia in movimento, assai rapido in questi ultimi tempi, da una impostazione originaria ad una meta finale che è nella logica del sistema perché ormai assai chiara. In un lungo e contorto processo, si è partiti da una originaria utilizzazione obbligatoria del congegno assicurativo in funzione di previdenza imposta a favore del soggetto più debole del rapporto di lavoro e, attraverso straripamenti dall'originario modello ed estensioni di vario tipo, ci si avvia verso un sistema qualitativamente diverso detto di sicurezza sociale e volto ad assicurare determinate prestazioni alla generalità dei cittadini in quanto tali (60). Noi siamo in pieno in questo processo evolutivo e nella situazione attuale il vecchio e il nuovo s'intrecciano in varia misura nel sistema; accanto a forme assicurative originarie, altre ne esistono nelle quali si è compiuto un salto qualitativo con l'introduzione, ormai pressoché generalizzata, del principio di automaticità, in presenza del quale è probabilmente inadeguato fare ancora ricorso allo schema assicurativo degli inizi. Con questo principio, in sostanza, quale che sia ancor oggi il sistema di prelevamento dei fondi necessari, il lavoratore o più in generale il soggetto protetto è preso in considerazione in quanto tale,

---

(57) V. Geri, *In tema di responsabilità*, cit.: il contratto di lavoro costituisce il presupposto o l'occasione necessaria per la costituzione del rapporto previdenziale; Gueli, *Il sistema giuridico*, cit., 56 ss.: il rapporto di lavoro è presupposto del rapporto previdenziale e tra i due rapporti corre una limitabile connessione. Diffusamente v. Mazzoni, *Manuale*, cit., 449 ss. Per l'applicazione ai fini della giurisdizione, v. Pret. Empoli 1° febbraio 1960, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, c. 330.

(58) Persiani, *Il sistema giuridico*, cit.

(59) V. Persiani, *Il sistema giuridico*, cit., 107 ss.

(60) V. Levi Sandri, *Ist. di legislazione sociale*, cit., 147. Naturalmente il termine di sicurezza sociale è variamente inteso: v. Venturi, *I fondamenti scientifici della sicurezza sociale*, Milano, 1954.

velificandosi l'evento previsto, così come domani, nell'auspicato sistema di sicurezza sociale, il cittadino sarà tutelato per questo solo titolo.

In questa situazione è inevitabile che tutte le costruzioni meritevolmente ispirate all'intento di ridurre ad unità il sistema, incontrino per più aspetti un limite nella realtà normativa oggetto dell'indagine, poiché questa realtà non è univoca, bensì presenta situazioni assai diverse che non si possono ignorare. Così una cosa è rilevare la legge di tendenza del sistema, individuarne le linee evolutive, coglierne già oggi con acute anticipazioni le basi di assestamento su nuovi princìpi, altra cosa è pretendere di ridurre oggi in uno schema unitario universalmente valido situazioni assai diverse che, ai fini concreti dell'interpretazione, merita viceversa cogliere nella loro irriducibile peculiarità. Pertanto, a mio parere, è necessario tener ben distinte le forme c.d. assicurative nelle quali funziona il principio di automaticità (principio che in qualche modo anticipa un sistema integrale di sicurezza) dalle altre forme nelle quali questo principio non è invocabile (61). E laddove, come nell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità e la vecchiaia, quel principio non opera, interessa non tanto chiarire il legame che corre o no tra il rapporto di lavoro e quello previdenziale, quanto intendere in quale relazione stiano reciprocamente il principio di non automaticità e la responsabilità del datore di lavoro *ex* art. 2116 cpv., responsabilità che, come si è detto, presumibilmente ha il suo fondamento in una qualche obbligazione del contratto di lavoro. Quale che sia la costruzione del rapporto previdenziale preferibile anche per questa assicurazione obbligatoria, niente impedisce di spostare il discorso in questi termini. Assai significatamente, del resto, il Persiani — che ha cercato di risolvere del tutto autonomamente e su basi unitarie il sistema previdenziale — si è posto dubbiosamente il problema « tanto delicato quanto complesso, dell'esistenza o meno di un diritto soggettivo del lavoratore nei confronti del datore di lavoro all'adempimento di questi obblighi » (62), cioè degli obblighi

---

(61) V., nel senso che nell'attuale fase storica, pur dovendosi registrare una crescente tendenza verso un sistema di sicurezza sociale, non può sostenersi il distacco del sistema previdenziale dal tronco del diritto del lavoro, Mazzoni, *Manuale*, cit., 450-453, e soprattutto Levi Sandri, *Sicurezza sociale e diritto del lavoro*, in *Studi in memoria di L. Mossa*, II, Padova, 1961, 531. Da ultimo, circa la necessità di tener distinte le varie situazioni, v. Ciaccio, *Legittimazione passiva e integrità del contraddittorio nelle azioni promosse dal lavoratore per l'inadempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligo del versamento dei contributi nelle assicurazioni sociali non automatiche*, in *Giust. civ.*, 1962, I, 461.

(62) *Il sistema giuridico*, cit., 266.

attinenti, secondo le varie impostazioni, alla costituzione o all'esecuzione del rapporto previdenziale (63).

A mio parere, a fondamento e a presupposto della responsabilità *ex* art. 2116 cpv., sta l'obbligazione del datore di lavoro di garantire al lavoratore, verificandosi determinati eventi, certe prestazioni imposte per un interesse pubblico che trascende anche quello immediato e contingente del lavoratore. In sostanza, esaminando la situazione sul piano del rapporto di lavoro, tutto può risolversi facendo riferimento a quel *dovere di assistenza*, inserito *ope legis* nel contenuto del rapporto di lavoro, secondo l'impostazione del Maestro al quale questo studio è dedicato (64).

Com'è ormai pacifico (65), la regolamentazione positiva del contratto di lavoro ha subito una evoluzione così radicale rispetto all'angusto schema originario della *locatio operatum*, che la causa di questo contratto non può essere oggi semplicemente identificata nello scambio lavoro-retribuzione, intesa la controprestazione del datore di lavoro come semplice prezzo dell'attività lavorativa. Questa regolamentazione si informa al principio fondamentale, oggi per più aspetti costituzionalmente garantito, della tutela più vasta ed incisiva della persona del lavoratore che, di norma, ha nel lavoro l'unica fonte di reddito e l'unico titolo per partecipare ai beni della vita nell'immediato presente e nel più lontano futuro; coerentemente, attraverso una serie di istituti coordinati, si persegue la finalità di garantire al lavoratore un equo trattamento retributivo complessivo e nel contempo la sicurezza più piena rispetto ad ogni evenienza della vita ed in particolare rispetto agli eventi menomativi o abolitivi della capacità di guadagno. In tal modo quello che si deve al lavoratore in controprestazione non è solo la retribuzione in senso stretto, sia pure determinata secondo un principio di sostanziale giustizia

---

(63) Per una concezione più restrittiva del rapporto previdenziale, collegato al verificarsi dell'evento previsto, rispetto al quale debbono configurarsi rapporti preliminari o strumentali, v. Persiani, *Il sistema giuridico*, cit., 253 ss.

(64) Barassi, *Previdenza sociale e lavoratore subordinato*, Milano, 1954, 107 ss. Sostanzialmente nello stesso senso, come l'a. esplicitamente ammette, Gueli, *Il sistema giuridico*, cit., 70 ss. Nel senso che il datore di lavoro debba essere considerato come debitore di sicurezza anche sotto il profilo qui complessivamente considerato, v. Riva Sanseverino, *Il lavoratore nell'impresa*, cit., 432 ss.; in particolare, a prescindere dall'autonomia o no della previdenza sociale, di essa deve tenersi conto anche sul piano del contratto di lavoro « in quanto essa viene a far parte integrante del debito di sicurezza proprio all'imprenditore, il quale, per obbligo direttamente impostogli dalla legge ma sorgente in occasione del rapporto di lavoro, è tenuto a predisporre i mezzi per l'assistenza dei propri dipendenti » (*ivi*, 433-434).

(65) V. in particolare Riva Sanseverino, *Il lavoratore nell'impresa*, cit., 139-141.

sociale, ma anche la garanzia di una più vasta tutela in rapporto alle complessive esigenze della persona. In tal modo il datore di lavoro è comunemente definito debitore di sicurezza; egli è direttamente obbligato, sotto molteplici aspetti, ad attivarsi per garantire la soddisfazione degli interessi del lavoratore considerati nel sistema.

Per quanto specificatamente attiene alla tutela del lavoratore rispetto agli eventi abolitivi o menomativi della capacità di guadagno (invalidità e vecchiaia), si provvede nell'ordinamento con la relativa assicurazione obbligatoria nella quale, non essendo posto il principio di automaticità, il regolare adempimento contributivo è condizione indispensabile affinché il soggetto protetto acquisisca il diritto alle prestazioni previdenziali. È sulla base di questa premessa positiva che può essere chiarita, attraverso la considerazione sistematica delle varie norme all'uopo rilevanti, la posizione del datore di lavoro; posto il principio di non automaticità, da una parte costui è obbligato ai sensi delle legge speciale e dell'art. 2115 c.c. a fare quanto prescritto per garantire al lavoratore la tutela previdenziale; dall'altra, in difetto di questo doveroso comportamento, una norma, l'art. 2116 cpv., esplicitamente prevede che lo stesso datore di lavoro è direttamente obbligato verso il lavoratore per l'equivalente delle prestazioni previdenziali. Queste varie disposizioni debbono essere coordinatamente intese e la chiave interpretativa non può non essere rinvenuta nell'indicato obbligo di assistenza come specificazione, nella situazione determinata, del debito di sicurezza verso il lavoratore. La norma di cui al capoverso dell'art. 2116 non può essere spiegata altrimenti; d'altro canto, essa per quanto detta attiene direttamente, per questo aspetto, alla regolamentazione del contratto di lavoro, è alla regola di questo contratto positivamente posta. Se il datore di lavoro è direttamente obbligato ove egli abbia provveduto per l'esatto adempimento degli obblighi previdenziali, questo obbligo si assomma a tutti gli altri posti nel nostro ordinamento a carico del datore di lavoro, fa parte integrante della regolamentazione dello speciale contratto.

Pertanto, alla base dell'art. 2116 cpv. sta, implicitamente, il ritenuto obbligo di assistenza. Il datore di lavoro deve provvedere in primo luogo ponendo in essere i presupposti della tutela previdenziale, provocando, ai sensi della legge sull'assicurazione obbligatoria, la regolare formazione e la puntuale esecuzione per la parte contributiva del relativo rapporto; ove egli non provveda in questo senso e su questo piano, è personalmente obbligato a corrispondere al lavoratore l'equivalente delle prestazioni previdenziali perdute o ridotte. Se, quindi, è esatto che l'obbligazione di versare i contributi assicurativi non rientra direttamente nella

causa del contratto di lavoro, è al contrario del tutto pertinente, in armonia con l'attuale evoluzione nella regolamentazione di detto contratto, ricondurre alla causa dello stesso l'obbligo di assistenza nella sua duplice specificazione alternativa di obbligo di porre in essere i presupposti della tutela previdenziale o di provvedere altrimenti direttamente.

Conclusivamente, se all'origine della responsabilità *ex* art. 2116 cpv. vi è un comportamento omissivo addebitabile al soggetto passivo della stessa a ragione della sua posizione di datore di lavoro, se dalla norma discende poi un diritto del lavoratore, è presumibile che questa relazione intersubiettiva sia istituita dalla legge come qualcosa che attiene naturalmente al rapporto già corrente tra i due soggetti. Inoltre, se è esatto, come nota il Traversa (66), che sul piano dell'assicurazione obbligatoria in primo luogo il datore di lavoro emerge come il soggetto obbligato al pagamento dei contributi, da questo non discende affatto come conseguenza logica che possa, per l'omissione contributiva verificatasi verso l'ente previdenziale, addossarsi una responsabilità a favore del lavoratore che, appunto per quanto attiene all'obbligo di versare i contributi, è soggetto estraneo. Tra le due situazioni c'è un salto logico ed è da presumere che il legislatore non si sia fatto ispirare da criteri del tutto arbitrari; se dall'omissione deriva alla lunga la responsabilità verso l'altra parte del contratto di lavoro, evidentemente in questo contratto deve esserci qualcosa che razionalmente giustifica la conseguenza voluta. Se così non fosse, dovrebbe giungersi alla conclusione, veramente grave, che il legislatore ha previsto una responsabilità del tutto priva di giustificazione nell'economia del rapporto considerato; ma poiché questa conclusione *prima facie* repugna, è al contrario inevitabile risalire dalla norma che esplicitamente prevede la responsabilità stessa alla identificazione di una obbligazione contrattuale ben determinata. D'altro canto, ogni perplessità deve, a mio parere, scomparire, se nel sistema è dato rinvenire qualche altra traccia precisa dell'obbligo di assistenza. Come ha notato sempre il Barassi (67), ai sensi dell'art. 2110 c.c., in caso di infortunio, di malattia, di gravidanza e di puerperio, ove non sussistano forme equivalenti di previdenza e di assistenza, il datore di lavoro è direttamente obbligato a corrispondere al lavoratore una indennità. Nel caso, la legge esplicitamente pone a carico del datore di lavoro un obbligo per l'ipotesi che non possa provvedersi attraverso forme previdenziali o assistenziali. La norma di cui all'art. 2116 cpv. è in piena coerenza col principio desumibile dall'art. 2110 del codice; se il datore di

---

(66) *Osservazioni sulla responsabilità*, cit., 449.
(67) *Previdenza sociale e lavoro subordinato*, cit., 22.

lavoro è obbligato quando non sussistono forme previdenziali o assistenziali, a maggior ragione è obbligato quando per sua colpa il lavoratore, ed eventualmente altri soggetti (68), non possono contare sulla tutela previdenziale. C'è così nel sistema, ove non ritenga appagante l'argomentazione tratta per implicito dall'art. 2116 cpv., un ulteriore spunto positivo che consente, se non in modo errato, di ritenere questa conclusione non meramente assertoria.

6. La costruzione sopra delineata a mio parere non solo consente di spiegare esaurientemente la norma sulla responsabilità del datore di lavoro *ex* art. 2116 cpv., ma è anche quella che meglio si inquadra nella strutturazione attuale dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità e la vecchiaia per la quale, non essendo invocabile il principio di automaticità, lo schema assicurativo, secondo il modello originario, pienamente continua. Sostanzialmente in questo senso si è talvolta espressa la giurisprudenza; ad es. si è detto (69) che la responsabilità deve definirsi contrattuale perché l'assicurazione obbligatoria solleva il datore di lavoro da alcuni oneri altrimenti derivanti dal contratto di lavoro.

D'altro canto, se alla base di tutto c'è l'obbligo di assistenza del datore di lavoro e se questo obbligo deve essere in linea di principio assolto attraverso l'assicurazione obbligatoria, è agevole intendere che non sorgono nemmeno quelle difficoltà che si sono addotte per puntualizzare la posizione del soggetto protetto. Certamente ponendo la questione solo in rapporto alla obbligazione contributiva, il lavoratore non ha mezzi giuridici a disposizione per costringere il datore di lavoro all'adempimento (70), ma la prospettiva muta ove si consideri non questa obbligazione, bensì il diritto del lavoratore alla tutela rispetto a certi eventi (invalidità e vecchiaia) in primo luogo attraverso l'assicurazione

---

(68) Si discute a questo proposito se i superstiti possano agire *ex* art. 2116 cpv. In senso negativo, v. Cannella, *Le pensioni*, cit., 235, poiché la legge tace in proposito. A favore Massart, *Azione di danni*, cit., anche per la discutibile considerazione che il contratto di lavoro costituisce per questi soggetti una sorta di contratto a favore di terzi (analoga la tesi di Trib. Avellino 7 aprile 1961, in *Foro it.*, 1961, I, c. 864). A favore anche il Simi, *La responsabilità del datore di lavoro*, cit.; rileva l'a. che la soluzione positiva corrisponde alla *ratio legis* e all'equità, onde nell'art. 2116 cpv., l'espressione « prestatore di lavoro » va letta come « soggetto a cui favore sussiste l'obbligo assicurativo ». La tesi risulta accolta da App. Firenze 23 marzo 1961, in *Dir. lav.*, 1961, II, 154, ed è meritevole, nella sostanza, di approvazione.

(69) Così App. Firenze 23 marzo 1961, cit. E ad un generale dovere esistenziale si fa riferimento nella sentenza di Trib. Messina 26 novembre 1954, in *Riv. giur. lav.*, 1950, II, 147.

(70) V. Traversa, *Osservazioni sulla responsabilità*, cit., 449-454.

obbligatoria e subordinatamente a carico del datore di lavoro. In relazione a questa complessiva situazione del lavoratore, mi pare ovvio che niente impedisca di configurare la posizione giuridica come tale tutelata, come aspettativa legittima che discende dal sistema nel suo complesso. Normalmente tutto si risolve attraverso i compiti istituzionali dell'ente previdenziale e l'impulso del lavoratore si riduce ad una semplice denuncia, ma niente impedisce che si ricorra, a tutela di questa complessiva posizione, al giudice quando da parte dell'Istituto o da parte del datore di lavoro si contesti l'invocabilità dell'assicurazione obbligatoria, deducendosi che il rapporto che lega i due soggetti nel caso non è qualificabile come rapporto di lavoro subordinato e, quindi, non ha fondamento la pretesa di costituzione dei presupposti della tutela previdenziale.

Il dovere di assistenza del datore di lavoro si traduce in primo luogo nell'obbligo di collaborare per porre i presupposti della tutela previdenziale che assorbe, realizzandolo, quel dovere; di qui l'esistenza di un diritto soggettivo, tecnicamente inteso, del lavoratore verso il datore di lavoro avente a contenuto la realizzazione di quei presupposti, così come un contestuale diritto sussiste verso l'ente previdenziale (71), il primo diritto corrisponde all'obbligo di assistenza, il secondo all'obbligo istituzionale dell'ente. Vi sono due soggetti che sono obbligati a porre in essere i presupposti della tutela in forma previdenziale ed innanzi ad essi c'è un soggetto protetto, titolare di un'aspettativa giuridicamente rilevante; è nella logica del sistema unitariamente considerato (72) che il lavoratore possa agire per la concreta soddisfazione del suo interesse, naturalmente in necessario contraddittorio con il datore di lavoro e l'ente previdenziale (73), in un giudizio nel quale si mira ad accertare l'obbligo dei convenuti di cooperare, per quanto di reciproca spettanza, alla regolare esecuzione del rapporto previdenziale una volta vittoriosamente provatasi l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato dalla quale discende l'obbligatorietà dell'assicurazione sociale.

7. Sulla base del ritenuto obbligo di assistenza gravante sul datore di lavoro, mi pare che possa risolversi anche il problema, spesso solle-

---

(71) V. Persiani, *Il diritto del lavoratore*, cit.

(72) Per l'unitarietà del rapporto assicurativo v. Riva Sanseverino, *Il lavoratore nell'impresa*, cit., 436: « Se il nostro sistema di previdenza sociale non pone quindi in essere alcun diretto rapporto tra l'imprenditore e il prestatore di lavoro, le posizioni di assicurante, assicuratore e assicurato risultano necessariamente collegate tra di loro, determinando l'unitarietà del rapporto assicurativo considerato nel suo complesso ».

(73) Per la necessaria presenza in giudizio dei tre soggetti, v. Cass. 21 aprile 1961, n. 899, cit., nonché Ciaccio, *Legittimazione*, cit.

vato, della proponibilità dell'azione di danni ove il lavoratore abbia potuto fruire solo con ritardo delle prestazioni previdenziali, a ragione del comportamento della controparte. È un problema che si pone anche nelle assicurazioni obbligatorie nelle quali funziona il principio di automaticità; si pensi al caso del lavoratore, vittima di un infortunio sul lavoro, che non possa tempestivamente usufruire delle prestazioni perché il datore di lavoro ha omesso di provvedere per gli obblighi assicurativi (denuncia della lavorazione, pagamento dei premi, ecc.) e successivamente contesta la sussistenza del rapporto di lavoro al fine di evitare le sanzioni penali e conseguenziali, inducendo l'Istituto a svolgere gli accertamenti del caso prima di decidere sulla erogazione delle prestazioni pur dovute indipendentemente dalla regolare esecuzione degli obblighi assicurativi, ciò provocando un ritardo a tutto danno del soggetto protetto. Comunque, se il datore di lavoro non abbia ottemperato agli obblighi posti dalla legge, il lavoratore può subire danni rilevantissimi, ad es. quando siano in giuoco le prestazioni sanitarie (prestazioni che spettano anche, ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 692, ai titolari di pensione di invalidità e vecchiaia). È evidente che il soggetto protetto deve poter contare su queste prestazioni tempestivamente, quando se ne appalesi la necessità secondo il giudizio medico, onde il ritardo, se il lavoratore non può provvedere nel frattempo per altra via, può aggravare la malattia e talvolta pregiudicare definitivamente le possibilità di guarigione. Si è detto (74) che in queste situazioni non è proponibile l'azione di risarcimento, giacché l'ipotesi non è esplicitamente prevista nell'art. 2116 cpv.; si è aggiunto che l'ipotesi stessa può difficilmente configurarsi in concreto « perché, indubbiamente, il lavoratore con la normale diligenza e senza straordinaria o gravosa attività avrebbe potuto impedire la causa del ritardo » (75). Non mi pare che queste argomentazioni siano persuasive. Per quanto attiene al comportamento del lavoratore, il problema nella realtà delle cose non può essere impostato in termini di diligenza o no, perché spesso il lavoratore è indotto all'acquiescienza per non porre in pericolo la sua occupazione; inoltre l'argomento prova troppo, poiché esso logicamente dovrebbe essere invocato anche per le ipotesi specificamente previste nell'art. 2116 cpv. conclusione che, come si è visto, va risolutamente esclusa. In diritto, che l'art. 2116 cpv. taccia non mi pare preclusivo, appunto argomentando da quell'obbligo di assistenza che come costituisce il fondamento della

---

(74) Cass. 14 dicembre 1956, n. 4425, in *Foro it.*, 1957, I, c. 384, con nota dello Scorza, cit.

(75) Cannella, *La responsabilità del datore di lavoro*, cit.

norma specifica, così, in linea di principio, implica che il datore di lavoro non frustri in ogni caso le legittime aspettative del lavoratore (76).

8. Si tratta ora di accertare, come ho premesso agli inizi, se l'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338, col congegno delineato onde consentire la tardiva ricostituzione della posizione assicurativa del lavoratore, conforta o no la conclusione che ho ritenuto di poter accogliere. A mio avviso si deve rispondere positivamente al quesito poiché sotto vari aspetti la norma non si spiega se non accettando nelle linee fondamentali il discorso finora fatto.

La norma consentendo, ove sia possibile fornire la prova rigorosa richiesta, la liberazione del datore di lavoro da ogni responsabilità, a condizione che egli provveda sostanzialmente a versare, attraverso la costituzione della rendita vitalizia riversibile, i contributi a suo tempo evasi, chiarisce definitivamente che la responsabilità *ex* art. 2116 cpv. è sostitutiva rispetto alla tutela previdenziale, si sostanzia nell'obbligo di provvedere direttamente verso il lavoratore quando sopraggiunga l'evento lesivo della sua capacità di guadagno. Infatti, la norma non contiene limitazioni temporali; ricorrendone i presupposti si può provvedere alla regolarizzazione della posizione assicurativa a prescindere dal periodo, anteriore o successivo al codice del 1942, nel quale si sia verificata l'omissione contributiva. La norma ha quindi un senso, solo presupponendo il carattere non innovativo dell'art. 2116 cpv. e conseguentemente l'erroneità della tesi secondo la quale la disposizione sarebbe invocabile solo per i rapporti di lavoro in essere al momento dell'entrata in vigore del codice, ai sensi dell'art. 195 delle disposizioni di attuazione e non per i rapporti anteriormente estinti (77). Se il datore di

---

(76) Il Trib. Chieti 31 dicembre 1953, in *Riv. it. prev. soc.*, 1955, 446, ritenne responsabile il datore di lavoro che con il suo comportamento fece ritardare al lavoratore il godimento delle prestazioni antitubercolari. Per la responsabilità extracontrattuale v. Ferrari, *Sulla responsabilità dell'imprenditore*, cit., e nello stesso senso, lamentando il silenzio della legge sul punto, Cabibbo, *La previdenza sociale nel codice civile*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, 10. Per l'ininvocabilità dell'art. 2116 cpv. in tema di assegni familiari, v. Cass. 14 marzo 1962, n. 533, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1106.

(77) Il prevalente orientamento giurisprudenziale appare nel senso che la norma di cui all'art. 2116 cpv. non può essere invocata per i rapporti di lavoro estinti prima dell'entrata in vigore del codice, ma solo per i rapporti in corso in questo momento, anche se l'omissione contributiva si è verificata in precedenza: v. Cass. 9 novembre 1954, n. 4205, cit.; App. Milano 14 dicembre 1956, cit.; Cass. 7 giugno 1960, n. 1487, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1100 (vedine la critica del Torrente, *Rassegna di giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, II, 573); Cass. 3 giugno 1961, n. 1511. In genere si fa riferimento all'art. 195 delle disposizioni di attuazione al codice. Nello stesso senso v. Cannella, *Corso di diritto*

lavoro può regolarizzare in ogni tempo e quale che sia stato il periodo dell'omissione, è evidente che, per coerenza logica, deve ritenersi che nel sistema non vi è stata innovazione con l'emanazione del codice; è evidente che anche l'omissione in precedenza verificatasi continua ad essere rilevante come presupposto della responsabilità. Questo congegno si offre oggi ai soggetti responsabili affinché essi eliminino le conseguenze negative delle loro passate omissioni, per liberarsi da ogni responsabilità; per converso, se questo congegno non fosse stato istituito, niente avrebbe potuto eliminare la responsabilità e lo stesso deve ritenersi anche nel caso in cui, per difficoltà di prova nei confronti dell'ente previdenziale, lo stesso congegno non possa ora operare.

Ne risulta confermato che l'art. 2116 cpv. non collega la responsabilità del datore di lavoro alla omissione contributiva in cui è considerata e che il diritto del lavoratore sussiste in tutti i suoi elementi costitutivi quando si verifica l'evento preso in considerazione nel sistema dell'assicurazione obbligatoria, mentre l'azione può al massimo proporsi quando siano immediatamente certi e il verificarsi dell'evento e l'impossibilità di conseguire le prestazioni previdenziali. Con questo il problema della prescrizione che finora ha tormentato la giurisprudenza è del tutto superato, poiché ovviamente la prescrizione stessa comincia a decorrere solo dal momento in cui si verifica l'evento per il quale il lavoratore deve essere garantito.

La norma conferma, altresì, che il datore di lavoro può liberarsi dall'obbligo di assistenza che ha verso il lavoratore solo in quanto gli sia possibile, attraverso il congegno ora delineato, ricostruire, per quanto personalmente lo riguarda, la posizione assicurativa del lavoratore; altrimenti, stanno a suo carico, inesorabilmente, quelle conseguenze che si sono indicate. Infine, l'art. 13 contiene, nella parte in cui facultizza il lavoratore a costituire la rendita vitalizia riversibile in luogo del datore di lavoro e salvo la rivalsa verso costui, una disposizione di estrema rilevanza per puntualizzare l'esatta posizione del soggetto protetto nella

---

della previdenza sociale, Milano, 1959, 583, e più diffusamente dello stesso *La responsabilità del datore di lavoro*, cit.; Simi, *La responsabilità del datore di lavoro*, cit.; Torrente, in *Commentario*, cit. In senso contrario: Trib. Spoleto 23 luglio 1959, cit., giacché il riferimento all'art. 195 vale per le norme veramente innovative e non già per quelle delle quali non può ritenersi questo carattere in quanto codificazione, come la norma in oggetto, di un principio già ricavabile nel sistema; Trib. Napoli 5 luglio 1961, cit. Sul punto v. anche la poco comprensibile pronuncia di App. Catanzaro 17 ottobre 1945, in *Mass. giur. lav.*, 1947, 42, con nota critica del Memmo, *Sulla retroattività o meno*, cit.: secondo la sentenza la norma è innovativa; purtuttavia, deve affermarsene la retroattività per un suo specifico carattere non meglio chiarito.

esaminata assicurazione obbligatoria. Da questa parte dell'art. 13 si evince che il lavoratore, fornendo la prova richiesta, ha diritto di ricostituire la sua posizione assicurativa e questo consente di ribadire la conclusione già ritenuta che, in generale, l'interesse del lavoratore alla realizzazione dei presupposti della tutela previdenziale è un interesse giuridicamente protetto ed azionabile nei confronti degli altri due soggetti, datore di lavoro ed ente previdenziale, che sono entrambi tenuti a cooperare attivamente alla soddisfazione dell'interesse stesso.

4.

PENSIONE D'INVALIDITÀ E PREVIO RICORSO AMMINISTRATIVO

La sentenza merita di essere segnalata, nel dibattito ognora ricorrente per quanto attiene alla attuazione, in concreto, del principio del previo ricorso amministrativo nelle controversie relative alla pensione d'invalidità, per più ordini di ragioni. In primo luogo, perché la Corte immuta notevolmente rispetto all'anteriore giurisprudenza. In secondo luogo, perché nella sentenza si è ritenuto di poter argomentare, ai fini dell'affermazione di un principio del tutto nuovo, da alcune disposizioni dettate di recente dal legislatore in senso formalmente innovativo. In terzo luogo, perché la particolare pronuncia va, ormai, inserita in un chiaro indirizzo generale della seconda sezione della Corte, volto a contenere, in linea di principio e nelle applicazioni casistiche, l'interpretazione più rigida, e certo talora formalistica e defatigante, della regola posta nell'art. 460 del Codice di rito; indirizzo, in via di affermazione, che si ricava e da questa sentenza e da quella 28 settembre 1968, n. 3003 (1) pronunciata in un caso (esemplare, a riprova dell'orientamento eccessivamente fiscale degli enti gestori delle assicurazioni sociali) di controversia in tema di malattia professionale. È da considerare anche un'altra sentenza, in corso di pubblicazione, in cui l'eccezione di improcedibilità, sollevata per il solo capo della domanda relativa agli assegni familiari, è stata respinta essendosi ritenuto sufficiente, a seguito dell'annullamento della posizione assicurativa per pretesa inesistenza del rapporto di lavoro, l'unico ricorso proposto innanzi all'organo competente dell'I.N.P.S. avverso l'unico provvedimento determinante, così ancora una volta optandosi, ma con discutibile motivazione, per una ragionevole applicazione del principio del previo ricorso amministrativo. Si va, quindi, delineando, almeno nella più recente giurisprudenza di questa sezione, un orientamento visibilmente volto a contenere le implicazioni, finora intese rigidamente, del principio in questione, nel visibile intento

(1) In *Foro it.*, 1969, I, 398, con osservazione di Pera.

di non pregiudicare, per ragioni meramente procedimentali, l'attuazione della giustizia sostanziale a favore di soggetti protetti; nel prossimo futuro sapremo se ed in quale misura ne sortirà un effettivo e consolidato rovesciamento della giurisprudenza anteriore, soprattutto se la nuova prospettazione sarà sottoposta, come è prevedibile in ragione della posta in giuoco, all'esame delle Sezioni Unite. Qui intanto, al di là del consenso — ovvio — con la determinante esigenza di giustizia sostanziale, si intende condurre una valutazione rigorosamente giuridica dell'affermazione di principio.

Nel caso, l'assicurato inoltrò la domanda di pensione d'invalidità in data 27 ottobre 1957 e, avendola la sede competente dell'I.N.P.S. respinta per assunta inesistenza dello stato invalidante nella misura richiesta per legge, propose il ricorso amministrativo, deciso in senso negativo, e con corrispondente motivazione, dal comitato esecutivo dell'Istituto in data 15 luglio 1958. La domanda giudiziale venne quindi proposta in atto notificato il 27 aprile 1959; nel processo di primo grado, espletata la consulenza tecnica per accertare le condizioni dell'assicurato, la pretesa venne accolta, riformandosi poi la pronuncia in secondo grado, in accoglimento dell'appello dell'Istituto, risultando dalla consulenza tecnica quivi espletata che l'assicurato solo all'incirca nel 1959, e quindi dopo l'esaurimento della procedura amministrativa, aveva raggiunto lo stato d'invalidità nella misura richiesta. Nel ricorso per Cassazione ci si dolse della pronuncia dei giudici di appello, anche perché, proprio in relazione alla conclusione ritenuta nella consulenza tecnica di appello circa l'insorgenza dello stato invalidante nel corso del 1959, ben avrebbe potuto l'I.N.P.S., a parere del ricorrente, procedere ad ulteriori accertamenti nel periodo intercorso tra la notifica della citazione (27 aprile 1959) e la prima udienza fissata per il 2 luglio 1959; con una argomentazione tanto speciosa e inconferente che non merita soffermarsi.

Sull'esito del ricorso, nel senso del non accoglimento, non ci sarebbero stati dubbi, ai sensi della giurisprudenza sinora consolidata e pur correttiva della più rigida impostazione da sempre prospettata dall'ente previdenziale. Ed infatti si è sempre ritenuto necessario (2), ai fini della accoglibilità della domanda in sede giudiziale, che fosse comprovata, attraverso i risultati degli accertamenti tecnici, la sussistenza dello stato d'invalidità, nel grado richiesto dalla legge affinché sia configurabile il diritto alla pensione, o al momento della domanda amministrativa o, quanto meno, nel periodo del procedimento amministrativo. Così come,

---

(2) V., ad es., Cass. 22 ottobre 1964, n. 2639, in *Foro it.*, 1965, 1, 660, con osservazione di Pera.

in generale, si è sempre affermato nella più recente giurisprudenza consolidata (3), che il giudice può tener conto solo delle infermità emerse e prese formalmente in esame nel corso del procedimento amministrativo, con l'unico correttivo di poter prendere in considerazione anche quelle infermità non specificamente emerse in quello stesso procedimento, ma che certamente i sanitari dell'ente ben avrebbero potuto rilevare ove avessero condotto gli esami medici con la dovuta e normale diligenza, in relazione ai sintomi lamentati dall'assicurato e al quadro morboso da costui genericamente prospettato (4).

Al contrario, nella sentenza che qui si pubblica, si è affermato il ben diverso principio che il giudice deve pronunciare sulla pretesa sulla base delle risultanze da ultimo nel corso del procedimento giudiziale, senza limitazioni di sorta in ragione di quanto dedotto o ragionevolmente deducibile o rilevabile nel procedimento amministrativo, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui lo stato invalidante nella misura richiesta dalla legge debba ritenersi acquisito solo dopo la chiusura della previa procedura amministrativa, il magistrato deve stabilire la decorrenza della pensione dal primo giorno del mese successivo a quello in cui le condizioni richieste si sono puntualmente verificate. E ciò, si motiva, per la perentoria ragione che la sussistenza dello stato invalidante nella misura prevista per legge costituisce una condizione dell'azione e, per un ben noto principio, è sufficiente che queste condizioni si siano concretizzate anche in corso di causa, dovendo esse comunque sussistere al momento della decisione.

Ma questa affermazione è francamente discutibile. In primo luogo è del tutto inconferente il riferimento all'assunto, più volte ribadito in giurisprudenza (5), giusta il quale l'azione innanzi al giudice non si risolve, per queste liti, in una sorta di impugnativa del ricorso amministrativo, giacché la ricorrente affermazione ha senso a ben altro proposito e ad altri fini, ad es. per escludere che siano proponibili in giudizio, da parte dell'ente previdenziale, eccezioni relative ai vizi interni del procedimento amministrativo e ivi non dedotte al momento opportuno. Per la questione propriamente in giuoco nel caso, il problema va posto in relazione a ben altre indicazioni formali del diritto positivo. Da una parte, per la legislazione fino a poco fa vigente (art. 62 r.d.l. 4 ottobre

---

(3) V., per riferimenti, *Rassegna di Giurisprudenza*, libro II, Cod. Proc. Civ., Milano 1967, *sub* art. 460, n. 22, 1946 ss.

(4) V., ad es., Cass. 9 gennaio 1964, n. 31 e 2 aprile 1964, n. 707, in *Foro it.*, 1964, 1, c. 792 e c. 1539.

(5) V. in *Rassegna di Giurisprudenza*, cit., *sub* art. 460, n. 6.

1935, n. 1827), « la pensione d'invalidità decorre dal primo giorno del mese successivo a quello nel quale è presentata la domanda » (amministrativa). Dall'altra, la regola dell'onere del previo ricorso amministrativo va indubbiamente intesa, in relazione alla finalità o alla *ratio*, nel senso che l'ente previdenziale deve essere posto concretamente in grado, quanto meno, di prendere in considerazione lo stato invalidante effettivamente giustificativo, pur secondo la successiva e divergente valutazione del giudice di merito, della pretesa dell'assicurato alla pensione, per poter « rimeditare » circa l'esattezza o no della prima decisione negativa, evitando possibilmente ulteriori strascichi giudiziari. È sulla base della logica correlazione tra queste due regole formali che deriva il buon fondamento della tesi prevalentemente accolta finora in giurisprudenza, nel senso, ad es., che il giudice può tener conto solo delle infermità dedotte o almeno facilmente riscontrabili, nel caso concreto, nel corso degli accertamenti pregiudiziali nonché, analogamente, del grado dell'invalidità valutabile come già insorto in quella fase anteriore, poiché solo così argomentando si evita di svuotare, di fatto, la regola del previo ricorso amministrativo. Né vale richiamare il principio secondo il quale, di norma, è sufficiente che le condizioni dell'azione sussistano al momento della decisione del giudice, perché il medesimo non può giuocare nelle particolari controversie, se è vero che, *ex* art. 460 c.p.c., la condizione dell'azione specificatamente richiesta (sussistenza dello stato invalidante nella misura prevista) deve potersi ritenere *obiettivamente* esistente nel corso del procedimento amministrativo, derivandone la possibilità, per l'ente previdenziale, di poterla rilevare e considerare sulla base degli accertamenti sanitari diligentemente condotti dai suoi medici, in relazione al quadro clinico e ai sintomi lamentati dall'assicurato. In sostanza, qui la condizione dell'azione deve essere previamente constatabile, con diligenza e prudenza, in sede di procedimento amministrativo, quivi in definitiva delimitandosi l'ambito della contestazione poi riproponibile in sede giudiziaria.

Nella sentenza si è ritenuto anche di poter suffragare il principio profondamente innovatore da recenti disposizioni modificatrici, ma anche questo assunto non è convincente. Secondo l'art. 6, lett. *d*), della legge 18 marzo 1968, n. 238, il Governo venne delegato a emanare, in particolare, norme intese a stabilire che « le pensioni di vecchiaia e quelle di invalidità decorrono dal primo giorno del mese successivo alla data della presentazione della domanda e, nel caso in cui le condizioni per il diritto alla pensione si siano verificate successivamente a tale data, ma prima della definizione della domanda, le pensioni anzidette decorrono dal primo giorno del mese successivo a quello nel quale le condi-

zioni medesime si sono verificate ». In svolgimento della delega, con l'art. 18 del D.P.R. 27 aprile 1968, n. 488, si è stabilito che, *con effetto dal 1° maggio 1968*, le pensioni in questione « ... decorrono dal primo giorno del mese successivo a quello di presentazione della domanda, sempre che a tale data risultino perfezionati i relativi requisiti. Qualora detti requisiti, pur sussistendo alla data della domanda, tuttavia, risultino posseduti prima della definizione della domanda stessa o della decisione del successivo ricorso in via amministrativa, la pensione di vecchiaia e quella per invalidità sono corrisposte con decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello in cui è perfezionato il relativo diritto ». Ora, secondo la Corte, queste recenti disposizioni costituirebbero una sorta di conferma di un orientamento che si assume già riscontrabile in precedenza nella giurisprudenza della Cassazione, « sebbene le norme delegate si siano limitate a contemplare soltanto il caso in cui le condizioni richieste per la pensione di invalidità siano sopravvenute nelle more del procedimento amministrativo: e ciò a differenza della legge delegata in cui si allude genericamente all'ipotesi che le condizioni anzidette maturino anteriormente alla definizione della domanda — senza precisare se anteriormente alla definizione della domanda in sede amministrativa o in sede giudiziaria ». Sennonché può, in primo luogo, rilevarsi che questa sentenza rappresenta un vero salto qualitativo rispetto alla precedente giurisprudenza nella quale, come ho detto, era ben fermo che per la valutazione del grado di invalidità rilevante doveva farsi decisivo riferimento a quanto potesse ritenersi obiettivamente esistente al momento del procedimento amministrativo ed è quindi inaccettabile l'assunto di una conclusione specifica che vorrebbe considerarsi in logica continuità, pur evolutiva, rispetto al precedente orientamento. In secondo luogo, non sussiste il preteso contrasto, sul punto, tra la legge di delega n. 238 e la legge delegata (a prescindere dalla considerazione che, in ipotesi, dovrebbe investirsi la Corte Costituzionale della questione di legittimà della legge delegata per vizio rispetto alla delega); anzi, alla lettera, la disposizione della legge delegata risulta più larga rispetto alla previsione della legge di delega. Infatti è chiaro che nell'art. 6, lett. *d*), della legge n. 238, « domanda » sta per domanda in sede amministrativa, non risultando che il legislatore abbia voluto rimuovere la regola del necessario previo ricorso amministrativo; e, alla lettera, qui si dichiara sufficiente che i requisiti per la pensione emergano *prima della definizione della domanda* amministrativa stessa, cioè, a stretto rigore, prima del provvedimento dell'ente avverso il quale è proponibile il ricorso amministrativo, col risultato, paradossale, che nella legge di delega in pratica si sarebbe adoperata una formula letteralmente per niente modificativa

della legge previgente (art. 62 del r.d. n. 1827 del 1935). Ma è chiaro, secondo una interpretazione razionale e logica, che questo risultato paradossale non era certo nelle intenzioni del legislatore delegante, visibilmente perseguente l'intento di modificare la precedente normativa in senso più favorevole per gli assicurati. E a questo intento ha dato puntualmente svolgimento il legislatore delegato (ma c'era veramente bisogno di ricorrere alla delega, per introdurre una modifica di facile ed immediata formulazione?), con la disposizione — veramente innovativa — giusta la quale è sufficiente che lo stato d'invalidità emerga (o sia ritenuto ragionevolmente rilevabile secondo le risultanze degli accertamenti poi espletati nel procedimento giudiziale) nel corso del procedimento amministrativo. E con questo, in pratica, il legislatore ha tradotto sul piano della normativa l'orientamento — ragionevole — già consolidato in giurisprudenza. Voglio dire che, in termini effettuali, ove si consideri lo stato anteriore della giurisprudenza, l'innovazione è veramente minima o nulla, essendosi trasformata in norma di legge una massima ormai consolidata. Anzi, se si considera che per la legge delegata l'innovazione deve avere effetto dal 1 maggio 1968 (risultante, quindi, applicabile ai casi rispetto ai quali è in corso o ancora promovibile, a quella data, il procedimento amministrativo), ciò equivale logicamente a ritenere che, per il legislatore, quel precedente indirizzo ragionevolmente moderatore della tesi estrema sempre sostenuta dall'ente di previdenza era, in realtà, *contra legem*, elusivo della implicazione *stricto iure* deducibile dall'art. 62 del r.d. n. 1827 del 1935. Con la conseguenza, in ogni caso, che a maggior ragione, ancor oggi, non rileva il conseguimento dello stato d'invalidità in corso di causa e che, quindi, nella controversia risolta con questa sentenza, il ricorso avrebbe dovuto rigettarsi, almeno per il primo motivo.

La sentenza della Corte è, pertanto, giuridicamente errata. Indubbiamente è apprezzabile l'esigenza sociale determinante, ma la medesima deve, correttamente, appagarsi modificando il diritto vigente e soprattutto rimuovendo la regola, socialmente inopportuna e defatigante, della necessità del previo ricorso amministrativo, rendendolo, in ipotesi, meramente facoltativo e consentendo, quindi, al giudice di riconoscere o no il diritto alla pensione sulla base delle risultanze in definitiva emerse in corso di causa. E, in particolare, si tratta poi di realizzare uno stato di cose che consenta un processo rapido e puntuale nelle controversie socialmente più decisive.

5.

CONTESTAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO DA PARTE DELL'I.N.P.S. ED ONERE DEL PREVIO RICORSO AMMINISTRATIVO

Di questa sentenza, già da me brevemente commentata in *Foro it.* 1969, I, 1180, feci cenno nella nota *Pensione d'invalidità e previo ricorso amministrativo*, pubblicata in questa *Rivista*, 1969, 477, a conumento della sentenza n. 531 della Corte; e ciò al fine di segnalare come, in questi ultimi tempi, sia ravvisabile, nella giurisprudenza del Supremo Collegio, un orientamento volto a limitare, per comprensibili esigenze d'equità sociale, le implicazioni del principio dell'obbligatorietà del previo ricorso amministrativo in materia di controversie previdenziali, ove il medesimo sia rigorosamente inteso, con un sostanziale mutamento rispetto all'indirizzo in precedenza « consolidato ». Credo di aver colto nel segno nel rilevare l'evoluzione in corso, pur se, in considerazione della scarsità di pronunce di nuova ispirazione, la cautela impone di non dar ancora per scontata una svolta definitivamente acquisita; tanto più che, per l'entità della posta in giuoco, è prevedibile che il fondamento o no del nuovo orientamento *in fieri* venga, prima o poi, sottoposto al vaglio decisivo delle Sezioni Unite. Intanto la tesi radicalmente innovativa circa il momento di riferimento per quanto attiene alla valutazione giudiziale dell'esistenza dello stato di invalidità ai fini della relativa pensione, nel senso che sarebbe sufficiente l'emersione di detto stato pur nel corso del procedimento giudiziario di merito, accolta nella sent. n. 531 del 1969, e sulla quale a suo tempo mi intrattenni, è stata ribadita nella sent. 18 luglio 1969, n. 2679, ed è significativo che in quest'ultima pronuncia, al fine di giustificare il mutamento di giurisprudenza, si sia espressamente detto che la svolta si impone per essere il nuovo assunto più aderente al concetto di previdenza sociale, al carattere pubblicistico della medesima, nonché alla finalità di assegnare tempestivamente al soggetto tutelato una prestazione volta a garantire i bisogni essenziali di vita. Di qui l'affermazione che il prineipio del previo ricorso amministrativo va inteso restrittivamente (« con moderazione »: sentenza n. 531); in pra-

tica, così accingendosi i giudici a respingere le implicazioni eccessivamente formalistiche della regola, al fine di non frapporre, più dello strettamente necessario, ostacoli d'ordine procedurale alla realizzazione della giustizia sostanziale. Lo « spirito » della svolta non può non condividersi, in attesa che il patrio legislatore si decida ad innovare radicalmente in materia, favorendo al massimo la sollecita definizione di controversie di tanta rilevanza sociale. Ben venga, quindi, una giurisprudenza che, rispetto a quella anteriore, contenga ed espunga i corollari, gratuitamente ed esosamente « fiscali », troppo spesso avallati in passato come si può constatare scorrendo i repertori, prospettando, al contrario, applicazioni razionali ed eque del principio posto nell'art. 460 del codice di rito.

Sennonché, almeno per i passatisti che, in ragione di certi fondamentali principi di diritto, non sono corrivi ad accettare le tesi oggi correnti e di moda circa i compiti creativi ed eversivi della giurisprudenza, fin quando la discussa regola, checché se ne pensi in termini di opportunità, sta scritta nel codice, è pur inevitabile darne applicazione, senza svuotamenti sostanziali che potrebbero costituire, per quanto dirò, un rimedio peggiore del male.

Il caso risolto in questa sentenza è esemplare in ordine alla identificazione della zona di frequenti applicazioni fiscali dell'art. 460 secondo la prospettazione dell'ente previdenziale e non certo in armonia con le finalità istituzionali del medesimo. Tanto esemplare da far dubitare che contestazioni di questo genere siano accoglibili in ragione di quei principi di lealtà e di buona fede che debbono dominare specialmente nell'attività degli enti pubblici. Nella specie, assumendosi la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la madre titolare d'impresa e il figlio, si era dato corso, per anni, alla predisposizione della tutela previdenziale con il versamento dei contributi. L'I.N.P.S. annulla la posizione assicurativa e l'interessato propone ritualmente ricorso al comitato esecutivo dell'Istituto, limitadosi così ad agire nell'ambito della principale forma assicurativa gestita dall'ente, quella per l'invalidità e la vecchiaia, senza proporre i prescritti ricorsi (in duplice grado) per gli assegni familiari, nella ragionevole considerazione che, se in doglianza avesse avuto accoglimento nell'assicurazione principale, ciò avrebbe avuto corso a tutti i fini, rispetto a tutte le gestioni I.N.P.S., dovendosi escludere che questi possa ritenere la sussistenza del rapporto di lavoro per l'assicurazione principale e non per gli assegni familiari. Al contrario, nel successivo processo, l'ente, difendendosi nel merito rispetto all'assicurazione di invalidità e vecchiaia, eccepisce, per il capo relativo agli assegni, l'improcedibilità della domanda per omessi ricorsi. La Cassazione ha re-

spinto l'assunto, dopo averne, a ragione, messo in rilievo l'incongruenza evidente, quasi che, rispetto allo stesso ente obbligato, possa ritenersi o no, a seconda dei casi ed in ragione di meri infortuni procedurali, l'esistenza del rapporto di lavoro come presupposto della tutela previdenziale. Sennonché la Corte ha motivato la conclusione con un'affermazione di principio discutibile e pericolosa, sostenendo che l'onere del previo ricorso amministrativo sussiste sol quando la controversia sia prettamente previdenziale, in relazione all'applicazione della specifica normativa, non quando venga in questione il presupposto della tutela, cioè, come nel caso, la sussistenza o no del rapporto di lavoro subordinato. Più precisamente, rispetto alle liti nei confronti degli enti previdenziali, dovrebbe distinguersi tra quanto attiene alla materia previdenziale e quanto, viceversa, attiene a materia diversa, se pur condizionante la tutela specifica: « Cosicché le controversie, che, per se suscitate da provvedimenti adottati in materia previdenziale, abbiano peraltro un contenuto oggettivo che esuli dal ristretto ambito di tale materia ed involga l'esigenza di risolvere, con efficacia di giudicato, questioni inerenti a materia diversa, possono essere immediatamente sottoposte alla cognizione dell'autorità giudiziaria. Tale è l'ipotesi ricorrente nella specie, in cui le insorte contestazioni, riguardando l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, vanno esaminate e decise in base a principi e precetti trascendenti la normativa che specificatamente e direttamente si riferisce ai "contributi ed assegni" ».

Questa affermazione di principio, giusta la quale d'ora innanzi sarebbe necessario distinguere tra la materia previdenziale e quella non previdenziale, non è, a mio avviso, condivisibile. In primo luogo non convince il mero riferimento, operato dalla Corte, alla lettera del n. 5 dell'art. 55 del testo unico sugli assegni familiari, ove è prevista la competenza del comitato speciale per « decidere sui ricorsi riguardanti contributi e assegni ». A parte il fatto che, rispetto agli assegni familiari, come altrove, la materia del contendere può ben attenere, oltre che, ad es., alla misura della contribuzione e alla sussistenza dei requisiti specifici richiesti per il riconoscimento del diritto agli assegni, alla sussistenza del rapporto di lavoro quale presupposto e dell'obbligazione contributiva e del diritto alla prestazione, la Corte non ha tenuto conto dell'art. 57 dello stesso testo unico laddove, provvedendosi sul termine, si parla genericamente del ricorso al comitato speciale « contro i provvedimenti dell'I.N.P.S. », senza distinzioni di sorta in ordine alla portata e al contenuto dello specifico provvedimento concreto. E questa formulazione generale del testo unico corrisponde del tutto alla formulazione altrettanto generale dell'art. 97 del r.d. 4 ottobre 1935, n. 1827 sulla regolamentazione

delle assicurazioni gestite dall'I.N.P.S., quivi prevedendosi il ricorso amministrativo contro i provvedimenti dell'Istituto concernenti la concessione delle prestazioni « e in genere l'attuazione delle disposizioni del decreto » medesimo, nella generica e onnicomprensiva formula rientrando appieno i provvedimenti rispetto ai quali viene in questione l'attuazione della specifica legge nella parte (art. 37) in cui la sussistenza della tutela previdenziale è, di norma, condizionata alla ricorrenza del rapporto dai lavoro subordinato. In sostanza, i due testi di legge sono chiarissimi nel senso che il previo ricorso amministrativo è sempre necessario avverso qualsiasi provvedimento comunque incidente nella materia ivi regolata; tanto che, finora, era stato più volte ribadito in giurisprudenza che il ricorso deve esperirsi, appunto, anche avverso il provvedimento dell'ente annullante la posizione previdenziale per pretesa inesistenza del rapporto di lavoro. Non può accettarsi l'assunto, premesso nella sentenza all'affermazione di principio, secondo il quale la conclusione specifica ora ritenuta sarebbe del tutto coerente a tutto un precedente indirizzo della giurisprudenza; al contrario l'affermazione in discorso rappresenta in sé un vero salto rispetto al passato. Soprattutto la tesi non convince ove si ponga mente alla *ratio* dell'art. 460; che se la regola del previo ricorso amministrativo è stata posta al fine di favorire la soluzione delle controversie evitando possibilmente il ricorso al giudice nonché per consentire all'ente di rimeditare sulle sue decisioni, siffatte esigenze ricorrono quale sia la ragione e la motivazione del provvedimento di cui ci si duole, ciò giustificando la generalità e la genericità del principio. Infine, la nuova tesi non costituisce affatto un bel servizio per i soggetti obbligati e tutelati, nella misura in cui può indurre costoro a non impugnare di volta in volta il provvedimento dell'ente, argomentando dalla distinzione tra materia prettamente previdenziale e no a tal fine oggi affermata con questa sentenza, potendone derivare contestazioni pregiudiziali, di non agevole soluzione per la intrinseca labilità del criterio distintivo, ulteriormente aggravanti il contenzioso. Voglio dire con questo che, in termini di certezza e quindi di sicurezza nel comportamento dei soggetti interessati, meglio serve la regola tassativa della necessità del previo ricorso, col rigetto di una distinzione che non ha base nella legge e che è intrinsecamente apportatrice di incertezza e quindi di ulteriori complicazioni in questo già complesso, e defaticante e lungo, contenzioso.

In conclusione, la Cassazione avrebbe potuto respingere l'eccezione dell'ente con una valutazione specifica, senza appellarsi ad un'affermazione di principio, discutibile in diritto e socialmente pericolosa. In relazione al caso avrebbe potuto dirsi che la regola del previo ricorso, in

ragione della contestazione in concreto, era stata del tutto rispettata con l'unico ricorso al comitato esecutivo dell'I.N.P.S., ponendo così l'ente in condizioni di rivedere la sua decisione in tutta la sua complessiva doglianza, senza necessità di riproporre in sostanza la questione anche ai fini degli assegni familiari; essendo del tutto ragionevole supporre che l'Istituto, una volta accolto in ipotesi il ricorso rispetto all'assicurazione sociale principale gestita, non avrebbe coerentemente mancato, in considerazione dei suoi fini istituzionali, di darvi corso rispetto a tutte le forme previdenziali ed assistenziali gestite. È sempre preferibile risolvere questioni specifiche per ragioni concrete di specie, nel perseguimento della giustizia sostanziale, possibilmente evitando di immutare la regola normativa; giacché il mutamento nell'impostazione di principio, se può servire ai fini della soluzione del caso specifico, può sortire alla lunga conseguenze negative rispetto alla situazione generale, posto che, quando si cambia la regola, si sa dove si comincia, ma dovrebbe anche cercarsi di prevedere dove si rischia di incappare in termini di certezza e del diritto e degli orientamenti giurisprudenziali.

6.

INNOVAZIONI IN TEMA DI RICORSI AMMINISTRATIVI PER LE PENSIONI DELLA PREVIDENZA SOCIALE (*)

Con l'ultimo, notevole, intervento legislativo avutosi nel faticoso e tormentato processo di ristrutturazione del nostro sistema previdenziale, la legge n. 153 del 30 aprile 1969, si è voluto anche sensibilmente innovare (artt. 27 e 28) in ordine alle procedure amministrative imposte, a pena d'improcedibilità della domanda in giudizio (art. 460 c.p.c.), nelle controversie attinenti ai trattamenti pensionistici facenti capo all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (I.N.P.S.), demandando al Governo di provvedere poi, con legge delegata, per gli svolgimenti della normativa nel quadro complessivo della riorganizzazione dell'ente previdenziale delineata nella medesima legge delegante. Il Governo ha provveduto col D.Lgs. 30 aprile 1970, n. 639 che dispone specificatamente in materia al titolo III « ricorsi e controversie in materia di prestazioni » (artt. 44-47), pur se in altri articoli della legge ci si imbatte in disposizioni inerenti al tema e non trascurabili. Nel passaggio, in concreto, al funzionamento del nuovo sistema del precontenzioso amministrativo, salutato politicamente in chiave di una maggiore funzionalità e speditezza nella risoluzione delle controversie, sono emerse notevoli difficoltà, si è verificato come un ingorgo, vuoi per il ritardo nella costituzione e nella messa in attività dei nuovi organi chiamati a provvedere, vuoi perché nel frattempo, come si è autorevolmente dichiarato (1), la massa delle pratiche è andata, contro le previsioni, paurosamente aumentando; basti dire che, secondo la rilevazione effettuata nel febbraio di quest'anno 1971 (2), erano pendenti all'epoca circa 417.000 ricorsi e precisamente: 17.000 pronti per la decisione e trasmessi, ai sensi della legge delegata, dagli organi centrali

---

(*) Questo studio è destinato agli Studi in memoria del compianto amico e studioso Prof. Carlo Furno.

(1) V. le dichiarazioni del Sottosegretario on. Rampa alla riunione della Commissione Lavoro della Camera dei Deputati del 25 maggio 1971.

(2) V. la relazione dell'on. V. Mancini alla Camera dei Deputati, per la conversione in legge del decreto legge di cui nel testo (doc. n. 3393-A).

dell'ente ai nuovi comitati provinciali; 200.000 in corso di istruttoria; altri 200.000 sopravvenuti. Ma l'aumento dei ricorsi, in ragione dei miglioramenti sostanziali previsti nella recente legislazione, facilmente propagandati al livello popolare di massa per il tipo dei gruppi di pressione sottostanti (sindacati e patronati collegati), era facilmente prevedibile, in un Paese in cui l'appetito per il trattamento pensionistico non manca. Così com'era facilmente prevedibile il conseguente, notevole aumento delle cause previdenziali, specie in conseguenza della norma (art. 57 legge n. 153) che libera l'assicurato soccombente dalle spese processuali, salva l'ipotesi, nella pratica difficilmente verificabile anche per l'orientamento dei giudici, che il giudizio intentato non risulti « manifestamente infondato e temerario » (3). Per cercare di superare questo ingorgo e per consentire l'avvio del nuovo sistema, nonché per risolvere qualche altro importante problema, è parso indispensabile intervenire col d.l. 20 aprile 1971, n. 161, convertito in legge dalle Camere nel termine costituzionalmente previsto.

Per rendersi conto delle innovazioni, e di taluni non trascurabili problemi che ne derivano, è bene riepilogare brevemente la normativa anteriore in materia, anche perché, disponendo, come meglio dirò, la nuova solo in un campo più delimitato, la regolamentazione precedente non ne risulta interamente abrogata, ma sopravvive in parte non indifferente. Il testo base è rappresentato dal fondamentale r.d. 4 ottobre 1935, n. 1827, disponente per i ricorsi e le controversie nel titolo V (artt. 97-98), poi parzialmente modificato, in ordine alla disciplina dei termini e per la soluzione del tormentato problema del silenzio-rifiuto degli organi amministrativi aditi, con la legge 5 febbraio 1957, n. 18. Per l'art. 97, contro qualsiasi provvedimento dell'ente concernente la concessione delle prestazioni ed in genere l'attuazione di quanto regolato nel r.d. n. 1827 (disciplinante le assicurazioni obbligatorie per l'invalidità e la vecchiaia, la tubercolosi e la disoccupazione), era ed è imposto, tanto agli assicurati quanto ai datori di lavoro (obbligati per la predisposizione della tutela previdenziale, specie col pagamento dei contributi), il previo ricorso amministrativo (4), *in unico grado*, al comitato esecutivo dell'Isti-

---

(3) Si discute se la disposizione possa o no applicarsi nelle controversie in tema di infortuni sul lavoro; da ultimo, sulla premessa che non possa accogliersi, in via interpretativa, la tesi più ampia, se ne è fatta questione di costituzionalità: Trib. Macerata ord. 10 ottobre 1970, in *Riv. it. prev. soc.*, 1971, 122.

(4) Sulla problematica presentatasi in ordine all'identificazione del provvedimento, v. *Rassegna di giurisprudenza del codice di procedura civile* diretta da Stella Richter, Milano, 1967, *sub* art. 430, n. 18.

tuto o ai comitati speciali costituiti nell'ambito del medesimo per le assicurazioni contro la tubercolosi e la disoccupazione, vertendo la lite in materia relativa a queste due ultime forme assicurative. Diversamente si dispose, in successive leggi estensive della tutela previdenziale per categorie di lavoratori autonomi, con formule la cui diversità è bene mettere in rilievo per una maggiore intelligenza della recente normativa. Secondo le leggi 26 ottobre 1957, n. 1017 (art. 9) e 4 luglio 1959, n. 463 (art. 10), disponenti per l'assicurazione di invalidità e vecchiaia a favore, rispettivamente, dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni e degli artigiani e familiari, venivano dichiarati competenti, sui ricorsi riguardanti le prestazioni, i comitati delle relative gestioni speciali costituite presso l'I.N.P.S. Analogamente si disponeva, con l'art. 12 della legge 3 gennaio 1960, n. 5 istitutiva dello speciale trattamento pensionistico per i lavoratori delle miniere, cave e torbiere, con la competenza del comitato di vigilanza della gestione speciale.

Viceversa, per l'art. 18 legge 5 marzo 1963, n. 389, istitutiva dell'assicurazione volontaria per la pensione alle casalinghe presso l'I.N.P.S. (c.d. « mutualità pensioni »), « i ricorsi e le controversie relativi all'applicazione delle norme della presente legge sono regolati dalle stesse norme che disciplinano la materia nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti ». Infine, per la legge 22 luglio 1966, n. 613 istitutiva dell'assicurazione di invalidità e vecchiaia per gli esercenti attività commerciali tramite una gestione speciale dell'I.N.P.S., rientra nella competenza del comitato di vigilanza della medesima gestione « decidere definitivamente, in via amministrativa ed in sostituzione del comitato esecutivo dell'Istituto..., i ricorsi in materia di contributi, di prestazioni e, in genere, contro i provvedimenti concernenti l'attuazione della presente legge » (art. 7, n. 2). Si può così constatare l'ampiezza, anzi l'onnicomprensività di quest'ultima formula rispetto a quella adoperata nelle tre leggi relative all'assicurazione obbligatoria per i lavoratori dell'agricoltura, gli artigiani e i minatori, in queste essendo prevista la competenza dei rispettivi comitati speciali solo per i ricorsi in tema di prestazioni e non in altre materie.

Con l'art. 27 della legge n. 153 del 1969, il Governo venne delegato a provvedere per il riordinamento dell'I.N.P.S., in particolare (lett. *b*), assicurando il decentramento amministrativo nella gestione dell'ente attraverso comitati provinciali, demandando a questi la decisione, in prima istanza, dei ricorsi riguardanti le prestazioni a carico delle gestioni per le assicurazioni generali obbligatorie per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti nonché contro la tubercolosi e la disoccupazione, disciplinando altresì le procedure dei ricorsi (lett. *e*).

L'art. 29 della legge ha previsto la costituzione, nell'ambito dell'I.N.P.S., del « Fondo pensioni dei lavoratori dipendenti », delegandosi ivi il Governo ad emanare disposizioni per la costituzione di un comitato speciale per la gestione del fondo medesimo, dovendosi demandare al comitato la decisione, in seconda istanza, dei ricorsi avverso le decisioni dei comitati provinciali in materia di prestazioni nell'assicurazione obbligatoria di invalidità e vecchiaia per i lavoratori dipendenti « qualora non si provveda ad affidare tale facoltà decisionale a costituendi organi regionali »; viceversa, ai sensi del penultimo comma dell'art. 29, il Governo veniva delegato a legiferare commettendo ai comitati delle gestioni speciali per i minatori, lavoratori dell'agricoltura, artigiani, esercenti attività commerciali la competenza per la decisione in seconda istanza dei ricorsi sempre in tema di prestazioni. In queste previsioni della legge del 1969, ove si abbiano presenti le ripetute valutazioni critiche in ordine alla funzionalità del sistema del precontenzioso amministrativo, specie in termini di enormi dispendi e ritardi spesso di anni per la risoluzione delle controversie, in una materia dove la tempestività è essenziale in armonia con il carattere d'ordine pubblico-sociale della protezione in giuoco (5), appare veramente singolare che si sia voluto introdurre un secondo grado di gravame in sede amministrativa, in pratica generalizzando quanto in precedenza disposto solo per gli assegni familiari, quivi essendo previsto il ricorso in prima istanza alla speciale gestione e quindi il ricorso in secondo grado al Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale. In effetti, un secondo grado, per consentire all'ente, secondo l'impostazione tradizionale, di rimeditare sulle sue decisioni, evitando possibilmente il ricorso al giudice, appare francamente di troppo, e l'innovazione che ne risulta è, in pratica, peggiorativa.

Sulla scorta dei principi e dei criteri direttivi sopra enunciati, il Governo ha provveduto col d.lgs. n. 639 del 1970 che specificamente regolamenta la materia, come ho detto, nel titolo III (artt. 44-47). È da precisare, in primo luogo, quale sia esattamente la materia regolata nel titolo, che è esclusivamente quella delle controversie in tema di prestazioni. In tal senso è la formulazione del titolo (« ricorsi e controversie in materia di prestazioni »); secondo l'art. 44, il ricorso al comitato provinciale è dato « avverso i provvedimenti adottati dalla sede provinciale

---

(5) V. la relazione di Agostini, *La risoluzione delle controversie di lavoro e di previdenza sociale mediante procedure di conciliazione e di arbitrato*, in *Comitati di azione per la giustizia*; *Crisi della giustizia in materia di controversie del lavoro e della previdenza sociale nel quadro della crisi generale della giustizia*, Atti del Convegno di Bologna, aprile 1967, nonché numerosi riferimenti in tutto il dibattito.

dell'istituto concernenti le prestazioni »; secondo il comma 7 dell'art. 46 è previsto il termine entro il quale la sede dell'Istituto deve provvedere « sulla domanda di pensione »; nel comma 2 dell'art. 47 si dispone per l'azione in giudizio in materia di trattamenti pensionistici, mentre nel comma 3 del medesimo articolo si ha riguardo sempre all'azione per le prestazioni nell'assicurazione contro la tubercolosi e la disoccupazione. Tutto questo è, del resto, fedelmente pedissequo alla legge delegante che, come si è visto, disponeva solo in materia di ricorsi attinenti alle prestazioni.

Da questa delimitazione della materia toccata nella nuova disciplina di cui al titolo III, deriva, in linea di principio, che per tutto il resto, per le controversie non concernenti le prestazioni invocabili dai soggetti protetti rimane immutata la precedente normativa, in particolare quella di cui alla legge del 1935 col ricorso in unica istanza al comitato esecutivo dell'ente. Ciò vale, ad es., per le controversie tra l'Istituto e i datori di lavoro (ai quali, quindi, è fatto, singolarmente, un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato agli assicurati), in tema di contribuzione obbligatoria. Sennonché, per le liti relative alla contribuzione, il d.lgs. n. 639 dispone in altro luogo, fuori del titolo III, con una previsione che solleva un non trascurabile dubbio. Ai sensi dell'art. 13, n. 3, della legge, è demandato al comitato speciale preposto al Fondo pensioni dei lavoratori dipendenti (v. *supra*) « decidere in via definitiva sui ricorsi in unico grado avverso i provvedimenti dell'Istituto in materia di contributi dovuti al fondo » medesimo. La disposizione intanto testualmente conferma che in materia contributiva, quindi, in generale, comunque la controversia non attenga alle prestazioni, non vale la disciplina di cui al titolo III, ma è applicabile altra normativa ai sensi della quale è imposto il previo ricorso amministrativo solo in unico grado. La coesistenza di più discipline trova poi ulteriore conferma nella formula residuale di cui al n. 9 dell'art. 7, ai sensi del quale spetta al comitato esecutivo dell'Istituto « deliberare in via definitiva sui ricorsi in prima o in seconda istanza che esulano dalla competenza dei singoli comitati speciali ». Non ha base, pertanto, la tesi, dubitativamente e anche lodevolmente, per quanto dirò, prospettata (6), in ordine all'esatto significato della parola « prestazioni » nel titolo III, nel pratico tentativo di attribuirle, se possibile, un senso vasto in pratica coincidente col concetto di qualsivoglia controversia previdenziale, quanto meno avendo

---

(6) V. Bussi, *Osservazioni sulle nuove norme relative ai « ricorsi e controversie in materia di prestazioni ». Titolo III del D.P.R. 20 aprile 1970, n. 639*, in *Sicurezza sociale*, 1970, 405.

come punto di riferimento la posizione del soggetto protetto. Infatti, la valutazione sistematica delle varie previsioni della legge attesta, senza possibilità di dubbio, che nel titolo III si ha riguardo alla lite sulle prestazioni in senso tecnico, nell'accezione tradizionale della schematizzazione legislativa e dottrinale. Sennonché, posto che le norme deleganti, qui specificamente l'art. 29 della legge n. 153 del 1969, conferirono al Governo il compito di legiferare unicamente in tema di ricorsi nelle controversie attinenti alle prestazioni, rispetto alla disposizione di cui al n. 3 dell'art. 13, è prospettabile il vizio di superamento dei limiti di cui alla delega sul punto della devoluzione della competenza a decidere sui ricorsi in materia contributiva al comitato speciale del fondo pensione dei lavoratori dipendenti; il Governo non aveva alcun titolo per disporre in proposito, con la conseguenza che doveva rimanere immutata la competenza del comitato esecutivo dell'Istituto.

Per altro verso, il problema sollevato dal Bussi in ordine alla delimitazione della materia regolata nel titolo III non è trascurabile, in termini pratici, di funzionalità e di congruenza del sistema. Giustamente l'A. rileva, con buon senso pratico, che molte volte l'accoglibilità della pretesa della prestazione è condizionata dalla soluzione di questioni pregiudiziali, in tema, ad es., di regolare costituzione o no della posizione previdenziale o di accreditamento di contributi. Sennonché, in linea di principio, la delimitazione della materia nei termini indicati è scontata. D'altro canto, è evidente che spesso l'accoglimento o no della domanda dipende dalla soluzione, in un senso o nell'altro, di una questione pregiudiziale del tipo indicato; questione di cui i comitati costituiti per la decisione dei ricorsi ben possono conoscere, al pari, del resto, del giudice, *incidenter tantum*, se ed in quanto questo sia possibile, perché non pregiudicato, nel caso concreto. In sostanza, un qualsiasi provvedimento adottato in concreto dall'Istituto in tema di riconoscimento o no di una posizione previdenziale o in tema di accreditamento di contributi, resta soggetto alla normativa generale di cui alla legge del 1935 e deve essere, di per sé, impugnato con ricorso o al comitato esecutivo dell'ente o ai comitati speciali costituiti per le gestioni delle assicurazioni contro la tubercolosi o contro la disoccupazione; la mancata impugnazione può comportare la definitività del provvedimento (7) e pregiudicare, in concreto, la proponibilità della questione nella successiva controversia avente come specifico *petitum* la prestazione. È un rischio, questo, che sovente si prospettava già in precedenza, e, in un certo senso, la que-

(7) V., per riferimenti, *Rassegna giurisprudenza codice di procedura civile*, cit., *sub* art. 460.

stione si ripropone oggi in astratto ed in concreto. È una questione delicata, tra le diverse che, nell'intreccio sostanziale e procedurale delle controversie previdenziali in questione, spesso si presentano nella nostra giurisprudenza e che non sono state finora adeguatamente studiate, forse costituendo remora per l'impegno degli studiosi la consapevolezza che siamo innanzi ad un sistema incerto, in evoluzione continua verso una nuova sistemazione; si pensi, ad es., al problema se sussista o no una situazione di litisconsorzio necessario nelle liti aventi ad oggetto la posizione previdenziale (8) o all'altro dell'effetto devolutivo o no del ricorso amministrativo proposto da un interessato a favore di altro interessato (9).

Passando ad illustrare la normativa di cui al titolo III del d.lgs. n. 639, è da mettere innanzitutto in rilievo il disposto dell'art. 46, comma 7: la sede competente dell'I.N.P.S. deve provvedere sulla domanda di pensione entro 180 giorni dalla data di presentazione; trascorso vanamente detto termine, l'interessato può proporre ricorso al comitato provinciale, avendosi, per la previsione, un'ipotesi di silenzio rifiuto. Non si può non approvare questa drastica soluzione che limita ragionevolmente il danno (si tratta pur sempre di sei mesi!) normalmente arrecato agli assicurati per gli eccessivi ritardi burocratici.

Pare tuttavia che, di fatto, l'ente incontri notevoli difficoltà per assicurare il rispetto del termine previsto, essendosi auspicato in sede parlamentare (10) che il medesimo possa presto munirsi dell'opportuna attrezzatura elettronica per mettersi al passo. In secondo luogo, per l'u.c. dell'art. 47, l'I.N.P.S., nel comunicare agli interessati il provvedimento adottato sulla domanda, deve indicare i gravami proponibili, a quali organi possono essere presentati ed entro quali termini, precisando altresì i presupposti e i termini per l'esperimento dell'azione giudiziaria; anche questa è una disposizione, di « servizio sociale » d'indubbia e civile utilità.

I ricorsi vanno presentati, in prima istanza, al comitato provinciale territorialmente competente (art. 44). Specificamente il comitato è competente per i ricorsi in materia di: *a*) assicurazione di invalidità, vecchiaia e superstiti dei lavoratori dipendenti; dei coltivatori diretti, mez-

---

(8) V., da ultimo, Cass. 6 marzo 1971, n. 599 e 14 dicembre 1970, n. 2673, in *Foro it.*, 1970, I, 860 con nota.

(9) V., da ultimo, Cass. 20 febbraio 1970, n. 396, in *Foro it.*, 1970, I, 1749 con nota di riferimenti di Gentili Ballestrero.

(10) V. le dichiarazioni dell'on. V. Mancini alla Commissione Lavoro della Camera dei Deputati del 25 maggio 1971.

zadri e coloni; degli artigiani; degli esercenti attività commerciali; *b*) previdenza speciale per i lavoratori delle miniere, cave e torbiere; *e*) assicurazione tubercolosi e disoccupazione; *d*) « mutualità pensioni » per le casalinghe; *e*) pensione sociale istituita a favore dei cittadini ultrasessantacinquenni non abbienti istituita con l'art. 26 della legge n. 153 del 1969. È dubbia, in termini di eccesso di delega, l'inclusione dei ricorsi in tema di mutualità pensioni per le casalinghe, trattandosi nel caso di un'assicurazione facoltativa, mentre ai sensi dell'art. 27, lett. *b*), il Governo doveva provvedere unicamente per le gestioni relative alle assicurazioni obbligatorie. Egualmente dubbia è l'inclusione del contenzioso in materia di pensione sociale, perché in materia l'u.c. dell'art. 26 della legge n. 153 del 1969 dispone nel senso che debbono applicarsi le norme « che disciplinano il contenzioso in materia di pensioni a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti dei lavoratori dipendenti di cui al r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827 e successive modificazioni e integrazioni ». Evidentemente qui il legislatore del 1969 volle esplicitamente assegnare il regime generale che fa capo alla legge del 1935 e non riferirsi, come a normativa modificatrice di quella del 1935, alla regolamentazione di successiva elaborazione sulla base della delega concessa al Governo con l'art. 27 successivo. Il riconoscimento, nelle forme adeguate, dell'esorbitanza del legislatore delegato, comporterebbe il ripristino della competenza del comitato esecutivo dell'ente, col vantaggio dell'unico grado.

Il comitato provinciale competente ha una composizione pletorica, essendo costituito di ben 29 componenti, 15 dei quali sono rappresentanti dei lavoratori dipendenti (ma uno per i dirigenti di azienda), in pratica designati dalle associazioni sindacali ritenute più rappresentative. Evidentemente per questo, l'art. 37 prevede che il comitato, ferma la decisione riservata al *plenum* ai sensi dell'u.c., possa costituire nel suo seno (eguale possibilità è data ai comitati regionali di cui *infra* nonché agli organi centrali competenti, ai sensi dell'art. 45, comma 2), commissioni per l'istruttoria dei ricorsi, dovendo le commissioni riflettere proporzionalmente la composizione del comitato in termini di rappresentanza. Sennatamente si ossservato (11) che con tutta probabilità, nella pratica, le decisioni faranno sostanzialmente capo, a parte la lustra formale della delibera collegiale, a queste commissioni. È singolare che del comitato non faccia parte alcun medico, con una carenza veramente grave ove si tenga conto che una grossa aliquota del contenzioso verterà

(11) V. Bussi, *Osservazioni sulle nuove norme*, cit.

in materia di pensione d'invalidità (12). Sarebbe stato assai più congruo inserire dei sanitari, designati, almeno in parte, dai patronati costituiti ad iniziativa dei sindacati dei lavoratori. Altrettanto singolare è il completo silenzio della legge sulle modalità di svolgimento dell'istruttoria; lacuna, anche questa, assai grave per le controversie in tema di invalidità. Poiché è prevedibile che le commissioni istruttorie commettano gli indispensabili accertamenti tecnici e sanitari, secondo quanto è sempre avvenuto finora nella prassi, ben poteva disciplinarsi il punto (13).

Il ricorso in seconda istanza avverso la decisione del comitato provinciale (o in ipotesi di silenzio-rifiuto del medesimo: v. *infra*), va proposto ad organi diversi in ragione della materia del contendere. Se la controversia attiene all'assicurazione obbligatoria di invalidità e vecchiaia dei lavoratori dipendenti, alla mutualità pensioni delle casalinghe o alla pensione sociale, competente è il comitato regionale dell'Istituto (art. 44, comma 4), composto di 18 membri sempre ripartiti secondo il dosaggio politico della rappresentanza degli interessi (art. 33). Viceversa, se trattasi di materia diversa da quelle indicate, il ricorso va proposto agli organi centrali dell'Istituto (art. 44, comma 5) e precisamente: *a*) per le pensioni delle assicurazioni di invalidità, vecchiaia e superstiti dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni, degli artigiani e degli esercenti attività commerciali, al comitato che sovraintende alle rispettive gestioni speciali; *b*) per le pensioni dei lavoratori delle miniere, cave e torbiere, al comitato della relativa gestione speciale; *e*) per le prestazioni delle assicurazioni tubercolosi e disoccupazione, ai comitati speciali delle rispettive gestioni (art. 45).

Questa articolata regolamentazione per il ricorso di secondo grado è stata duramente criticata (14), imputandosi al Governo un eccesso di delega per avere devoluto in parte la competenza ai comitati regionali senza che ciò abbia, si dice, alcun fondamento ai sensi della legge delegante e lamentandosi, in termini di opportunità, la diversificazione in secondo grado, con ciò ottenendosi solo parzialmente semplificazione ed unificazione. Mentre si può consentire per la critica politica d'opportunità, il rilievo di termini di preteso eccesso di delega non ha alcuna base.

---

(12) Proprio in argomento si è tenuto un dibattito presso l'Istituto Italiano di Medicina Sociale (Roma, 24 marzo 1971), relatore Chiappelli.

(13) Soprattutto pronunciandosi sulla sempre tormentata questione del valore della c.d. « collegiale medica »; nel senso dell'esclusione dell'efficacia vincolante degli accertamenti comunque svolti in sede di contenzioso amministrativo è il progetto di legge relativo al processo in materia del lavoro e previdenziale, in corso di elaborazione parlamentare.

(14) V. Bussi, *Osservazioni sulle nuove norme*, cit.

Infatti, per l'art. 9, comma 3, lett. *a*), della legge n. 153, il Governo era vincolato ad attribuire la competenza di secondo grado al comitato speciale costitituito per la gestione del fondo pensioni dei lavoratori dipendenti « qualora non si provveda ad affidare tale facoltà decisionale a costituendi organi regionali ». In sostanza, nella sola materia dell'assicurazione generale di invalidità e vecchiaia per i lavoratori dipendenti, la legge del 1969 concesse al Governo di poter scegliere liberamente, secondo una valutazione di opportunità politica, tra la distribuzione regionale del contenzioso di secondo grado o l'accentramento a livello nazionale. Nelle altre situazioni, mancando una corrispondente formula facultizzante nei termini indicati, la soluzione accentratrice era inevitabile. Per questo verso, quindi, il legislatore delegato ha dato puntualmente corso alle indicazioni della legge delegante. L'unico dubbio concerne, qui di riflesso per quanto ho osservato in precedenza, la mutualità pensioni delle casalinghe e la pensione sociale.

Una novità di rilievo è costituita dal disposto di cui all'art. 41, comma 6, per il quale il ricorso in seconda istanza può essere proposto anche dal direttore della sede dell'Istituto che ha adottato il provvedimento impugnato e che fa parte del comitato provinciale; il ricorso è proponibile a condizione che il direttore, in occasione della decisione lamentata, abbia dichiarato e motivato il proprio dissenso, chiedendone l'inserimento a verbale. Indubbiamente si è voluta politicamente questa possibilità, considerandola come un correttivo nella ipotesi di una troppo allegra finanza da parte dei comitati provinciali nei quali i rappresentanti delle categorie protette hanno larga maggioranza e potrebbero essere indotti, per intuibili spinte, a largheggiare nel riconoscimento del diritto alle prestazioni. In tal senso si è voluto contrapporre alla gestione, sostanzialmente politico-sindacale, suscettiva di degenerazione nel senso prospettato, la burocrazia dell'ente, supposta meno suscettiva di subire l'influsso del pietismo sociale pensionistico, più ferma nell'esigere il rispetto delle previsioni sostanziali delle leggi di previdenza. È interessante rilevare che ad un contrappeso di questo tipo si è fatto ricorso, di recente, anche in materia di gestione del servizio del collocamento, sostanzialmente affidata, ai sensi dell'art. 33 del c.d. « statuto dei lavoratori », ai sindacati, però con il correttivo che il direttore dell'ufficio provinciale del lavoro può annullare, per violazione di legge, i provvedimenti delle commissioni a prevalente composizione sindacale. Si può dubitare dell'efficacia del correttivo, posto che il direttore di sede non è un burocrate la cui imparzialità sia garantita adeguatamente; al contrario la sua carriera è, in sostanza, nel beneplacito dei vari organi preposti alla gestione dell'ente, tutti composti a maggioranza da rappresentanti delle

categorie protette. Personalmente vado orientandomi nel senso che, probabilmente, l'unica soluzione seria è quella di un'integrale gestione sindacale. Ad es., nel campo del lavoro dipendente, la gestione potrebbe essere affidata ad un'entità amministrata da rappresentanti, democraticamente prescelti e rinnovati, dei soggetti protetti, limitandosi il potere pubblico a controllare la democraticità degli avvicendamenti e il rispetto delle prospettive e delle aspettative legittime delle minoranze; l'organo così costituito dovrebbe avere il potere di deliberare quale percentuale delle retribuzioni i datori di lavoro debbono versare all'ente per alimentare la gestione previdenziale nonché il potere insindacabile di disporre e circa la quantità e il tipo di prestazioni erogande e in ordine ai mezzi operativi necessari in termini di sedi, attrezzature varie, personale, senza alcun controllo specifico dello Stato, salvi ovviamente gli interventi imposti dall'ordinamento generale di diritto comune. Si avrebbe così un sistema nel quale sarebbe visibilmente chiaro che i lavoratori autoamministrano, a fini di previdenza, una quota accantonata dei salari da essi medesimi decisa. Non è di troppo chiedere ad una classe che si dice destinata a governare il mondo e a coincidere in un radioso domani con l'umanità *tout court*, di dimostrarsi capace, intanto, di governare una quota dei salari, una parte, cioè, di quanto ai lavoratori spetta detratto il plusvalore sottratto dal rapace capitalista. In un siffatto sistema andrebbe benissimo anche la disposizione esoneratrice dall'onere delle spese processuali in caso di soccombenza innanzi ai tribunali di Stato (ma teoricamente, questo residuo di intervento statualistico nelle cose dei lavoratori potrebbe anch'esso eliminarsi: perché non commettere anche la giurisdizione ad organi interni del sistema autonomo di classe?), essendo così palpabilmente chiaro che il complesso di queste somme va, in definitiva, in detrazione delle prestazioni erogabili nel totale ai soggetti protetti; di guisa che, su questa base, avremmo un concreto incentivo per mobilitare la più autentica delle garanzie possibili, il ben inteso interesse di tutti, giacché, se alziamo il sottile velo artificioso, chi ottiene, senza averne i requisiti, la pensione, ruba evangelicamente ai colleghi. Così come, se sgombriamo il terreno dalla facile demagogia caratteristica del tempo presente (15), il lavoratore che, assumendosi falsamente malato, si tiene lontano dal lavoro, determina certo un disagio, specie organizzativo, all'avversario di classe, ma nel contempo, ove si provveda per prestazioni economiche su basi previdenziali, ruba alla cassa comune della comunità dei lavoratori.

---

(15) V. ad es., significativamente, l'intitolazione di un pur interessante studio di Romagoli, *L'assenteismo: e adesso pover'uomo?*, in *Quale giustizia*, 1971, n. 8, 256.

Giuridicamente, può nutrirsi qualche dubbio in ordine a questa singolare previsione della possibilità di ricorso del direttore di sede, in termini di eccesso di delega. Infatti di questo non c'è alcuna traccia nella legge delegante, nella quale si vollero innovazioni, specie nel senso di un decentramento, ma nel contesto tradizionalmente inteso di ricorsi imposti ai singoli innanzi ad organi dell'ente così messo in grado di rimeditare sulle sue decisioni, non essendosi mai considerati i medesimi *super partes*. La previsione è posta, del resto, del tutto episodicamente, non nel contesto di una vicenda a contraddittorio necessario innanzi ad organi pretesi imparziali. Per altro verso, proprio la non imparzialità dell'organo, come organo dell'ente nei confronti del quale è rivolta la pretesa, è la caratteristica che consente, senza che divenga altrimenti aberrante, la presenza nel collegio del direttore della sede il cui provvedimento è stato impugnato, cioè, in un certo senso, della parte in causa; onde, sotto questo profilo, non dovrebbero esservi dubbi circa la legittimità di codesta presenza.

In ordine alle modalità e ai termini dei ricorsi dispone l'art. 46. Il ricorso al comitato provinciale, da presentare alla sede dell'ente che ha adottato il provvedimento impugnato, va proposto, a pena di decadenza, nel termine di novanta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento medesimo; il comitato deve decidere entro novanta giorni dalla presentazione del ricorso, intendendosi il ricorso per respinto in caso di mancata decisione nel termine. Il successivo ricorso al comitato regionale va proposto sempre nel termine di novanta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento medesimo; il comitato deve decidere entro novanta giorni dalla presentazione del ricorso, intendendosi il ricorso per respinto in caso di mancata decisione nel termine. Il successivo ricorso al comitato regionale va proposto sempre nel termine di novanta giorni decorrente o dalla comunicazione decisione o dalla scadenza del termine d'identificazione del silenzio-rifiuto; viceversa il termine per il direttore di sede è di sessanta giorni e il direttore deve notificare il ricorso ai controinteressati. Anche il ricorso di seconda istanza deve essere deciso entro novanta giorni dalla presentazione; ancora una volta la mancata decisione nel termine equivale a silenzio-rifiuto ai fini della proponibilità dell'azione giudiziaria.

Anche il ricorso di seconda istanza va presentato tramite la sede provinciale che ha emesso il provvedimento impuguato, evidentemente per consentire alla sede di trasmettere il ricorso al comitato regionale o al comitato centrale competente, allegando tutti gli atti della pratica.

Per il comma 5 dell'art. 46, la comunicazione del provvedimento impugnabile, i ricorsi e la comunicazione della relativa decisione deb-

bono essere spediti per posta, mediante raccomandata con avviso di ricevimento. Tuttavia l'interessato può presentare il ricorso al competente ufficio dell'istituto, direttamente (art. 46, comma 6).

Il comma 5 ulteriormente disponeva nel senso che la data utile ai fini del decorso dei termini per i ricorsi e per l'azione giudiziaria, era quella risultante dal timbro di spedizione apposto dall'ufficio postale; viceversa, in caso di presentazione diretta del ricorso presso l'ufficio, la data utile è quella apposta dall'ufficio sulla ricevuta rilasciata al ricorrente. Non a caso, rispetto alla prima regola, ho detto all'imperfetto: la disposizione, dando rilevanza alla data di spedizione del plico a mezzo posta a prescindere dalla prova dell'effettiva consegna nei modi di legge all'interessato destinatario, sostanzialmente riproduceva, *in parte qua*, il disposto dell'art. 58 del testo unico sugli assegni familiari, approvato con d.p.r. 30 maggio 1955, n. 797 e dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sent. 1° febbraio 1964, n. 2. La disposizione è stata opportunamente mutata con l'art. 2 del d.l. 20 aprile 1971, n. 161 di recente convertito in legge, nel senso che « deve intendersi per data utile quella risultante dal timbro apposto sull'avviso di ricevimento dall'ufficio postale tenuto alla restituzione dell'avviso medesimo al destinatario ».

In conclusione, ai sensi della nuova normativa, per mettersi in regola con l'obbligo del previo ricorso amministrativo ai fini della proponibilità dell'azione giudiziaria, è necessario, al limite, attendere tredici mesi (sei mesi per la decisione in sede amministrativa, quindici giorni per la proposizione del ricorso in prima istanza, tre mesi a disposizione del comitato provinciale, quindici giorni per la proposizione del ricorso di seconda istanza, tre mesi a disposizione del comitato regionale o centrale). Dopo tutto questo, i tempi lunghi dell'azione, se le cose non cambiano... Troppo, invero, specie quando siano in giuoco prestazioni per uno stato impellente di bisogno come nell'assicurazione contro la disoccupazione o quando ci sia il pericolo che il ritardo pregiudichi, dal punto di vista sanitario, le condizioni del soggetto. Il legislatore non può presumere di aver dato al problema una risposta socialmente adeguata, specie avendo disposto per l'introduzione del ricorso di seconda istanza.

Esauriti i ricorsi amministrativi o scaduto comunque il termine massimo previsto per la decisione in seconda istanza, è proponibile l'azione in giudizio (art. 47): nel termine di ben dieci anni, decorrente dalla comunicazione della decisione definitiva o dalla scadenza del termine per la pronuncia, nel caso di controversie in tema di trattamenti pensionistici; di cinque anni, nel caso di lite in tema di assicurazione contro la tubercolosi contro la disoccupazione. Non si può non concor-

dare con quanti hanno lamentato l'eccessività di questi termini (16). Certo, nella normalità dei casi, non vi sarà motivo di preoccupazione, posto che si agirà sollecitamente. Sennonché, ai sensi del comma 8 dell'art. 46, sulle somme dovute dall'ente a titolo di pensione, gli interessi legali decorrono dalla scadenza del termine di centottanta giorni stabilito per la decisione, da parte della sede provinciale, sull'istanza (v. *supra*); in termini analoghi dispone il comma 4 dell'art. 47 (« Dalla data della reiezione della domanda di prestazione decorrono, a favore del ricorrente o dei suoi aventi causa, gli interessi legali sulle somme che risultino agli stessi dovute »), con una formula che, come si è detto (17), se non vuol ritenersi un inutile, innocuo doppione della prima, va probabilmente riferita ai trattamenti diversi da quelli di pensione, e cioè alle prestazioni per la tubercolosi e per la disoccupazione. È per questa regolamentazione relativa agli interessi che, dalla ritardata proposizione della domanda in giudizio, può risultare, in casi che saranno francamente eccezionali, un trattamento sostanzialmente ingiusto in danno dell'ente. Naturalmente questa disciplina di termini per l'azione vale, letteralmente, rispetto alla lite in ordine alla quale abbia avuto svolgimento il precontenzioso amministrativo o il medesimo debba ritenersi verificato per silenzio-rifiuto, quindi rispetto a quanto ivi dedotto e di cui alla istanza originaria di prestazione, rigettata dalla sede provinciale dell'Istituto o da ritenersi legalmente respinta ai sensi dell'art. 46, comma 7, della legge delegata. Viceversa, per l'ipotesi di omessa istanza dal momento della configurabilità in concreto degli estremi per l'affermazione del diritto alla pensione, non stabilendo la legge alcun termine di prescrittibilità, resta aperta la questione, in ordine alla quale, com'è noto (18), una parte dell'opinione è nel senso della imprescrittibilità del diritto, soprattutto in ragione della controversa qualificazione del medesimo.

In ordine ai tempi di passaggio al nuovo sistema ed in tema di diritto transitorio, provvedeva l'art. 59 del decreto legislativo. Si prevedeva (comma 3) la costituzione dei comitati provinciali e regionali entro novanta giorni dall'entrata in vigore (nello stesso giorno della pubblicazione nella *G.U.* 8 settembre 1970 e quindi entro l'8 dicembre) della legge delegata. I ricorsi pendenti alla data dell'8 settembre innanzi agli

---

(16) V., di recente, Chiappelli, *Il « momento » dell'invalidità pensionabile secondo il nuovo orientamento della giurisprudenza*, in *Zacchia*, 1970.

(17) V. Bussi, *Osservazioni sulle nuove norme*, cit.

(18) V. Galligani, *Decadenza e prescrizione nell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in *Riv. giur. lav.*, 1970, I, 25, spec. 41.

organi centrali dell'ente, ai sensi della precedente normativa, dovevano essere decisi dagli organi medesimi secondo le procedure e le competenze già previste (comma 4), mentre i ricorsi eventualmente non decisi alla data di scadenza del termine prefissato per la costituzione dei nuovi comitati (8 dicembre), dovevano essere trasmessi d'ufficio ai comitati provinciali neocostituiti (comma 5); nella prima applicazione della legge, il termine di novanta giorni stabilito nell'art. 46 per la decisione dei ricorsi da parte dei comitati provinciali, doveva decorrere dalla data di pubblicazione, nel foglio annunzi legali della provincia, del decreto di costituzione di ciascun comitato (comma 7): niente di analogo si disponeva, invece, per il termine di decisione dei comitati regionali e a questa lacuna si è provveduto con il capoverso dell'art. 1 del d.l. n. 161 del 1971, nel senso che, nella prima applicazione, il termine, pure di novanta giorni ai sensi dell'art. 46, comma 4, decorre dalla data di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* del decreto di costituzione di ciascun comitato regionale. Infine, per il comma 6 dell'art. 59, per i ricorsi presentati prima dell'entrata in vigore della legge delegata, trascorso il termine di novanta giorni già previsto nell'art. 1 della legge 5 febbraio 1957, n. 18 per la decisione, rimaneva all'interessato la facoltà di adire l'autorità giudiziaria; in sostanza, scaduto quel termine, non veniva imposto, per *ius superveniens*, l'onere di esperire il ricorso amministrativo di seconda istanza, essendo d'altro canto inconcepibile, ad es., la proposizione di detto ricorso, avverso il silenzio-rifiuto degli organi centrali già competenti, innanzi ai nuovi comitati regionali.

Di fatto, si è verificata l'impossibilità di procedere tempestivamente alla costituzione dei comitati provinciali e regionali, e moltissimi comitati provinciali, anche per l'enorme accumulo dei ricorsi (v. *supra*), non hanno potuto provvedere alla decisione nel termine di novanta giorni decorrente dalla data di pubblicazione del decreto di costituzione (art. 59, comma 7) (19). In questa situazione, si è ritenuto necessario emanare il d.l. 20 aprile 1971, di recente convertito dalle Camere; per quanto qui interessa, nell'alinea dell'art. 1 del decreto, è stabilito che la scadenza del termine di novanta giorni per la decisione da parte dei comitati provinciali, è differita al novantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto legge, cioè al 21 luglio 1971: « per effetto di tale differimento il comitato provinciale è rimesso in termini per la decisione dei ricorsi qualora alla predetta data il termine sia già scaduto ».

---

(19) V. gli atti parlamentari relativi alla conversione del decreto legge di cui nel testo.

Nel corso dei lavori parlamentari di conversione del decreto legge in legge innanzi alla Camera dei Deputati, è insorta tuttavia questione in ordine a quanto è ulteriormente disposto nella seconda proposizione contenuta nell'alinea dell'art. 1 del decreto, ivi essendo stabilito: « Resta ferma, per i ricorsi presentati anteriormente alla data medesima, la facoltà dei ricorrenti di adire l'autorità giudiziaria decorso il termine di novanta giorni previsto dall'art. 1 della legge 5 febbraio 1957, n. 18 ». Nella relazione dell'on. Vincenzo Manzini (20) si è osservato che, alla lettera, la data alla quale si fa riferimento nella proposizione riportata non può non essere che quella menzionata nella prima proposizione dell'alinea, cioè la data di entrata in vigore del decreto legge (21 aprile 1971); ne deriverebbe che, essendosi verificata al 21 aprile 1971 la scadenza del termine di cui alla legge n. 18 del 1957, gli interessati potrebbero rivolgersi senz'altro al giudice, venendo privati della possibilità di proporre il ricorso di seconda istanza, con un'evenienza considerata dannosa per i medesimi. Al contrario, per il relatore, era evidente che il Governo era caduto in un macroscopico errore materiale, poiché è chiaro che avrebbe dovuto farsi riferimento alla data di entrata in vigore del decreto legislativo del 1970, cioè all'8 settembre 1970, così come è stabilito nel comma 6 dell'art. 59 del medesimo decreto. Sempre per l'on. Mancini, a stretto rigore la Camera avrebbe dovuto rettificare sul punto il decreto legge; sennonché il parlamentare, certo nella preoccupazione che la « rettifica » avrebbe imposto il ritorno al meno scrupoloso Senato e quindi si sarebbe messa in forse la possibilità di conversione in termini, ha ritenuto sufficiente una sorta di interpretazione autentica nei termini indicati, esplicitata negli atti parlamentari. Questa soluzione è stata accolta dal Sottosegretario on. Rampa (21), impegnandosi per bocca di costui il Governo ad accettare l'interpretazione suggerita, dovendosi alla medesima dar corso con opportune circolari dell'I.N.P.S. In sostanza, si è clamorosamente proposto di intendere il disposto della legge in termini diversi da quelli nei quali la medesima suona; con ciò dimostrandosi che l'espediente, da me talora suggerito rispetto a talune formulazioni che non corrono (22) e pur autorevolmente e per comprensibili ragioni rimproveratomi (23), quale quello

---

(20) V. Camera dei Deputati, doc. n. 3393/A.

(21) V. Camera dei Deputati, res. n. 466 (ed. non definitiva) della seduta del 16 giugno 1971.

(22) V. il mio *Interrogativi sullo « statuto » dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1970, I, 188, spec. n. 5.

(23) V. Prosperetti, nel dibattito svoltosi a S. Vincent, nel giugno 1971, in

estremo di essere talora costretti a reputare come non scritte talune proposizioni, purtroppo va facendo ingresso, coi tempi che corrono, perfino in sede di elaborazione delle leggi. Con la differenza, però, che per l'interprete la conclusione può risultare inevitabile ed è, in ipotesi, forzata, mentre i parlamentari non sono tecnicamente, ma semmai solo politicamente e per ragioni pur serie d'opportunità, in siffatta stringente necessità.

Sennonché non credo che, nel caso specifico, l'interpretazione autentica informalmente accolta nel corso dei lavori parlamentari abbia fondamento e giustificazione. La lettera della legge è chiara. Ed è ragionevole ritenere che il Governo, legiferando per ragioni di necessità e d'urgenza, abbia così disposto a ragion veduta. Accingendosi a rimettere sui binari un sistema che inizia così faticosamente, a tal fine rimettendo in termini i comitati provinciali, credo che si sia fatto riferimento alla data di entrata in vigore del decreto legge consapevolmente: da una parte i comitati sono rimessi in termini, dall'altra si evita di addossare agli interessati il costo di così stentata infanzia e si concede ai medesimi di poter adire senz'altro il giudice ove nel frattempo sia scaduto il termine di decisione già contemplato nella precedente normativa. Se questo è stato, in ipotesi, l'ordine d'idee del Governo, si è trattato di un'impostazione del tutto corretta, partendo dalla considerazione che non è equo imporre agli interessati il danno di innovazioni che stentano ad attuarsi, in termini di confronto rispetto alla precedente normativa. Oltretutto, così interpretatosi il disposto secondo la lettera, ed acquisito che l'interessato ha eventualmente ormai conseguito la facoltà di ricorrere al giudice, niente impedisce al medesimo, contando sul termine decennale o quinquennale per l'azione, di proporre, ma facoltativamente, il ricorso di seconda istanza, non perdendo questo così conclamato beneficio e stando, come si dice, prudentemente a vedere. Per questo la viva preoccupazione dei parlamentari di sottrarre il beneficio del secondo grado può figurarsi, una volta che sia chiarito che resta agli interessati, in alternativa a quella dell'immediata azione in giudizio, una facoltà d'insistere nei rimedi amministrativi, senza che questo possa pregiudicarli, ad es., in termini di decadenza, inconfigurabile in ragione dell'interpretazione qui ribadita.

E speriamo che, finalmente, il nuovo sistema possa marciare, con quella tempestività che è nel voto generale.

È lecito nutrire dubbi in proposito.

---

occasione del IV Congresso di Diritto del Lavoro, gli Atti del quale sono in corso di pubblicazione.

7.

LA SICUREZZA SUL LAVORO NELLA RIFORMA SANITARIA. IL DOVERE DI SICUREZZA, LE ATTIVITÀ DI PREVENZIONE, LA VIGILANZA E IL CONTROLLO (*)

Ritengo che sia mio compito, in primo luogo, ricapitolare, ai fini della discussione, l'assetto esistente allo stato del nostro ordinamento per quanto attiene alla sicurezza negli ambienti di lavoro. Posso farlo sinteticamente, rispettando i limiti di tempo richiesti, perché mi trovo innanzi ad un pubblico qualificato che queste cose largamente già conosce.

Abbiamo, innanzi tutto, un complesso veramente imponente di norme, emanate nel 1955-56 in aggiornamento dell'anteriore normativa, e per la prevenzione antinfortunistica e per garantire l'igiene e la salute negli ambienti di lavoro, vuoi in generale, vuoi per particolari attività. È una normativa d'ordine pubblico, che obbliga variamente tutti coloro che hanno responsabilità nell'impresa (datori di lavoro e preposti), i lavoratori ed anche i costruttori di macchine; di conseguenza le inosservanze sono penalmente represse (seppur, di norma, con non eccessive ammende).

Ma l'osservanza di questa normativa (già in gran parte largamente superata in ragione della velocità di mutamento dei sistemi tecnologici e produttivi) non esaurisce affatto gli obblighi dell'imprenditore. Infatti, al di là di queste regole che canonizzano allo stato una serie di accorgimenti di comune prudenza e diligenza idonei a ridurre o eliminare i rischi insiti nelle lavorazioni e nell'ambiente, grava sull'imprenditore un più generale ed impegnativo obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c.); la norma del codice obbliga l'imprenditore ad adottare tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica dei lavoratori; quindi, oltre la normativa, tutto quanto sia possibile umanamente, secondo la tecnica e l'esperienza più aggiornate, per la tutela della salute. È da rilevare che l'art. 2087 è

(*) Relazione al Congresso del 13 giugno 1977 organizzato a Torino dallo C.S.A.O. sul tema: « La sicurezza sul lavoro nella riforma sanitaria ».

letteralmente enunciato nei confronti dell'imprenditore ed è ricompreso nella sezione prima del capo primo, titolo secondo, libro quinto del codice; sezione che non è richiamata nell'art. 2239 dettato per la disciplina del lavoro fuori dell'impresa e che fa riferimento alla normativa del lavoro nell'impresa « in quanto compatibile ». Sennonché, per varia via, si è d'accordo nel ritenere obbligato anche il datore di lavoro non imprenditore; e giustamente, giacché sarebbe socialmente abnorme la conclusione opposta.

Così tutto fa perno sulla responsabilità primaria, non riducibile alla mera osservanza della normativa, del datore di lavoro e dei soggetti che per questi operano; responsabilità che è definita essenziale nella risoluzione adottata nel 1976 dal comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in tema di servizi aziendali di sicurezza.

Per la vigilanza e il controllo opera principalmente l'ispettorato del lavoro, costituito ed operante, nelle grandi linee, secondo le previsioni della convenzione n. 81 adottata dall'O.I.L. l'11 luglio 1947 e ratificata dal nostro Paese con legge del 1952. È da rilevare che le normative sulla sicurezza del lavoro (ad es., art. 402 del D.P.R. n. 547 del 1955 e art. 65 del d.p.r. n. 303 del 1956) commettono all'ispettorato un generico potere di « prescrizione » o di « disposizione » che, in concreto, può essere utilizzato per specificare vieppiù, e nella concretezza degli svariati ambienti di lavoro, l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro, a questi imponendo di adottare tutti quegli accorgimenti che eventualmente, per le conoscenze ulteriormente acquisite in ordine alla pericolosità delle lavorazioni e in ordine ai rimedi possibili, possono essere adottati. Opera poi, nel campo specifico della prevenzione antinfortunistica, un ente *ad hoc*, l'E.N.P.I.

Proprio perché questo convegno è volto a fornire, se possibile, un contributo serio e meditato nella prospettiva della riforma sanitaria ora in cantiere, non deve tacersi che questo nostro sistema è da varie parti, e da tempo, sotto accusa e critica (v. una sintesi esemplare, seppur programmaticamente orientata, nella monografia di Montuschi, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, 1974); e tali valutazioni spingono una parte dell'opinione e della classe politica al tentativo di conseguire, in un diverso contesto istituzionale, l'obiettivo costituzionalmente imposto. Così variamente si pone l'accento o sull'inadeguatezza della normativa sostanziale esistente, perché superata, o sulla diffusa inosservanza colpevole dei precetti di legge, o sulla scarsa funzionalità, anche per deficienze di personale, dell'apparato di vigilanza. In particolare si è talora denunciata la « compromissione padronale » dell'E.N.P.I., a suo

tempo ampiamente riferita nella rivista *Quale Giustizia* dei magistrati « democratici ».

Il legislatore del 1970 ritenne probabilmente di poter rimettere in movimento la situazione affidandosi all'iniziativa autonoma e diretta della forza sociale più immediatamente interessata, cioè dei lavoratori. Tanto più che nella temperie conseguente al grande scossone della società italiana per la contestazione di massa anche nei luoghi di lavoro, questa forza metteva ufficialmente in primo piano, con valore prioritario, il bene della salute; rifuggendo, ad es., da qualsivoglia soluzione compensatrice in senso monetizzante. Venne così posto l'art. 9 dello statuto dei lavoratori, conferente a non ben precisate rappresentanze *ad hoc* costituite nei luoghi di lavoro il duplice potere di controllare l'ambiente nonché di adoperarsi per il miglioramento del medesimo ai fini della tutela della salute. In questa discussione non potrà certo pretermettersi un bilancio su quanto si è potuto in concreto fare sulla base di questa norma. In verità, se teniamo d'occhio l'unico strumento conoscitivo a disposizione del giurista della cattedra e cioè le raccolte di giurisprudenza, dovrebbe concludersi che le realizzazioni sono state, per questa via, ben scarse.

In giurisprudenza si è discusso dell'art. 9, in casi non numerosi, nei primi tempi dopo lo statuto, in pratica relativamente alla pretesa d'ispezionare l'azienda con l'ausilio di esperti e senza la presenza di rappresentanti dell'impresa. A quanto consta, non si è dato un caso di azione in giudizio, da parte di queste rappresentanze, per ottenere la condanna del datore di lavoro, ad es., ad adottare determinate modifiche nell'ambiente. Resterebbe da vedere, volendo appunto tentare un bilancio, se ed in quale misura il problema è stato superato ed aggirato, in senso positivo ovviamente, con le previsioni frequenti ormai nei contratti collettivi in ordine al controllo dell'ambiente di lavoro con iniziative concordate tra le parti contrapposte (v., ad es., l'art. 27 parte generale del contratto metalmeccanico), potendo sostenersi che codeste disposizioni esauriscono, in virtù della regolamentazione del rapporto di lavoro sindacalmente concordata, la zona del diritto di controllo di cui alla prima parte dell'art. 9; eventualmente poi verificandosi, di fatto, un sostanziale consenso sempre delle parti contrapposte su quanto è possibile fare. Può notarsi in contrario che una parte della pubblicistica (v., ad es., ancora Montuschi) conclude assai diversamente, registrando, nel contesto della crisi economica, sostanziali passi indietro e abdicazioni proprio ad opera di quelle forze che avrebbero potuto altrimenti avvalersi delle previsioni di legge.

Abbiamo avuto talune iniziative regionali, adottate, ma nel dissenso

di una parte dell'opinione, in ragione del d.p.r. 14 gennaio 1972, n. 4 sul trasferimento delle competenze statali (art. 1). Cito, ad esempio, la legge toscana n. 47 del 3 agosto 1973 volta ad agevolare mercé il contributo finanziario della regione, e significatamente nelle more della riforma sanitaria nazionale, la creazione, ad iniziativa degli enti locali, di servizi comprensoriali per la tutela sanitaria dei lavoratori nei luoghi di lavoro, con la compartecipazione delle organizzazioni sindacali nonché di non ben precisate « formazioni speciali »; dovendo codesti servizi adoperarsi per la rilevazione delle situazioni e per l'adozione di adeguate modifiche strutturali ed operative. Ma, secondo le risultanze di una tesi discussa con me nella primavera del 1976 dal dr. Bagnoli, le realizzazioni non sono state notevoli: solo in cinque situazioni si è costituita la nuova entità e solo in due centri (Prato e Santa Croce sull'Arno) in perfetta aderenza al modello proposto; rilevandosi, in una relazione dell'assessore competente nel 1975, che il finanziamento dovrebbe servire a creare nuovi effettivi servizi e non già a rimpiazzare l'onere finanziario dell'ente locale. E merita dire quale dovrebbe essere la composizione, sempre secondo l'assessore toscano, dell'unità operativa divisata: un medico, un chimico, un amministrativo, due ausiliari, con non assicurata presenza, così, di esperti d'organizzazione del lavoro.

Si sono talora avute anche inziative impositive di sindaci, motivate dal fatto che la situazione aziendale può incidere sulla più generale salute pubblica; insorgendo tuttavia il problema se tanto sia veramente di competenza dell'amministrazione locale o non esorbiti, viceversa, rispetto alla competenza per altro verso naturale dell'ispettorato del lavoro: v., ad es., T.A.R. Valle d'Aosta, 30 ottobre 1975, in *Trib. reg. amm.*, 1975, 3342.

Infine è da dire che l'inosservanza dell'obbligo di sicurezza può comportare assai più gravi responsabilità penali in riferimento agli artt. 437 e 451 c.p.; da sempre essendosi deprecato in una parte dell'opinione (v. ad es. Smuraglia) che nell'esperienza si sia di norma accantonata questa possibilità; essendo stato di recente il problema teorico approfondito nella monografia di Padovani, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Angeli 1976. In particolare un esito di questo tipo può derivare dalle risultanze dell'inchiesta che la legge affida, in caso di infortunio, al pretore, naturalmente se il magistrato, come da qualche parte ancora si auspica, non si limita ad un intervento meramente « burocratico ».

Detto quanto precede in via di sommaria ricognizione dell'esistente, è da dire di quale dovrebbe essere la sorte, sul piano istituzionale, della sicurezza del lavoro nell'ambito della riforma sanitaria, secondo i diversi progetti ora in discussione in Parlamento. Il disegno di legge governa-

tivo, senza mai dire esplicitamente della prevenzione antinfortunistica né pronunciandosi espressamente sulla sorte dell'ispettorato (ritenuto per implicito conservato nella valutazione critica delle altre forze politiche), commette genericamente al servizio sanitario nazionale i compiti relativi alla « ricerca, l'accertamento e la rimozione... dei fattori di rischio sanitario presenti negli ambienti di lavoro e di vita »; prevede la normazione statale di principio per quanto attiene all'igiene degli ambienti di lavoro, con svolgimenti normativi a livello regionale; commette l'attività di studio e ricerca nella nostra materia all'Istituto superiore di sanità; dispone che le unità sanitarie locali provvedano « all'igiene e medicina del lavoro, nonché alla protezione socio-sanitaria nei confronti dei rischi di lavoro » (con una formula del tutto equivoca); conferisce delega al Governo per la disciplina generale in materia di sicurezza del lavoro; sopprime l'E.N.P.I., ma nel contempo determina la costituzione di un nuovo ente, in particolare ai fini dell'omologazione, collaudo e controllo di esercizio di impianti, macchine, apparecchi e strumenti.

Secondo la proposta comunista, è affermata la competenza dell'unità sanitaria locale anche in tema di protezione antinfortunistica; l'E.N.P.I. è definitivamente soppresso con trasferimento dei relativi compiti alle unità sanitarie locali e, per la ricerca, ad una sezione dell'Istituto superiore di sanità; sono trasferite alle regioni le funzioni amministrative della prevenzione infortuni e in tema d'igiene del lavoro dell'ispettorato, mentre i poteri di prescrizione già del medesimo ispettorato sono demandati ai sindaci che li esercitano avvalendosi dei servizi delle unità sanitarie locali i cui addetti acquisiscono coerentemente la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria. Sostanzialmente analoga è, nelle grandi linee, la proposta socialista, dove in particolare è previsto il parere preventivo ed obbligatorio delle unità socio-sanitarie locali per quanto attiene agli insediamenti industriali e alla ristrutturazione degli ambienti di lavoro; dettandosi poi la « pubblicizzazione » delle infermerie di fabbrica; specificandosi che gli interventi prevenzionistici debbono aver corso in stretto collegamento con i gruppi dei lavoratori interessati costituiti ai sensi dell'art. 9 dello statuto dei lavoratori. Genericamente, nel senso dell'attrazione nel servizio sanitario nazionale di quanto attiene all'igiene e alla sanità del lavoro, è il progetto liberale. La proposta dei parlamentari di « democrazia proletaria » si contraddistingue, rispetto alle altre proposte, soprattutto per l'accentuazione della soluzione partecipazionistica dal basso e, per quanto possibile, assembleare in punto di strutturazione del servizio sanitario.

Anche per il C.N.E.L. la sicurezza del lavoro deve aver corso nell'ambito del servizio sanitario nazionale; si propone tuttavia la crea-

zione, a livello regionale, di un corpo di ispettori tecnici, collegato ad un organismo nazionale investito dei compiti di ricerca e di generale direttiva, a disposizione delle unità sanitarie locali, con esatta determinazione dei compiti di polizia giudiziaria di questi ispettori.

Naturalmente non può mancare la parola dei medici del lavoro e ne dirà con piena competenza tra poco il prof. VERCELLOTTI. Mi limito a riepilogare le proposte formulate nell'ambito di un convegno, tenutosi il 10 maggio u.s. presso la Società laziale-abruzzese di medicina del lavoro. Secondo la relazione del prof. CASULA in tema di prevenzione dei rischi di lavoro, possono aversi in teoria diverse soluzioni: strutturazione aziendale, servizi resi alle imprese da entità esterne pubbliche o private, servizio di Stato.

Le prime due soluzioni debbono essere scartate perché non assicurano uniformità né garantiscono piena autonomia del servizio. La soluzione di Stato potrebbe aver corso o con un servizio di medicina del lavoro del tutto autonomo rispetto al servizio sanitario generale o nell'ambito di questo servizio, ma la prima strutturazione è criticabile perché infrangerebbe l'unità del sistema; si opta, quindi, per il servizio di medicina del lavoro inserito nel servizio sanitario nazionale, con soppressione dell'ispettorato di qualsivoglia altro ente. A livello locale, presso le unità sanitarie, dovrebbero costituirsi tre sezioni di medicina ed igiene del lavoro, di ergonomia, di medicina legale del lavoro; senonché il servizio dovrebbe essere poi fortemente decentrato, a livello aziendale almeno nelle imprese di una certa consistenza o di particolare pericolosità o raggruppandosi le imprese minori con un comune servizio ubicato in una di esse, con speciali soluzioni poi per l'agricoltura, l'artigianato e il terziario. Alle unità sanitarie farebbe capo la vigilanza e il controllo, con pareri vincolanti in materia di nuovi impianti e con poteri di prescrizione soprattutto per mutamenti tecnologici e organizzativi, prevedendosi il ricorso al livello regionale. Nazionalmente dovrebbero essere costituite, presso l'Istituto superiore di sanità, due sezioni, la prima per la medicina e l'igiene del lavoro e la seconda per l'omologazione di impianti, macchinari ed attrezzature.

Nelle prime battute della discussione iniziatasi, in commissione, alla Camera, vivace appare il contrasto sulla strutturazione istituzionale ai fini della prevenzione dei rischi di lavoro, nella contrapposizione della linea social-comunista favorevole al pieno assorbimento nel servizio sanitario nazionale e la linea di quanti, argomentando dalla complessità degli interventi antinfortunistici, ritengono che non tutto possa essere assorbito nella generale competenza delle unità sanitarie locali e pon-

gono poi l'accento sull'esigenza d'uniformità in materia, ciò consigliando l'opportunità di un momento centrale.

Per una soluzione integralmente totalizzante nell'ambito del servizio sanitario, mettendo l'accento sulla necessità di una difesa globale della salute in termini unitari e superando l'intrecciarsi delle competenze, si è pronunciata la federazione intersindacale C.G.I.L., C.I.S.L. e U.I.L., denunciando, nel disegno governativo, la mistificazione dell'apparente soppressione dell'E.N.P.I. e la conservazione dell'ispettorato del lavoro. Soprattutto si sottolinea la necessità di reali poteri d'intervento negli ambienti di lavoro da parte delle unità sanitarie locali; i servizi di medicina aziendale esistenti presso alcuni grandi complessi industriali (da pubblicizzare secondo la proposta socialista) dovrebbero essere posti sotto il controllo e la vigilanza delle medesime unità sanitarie locali.

La sommaria rassegna delle proposte attesta, ritengo, che la questione è ancora allo stadio di una prima, non sufficiente e non appagante approssimazione. Rispetto ad un problema di tanto decisivo rilievo per quanto attiene alla predisposizione di un'adeguata struttura ai fini della sicurezza del lavoro nel nostro Paese, per il momento si contrappongono, genericamente e con una certa confusione, due linee; quella dell'assorbimento senza residui nel servizio sanitario nazionale e quella, invece, che ritiene che la specialità della situazione giustifichi, al contrario, autonome predisposizioni. Senonché, se vediamo al fondo certe prospettazioni, la soluzione totalizzante pare, per qualche verso, solo apparente o nominalistica; ad es. allorché si propone un corpo specializzato di ispettori o quando si sottolinea l'esigenza di un servizio autonomo di medicina del lavoro seppur inserito in quello sanitario generale; oppure quando non si intende pregiudicare la possibilità di soluzioni aziendali pur sotto la vigilanza e il controllo delle unità sanitarie locali.

Per altro verso il disegno di legge governativo non è, in molti punti decisivi, chiaro. Ciò dicasi, in particolare, della sopravvivenza o no dell'ispettorato del lavoro. Indubbiamente, ai fini di una buona legislazione, è indispensabile nettezza nelle scelte politiche di principio, se si vuole poi coerenza e pienezza di svolgimenti; mentre certo non giova cercare di mettere la testa sotto l'ala.

A proposito dell'ispettorato, quale che siano le indubbie carenze per varie e notorie ragioni di questa strutturazione (in ipotesi colmabili con decisa volontà politica che fornisca in misura adeguata uomini e mezzi), non può certo dimenticarsi che questa istituzione è presente nella generalità dei Paesi industrializzati, in svolgimento di una convenzione del-

l'O.I.L. che anche il nostro Paese ha ratificato con legge del 1952. Da questo si potrebbe forse derivare un ostacolo formale alla scelta soppressiva; specie se si condivide la tesi (FLAMMIA) secondo la quale le convenzioni dell'O.I.L., una volta ratificate, si porrebbero in una posizione rafforzata nel nostro ordinamento. Enuncio solo il problema, lasciandolo così come un dubbio; essendo altrettanto plausibile sostenere che, ai fini degli impegni contratti nell'organizzazione internazionale del lavoro, conta, giusta il principio d'effettività, che comunque sia realizzato un assetto che garantisca, seppur in termini istituzionali diversi, l'obiettivo sostanziale dell'esistenza di un'adeguata polizia del lavoro. Dopo di che però, se si supera, come è possibile, l'ostacolo formale, la questione resta in termini d'opportunità, circa la convenienza o no di una strutturazione *ad hoc*.

Più in generale è oggi difficile pronunciarsi sul problema che stasera ci occupa, per quel poco che, su punti decisivi, possiamo ricavare dai progetti in discussione, in particolare dal disegno governativo. E questo per un complesso di ragioni. In primo luogo perché ci si limita ad enunciare l'attrazione della sicurezza del lavoro nell'ambito del servizio sanitario nazionale al livello di generici principi ed obiettivi del medesimo, tacendosi poi di concreti svolgimenti. Aggiungasi che le proposte fanno più volte riferimento in primo luogo alla legislazione nazionale di principio e, quindi, all'ulteriore legislazione regionale; a parte i dubbi di legittimità da qualche parte sollevati per lo svolgimento regionalistico nonché in punto d'opportunità (vuoi deprecandosi differenziazioni sul piano della tutela dei lavoratori, vuoi sul piano degli obblighi delle imprese), è certo che una riforma così congegnata nei suoi passaggi, anche se in ipotesi giustificata in questi svolgimenti, è per definizione a scatola chiusa per il momento; dovendo appunto attendersi la pienezza degli svolgimenti divisati per accertare cosa in concreto ne verrà. In particolare la strutturazione delle istanze essenziali di base della riforma (le unità sanitarie locali) è largamente rimessa, a parte taluni principi, alla legislazione regionale, che sarà per definizione varia. Anche per questo è oggi difficile dire.

In quello che ho detto da ultimo è implicita, di volta in volta, la possibilità di opposte alternative di principio, sulle quali ci si potrà soffermare in questo dibattito. Così, ad es., si può opporre alla soluzione regionalistica differenziata il modello tradizionalmente uniforme in termini di strutture, di servizi, di possibilità giuridiche di intervento; in ipotesi facendo leva sull'esigenza uniforme di pienezza di tutela del bene della salute contro i rischi di lavoro. La questione può porsi anche in

termini di legittimità formale, nella misura in cui si ritenga che la sicurezza del lavoro esorbiti dall'ambito delle materie di competenza regionale *ex* art. 117 Cost.; e su questo sarà interessante sentire il parere degli studiosi di diritto regionale.

Come semplice traccia alla discussone, sulla base del materiale che ho consultato ai fini di questa comunicazione, mi permetto di fissare alcuni punti che mi paiono d'interesse ai fini di responsabili scelte politico-legislative.

1) Pare che un adeguato sistema di prevenzione per la sicurezza del lavoro non possa prescindere, come punto centrale, e quale che sia la strutturazione del servizio pubblico predisposto, dall'obbligo di sicurezza dell'imprenditore. Alla sicurezza del lavoro tutti e tutto deve contribuire: la normazione sostanziale progressivamente adeguata ed aggiornata; un sistema efficiente di vigilanza e di controllo da parte di entità pubbliche, con poteri impositivi; la sollecitazione diretta delle forze di lavoro interessate; il fermo intervento della magistratura, se necessario. Ma, al fondo, deve restare l'obbligo del soggetto socialmente responsabile, nel senso di una responsabilità, in ultima istanza ineludibile, che operi come sollecitatrice di iniziativa. Il fatto che oggi da molte parti si denunci la carenza della predisposizione pubblica deve ammonire, specie con la costante esperienza amara del nostro Paese, circa la possibilità di ulteriori fallimenti delle più ambiziose soluzioni riformistiche; così evitandosi che, per qualche verso, la riforma possa indurre a sopire le responsabilità dirette del soggetto in ultima istanza più facilmente aggredibile.

2) Non dovrebbe prescindersi dalla possibilità d'intervento delle rappresentanze aziendali dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali più rappresentative; niente si oppone alla formalizzazione di questo intervento nei confronti della controparte e delle entità pubbliche, nell'ambito di procedure in contraddittorio.

3) Un sistema efficiente esige l'apporto di più competenze nell'ambito delle diverse discipline interferenti in materia; in particolare sorprende che nei vari progetti e nelle varie impostazioni non vi sia traccia degli esperti d'organizzazione del lavoro.

4) Non potrà prescindersi dall'estrema varietà delle situazioni (imprese medio-grandi; pulviscolo delle piccole imprese; diversità di settori; situazioni di particolare pericolosità), delineando così un sistema di modelli non rigidi, ma flessibili.

5) Dovrebbero esservi procedimenti rapidi e funzionali d'intervento autoritativo nelle imprese, con chiare responsabilità e poteri.

6) Sul piano della normazione sostanziale pare possibile un sistema di rapido adeguamento, secondo le possibilità protettive di volta in volta escogitate e tenendo conto delle evoluzioni tecnologiche e produttive, a livello regolamentare, previa addizione di corpi nei quali siano presenti le varie competenze e rappresentanze delle opposte parti sociali.

7) Infine ancora una volta sarà decisiva, al di là della normazione anche astrattamente perfetta, la volontà realmente attuativa in termini di strumenti adeguati, finanziari, tecnici ed umani.

8.

SULLA COOPERAZIONE DELL'ASSICURATO PER IL CONTROLLO DELLA MALATTIA

Le due sentenze della Cassazione che qui si pubblicano giungono a conclusione opposta in ordine all'obbligo di cooperazione, ai fini del controllo della malattia denunciata, rispettivamente del lavoratore nei confronti del datore di lavoro e dell'assicurato nei confronti dell'ente gestore dell'assicurazione contro le malattie; e sono interessanti anche per i precedenti della giurisprudenza di merito nei due casi, in una sorta di giuoco a « scarica barile » nell'alternativa, ai fini dell'obbligo in discorso, tra rapporto previdenziale e rapporto di lavoro.

Con la sent. n. 5338 del 9 dicembre 1977, la Corte ha inteso risolvere il problema sul piano del rapporto di lavoro, affermando che, per l'art. 5 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (statuto dei lavoratori), il creditore di lavoro ha un diritto di controllo sulle condizioni del lavoratore a seguito di allegazione di malattia, a fronte di questo diritto stando, coerentemente, un obbligo del lavoratore di adoperarsi al fine di rendere possibile il controllo medesimo. Di conseguenza, posto che nel caso il medico inviato dall'I.N.A.M., a seguito di sollecitazione del datore di lavoro, non aveva trovato presso l'abitazione il lavoratore in un'ora alla quale costui avrebbe dovuto trovarsi entro le pareti domestiche giusta la certificazione del medico di fiducia, siffatto comportamento si è ritenuto sanzionabile in via disciplinare. Al contrario i giudici di merito erano giunti concordemente, in primo grado e in appello, all'opposta conclusione, assumendo che il lavoratore, nel rendersi così irreperibile, aveva tenuto un comportamento censurabile solo sul piano del rapporto previdenziale ed irrilevante, viceversa, nell'ambito del rapporto di lavoro.

Ritengo che la conclusione della Cassazione sia da condividere, proprio perché, in ragione del diritto di controllo del datore di lavoro, l'obbligo di cooperazione del lavoratore può assai agevolmente costruirsi anche richiamando il principio di buona fede nell'esecuzione dell'obbligazione e in tutti gli svolgimenti del rapporto obbligatorio. In quest'or-

dine d'idee è da segnalare che, per il Tribunale di Milano (1), dall'art. 5 dello statuto dei lavoratori discenderebbe direttamente l'obbligo per il lavoratore di comunicare tempestivamente al datore il domicilio diverso da quello abituale ai fini del controllo, giacché, altrimenti, sarebbe vanificato il corrispondente diritto (2).

Nel caso di cui alla sent. n. 145 del 12 gennaio 1978, l'I.N.A.M. aveva rifiutato all'assicurato, irreperibile presso la sua abitazione per il controllo, l'indennità di malattia, in applicazione della normativa di cui all'art. 19 del contratto collettivo 3 gennaio 1939 e agli artt. 4 e 4-*bis* del regolamento per le prestazioni economiche. Il giudice di merito dette ragione all'assicurato rivendicante l'indennità, assumendo l'illegittimità della normativa ricordata per contrasto con gli artt. 32 e 38 Cost. La Cassazione ha confermato la conclusione; richiamando alcuni precedenti su altre questioni e dei quali dirò, la Corte ha affermato che l'ente può basarsi sulle disposizioni citate, in quanto non contenute in testi aventi forza di legge: le prestazioni possono essere negate solo nei casi esplicitamente previsti dalla legge in senso formale e niente si rinviene, nella legge istitutiva dell'I.N.A.M. n. 138 del 1943, che possa avvalorare l'opposta conclusione. Infine, sempre per la Cassazione, l'obbligo di cooperazione al controllo è assumibile solo nell'ambito del rapporto di lavoro e non nel rapporto previdenziale.

È indubbio che la Corte, negando che l'assicurato debba adoperarsi per consentire all'ente il controllo, ha ritenuto, « subiettivamente », di affermare conclusione non contraddittoria rispetto a quella ritenuta nell'ambito del rapporto di lavoro, come si ricava dall'asserita radicale diversità sul punto dei due rapporti « collegati » e dall'esplicito richiamo della sent. n. 5338. Ma è altrettanto certo che, d'istinto, siffatta diversità di conclusioni non convince affatto; al contrario appariranno del tutto oscure ed arcane, al lettore comune, le ragioni per le quali solo al datore di lavoro, interessato alla prestazione lavorativa, si riconosce un diritto di controllo sulla genuinità della malattia impeditiva allegata, con un corrispondente obbligo del lavoratore, e non all'ente previdenziale onerato delle prestazioni a favore dell'assicurato. In entrambe le situazioni,

---

(1) 8 novembre 1977, in *Orientamenti di giurisprudenza del lavoro*, 1977, 1045.

(2) Per il Pretore di Torino, 18 maggio 1977 (in *Orientamenti di giurisprudenza del lavoro*, 1977, 1186), il marcato reperimento in casa del lavoratore non comporta automaticamente l'ingiustificatezza dell'assenza dal lavoro, fermo l'onere della prova della malattia da parte del dipendente. È da tener conto che nel caso la lavoratrice, dopo aver subito due interventi operatori, si era recata in località marina, su prescrizione medica, per convalescenza, senza comunicare il recapito e l'impresa aveva disposto il controllo nella abituale dimora!

invero, c'è qualcuno obbligato a sopportare e/o a dare, naturalmente sul presupposto di fatto in ragione del quale insorge il diritto del lavoratore o dell'assicurato; e non si vede perché in una situazione e non nell'altra chi deve non debba essere posto in grado di verificare l'effettiva di quel presupposto.

È da rilevare che la Cassazione ha argomentato la tesi, di radicale pregiudizio in fatto alle possibilità di controllo da parte dell'I.N.A.M., in termini meramente *formalistici*, richiamando i principi ritenuti rispetto ad altre questioni in ragione dell'inopponibilità, ai fini dello svolgimento della tutela contro le malattie, della disciplina contenuta nei contratti collettivi corporativi nonché nei regolamenti di servizio. Ma il richiamo non convince.

Lascio da parte quanto ormai acquisito sul punto della doverosità della tutela assistenziale ancor quando la malattia possa ricondursi alla colpa dell'assicurato (3), sicché a questo proposito viene in questione la pienezza della tutela medesima giusta l'inderogabile previsione costituzionale. Merita invece soffermarsi sul precedente in tema di obbligo di comunicazione, in un termine perentorio e a pena di decadenza dal diritto alle prestazioni, del prolungamento della malattia e di cui alla sent. n. 4048 del 6 dicembre 1974 (4). In realtà, ove attentamente si consideri la precedente pronuncia, la medesima pare male invocata, ed in parte è anche intrinsecamente discutibile.

In primo luogo si ricordi che, con la sentenza del 1974, la Corte non escluse la possibilità, per l'ente, di richiedere, per comprensibili esigenze « organizzative, la certificazione della persistenza o del prolungamento della malattia, appuntandosi invece la censura sul già previsto regime di perentorietà e di decadenza. In questo può ravvisarsi una prima contraddizione, giacché, se risponde ad esigenze razionali di disciplina del sistema di comunicazione della malattia e dei suoi prolungamenti, non si vede perché gli oneri così posti all'assicurato debbano restare senza conseguenze in caso d'inosservanza. È assai probabile che la Cassazione non abbia seguito qui una logica di principio, ma, al contrario, abbia dato corso ad una valutazione equitativa d'eccessività per il rigore delle previsioni.

Deve poi rilevarsi che la Cassazione ritenne, nella precedente sentenza, di poter derivare l'obbligo dell'assicurato di dare comunicazione

---

(3) V. Cass. 22 aprile 1974, n. 1140, in *Riv. it. prev. soc.*, 1974, 927, con nota; Corte Cost. 25 marzo 1975 n. 67, *ivi*, 1975, 737, con nota; 28 aprile 1976 n. 91, *ivi*, 1976, 662, con nota.

(4) V. in *Riv. it. prev. soc.*, 1976, 93, con nota.

dell'inizio della malattia, in applicazione della norma di raccordo tra assicurazioni private e assicurazioni sociali (art. 1885 c.c.), dal combinato disposto di cui agli artt. 1913 e 1916 c.c., essendo obbligo « naturale » dell'assicurato di dar sollecitamente notizia all'assicuratore del « sinistro » affinché il secondo possa, volendo, controllarne l'esistenza e l'autenticità. Ammesso che la questione debba riguardarsi in questo contesto normativo, resta da dimostrare che il prolungamento della malattia non sia un nuovo « sinistro », magari per le complicazioni che si denunciano, di guisa che l'assicuratore debba essere ancora una volta razionalmente avvertito.

A parte questi rilievi sulla dubbia consistenza dei precedenti, il punto decisivo è che la Corte riconobbe l'obbligo di avviso in funzione della possibilità di controllo da parte dell'ente assicuratore. E se esiste un diritto di controllo dell'ente, in una pura logica assicurativa, non si vede come possa negarsi l'obbligo dell'assicurato di adoperarsi affinché quell'eventuale controllo abbia corso, restando in casa secondo le prescrizioni mediche. La pretesa differenza rispetto al rapporto di lavoro non ha alcuna base.

È bene ricordare, infine, che nel corpo della legislazione assicurativa sociale non mancano disposti di legge che collegano al fatto dell'omessa tempestiva comunicazione dell'evento lesivo, la perdita della prestazione per il periodo anteriore alla denuncia; si veda, infatti, l'art. 32, alinea e capoverso, del testo unico delle disposizioni relative agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali di cui al d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124.

A parte queste recriminazioni rispetto ad affermazioni giurisprudenziali di scarsa consistenza giuridica e di notevole insensibilità al grave problema sociale di un adeguato sistema di controllo sulle assenze per malattia, c'è però da dire che, volontà politica aiutando come suol dirsi, è possibile risolvere il problema con un'adeguata normativa; basta decidersi ad emanare il regolamento previsto, e mai finora emanato, nel comma 1 dell'art. 2 della legge n. 138 del 1943. Tanto dovrebbe essere possibile nel momento in cui anche il sindacalismo dimostra consapevolezza del problema dell'assenteismo abusivo; si ha notizia che in qualche provincia sono stati stipulati accordi tra organizzazioni sindacali contrapposte per adeguati controlli, in particolare con la prescrizione che i medici specifichino nella prima certificazione se e quando il malato può uscire di casa.

9.

GLI SGRAVI CONTRIBUTIVI PER LE AZIENDE OPERANTI NEL SUD

Nell'ambito della politica da tempo perseguita per facilitare insediamenti industriali nelle regioni depresse, anche sotto l'impulso del sindacalismo dei lavoratori (che talora ha ottenuto impegni della controparte negli accordi « di gruppo »), il legislatore ha ritenuto, in particolare, di dover disporre per sgravi sulla contribuzione previdenziale, parzialmente addossandola allo Stato (c.d. « fiscalizzazione »). Tanto è stato disposto con successivi provvedimenti: d.l. 30 agosto 1968, n. 918 convertito, con modificazioni, con la legge 25 ottobre 1968, n. 1089; d.l. 5 luglio 1971, n. 429, convertito con la legge 4 agosto 1971, n. 589; d.l. 1° luglio 1972, n. 286, convertito con la legge 8 agosto 1972, n. 463. Specificatamente si distinguono tre « sgravi »: generale, aggiuntivo e supplementare.

Lo sgravio « generale » opera in riferimento alla generalità dei dipendenti che *effettivamente lavorano* (art. 18 d.l. n. 918 e la legge di conversione) alle dipendenze delle imprese beneficiarie nei territori presi in considerazione. Gli altri sgravi, invece, sono concessi in riferimento al solo personale *assunto* posteriormente, a certe date determinate nei successivi provvedimenti (30 settembre 1968 e 1° gennaio 1971) e risultante superiore al numero complessivo dei lavoratori occupati nei territori in questione prima delle date specificate. La legge aggiunge che non deve tenersi conto del personale già in servizio prima di quelle date e posteriormente licenziato, competendo il beneficio solo in riferimento al reale incremento dell'occupazione rispetto ai tempi di partenza.

È sorta questione, tra le imprese interessate e l'ente previdenziale, su cosa debba intendersi, nel contesto specifico, per personale « assunto », chiamato ad operare nelle aziende collocate nelle zone depresse. E consta di un contenzioso o già instaurato o imminente. La posta economica in giuoco non è indifferente, dato che la sanzione è rapportata al quintuplo dello sgravio in ipotesi illegittimamente operato.

Al fine di intendere adeguatamente la questione nei suoi termini prettamente giuridici, giova ricordare come hanno avuto corso, ad opera

di grandi imprese nazionali, gli insediamenti, tenendo conto che talora sono stati installati ed hanno iniziato ad operare stabilimenti occupanti anche alcune migliaia di lavoratori, in zone ove in precedenza la grande impresa era assente, in un'economia prettamente agricola e depressa. Tanto imponente complesso di manodopera è stato di varia derivazione. In parte si è sopperito con lavoratori assunti direttamente *in loco*. In parte si è trattato di nativi già assunti ed utilizzati in via di addestramento negli stabilimenti del Nord e quindi rimandati, spesso per espresso desiderio, alla terra di origine. In parte, per il personale altamente specializzato e tecnico, si è trattato di trasferimento dal Nord al fine di appagare le esigenze oggettive delle nuove unità. Di fatto non si poteva procedere altrimenti perseguendo l'intento di far operare le fabbriche nell'arco di tempi relativamente brevi.

L'ente previdenziale sostiene che dei lavoratori così variamente trasferiti dal Nord non deve tenersi conto ai fini dello sgravio, non potendosi i medesimi considerare « assunti » dall'impresa dopo le date indicate nei successivi provvedimenti legislativi. Si aggiunge che ammettere tanto equivarrebbe a frustrare la *ratio* della speciale agevolazione, essendo stato nelle intenzioni del legislatore incentivare le assunzioni al lavoro tra la manodopera locale disoccupata o semioccupata; di guisa che, se potessero contare anche i lavoratori già assunti in precedenza e già operanti in stabilimenti non collocati nelle zone depresse, si opererebbe in senso contrastante alle finalità perseguite. Si conclude, pertanto, che conta solo il personale assunto *in loco* per la prima volta.

In realtà non pare che questa tesi, così lineare e così apparentemente suasiva, sia del tutto convincente. Intanto, per avviare il discorso, non sembra del tutto persuasiva, così come viene proposta nell'intento di individuare la *ratio legis*, la tesi secondo la quale sarebbe stato nei propositi del legislatore di incentivare, con la particolare agevolazione, l'assunzione al lavoro industriale della manodopera di quelle località. Indubbiamente il legislatore si è ripromesso anche questo, ma in un più ampio contesto ed in ogni caso non in termini di una corrispondenza meccanica ed automatica. Infatti la finalità *complessiva* è stata quella di agevolare in ogni caso lo sviluppo industriale nelle zone depresse. Tanto risulta agevolmente dai lavori preparatori, ivi dichiarandosi, da parte del ministro on. Colombo e del Presidente del consiglio on. Leone (v. relazioni in *Le leggi*, 1968, 1807 e 1812 e specificatamente 1811 e 1814), che finalità precipua era quella di incentivare gli investimenti nel Sud. L'on. Colombo scrisse che il beneficio doveva aver corso tanto per le aziende già esistenti quanto per le nuove: « ... applicandosi l'agevolazione alle nuove aziende si crea un nuovo motivo di convenienza alla

localizzazione meridionale ». Ancora l'on. Leone scrisse che la parziale fiscalizzazione degli oneri sociali tendeva ad accelerare investimenti in quella parte del Paese. In sostanza l'essenziale era poter provocare l'inizio della trasformazione industriale, inducendo ad incrementare gli insediamenti esistenti o a costituirne di nuovi; certo anche nella ovvia consapevolezza che questo avrebbe comportato, almeno in parte, nuove occasioni di lavoro industriale per la manodopera locale.

D'altro canto è evidente che manodopera generica, di estrazione contadina, può essere immessa nel lavoro industriale solo in quanto sia previamente costituito un complesso anche organizzatorio ed umano capace di accoglierla e di utilmente inserirla; di guisa che occorrono esperti, tecnici, specializzati capaci di istruire le maestranze di nuova estrazione. Uno stabilimento non sorge all'improvviso dal nulla, con manodopera inesperta e raccogliticcia. Cosicché, proprio per incrementare le assunzioni dei generici locali, da sottrarre alla mala sorte dell'incerto lavoro agricolo e dello sfruttamento a domicilio, pare realistico e strumentale favorire i necessari spostamenti della manodopera qualificata. Se le grandi imprese del Nord avessero dovuto installare nuovi stabilimenti nelle zone depresse esclusivamente orientandosi nel mercato del lavoro locale, si sarebbe chiesto l'impossibile. Deve concludersi per il momento, ponendo la questione sul terreno certo in parte infido e non risolutivo delle finalità perseguite, che proprio la tesi addotta dall'ente previdenziale avrebbe operato in senso frustante rispetto alla *ratio legis*.

Certo l'I.N.P.S. ha *prima facie* dalla sua un argomento forte, apparentemente irresistibile, e cioè la lettera della legge, quivi parlandosi di personale « assunto ». E si sa bene che nel gergo corrente « assumere » sta per accedere per la prima volta in quella impresa, significa stipulazione del contratto di lavoro; di guisa che è facile concludere che chi già in precedenza aveva con quella data impresa un contratto di lavoro, allorquando da uno stabilimento viene mandato in altro, non viene « assunto », ma più semplicemente trasferito.

In realtà non sempre avviene, specie quando si tratti di parole del comune linguaggio, che un termine sia di univoco significato, una volta per tutte. Al contrario la medesima parola può acquisire un diverso significato in diversi contesti normativi, in conformità alla finalità specificatamente perseguita e della situazione specificatamente considerata. Puntualmente si può ricordare che proprio della parola « assumere » ampiamente si discusse un tempo nella diatriba insorta nel tentativo di spiegare razionalmente, per qualche verso, il sistema delle assunzioni obbligatorie, ammettendosi o no l'equivalenza della medesima a stipu-

lazione del contratto (v., per riferimenti, il mio *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1970, 194 ss.). Tanto che, autorevolmente, il padre fondatore della nostra disciplina ammonì sulla scarsa persuasività del filologismo esasperato: « ... io sono di avviso che quelle espressioni sono abbastanza larghe — e in questo senso giuridicamente neutre — da alludere a concetti diversi racchiusi in una norma generale »: Barassi, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1957, II, 151.

Se si tiene conto della finalità complessiva di questa legislazione promozionale nel senso sopra chiarito; se non si vuol ignorare che proprio la contraria tesi risulterebbe mortificatrice del conseguimento di quelle medesime finalità, è agevole concludere, quindi, che in queste leggi « assunto » sta per « assegnato » (stabilmente e non per temporanea trasferta) a quello stabilimento, risultandone, quale che sia la provenienza dei lavoratori, un incremento netto, in assoluto, dell'occupazione industriale locale. Col risultato che contano, ai fini degli sgravi, anche quei lavoratori che, già assunti in precedenza dall'impresa con altra destinazione, abbiano poi trovato definitiva collocazione nello stabilimento posto nella zona depressa. L'importante è che cresca l'occupazione in quella zona e in quello stabilimento, acquisendo così la parola un significato *ad hoc* del tutto razionalmente comprensibile.

Sono di conforto a questa interpretazione altre considerazioni. È significativo che, ai fini dello sgravio « generale », la legge richieda che si faccia riferimento ai dipendenti che *effettivamente lavorano nei territori*, così esigendosi che si tratti di personale veramente utilizzato, almeno in misura prevalente, in quello stabilimento. In questo senso non è ammissibile che conti, ad es., il lavoratore formalmente « in forza » in quella unità produttiva e di fatto in eterna trasferta altrove. Non conta il dato formale dell'imputazione del rapporto a quella data unità, ma quello sostanziale della almeno prevalente utilizzazione *in loco*.

In secondo luogo, rispetto al disposto giusta il quale deve scomputarsi dal personale di riferimento il lavoratore eventualmente licenziato dopo le date predeterminate, è egualmente da ritenere che la parola adoperata non bene corrisponda all'intento, giacché, come sopra si è detto, non può contare il dipendente permanentemente destinato altrove in trasferta e quindi « non in utilizzazione » nello stabilimento. Se, invero, possono contare solo coloro che effettivamente lavorano in quella unità, la conseguenza è di rigore, ad ulteriore riprova che non ci si può mai fermare innanzi all'apparente accezione delle parole, secondo il linguaggio corrente e nel contesto normalmente presupposto. Ma se è vero questo, deve essere vera anche la reciproca, nel senso che, viceversa, conta il personale già assunto altrove e trasferito da altre unità.

Si deve tener conto anche che la tesi qui criticata comporterebbe notevoli incongruenze. Ne verrebbero favorite le imprese costituitesi *ex novo* con localizzazione produttiva nelle zone depresse, sol perché di necessità in questi nuovi insediamenti le assunzioni sono tutte « nuove »; anche se almeno in parte queste assunzioni hanno corso verso personale qualificato già alle dipendenze di altre imprese in zone non depresse. La grande impresa del Nord che ha dato avvio ad uno stabilimento nel Sud in parte trasferendo personale dal settentrione, verrebbe penalizzata nei confronti dell'impresa nuova pur egualmente attingente in parte tra la manodopera già in servizio altrove. In sostanza alla stessa pratica corrisponderebbero trattamenti radicalmente diversi, forse derivandone anche una discriminazione suscettiva di rilevanza giuridica.

Infine può anche dirsi che alle imprese non sarebbero mancati espedienti di vario tipo per aggirare l'angusta interpretazione dell'ente previdenziale; ad es. costituendo nell'ambito del gruppo una società *ad hoc* per il nuovo stabilimento, facendo formalmente assumere dalla medesima, *ex novo*, parte del personale già in servizio negli stabilimenti del Nord nel medesimo gruppo, in società collegata. Tutto questo verrebbe superato, invece, con un'interpretazione che voglia essere razionalmente adeguata.

10.

LA SICUREZZA SUL LAVORO NELLA RIFORMA SANITARIA (*)

Sul tema di cui a questo nostro incontro il Centro promosse già un convegno nel giugno del 1977 con l'intervento, in particolare, del Ministro per la sanità dell'epoca ed io ebbi l'onore di provvedere per una relazione (1). Allora il problema si poneva in termini di politica legislativa, discutendosi, con tesi radicalmente opposte, sull'opportunità o no di devolvere all'istituendo servizio sanitario nazionale anche i servizi e le competenze relative alla sicurezza nei luoghi di lavoro; ed io mi premurai, soprattutto, di riassumere i termini del dibattito.

Oggi riaffrontiamo il problema dopo che il legislatore ha fondamentalmente scelto, con la legge n. 833 del 23 dicembre 1978, nel senso dell'inserimento, di massima, di quanto attiene alla sicurezza del lavoro e, più in generale, alla salute dei lavoratori, nel servizio sanitario nazionale. Merita tuttavia registrare, a mò di premessa, che tanto radicale riforma non ha affatto sopito le polemiche; cosicché, in un certo senso ed almeno in una certa misura (potrebbe dirsi, per quanto obiettivamente possibile), la contrapposizione almeno di orientamenti si ripropone dopo la riforma medesima, *all'interno* di essa.

È singolare, ad es., che negli ultimi fascicoli della *Rivista giuridica del lavoro* siano ospitati due contributi, entrambi provenienti da ispettori del lavoro, di segno ideologico diverso: quello di Aristodemo (2), che insiste sulla specificità della nostra problematica, in vivace critica della conce-

---

(*) È la relazione tenuta a Torino, il 10 aprile 1980, ad un convegno promosso dal Csao (Centro di studi ed applicazioni per l'organizzazione aziendale); il convegno è stato preparato dal lavoro di un gruppo di studio i cui contributi sono stati raccolti nel volumetto *Sicurezza sul lavoro e riforma sanitaria*.

(1) V. la mia relazione in *Not. giur. lav.*, 1977, 453.

(2) V. Aristodemo, *Il ruolo e le funzioni degli organi di vigilanza e di controllo in materia di sicurezza del lavoro nella prospettiva delle attuali linee di riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 1979, IV, 21.

zione che l'a. definisce « sanitaristica » e quello di D'Angeli (3), che critica, per così dire da sinistra, la riforma lamentando, in sostanza, che il legislatore non abbia avuto il coraggio di prescegliere la soluzione dell'autodeterminazione dei lavoratori. D'altro canto, solo per tener conto delle voci dei giuristi, c'è chi depreca, nella legge n. 833, la soluzione accentratrice statalistica, in mortificazione delle autonomie locali (4); mentre altri hanno posto in rilievo le ragioni che hanno indotto a preordinare una relativa uniformità nell'ordinamento (5).

Evidentemente le critiche e le resistenze di primo tipo traggono ancora alimento dalla consapevolezza, invero diffusa e comprovata dagli assetti vigenti in molti Paesi, che la sicurezza del lavoro ha una sua specificità, una sua peculiare problematica che fanno dubitare, appunto, dell'inserimento *tout court* nell'àmbito del servizio sanitario nazionale preordinato alla tutela, in senso generico, della salute della generalità. Anche il nostro legislatore si è reso conto di questo; non a caso l'art. 23 della legge prevede la costituzione di un Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro, con delega, peraltro non onorata nel termine previsto del 31 dicembre 1979, al governo, eguale destino essendosi verificato per tutti gli altri termini previsti.

Per dar conto con una certa organicità dei disposti della riforma sanitaria che qui ci interessano, conviene partire dal l'art. 24 della legge, ai sensi del quale venne conferita delega al governo per provvedere, ancora entro il 31 dicembre 1979, all'emanazione di un'organica normativa, in veste di testo unico, per la prevenzione antinfortunistica e per la salubrità degli ambienti di lavoro; aggiornando ed adeguando quella preesistente del 1955-56, per più versi superata dall'incessante modifica dei processi tecnologici e produttivi. È qui che si giuocherà in larga misura, e almeno al livello astratto normativo, l'assetto prevenzionistico; ed è nell'ambito della legislazione delegata che dovranno trovare soluzione diversi e gravi problemi, ad es., ai fini di una più esatta ed incontrovertibile individuazione delle responsabilità, secondo esigenze delle quali si dibatte da sempre.

---

(3) V. D'Angeli, *La sicurezza del lavoro e la riforma sanitaria*, in *Riv. giur. lav.*, 1979, IV, 305.

(4) V. Sala Chiri, *La prevenzione e la vigilanza negli ambienti di lavoro dopo l'istituzione del servizio sanitario nazionale*, in *Riv. giur lav.*, 1979, IV, 5. Nello stesso ordine d'idee, ma prima della riforma, con esaltazione del ruolo delle regioni, v. Ghezzi, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*[2], Roma-Bologna, 1979, *sub* art. 9.

(5) D'Harmant François, *La sicurezza del lavoro nella rifornita sanitaria: alcune considerazioni generali*, in *Dir. lav.*, 1979, I, 261.

Particolari, ed in parte non trascurabili, interrogativi sono sorti in ragione del disposto di cui al n. 2 dell'art. 24, laddove si è dettato che la futura legge delegata dovrà « prevedere l'emanazione di norme per assicurare il tempestivo e costante aggiornamento della normativa ai progressi tecnologici e alle conoscenze derivanti dalla esperienza diretta dei lavoratori ». Nel momento stesso in cui il Parlamento sollecita il governo a disciplinare adeguatamente ai tempi e alle necessità, il legislatore delegante si è contestualmente fatto carico dell'esigenza di poter tempestivamente, se del caso, innovare, adeguare, sviluppare la normativa, in corrispondenza, appunto, ai mutamenti tecnologici e ai dati dell'esperienza; evitando, al fine, la necessità di ricorrere allo strumento della legge formale nella consapevolezza di quanto sia difficile, sempre più difficile, ottenere il sollecito intervento parlamentare. In sostanza, per i futuri adeguamenti si è prescelta la soluzione della delegificazione, rimandando a fonti sottordinate di diritto.

Sennonché si sono sollevati, in proposito, dubbi anche di legittimità costituzionale. E uno studioso tra i più valenti della giovane generazione penalista, ha sollevato acuti interrogativi sulle implicazioni penalistiche della previsione (6) posto che in materia, secondo tradizione, vengono normalmente in questione precetti penalmente sanzionati e ci si può chiedere come o in quali termini la delegificazione possa aver corso, senza contrastare col principio costituzionale che impone la riserva di legge.

Constato con una certa soddisfazione questo dibattito. In altra occasione, e certo in un contesto radicalmente diverso, ebbi a sollevare dubbi, che ancor oggi non mi paiono trascurabili, sulla possibilità di incrementare la misura di certi obblighi in sede regolamentare (7). Ma sono altrettanto convinto dell'esigenza di fondo che ha determinato la previsione, parendomi assurdo che debba farsi ricorso alla legge ogni volta che appaia opportuno dettare in concreto specifiche modalità di svolgimento dell'obbligo di sicurezza che grava sul datore di lavoro: ad es., determinando quali accorgimenti o cautele debbano rispettarsi nell'utilizzazione di una nuova macchina o di un nuovo ritrovato. Ove fossero in ipotesi fondate le preoccupazioni penalistiche, nell'alternativa mi parrebbe razionale preferire un sistema di possibile tempestivo adeguamento della normativa di prevenzione ad un sistema penalmente sanzionato; soprattutto ove si tratti di tenere in piedi il tradizionale

---

(6) V. Padovani, ni *N. leggi civ. comm.*, 1979, 1225, spec. n. 2.

(7) V. *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1970, 363 ss.

apparato di complesse e farraginose sanzioni contravvenzionali, nel complesso di notoria scarsa incisività.

L'art. 21 della legge trasferisce all'unità sanitaria locale, sempre dal 1° gennaio 1980, i compiti già dell'Ispettorato del lavoro. E qui si discute (8) se alle U.S.L. passi anche il potere tradizionale dell'Ispettorato di adottare prescrizioni o ordini, posto che il comma 4 dell'art. 21 letteralmente prevede solo la facoltà di diffida. Credo che al quesito si debba rispondere positivamente, tenendo conto, sistematicamente, dell'ultimo comma dell'art. 20. Qui sono previsti « interventi » delle U.S.L. per l'introduzione di nuove misure, non previste da specifiche norme di legge, per la salubrità negli ambienti di lavoro, trattandosi in buona sostanza, in termini formali di traduzione della parola atecnicamente adoperata, del tradizionale potere in questione.

Nel complesso, la nuova autorità deve adoperarsi, con provvedimenti di vario tipo, per l'elettività della normativa esistente, discrezionalmente e non arbitrariamente innovando nello svolgimento in concreto dei principi della medesima; soprattutto di quello, fondamentale, che grava il datore di lavoro dell'obbligo di sicurezza, secondo quanto la tecnica di volta in volta consente, con totale sostituzione alla precedente autorità.

Merita, soprattutto, mettere in rilievo come possano aver corso questi « interventi » di cui all'art. 20, u.c.: « ... sulla base di esigenze verificate congiuntamente con le rappresentanze sindacali e il datore di lavoro, secondo le modalità previste dai contratti o accordi collettivi applicati nella unità produttiva ».

Le U.S.L. possono disporre solo a conclusione di una specie di procedimento preparatorio istruttorio che deve aver corso, al fine di constatare le specifiche caratteristiche dell'ambiente e le puntuali esigenze che ne derivano, in contraddittorio tra le parti sociali contrapposte nell'impresa, eventualmente nel rispetto delle procedure contrattualmente previste e ove queste esistano.

In sostanza, l'U.S.L. non può deliberare immotivativamente, « di testa sua ». Può farlo solo a conclusione di un confronto diretto con le parti, in un sistema che è basato, come si è detto (9), sull'apporto delle medesime e dell'autorità.

Qui emerge chiaramente lo « spirito » del sistema auspicato, in un contesto del quale è agevolmente intuibile la logica, in un processo di

---

(8) V., ad es., D'Harmant François, *op. loc. citt.*

(9) V. Ambroso, *Ambiente di lavoro: riforma sanitaria e relazioni industriali*, in *Not. giur. lav.*, 1979, 272.

sostanziale « assorbimento », che è, o meglio deve essere, per altro verso inveramento dell'apporto costruttivo, e quindi anche critico e dialettico, di tutti, ivi compresa la rappresentanza dei lavoratori.

Se ne possono cavare connotazioni in riferimento al disposto di cui all'art. 9 dello statuto dei lavoratori. Le « rappresentanze » genericamente previste nella norma statutaria (10), secondo una previsione suscettiva *ab origine* ed in astratto di letture spontaneistiche e contestatarie, diventano nell'u.c. dell'art. 20 della legge n. 833 « rappresentanze sindacali ». Il diritto di controllo sempre affermato nell'art. 9 può, in concreto, consumarsi nei disposti specifici della contrattazione collettiva (11); in un processo, dapprima nella contrattazione ed ora nella legge, che non è, ripeto, negazione di quel diritto, ma inveramento di una logica di svolgimenti organici ed istituzionali che ha sempre fondamento e linfa, ma per quelle vie e per quei canali, nella promozione dal basso tra i diretti interessati.

La stessa logica di inveramento istituzionale si rinviene in altri disposti della legge o può aver corso in riferimento ad altre previsioni della medesima. Ad es., il comma 5 dell'art. 21 dispone che l'emananda legge delegata debba, in particolare, definire « le procedure per il controllo delle condizioni ambientali »; e parrebbe del tutto logico disporre che queste medesime procedure avessero corso con il necessario intervento di rappresentanze dei lavoratori, secondo la soluzione tradizionalmente acquisita, ad es., nel settore minerario. Per altro verso il comma 5 dell'art. 27 prevede una determinazione ministeriale, previa consultazione delle organizzazioni sindacali contrapposte, per quanto attiene alla predisposizione dei registri dei dati ambientali e biostatistici, ancora una volta in assorbimento-avveramento di quanto si è già acquisito nella contrattazione collettiva.

Naturalmente, nella logica di questo sistema che si è definito « tripolare » e nei suoi svolgimenti, la responsabilità della parte giustamente onerata, soprattutto, dell'obbligo di sicurezza non viene meno; così come proprio in questi svolgimenti in concreto possono emergere comportamenti suscettivi di valere ai fini della fissazione specifica di questa responsabilità. Per rendere chiaro il senso di questo discorso, senza minimamente permettermi di penetrare in una zona dell'esperienza giuridica che non è di mia competenza, leggo una frase, credo di una

---

(10) V. Montuschi, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1976, in generale.

(11) V. Pera, in Assanti e Pera, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, *sub* art. 9, 120.

certa importanza, cavata dall'intelligente disamina di un giovane giuslavorista: « Salvo ad avvalersi di quanto è emerso in sede di discussione e di trattativa tra le parti al fine di contribuire alla ricostruzione dell'elemento psicologico dei vari reati eventualmente ascrivibili al datore inadempiente » (12).

Infine il comma 2 dell'art. 21 prevede che « per la tutela della salute dei lavoratori e la salvaguardia dell'ambiente le U.S.L. organizzino *propri* servizi di igiene ambientale e di medicina del lavoro anche prevedendo, ove essi non esistano, presidi all'interno delle unità produttive ». Si discute sull'esatta portata del secondo inciso, in ordine alla titolarità dei presìdi (« quanto occorre per l'operazione o la medicatura », secondo un vecchio dizionario): dell'U.S.L. o del datore di lavoro? In altre parole, è l'unità sanitaria locale che ha titolo per entrare direttamente nell'unità produttiva per installarvi, e farvi operare, proprie attrezzature mediche, oppure l'U.S.L. potrà ingiungere al datore di lavoro di provvedere in tal senso, ove si constati che la situazione è per questo verso deficitaria?

Nei primi commenti esegetici alla legge, ho constatato che l'interpretazione è nel primo senso (13). Non v'è dubbio che questa conclusione ha dalla sua, almeno in parte, la lettera della legge nella sua oggettività; perché nel comma tutto è retto dalla parola « propri » contenuta nel primo inciso cui segue quell'« anche » nel secondo. Per altro verso la questione è francamente opinabile. In primo luogo si dice anche « prevedendo » e si può discutere sulla portata della parola, posto che « prevedere » può anche stare per « deliberare che esistano », con esclusione di una presenza diretta. Soprattutto il disposto, inteso nel primo senso, contrasterebbe con la logica dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro; essendosi finora sempre sostenuto anche sulla base di precisi disposti, che sul datore incomba anche l'obbligo di assicurare in loco il pronto intervento sanitario e per ogni necessità del tipo, naturalmente a sue spese. La prima interpretazione, che ha certo un forte supporto letterale, implicherebbe rottura, non spiegabile, di cose acquisite da tempo, proprio in una stagione nella quale, non a torto, l'obbligo di fondo è stato enfatizzato al massimo.

---

(12) V. Bianchi D'Urso, *Profili giuridici della sicurazza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1979, 127.

(13) V. Ferrari, in *Il servizio sanitario nazionale*, diretto da Roversi Monaco, Milano, 1979, *sub* art. 21; Pasquini e Pasquini Peruzzi, *Il servizio sanitario nazionale*, Napoli, 1979, 212.

11.

PREVIDENZA ED ASSISTENZA SOCIALE (*)

Il prof. Persiani, dopo aver riepilogato gli sviluppi del nostro sistema di previdenza sociale nell'ultimo trentennio, si è posto il problema se il medesimo abbisogni di una riforma radicale o se, al contrario, sia necessaria, e certo indilazionabile, un'opera di mera razionalizzazione.

Per pronunciarsi sull'alternativa, credo che sia opportuno riepilogare i precedenti. Infatti i problemi che stiamo ora dibattendo non sono affatto nuovi; al contrario si trascinano dal 1948 in poi, cioè dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana: negli stessi termini e, quindi, con le medesime alternative. Ricordo, ad es., il volume pubblicato nel 1965 da Il Mulino, *Per un sistema di sicurezza sociale in Italia*, ad opera del Comitato di studio per la sicurezza sociale, col contributo anche del nostro relatore e, per i profili economici e finanziari, di Pietro Armani. In quel libro si prendeva atto della progressiva estensione della protezione oltre la zona del lavoro subordinato; si denunciavano sovrapposizioni, incongruenze, antieconomicità (zuccherini rispetto alla situazione attuale, vent'anni fa!); di conseguenza si auspicava il salto qualitativo del passaggio ad un sistema di sicurezza sociale basato sul principio della protezione del cittadino in quanto tale. Tutto era stato registrato in quella stagione del primo centro-sinistra, di una combinazione politica che pareva tesa ad autentiche incidenze riformistiche. Ancora una volta, anche qui, la riforma vera non venne; si continuò nell'andazzo delle progressive estensioni e degli interventi parziali, episodici.

E si capisce bene come, in una situazione di piena bancarotta, nella crisi generale, tutto debba essere ripensato e rivisto. Ma la revisione, se vuole essere vera, non può prescindere da nette scelte politiche, ancor meglio ideologiche. Occorre pronunciarsi con nettezza sulle idee-forza,

---

(*) Lo scritto rielabora l'intervento al convegno promosso in Rimini, nell'aprile 1984, dall'Associazione di diritto del lavoro della sicurezza sociale sul tema della riforma previdenziale, in riferimento alla relazione del prof. Mattia Persiani ed è destinato agli studi in onore del prof. Pietro Gismondi.

sui principii; perché senza principii non si rinnova, senza principii non può sperarsi; di avere un sistema congruo, efficiente, finanziariamente corretto.

Perché il bubbone che abbiamo è, appunto, la somma di molteplici interventi che, di volta in volta, si ispirano a principii contrastanti che, nell'universo considerato, si annullano a vicenda. Non si può razionalizzare il caos. Si deve, se possibile, riformare radicalmente.

La prima cosa che dobbiamo chiederci, andando alla ricerca dei principii, è se è stato bene o no abbandonare il vecchio principio assicurativo oppure farne reiteratamente, al di là dello schema formalmente persistente, scempio. Esso fu, fondamentalmente, il principio reggente degli interventi che si ebbero fino alla Costituzione, a partire dalle prime realizzazioni nell'età liberale, senza salti di qualità nell'età corporativa, ma solo con accrescimenti quantitativi. Come ha ben detto Gera nel suo intervento, non può infatti accettarsi la prospettazione del relatore secondo la quale le novità d'attuazione costituzionale dovrebbero leggersi in chiave di superamento della previdenza corporativa. Né, in replica, può farsi appello all'originaria impostazione paleo-liberale, negatrice per definizione d'ogni intervento previdenziale, e più in generale sociale. Questa concezione remota nelle origini dello Stato contemporaneo fu già battuta, da noi a cavallo dei due secoli, con l'affermarsi del neoliberalismo non socialmente sordo, attraverso le realizzazioni che si ebbero nella stagione giolittiana, quando del corporativismo non c'era traccia, ma semmai si contendevano liberalismo conservatore e no.

Per spiegare come e perché, nell'ultimo trentennio, al di là dell'estensione della protezione oltre il lavoro subordinato, quel principio assicurativo sia stato largamente derogato, ho il dubbio che tale vicenda non possa leggersi in chiave per così dire subiettivistica, in termini di contrapposizione di diverse politiche del diritto. Probabilmente all'origine di tutto vi è stato il fatto oggettivo determinante, caratteristico ed influente dell'età contemporanea, il fatto dell'inflazione, della non stabilità della moneta. L'instabilità della moneta, come i più acuti osservatori di cose sociali hanno osservato, non è un fatto meramente finanziario. Al contrario è un fatto che muta radicalmente il modo d'essere in società, le possibilità d'equilibrio nel consorzio, l'etica complessiva a tutti i livelli. Senza la stabilità della moneta vengono meno i presupposti materiali delle antiche virtù della laboriosità, del risparmio. Così nel nostro settore è stato forse inevitabile, ad es., mutare tutto o quasi tutto, mettere in discussione la concezione base del sistema.

Certo, poi, per la scelta di fondo in un senso o nell'altro, si tratta di vedere anche, e lo dobbiamo fare specificamente come giuristi, se in

materia c'è o no un condizionamento costituzionale nel senso della previdenza o, al contrario, della sicurezza sociale. Balandi, nel suo bell'intervento, ha riaffermato che Costituzione impone la sicurezza; ma ha pur avuto l'onestà intellettuale di ricordare che l'opinione non è affatto pacifica. Per mio conto sono tra quelli che, quanto meno, escludono il condizionamento in un senso o nell'altro in ragione della legge fondamentale.

Ma intanto l'I.N.P.S., gestito, a maggioranza, da rappresentanti dei lavoratori dipendenti, come dobbiamo ricordare, crede di trovare la soluzione della sua gravissima crisi nella separazione tra previdenza ed assistenza; con una rivendicazione che mi pare contrastante con la piattaforma della sinistra in senso generico, ed in particolare di quella giuridica. C'è, quanto meno, un'ennesima manifestazione di schizofrenia, della malattia che caratterizza spesso le forze sociali e politiche del nostro Paese.

Sempre nell'area tradizionale del lavoro dipendente, ci si duole che questo lavoro debba fare le spese degli interventi a favore di categorie estranee all'area e protette non in misura corrispondente al loro diretto contributo. E si ricorda la particolare situazione « privilegiata » dei coltivatori diretti. Questo intervento è avvenuto per proteggere un'area non indifferente, e per altro verso socialmente svantaggiata, della popolazione; indubbiamente cospirando la spinta elettoralistica del partito fino a poco tempo fa di maggioranza almeno relativa. Ma non consta, a dire il vero, dalle cronache parlamentari, che gli altri partiti si siano di volta in volta opposti; certo perché la spinta elettoralistica in tutti concorre. Ed anche qui, in questo nostro dibattito, il parlamentare comunista, pur aspicando riaggiustamenti e rimedi, si è detto non alieno dal capire queste ragioni di fondo dell'intervento nelle campagne. In realtà non era affatto inevitabile che questo fosse il tipo di rimedio, nella stagione in cui si è avuta la fuga dai campi, così aprendosi la possibilità di un radicale riassestamento, anche in termini di unità culturali sufficienti ed alla pari col progresso tecnologico, delle unità produttive (la minima unità culturale di cui parlava già il codice del 1942). Oltretutto, l'intervento fatto è stato meramente nella contingenza, per la quota di popolazione, prevalentemente anziana, rimasta, senza prospettiva di lungo respiro; col risultato, poi, di disincentivare autentici processi di modernizzazione. Si è dimenticato che, sul piano del non transeunte, possono essere funzionali altre soluzioni di diversa qualità, purché si abbia chiaro l'obiettivo. E qui l'obiettivo non doveva essere quello di favorire l'abbarbicamento alla terra di molti che, senza l'intervento assistenziale, se ne sarebbero andati; bensì quello di profittare della fuga

fortunata per far residuare unità produttive efficienti con la forza lavoro adeguata. Era molto più sensato, ad es., dar incremento ad una grande azienda agricola-forestale di Stato per la gestione dei terreni progressivamente abbandonati, dando stabiIità di occupazione ad un'aliquota non trascurabile e nel contempo salvando il patrimonio storico del Paese. L'Italia era fino a poco tempo fa grazie alla tremenda fatica manuale di millenni, un giardino, non natura; ed ora nel giro di pochi decenni torneremo al selvaggio impraticabile.

Avremmo avuto bisogno di una classe politica che avesse saputo guardare almeno nella prospettiva del cinquantennio e non solo all'imminente cimento elettorale.

Miopia analoga si è avuta per altre categorie artificialmente mantenute in vita, per ragioni deteriori, contro l'autentico interesse generale che suppone di poter pensare anche alle generazioni del futuro e all'insegna, sempre, del progresso possibile. Così ogni minuscola bottega, al limite della sussistenza, è mantenuta in piedi, con una politica ostile ai supermercati e alla liberalizzazione del commercio. Aggiungendosi, poi, nella stessa logica, l'intervento previdenziale a carico di altri. O meglio a carico delle generazioni di domani. Un mio amico droghiere, giunto inaspettatamente alla pensione, ha capito, da buon lucchese, l'antifona; e quando va a riscuotere, getta il malloppo a terra e poi lo raccoglie, spiegando all'impiegato stupefatto che per lui quei soldi sono tutti trovati e che se ne accorgerà suo figlio.

Per intendere veramente quale sia la portata dell'alternativa previdenza sicurezza in termini di civiltà, o di condizione umana, è bene rappresentarsi quale sia il risultato ultimo del secondo corno; è bene dirci, senza infingimenti, dove andremmo a finire. Sul punto la relazione di Persiani è stata di esemplare chiarezza. C'è, a 18, una frase che mi fa rabbrividire: la qualità e la misura degli interventi « ... dipendono esclusivamente dall'esistenza di situazioni di fatto definite dal legislatore sulla base di valutazioni politiche ». All'insegna dell'ideologismo in senso deteriore, della sicurezza « dalla culla alla tomba », saremmo irrimediabilmente nelle mani della classe dominante nell'attuale società, cioè della classe politica parassitaria, del Moloch o del Grande Fratello. Giorno dopo giorno i politici potrebbero insindacabilmente decidere di quanto può disporre la gente secondo il modello di vita deciso dai medesimi governanti. La contrapposizione, quindi, non è tecnica, non è in termini (come spesso sembra, dando falsamente come scontati obiettivi universalmente accettati) di mera maggiore funzionalità o no, è di civiltà, di valori, di modi elementari di concepire l'uomo nella società. È la contrapposizione eterna, di base, tra liberalismo e socialismo, tra la conce-

zione dell'uomo libero liberamente federato con gli altri e la concezione organicistica dell'uomo mera molecola dipendente del tutto. La mia scelta è nettamente nel primo senso: anche per la profonda convinzione che la soluzione socialistica porta irrimediabilmente in sé le ragioni della sua sconfitta. Educando l'uomo ad essere pecora nelle mani di una provvidenza esterna, senza più margini concreti di autoresponsabilità e quindi di rischio, si induce inevitabilmente alla pratica frodatoria di massa al di là delle buone intenzioni dei governanti. Se si instilla nella gente l'idea che qualcuno paga, non si sa bene con i soldi di chi, la gente corre all'abuso, all'inganno, alla frode. Così sorrido quando leggo che, secondo il progetto comunista, la pensione sociale dovrà essere riservata agli anziani che « vivano effettivamente da soli »; perché è certo che quasi tutti risulteranno essere nelle condizioni legalmente previste.

Altra è invece la logica, e conseguentemente i valori, di un sistema di previdenza sociale secondo il vecchio schema assicurativo. Anche qui, rispetto alla libertà assoluta dell'individuo di cui all'originaria concezione liberale del '700 (e secondo la quale nessun ostacolo doveva sovrapporsi all'andamento delle cose secondo natura e la varia attitudine degli individui) c'è anche qui, a fini protettivi, coercizione legale. La legge coattivamente impone l'assicurazione in ogni caso il soggetto protetto possa fruire domani, verificandosi un certo evento o una certa situazione, di prestazioni adeguate al minimo vitale. È la coercizione che è inevitabile per un minimo di protezione sociale a favore della generalità, anche per ragioni di ordine pubblico; tanto che cento anni fa, nella Germania guglielmina, questo intervento venne significatamente patrocinato dall'ala più conservatrice.

Ma qui l'intervento ha corso non già in chiave, per così dire, di un diritto innato della persona in quanto tale nei confronti della provvidenza, ma, invece, in termini che rappresentano tangibilmente al soggetto protetto le modalità della protezione; con un forzoso prelievo dalla sua retribuzione di oggi, su quanto è di corrispettivo del suo lavoro, in vista della prestazione di domani. Quando il soggetto viene a richiedere la prestazione, il suo atteggiamento psicologico è profondamente diverso; non chiede in ragione del suo essere, non chiede un'elemosina, ma chiede puntualmente, in termini di diritto autentico, quanto è frutto del risparmio di tutta la vita. Di qui, come ha detto bene Sandulli, l'idea (a ragione fortemente radicata ancor oggi tra i lavoratori dipendenti almeno in senso ideologico) che, in ragione del risparmio coatto, vi sono dei diritti quesiti che il legislatore non può impunemente calpestare o misconoscere. E lasciamo da parte, perché non risolutiva sul piano del discorso qui condotto, la questione prettamente giuridica. Quest'ordine

d'idee, indotto da un sistema irriducibilmente previdenziale, mi pare socialmente apprezzabile. Infatti si risolve nel trasferire, su questo piano, l'apprezzamento positivo delle virtù richieste, secondo la concezione antica, all'individuo; ad es., circa il valore del lavoro anche come risparmio per i bisogni di domani. In un certo senso si riconferma utilmente che il singolo è e deve essere di massima, responsabile del suo destino.

Da questo punto di vista non dovrebbe nemmeno aver senso l'alternativa tra pensione contributiva o retributiva, proprio perché è socialmente discutibile voler alterare la logica di un sistema prettamente assicurativo.

La pensione dovrebbe essere semplicemente la media rappresentativa della posizione contributiva acquisita, secondo valori rivalutati al momento della concessione, e quindi, in ultima istanza, una media rappresentativa dell'intera carriera lavorativa nella vita. In questo senso ognuno dovrebbe avere la media rappresentativa della posizione contributiva acquisita, secondo valori rivalutati al momento della concessione, e quindi, in ultima istanza, una media rappresentativa dell'intera carriera lavorativa nella vita. In questo senso ognuno dovrebbe avere la sua pensione, ogni pensione dovrebbe essere diversa. Evitandosi, in particolare (proprio in ragione delle più recenti innovazioni) che la posizione di lavoro, e quindi quella previdenziale, sia artificialmente alterata, secondo una pratica sostanzialmente frodatoria, negli ultimi anni, allo scopo unico di beneficiare sul piano pensionistico. Certo non si sarebbero disposte queste innovazioni, se si fosse fatto tesoro di quanto già registrato nella pratica del pubblico impiego; dove, tradizionalmente, le promozioni sono spesso disposte alla vigilia del pensionamento, e per un tratto così breve di tempo che non consente alcun utile apporto nella nuova posizione, per questi scopi non commendevoli. Un vecchio amico mi raccontò che, in questa logica, vi fu un primo presidente della cassazione solo per un giorno. Se non ci fosse questa forte spinta prosaica, coniugata invero all'altra insopprimibile dei galloni per i galloni, non avremmo queste degenerazioni; e tanto sarebbe possibile ove fosse chiaro che la promozione apparente giova, ai fini pensionistici, meno di un baiocco. Così come oggi sarebbe interessante, ai fini della riforma, dar corso ad una inchiesta per appurare se è vero o no che da qualche tempo il lavoratore assicurato segna, negli ultimi anni di lavoro, incrementi retributivi e di posizione solo per questa spinta.

Per altro verso, nella logica di un sistema assicurativo, ben potrebbe aversi la gestione esclusivamente sindacale, da parte delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, delle entità preposte alla gestione del sistema.

Ancora una volta per rafforzare tangibilmente l'idea che qui si amministrano capitali dei lavoratori ai medesimi destinati.

Niente si oppone all'unificazione totale, ai fini pensionistici, di tutto il lavoro, privato e pubblico, con un unico ente pensioni (senza scomodare altre più solenni intitolazioni come quelle succedutesi nel passaggio di regime politico); e con la regola universale che tutti possono andare in pensione ad una certa età, non prima: naturalmente essendo utili, presso quell'unico ente, tutti i periodi lavorativi ovunque compiuti. Va eliminato lo « scandalo » dei precoci pensionamenti, delle pensioni baby nel pubblico impiego. Ma anche qui è bene essere chiari, vuoi per sgombrare il terreno dalla parola dispregiativa, scorrettamente adoperata, vuoi per far tesoro di un'altra lezione più in generale. Le distorsioni sono venute dall'applicazione della normativa vigente posta, sia pure irresponsabilmente, dallo Stato, secondo un assetto presente da tempo, ma che ha ingenerato l'esplosione nell'epoca in cui il lavoro pubblico è diventato di massa specialmente per le donne, costantemente in bilico tra il focolare e l'ufficio. Finora la gente ha fatto, del tutto comprensibilmente, i suoi calcoli sulla base di queste diverse normative; soppesando, in ragione delle personali esigenze, vantaggi o svantaggi reciproci della diversa collocazione. E non poteva non avvenire che così. Dopodiché è veramente ameno che l'opinione, e di conseguenza lo Stato (questo Stato, sempre più sprovvisto di eticità), si scandalizzino delle conseguenze registrate e deprecate. Nella sostanza (e prescindendo ancora una volta dalla questione prettamente giuridica sulla spiegazione contrattuale o no del pubblico impiego) è lo Stato che viene meno ai patti e infrange gli impegni. Non è bello che questo avvenga perché, come ebbe a dire una volta Mussolini (ben presto, però, dimentico anch'egli dell'aurea sentenza) la legge è (o dovrebbe essere) la parola d'onore dello Stato. Non è bello, non è civile, che lo Stato venga meno alla sua parola, e l'auspicio è che, in avvenire, una volta adottata finalmente la riforma ritenuta indispensabile, non ci si trovi più nella necessità di porre rimedio ai guai provocati da scelte non lungimiranti.

Ma la regola unificante, razionalmente accettabile, non può essere assoluta, deve tollerare alcune eccezioni obiettivamente giustificate. Vi sono, invero, alcuni lavori particolarmente usuranti nei quali non si può rimanere fino al sessantesimo anno. La pensione dovrebbe essere anticipata, salvo che non sia possibile garantire al soggetto un'occupazione diversa, compatibile con le sue condizioni. L'identificazione di queste particolari situazioni deve essere fatta oculatamente. Resta da risolvere, in modi che non so dire, il problema del soggetto che sia passato, nel corso della sua carriera, dall'uno all'altro lavoro.

Al di là della previdenza, deve esserci l'assistenza. Va garantito in ogni caso (anche a chi non ha avuto la ventura di poter predisporre la tutela previdenziale) il minimo indispensabile. Anche se si giunge sostanzialmente all'elemosina, essa è talora giustificata nei confronti di coloro che, per imperfezione psicofisica congenita o contratta successivamente, non sono stati in grado di lavorare. Qui, lo confesso, a me suona anche innaturale l'uso della parola diritto; perché, per il mio diritto naturale, la parola diritto suppone d'aver titolo ad alcunché o in ragione di una prestazione effettuata o di un sacrificio compiuto. Ma lasciamo da parte questa che sarebbe, anche per le idee confuse che ho in testa, una digressione inutile, con la distinzione che talora mi balugina tra diritti veri e diritti solo artificialmente indotti per mera volontà politica.

Anche qui, sempre per un imperativo di etica sociale, la questione vera attiene alla determinazione della misura dell'intervento assistenziale. Ancora una volta siamo alla contrapposizione dei valori. Sono fermamente convinto della formula « chi non lavora, non mangia » e leggo in questa chiave le previsioni costituzionali, soprattutto il disposto del dovere di attività socialmente utile di cui all'art. 4 cap.; avendo qui la punta massima di dissenso rispetto alla teorizzazione che di quel disposto fece l'illustre collega Federico Mancini. Troverei sommamente ingiusto un intervento astratto della legge di garanzia di un minimo a chiunque sia obiettivamente non in grado di provvedere a se stesso e solo per questo.

A mio avviso la misura dell'intervento dovrebbe anche essere commisurata alle ragioni determinanti dello stato di bisogno; con la possibilità di distinguere tra chi è infelice per natura, tra chi è stato vittima innocente di una disavventura impostasi e chi, invece, ha condotto una vita allegra e scioperata. Come la migliore dottrina ha affermato, se le proposizioni costituzionali debbono avere un senso concreto, l'inosservanza al precetto di svolgere un'attività comunque socialmente utile deve trovare sanzione, operandosi una combinazione con l'art. 38 Cost. L'intervento dovrebbe essere gestito, nel contesto delle indicazioni generali di legge, in modo da poter operare secondo le diverse situazioni cui ho accennato, con diverse commisurazioni. All'indegno può darsi solo lo strettamente indispensabile. La gestione dovrebbe aver corso a livello di quartiere. Non organi collegiali nella logica di spartizione e di compromesso tra le diverse conventicole partitiche (come con i guai emersi nell'amministrazione del servizio sanitario), ma con una sorta di « sceriffo » eletto a suffragio universale, chiamato ad operare, in un ambito ristretto, sotto il peso dell'opinione pubblica locale esattamente informata dei meriti e dei demeriti dei suoi componenti.

Poche considerazioni, infine, sulla questione dell'età pensionabile. Francamente, pur non avendo, in difetto di studio specifico, un'idea precisa, sono perplesso in ordine alla proposta di portare l'età oltre i sessant'anni, malgrado le cose molto interessanti che ieri qui ci ha detto il ministro on. De Micheli. Inclino a ritenere che una persona a sessanta anni, al minimo dopo trent'anni di lavoro e ancor spesso, a livello operaio, dopo quarant'anni e talora più, abbia tutto il diritto di andare a riposo.

Né mi convince, almeno d'istinto, la considerazione che oggi l'età media va, grazie ai progressi della medicina e ai miglioramenti generali, aumentando. Il pensionato fresco non dovrebbe essere ormai un decrepito da trasferire al cronicario, ma una persona ancora in grado di trascorrere in buona salute alcuni anni sereni. Né mi persuade del tutto il rilievo che, in ragione del progresso tecnologico, la fatica è destinata a ridursi ed anche per questo non si giustifica più il pensionamento a sessant'anni, come inizialmente era disposto soprattutto per i lavoratori manuali.

Infatti, se è vero che la fatica in senso brutalmente fisico va riducendosi, è altrettanto vero che, proprio in ragione del progresso tecnologico, è destinata a crescere, per una larga aliquota, la fatica che possiamo dire latamente intellettuale, per lo sforzo incessante di doversi adeguare alle novità continue. Sto leggendo il libro di Forte, *Luigi Einaudi: il mercato e il buongoverno*, Einaudi 1982 e constato che il grande economista (in verità, assai più in generale, maestro di cose sociali) aveva puntualmente registrato, alcuni decenni or sono, questa evoluzione correlativa (p. 19 ss.). D'altro canto, come ho constatato sentendo in giro, la gente non accetta molto quest'idea; non solo per la teorica accampata dei diritti quesiti ma perché, a torto o a ragione, vi ravvisa un espediente forzatamente inventato dalla classe politica per cercare di arginare la bancarotta del sistema. Si dice che si vuol riparare al malgoverno con un atto d'ingiustizia. Se la proposta fosse avvertita in questi termini, ne potrebbero derivare ripercussioni elettorali.

12.

SUI PROGETTI DI RIFORMA DEL SISTEMA PREVIDENZIALE (*)

1. Questa non è propriamente la relazione di tipo tradizionale scientifico ad un convegno, per ragioni vuoi oggettive vuoi soggettive. Nel momento in cui scrivo (prima decade dell'ottobre 1984) dopo aver letto le diverse proposte (nonché quanto si è scritto sulla stampa negli ultimi mesi pro e contro il progetto ministeriale) manca ancora il disegno di legge del governo. Tutto è rinviato all'esito di ulteriori incontri in programma con le forze politiche e sindacali, con la realistica previsione che i nodi centrali in discussione non possano essere sciolti, in tanto contrasto d'interessi, nemmeno nelle prossime settimane. Se poi, per un miracolo, dovesse verificarsi un accordo suscettivo di mettere veramente in moto la macchina parlamentare, le cose che qui fisso forzatamente, per prepararmi bene o male all'incontro cosentino, potranno risultare, ai primi di novembre, largamente superate.

Dal punto di vista soggettivo ho dovuto constatare per più versi, nell'esame del materiale, un grado notevole d'incapacità di lettura, cioè d'ignoranza. Diverse prospettazioni dei progetti di riforma risultano alquanto oscure: ad es., quando si reclama che l'I.N.P.S. debba trasformarsi in una efficiente azienda di servizi, di tipo « manageriale ». Come se la forma giuridica delle entità operative fosse di per sé ostativa della funzionalità; come se non fosse decisiva, al di là della forma, la capacità autentica politico-amministrativa. Riprendendo la famosa battuta di Matteo Pantaleoni sugli economisti (si distinguono in due scuole: quelli che la sanno e quelli che non la sanno), la storia conosce, a prescindere dalla forma e per fattori che vanno ben al di là della mera dimensione giuridico-formale, soprattutto cose che funzionano e cose che non funzionano; di volta in volta influendo l'universo di quel determinato ambiente nazionale, anche per caratteristiche di schiatta e di moralità collettiva.

(*) È la relazione ad un convegno promosso a Cosenza, nei giorni 1-3 novembre 1984, dall'Unione nazionale avvocati degli enti pubblici.

Molte delle previsioni in cantiere si possono spiegare e capire (di norma con lodevolissimi intenti di razionalizzazione e di giustizia), solo nel contesto acquisito, specialmente nell'ultimo ventennio, della nostra farraginosa e complessa legislazione, nel sovrapporsi di centinaia di leggine particolari. È ben noto che è assai difficile trovare, oggi, persone che sappiano veramente non dico dell'intero contesto della previdenza, ma almeno dei suoi grandi comparti; e questo in ragione dell'inestricabile viluppo del materiale normativo. Particolarmente ignoranti sono, di norma, i professori di diritto del lavoro perché, dopo la svolta statutaria del 1970, la loro attenzione si è concentrata sul diritto sindacale o sul diritto del rapporto di lavoro in senso stretto. Io conoscevo, almeno sufficientemente, anche la previdenza, secondo le linee delle fondamentali leggi del passato; dopo il 1970, per il duplice concorrere dello strabocchevole crescere del materiale normativo di settore e della concentrazione dell'attenzione (per la scarsezza di tempo) nella zona non previdenziale, sono divenuto progressivamente sempre più ignorante. E non conoscendo a sufficienza il materiale di riferimento, non sono in grado di capire bene i conati riformistici. La previdenza è poi, com'è noto, ancor oggi la cenerentola dei nostri studi; *anche*, in parte, per grave responsabilità dei cattedratici che hanno imposto ai giovam studiosi di cimentarsi sempre nelle zone non previdenziali, sui temi « centrali » come solitamente si dice, del diritto del lavoro.

Si è rinunciato ad indirizzare a seri contributi in questo settore, dove pur sarebbe stato possibile, almeno per diversi istituti centrali nell'impianto tradizionale, un meritorio approfondimento a livello monografico. Basta scorrere le leggi fondamentali e la letteratura esegetica che ancor oggi domina, per constatare lo spazio per un lungo elenco di monografie possibili. Non abbiamo avuto la ventura di avere un Orlando capace di promuovere un vero trattato organico di diritto previdenziale così come si fece, a cavallo dei due secoli, per il diritto amministrativo. La letteratura stancamente incrementatasi nelle altre zone, su temi spesso fritti e rifritti ed anche meramente di moda, spesso per mero furore ideologico, sovente risulta solo ripetitiva, senza alcuna originalità.

2. Si tratta, quindi, più propriamente, di un *intervento* che vorrebbe essere, nelle intenzioni, meditato, con alcune considerazioni generali e la profonda convinzione che, per una vera (v. *infra*) riforma, è indispensabile cercare di individuare alcune idee-forza, cioè principi, valori ispiranti. Si tratta più precisamente (è doveroso dirlo) dell'intervento di un giurista che, appunto, solo coi principi spesso astratti ha, Carta costituzionale alla mano, dimestichezza; col grande rischio di fare enunciati da

regno dei sogni, da mondo dell'utopia. Specialmente qui, la parola decisiva spetta soprattutto all'economista e all'esperto di cose finanziarie e di bilancio; e, in ultima istanza, al politico. Infatti il problema della riforma si pone urgentemente perché, com'è noto, il sistema attuale è prossimo alla bancarotta; anzi da questo il ministro on. De Michelis trae conforto, nella convinzione, reiteratamente espressa, che non ci si può sottrarre all'imperativo. Come ha detto ottimamente il presidente Ravenna, « ... costruzioni anche teoricamente valide debbono necessariamente essere verificate sotto l'aspetto della loro concreta praticabilità » (in *Sistema previdenza*, n. 28 del 1984). Come giurista cerco di dire, certo guardando alla realtà, quale dovrebbe essere, secondo razionalità, il sistema; vedano gli altri esperti se le indicazioni siano praticabili.

Più concretamente farò alcune constatazioni, parziali, su quanto è avvenuto finora; dirò alcune cose sui progetti innovativi in circolazione; farò alcuni rilievi di principio e di merito.

3. Non mi nascondo dietro un dito. Sul problema ho, di massima, una convinta scelta ideologica, espressa anche di recente (v. *Previdenza ed assistenza sociale*, in *Lav. e prev. oggi*, 1984, 1305). La Costituzione della repubblica (art. 38) opportunamente distingue tra la previdenza, riservata ai lavoratori subordinati, e l'assistenza dovuta a chiunque ne sia bisognoso. E se niente si oppone, sul piano dell'ottimo sociale, ad uno sviluppo integrale della sicurezza sociale, per una tutela garantita a tutti e a tutte le categorie, questo è possibile solo in quanto (ed in termini della massima effettività possibile) in primo luogo sia garantita la previdenza secondo il modello tradizionale a coloro che sono propriamente lavoratori subordinati (v., da ultimo, Simi, in *Infortuni*, 1984, 1).

Ma qui ormai, almeno in linea di principio, si sfondano porte aperte. Nella concreta esperienza dell'ultimo ventennio repubblicano, nel tentativo di passare dal tradizionale assetto previdenziale al piano più ambizioso della sicurezza sociale, ci si è allontanati dall'indicazione costituzionale sopra riepilogata (inderogabilità ed effettività della previdenza, eventualità della sicurezza) optandosi, per ragioni politiche (v. *infra*), per l'estensione immediata ed incontrollata della sicurezza, con trattamenti poi spesso di scarsa consistenza e per qualche verso *in danno dei lavoratori subordinati*. Ciò ha in gran parte determinato il pericolo di bancarotta e oggi la distinzione — necessaria — è sulla bocca di tutti e da tutti invocata. Questa è la posizione ufficiale dell'I.N.P.S., del massimo ente a gestione sindacale. Nello stesso senso è, significatamente, la proposta comunista nella cui relazione si riprendono gli inequivocabili lavori preparatori della Carta.

Nello stesso senso è il recente, drammatico rapporto del Censis (v. in *Lav. e prev. oggi*, 1984, 1474).

Per altro verso occorre, a mio avviso, ulteriormente riflettere sulla esatta portata dei principi costituzionali. Nell'art. 38 non c'è solo la netta differenza tra previdenza ed assistenza; c'è anche l'ulteriore indicazione che il sistema previdenziale deve garantire, in particolare per la vecchiaia, « mezzi *adeguati* alle loro esigenze di vita ». Ciò significa che all'*ex* lavoratore in quiescenza non deve essere semplicemente garantita una pensione purchessia, sibbene una pensione che (pur non essendo meccanicamente ragguagliata o all'ultima retribuzione percepita in servizio o ad una media retributiva convenzionalmente determinata) sia però latamente ragguagliata alla complessiva posizione acquisita nella vita lavorativa. La Costituzione anche qui non è egualitaria e c'è, al contrario, coerenza tra il principio dettato in tema di retribuzione (quivi tenendosi conto anche della diversa qualità del lavoro) e l'esigenza di adeguatezza in materia pensionistica. E se non è né giusto né possibile né opportuno (per i giuochetti che la soluzione consente, v. *infra*) che la misura della prestazione pensionistica sia ragguagliata all'ultima retribuzione o ad una media convenzionale dell'ultimo periodo, è peraltro inevitabile che chi concluda la carriera al massimo livello retributivo abbia un trattamento superiore rispetto a chi non ha avuto la ventura di poter ascendere.

La mia idea, razionalizzatrice, semplice e forse semplicistica è che la pensione dovrebbe essere rapportata alla media retributiva dell'intera carriera di lavoro, naturalmente tenendosi conto del salario del passato con rivalutazione ai valori correnti per quella posizione di lavoro al momento del pensionamento. Tutte le retribuzioni acquisite, a qualsiasi livello, dovrebbero poter contare; per ogni giorno che lavori metti idealmente qualcosa da parte per domani.

L'importante, soprattutto dal punto di vista dell'etica sociale, è che i lavoratori abbiano tangibilmente l'idea che la pensione è il risultato effettivamente *dovuto* del loro lavoro, senza alcuna provvidenza di sorta, tramite il tradizionale congegno dell'assicurazione obbligatoria. Questo, robustamente, sul piano del *diritto soggettivo* nel senso proprio ed augusto del termine, in una società di uomini liberi. Non si chiede l'elemosina a nessuno, non vogliamo alcuna solidarietà, vogliamo quello che è nostro, in ragione del nostro lavoro. Mi permetto di ripetere quanto ho scritto di recente per il dibattito riminese, promosso dall'associazione giuslavorista, sulla relazione del prof. Persiani:

« Per intendere veramente quale sia la portata dell'alternativa previdenza-sicurezza in termini di civiltà, o di condizione umana, è bene

rappresentarsi quale sia il risultato ultimo del secondo corno; è bene dirci, senza infingimenti, dove andremmo a finire ».

Sul punto la relazione di Persiani è stata di esemplare chiarezza.

C'è, a 18, una frase che mi fa rabbrividire: la qualità e la misura degli interventi « ... dipendono esclusivamente dall'esistenza di situazioni di fatto definite dal legislatore sulla base di valutazioni politiche ». All'insegna dell'ideologismo, in senso deteriore, della sicurezza « dalla culla alla tomba », saremmo irrimediabilmente nelle mani della classe dominante nell'attuale società, cioè della classe politica parassitaria, del Moloch o del Grande Fratello. Giorno dopo giorno i politici potrebbero insindacabilmente decidere di quanto può disporre la gente secondo il modello di vita deciso dai medesimi governanti. La contrapposizione, quindi, non è tecnica, non è in termini (come spesso sembra, dando falsamente come scontati obiettivi universalmente accettati) di mera maggiore funzionalità o no; è di civiltà, di valori, di modi elementari di concepire l'uomo nella società. È la contrapposizione eterna, di base, tra liberalismo e socialismo, tra la concezione dell'uomo libero liberamente federato con gli altri e la concezione organicistica dell'uomo mera molecola dipendente dal tutto. La mia scelta è nettamente nel primo senso: anche per la profonda convinzione che la soluzione socialistica porta irrimediabilmente in sé le ragioni della sua sconfitta. Educando l'uomo ad essere pecora nelle mani di una provvidenza esterna, senza più margini concreti di autoresponsabilità e quindi di rischio, si induce inevitabilmente alla pratica frodatoria di massa al di là delle buone intenzioni dei governanti. Se si instilla nella gente l'idea che qualcuno paga, non si sa bene con i soldi di chi, la gente corre all'abuso, all'inganno, alla frode.

4. Come ho detto, la Costituzione non impone, ma nemmeno vieta l'adozione di un sistema generalizzato di sicurezza sociale.

Ben avrebbe potuto, quindi, la classe politica procedere alle estensioni che si sono volute, senza attenuare la priorità della previdenza in senso proprio, purché questo fosse avvenuto in forme corrette di predisposizione finanziaria. Niente avrebbe impedito di preordinare il sistema protettivo anche per i non lavoratori subordinati, dandovi corso con la necessaria gradualità, predisponendo i mezzi per assicurare, nel giro temporale necessario, prestazioni adeguate. Negli anni delle vacche grasse, quando tutto tirava per il miracolo, ci si è allontanati, invece, da questo modello. Le prestazioni sono state garantite nell'immediatezza mobilitando solo in parte le risorse delle categorie, in larga misura attingendo e alla pubblica finanza e ai fondi dei lavoratori dipendenti. Come si constata nella relazione alla proposta comunista, si è avuta « ...

l'erogazione di prestazioni assistenziali sostenute dai soli lavoratori dipendenti del settore privato anche a favore di chi non ne ha bisogno ».

In particolare va ricordato l'intervento a favore dei coltivatori diretti nell'agricoltura. Sia ben chiaro che non ho niente contro questa categoria, certo spesso socialmente svantaggiata; al contrario sono assai sensibile, per le mie origini contadine, alle condizioni generali di vita nelle campagne. Ma basta guardarsi intorno specie nelle zone collinari e della montagna, per rendersi conto di come si siano tradotte nei fatti queste provvidenze, oltre tutto congegnate sui dati catastali ancora del 1939, di quando eravamo ancora un Paese prevalentemente agricolo. Non può certo dirsi che questo intervento sia servito a provocare i necessari mutamenti strutturali e nella forza lavoro nella zona residua delle effettive capacità agricole in un Paese industrializzato. Il podere solo formalmente non viene abbandonato, ma la manodopera giovanile va all'industria; nella casa si abita risparmiando l'affitto e vi restano i vecchi che curano di norma, con la loro degradata capacità di lavoro, solo l'orto (sempre meglio del totale abbandono con trasferimento altrove). Si tratta, in pratica, di una tutela destinata largamente di fatto ad operare *a termine*, fin quando i vecchi non saranno scomparsi. Niente si è fatto per favorire invece (dando per scontato l'inevitabile, prevalente inurbamento) l'insorgere di nuove unità produttive possibili ed efficienti per dimensione; al limite costituendo (come sostenni circa vent'anni or sono su *Critica sociale*, anche per contenere il progressivo inselvatichimento del territorio in una terra che fu già un giardino) una grande azienda agricola-forestale di Stato occupante una discreta aliquota di lavoratori. Nella lunga prospettiva sarebbe stato augurabile non contentarsi dell'intervento spicciolo nell'immediatezza, ma cercare di risolvere a fondo nell'interesse generale.

5. Nelle grandi linee, il processo verso la sicurezza sociale generalizzata è peraltro comprensibile. Esso affonda le sue radici nella crescente e totalizzante *proletarizzazione* della società a tutti i livelli. Nella situazione in cui il patrimonio è sempre meno garantito e in cui sempre più dubbie sono le possibilità di utile impiego del risparmio (chi pensa veramente di garantirsi comprando case e poderi?), a nessuno è più dato di poter vivere di rendita, come si legge nei racconti di Maupassant. Come disse un sociologo francese, e come non cesso mai di ricordare, andiamo verso una società universalmente salariata a diversi livelli: salariati di direzione (dirigenti), salariati d'amministrazione (impiegati), salariati della produzione (operai). Le uniche garanzie restano il posto (soprattutto nel settore pubblico) e la pensione.

Il tutto è in apparente contraddizione col processo di diffusione della ricchezza a livello di massa. Anzi, ragionando su questa apparenza, si potrebbe anche dire che questo processo verso la maggiore previdenza e verso la sicurezza è fuori dei tempi.

Provvidenze che erano sicuramente sacrosante un tempo, nella miseria generalizzata, parrebbero meno giustificate oggi. Il maggior benessere dovrebbe indurre a provvedere spontaneamente, magari per via assicurativa, ai bisogni di domani. Queste provvidenze, invece, giocano anche in senso ostativo a movimenti che altrimenti sarebbero, nel mercato, spontanei, inducendo, ad es., il disoccupato a prendere l'occupazione deteriore che gli viene offerta (v., ad es., e da ultimo M. e R. Friedman, *La tirannia dello* status quo, Longanesi, 1984, 115). La tutela spinge, per altro verso, al generalmente deprecato consumismo (se qualcuno mi dà i soldi per un certo bisogno, impiego altrimenti quelli che ho).

Ho, però, qualche dubbio sulle correnti raffigurazioni della crescente ricchezza di massa. Il denaro, a differenza di quanto avveniva nell'economia agricola di un tempo, circola, tutti ne dispongono in misura maggiore, tutti possiamo avere relativamente maggior copia dei beni di vita, magari automobili, barche, ecc.

Ma non è per questa maggiore disponibilità materiale che la ricchezza, quella vera rispetto ai bisogni essenziali della vita, è cresciuta a livello di massa. Per analogia con quanto Croce disse della libertà, non esiste la ricchezza in sé, ma le ricchezze, la possibilità in concreto di poter disporre con facilità di quei determinati e ben individuati beni. Si è ricchi quando ci è consentito di procurarsi con facilità la collaborazione altrui, la forza lavoro. In quest'ordine d'idee, alla possibilità di massa di procurarsi certi beni, si è nel contempo accompagnato un impoverimento del ceto medio di un tempo, di prevalente collocazione agraria. Queste persone non avevano l'automobile, non viaggiavano, non avevano molti dei beni oggi correnti; ma, nel rapporto tra povertà diffusa e relativa agiatezza privilegiata (dove il privilegio consentiva, e non era poco, di poter mangiare sempre con una certa varietà, di poter vestire decentemente, di poter far studiare i figli, di poter affrontare spese sanitarie senza dissipazioni di sorta, anzi con estrema parsimonia quotidiana), potevano contare, sol dando da mangiare, su personale di servizio giorno dopo giorno e per l'assistenza ai bambini, ai vecchi e ai malati. Oggi, finché si è giovani e forti, con un buon impiego, si può fare una vita varia ed anche allegra; ma guai ai vecchi e ai malati, quando anche con le sole alte pensioni il problema può diventare, come risulta dalla cronaca di tutti i giorni, drammatico. Ho l'impressione che proprio nel benefico

miglioramento delle condizioni generali, si accompagni un processo di arretramento per diversi ceti. Oggi, per essere veramente ricchi nel senso indicato, è necessario essere sempre più ricchi.

6. Sulla particolare vicenda italiana, nel contrasto tra le fondamentali forze politiche, circola, com'è noto, una specifica spiegazione della singola tecnica seguita ai fini dell'estensione della protezione oltre il lavoro subordinato. Se ne addossa la responsabilità al partito che, almeno fino alle recenti elezioni europee, aveva la maggioranza relativa e che ha avuto predominanti responsabilità di governo dal 1948 in poi. Con questo assunto si coglie largamente nel segno. Certamente la Democrazia cristiana ha avuto il massimo interesse elettoralistico a tale estensione, per legare i ceti sociali interessati. Ma questa è una spiegazione parziale e i partiti che lanciano l'accusa non possono decentemente farlo in onestà di posizione. A quanto mi consta, infatti, mai i parlamentari della sinistra storica si sono opposti a questo peculiare processo estensivo; neppure quando ne avrebbero fatto, almeno parzialmente, le spese i lavoratori subordinati. Tutte le forze politiche sono state al giuoco elettoralistico; ogni partito essendo interessato a dimostrare l'operoso consenso. Si tratta, nella sostanza, di partiti di massa « pigliatutto »; essi non possono deludere alcun ceto di pur minima consistenza. Fra questi partiti (sociologicamente frazioni dell'unica classe dominante, cioè dell'aristocrazia politica parassitaria) si giuoca solo la partita del potere o della partecipazione al potere e tutti i voti a tal fine, comunque motivati o pervenuti, sono buoni. Meraviglia invece che, al di là del mugugno, non si sia mai manifestata l'opposizione operosa della classe lavoratrice danneggiata, in particolare della classe operaia; certo perché essa è, per particolare contesto storico e per tradizione, assai sensibile alla dimensione ideologica nell'interesse generale partitamente ritenuto. Cosicché, per questo verso, il comportamento sociale di massa giuoca in senso nobile.

7. Ma deve anche dirsi che i sacrifici (tecnicamente le deroghe al modello strettamente assicurativo) non sono stati, e non sono, di direzione univoca, tutti venendo variamente chiamati a dare qualcosa per tenere in piedi la baracca. Negli ultimi tempi, all'insegna del perseguito egualitarismo ora ufficialmente sconfessato, è stato introdotto, ai fini pensionistici, il c.d. « tetto pensionistico »: la contribuzione è dovuta su tutta la retribuzione, ma, ai fini della prestazione, non si può andare oltre un certo limite. La lesione delle posizioni professionalmente più elevate

ha determinato la protesta che negli ultimi tempi ha sollevato parte del mondo del lavoro contro il sindacalismo ufficiale.

Il tutto, naturalmente, all'insegna della doverosa solidarietà che i privilegiati dovrebbero ai meno privilegiati; secondo un'ideologia che, argomentando dall'art. 2 Cost., ha avuto reiterate manifestazioni anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Ma per dar corso alla solidarietà, la Costituzione indica la via diritta dell'obbligo tributario commisurato alla diversa capacità contributiva (art. 53). Il trasferimento dell'idea all'interno della logica del sistema previdenziale con alterazione della logica pura e salutare dell'assicurazione è, invece, pericoloso ed esiziale; e con la bancarotta incombente si è cominciato a capirlo. Questa ideologia consente un giuoco complessivamente disonesto. Il soggetto ritenuto socialmente avvantaggiato è considerato tale, reiteratamente e per ennesime volte, a tutti i fini. Sarebbe infinitamente più semplice, lineare, controllabile *prima facie* da parte di tutti, tener conto del vantaggio sociale unicamente sul piano tributario, con conseguente diretto impegno dello Stato ai fini assistenziali; garantendo viceversa, per il resto, la logica assicurativa. Un siffatto sistema di netta separazione cospirerebbe all'obiettivo essenziale della buona amministrazione, soprattutto contabile.

Ma l'ideologia persiste. Nei diversi progetti di riforma sono costantemente previsti questi contributi di solidarietà. Nella presentazione giornalistica della proposta liberale (v. *Il Giornale* del 20 settembre 1984) si legge che non sfugge ai presentatori il carattere di imposta generalizzata, e come tale sospetta di incostituzionalità, di queste contribuzioni; con l'auspicio che, tuttavia, le categorie interessate ingollino il boccone! Della incostituzionalità di tali previsioni sono fermamente convinto, sol perché in nessuna parte della Costituzione sta scritto che una categoria debba pagare direttamente a pro di altra, solo dovendosi pagare allo Stato secondo capacità contributiva e incombendo allo Stato medesimo l'onere di utilizzare la ricchezza così sottratta nel modo socialmente più illuminato.

8. Il progetto presentato in diverse successive versioni parziali dal ministro ha determinato finora vive opposizioni tra le categorie e all'interno della stessa compagine governativa; basta scorrere le nutrite cronache giornalistiche degli ultimi mesi. Tutti coloro che oggi hanno un trattamento migliorativo o che fanno capo ad enti o fondi particolari, sono in ebollizione; paventano o il passaggio all'I.N.P.S. o la prevista « omogeneizzazione » delle regole. Questa è considerata, infatti, come il primo passo del definitivo passaggio all'I.N.P.S. (v. Zangari, in *Corriere*

della Sera del 27 settembre 1984, 14). Qualcuno ha anche cercato di dimostrare come sarebbe di gran lunga più conveniente e sicuro dar corso, per la protezione pensionistica, all'assicurazione privata (v. Buffa, in *Il Giornale* del 7 settembre 1984, 6). Si è messo in rilievo che con essa si sa quello che si paga e quello che si riceverà, « ... mentre in una gestione pubblica... i risultati finali potrebbero essere compromessi — oltre che da cattiva gestione — da orientamenti demagogici del governo, o da esigenze di cassa dell'I.N.P.S. erogante, o da decisioni del consiglio di amministrazione il quale, proprio perché è costituito a maggioranza confederale, potrebbe favorire alcune categorie a danno di altre ».

La reazione è, almeno nell'immediatezza, del tutto comprensibile. Se non vi fossero stati i guasti dell'ideologia egualitaria e solidaristica, se non fosse diventato di pubblico dominio il dissesto del nostro massimo ente previdenziale, se la classe politica potesse convincere in base ai precedenti della serietà dei suoi intenti, non avremmo questo diffuso timore; anche perché non c'è molto da fidarsi di gente che ha recitato l'autocritica solo dopo che ha visto la gente in piazza, come è avvenuto col movimento dei quadri e dei tecnici. È questione di credibilità, invero scarsa, della classe politica complessivamente intesa e dello Stato in quanto tale. Il moto di rivolta del contribuente contro il disservizio pubblico ha avuto ancora più cospicue manifestazioni in democrazie assai più mature e talora ha indotto ad una salutare svolta politica contro le degenerazioni dello Stato assistenziale.

All'opposizione dei « privilegiati » si è aggiunta, da ultimo, anche quella del sindacalismo generale ufficiale, almeno su punti specifici. Come ha detto Pedone (v. *Corriere della Sera* del 27 settembre 1984, 14), la riforma sarà possibile solo togliendo qualcosa rispetto alle posizioni acquisite e riducendo in parte la protezione per l'avvenire; con la realistica conclusione che, in realtà, la riforma non la vuole nessuno.

9. Vediamo nelle grandi linee, e sul filo del discorso qui condotto, le diverse proposte di legge. Quelle di origine parlamentare danno, ad una prima superficiale lettura, l'impressione di essere sostanzialmente eguali, essendo tutte caratterizzate, in larga misura, dal comune interesse elettorale di non deludere alcun ceto. Tutte si dicono almeno formalmente rispettose dei diritti quesiti, ancora una volta perché nessuno osa perdere voti e tutti, più o meno, sono anche partiti di pensionati. La tesi del necessario rispetto di questi diritti, invero giuridicamente dubbia, è tuttavia idea operante nella pubblica opinione e nella classe politica, quindi, per dirla con il linguaggio della Corte costituzionale, « diritto vivente ». Significativamente si insiste, specie da parte comunista, sul

necessario gradualismo delle innovazioni verso il traguardo finale di un più lontano futuro; in tal senso si veda la relazione alla proposta di quel partito. Si rimprovera al ministro di essere partito con la mano troppo pesante, minacciando « fondamentali legittime aspettive » (così l'esperto della C.G.I.L. Bellina, in *Rass. sind.*, n. 33 del 14 settembre 1984, 9), determinando un fronte talmente compatto di opposizioni da porre in pericolo la riforma. Nello stesso senso si è espressa l'on. Lodi (*ivi*, 10). La posizione ufficiale della confederazione è per la ricerca del massimo consenso (*ivi*, 42).

In questa situazione è assai dubbio che, almeno per il momento e almeno fin quando, come dice l'on. De Michelis, la crisi dell'I.N.P.S. non sarà incontenibile, la riforma possa venire. Dirò di più: ammesso che alla fine una legge purchessia venga partorita, poiché essa sarà in ogni caso il risultato di un faticoso compromesso (con formule che, come l'esperienza ormai insegna, costituiranno tecnicamente dei rompicapo), è altrettanto dubbio che possa parlarsi veramente di riforma. Almeno per me, per quanti sono legati ai valori dell'illuminismo razionalizzante, l'idea di riforma non è quella di una innovazione qualsiasi, ma di un cambiamento nel progresso, nel miglioramento effettivo: la riforma è la manifestazione del progresso. Se ne può dubitare. Una riforma di questo tipo esige l'adozione di idee-forza chiare e lineari, di scelte risolutive; donde viene fuori poi il beneficio di una legislazione chiara. Ma questi non sono, nell'incerta situazione politica, tempi di riforma, bensì di pateracchio.

10. In un disegno razionale, converrebbe separare del tutto, istituzionalmente e normativamente, il sistema protettivo del lavoro dipendente e no, per tener conto della diversità sostanziale delle situazioni di base e per sollecitare l'autoresponsabilità delle categorie, soprattutto in termini di corrispondenza tra la contribuzione e le prestazioni. Le varie proposte contengono diverse novità apprezzabili per la tutela degli autonomi, specie ove ci si propone di ragguagliare la contribuzione al reddito effettivo.

Viceversa niente dovrebbe ostare, di massima, all'unificazione di tutto il lavoro dipendente al quale qui presto attenzione nell'ottica tradizionale del giuslavorista. Non c'è alcuna ragione di tenere separati, ai fini pensionistici, il lavoro privato e quello pubblico. Ma qui si incontrano fiere resistenze da parte dei pubblici sia in ragione della diversa età di pensionamento al minimo sia per i più favorevoli criteri di determinazione della pensione, di massima ragguagliata all'ultima retribuzione. E si oppone ancora una volta la teoria dei diritti quesiti, a

proposito della quale occorre essere estremamente chiari. Certo non è molto civile che lo Stato si rimangi la parola data e sulla quale la gente ha comprensibilmente regolato i suoi affari; perché, come disse Mussolini (poi largamente razzolando male), la legge è la parola d'onore dello Stato al cittadino. Ma se è vero che l'ideologia dei diritti quesiti è, come ho detto, « diritto vivente » nella nostra situazione, è altrettanto vero che la medesima è giuridicamente infondata. Con questa teorica non si fanno vere riforme. È semplicemente assurdo che lo Stato non possa rimediare ai suoi errori per cercare di perseguire il meglio.

Più precisamente, a mio avviso, l'obiettivo finale dovrebbe essere quello di eliminare il pensionamento nel P.I. come istituto specifico. Lo Stato e gli enti pubblici dovrebbero essere obbligati al pari dei privati datori di lavoro, a predisporre la posizione assicurativa dei loro dipendenti presso l'unico ente gestore della previdenza, con l'obbligo di questo di erogare la prestazione, nella sussistenza dei requisiti assicurativi e contributivi richiesti, quale che sia stato il settore di svolgimento dell'attività lavorativa; in linea di massima (v. *infra*) con regole uniformi, in ordine all'età di pensionamento e in ordine ai criteri di liquidazione della pensione. Vi sarebbe un arretramento, per i pubblici, rispetto alle posizioni ora acquisite. Ma anche un vantaggio rispetto alla situazione attuale, apprezzabile sul piano della mobilità del lavoro. L'impiegato pubblico non sarebbe costretto a rimanere in servizio fino ai fatidici 19 anni, sei mesi e un giorno per non perdere la pensione sia pure minima, in quanto ogni periodo, pur esiguo, di servizio conterebbe ai fini della protezione previdenziale unificata.

Si pone allora il problema dei diversi fondi (uso un'espressione del tutto generica) autonomi nei confronti dell'I.N.P.S. Abbiamo, come è noto, una situazione varia e complessa, di non agevole schematizzazione nelle trattazioni, in una situazione complessiva di vera e propria giungla. Fondi speciali dell'ente previdenziale maggiore, fondi speciali esonerativi, fondi o enti autonomi specie per particolari categorie (in ispecie dirigenti e giornalisti). Si tratta, in realtà, di situazioni assai diverse che non possono essere poste sullo stesso piano; anche se tutte, allo stato, sono accomunate come generatrici delle vivaci resistenze ai propositi innovativi. Queste resistenze sono, allo stato, largamente comprensibili. Posto che il conato riformistico trae origine dalla situazione falllimentare dell'I.N.P.S., queste categorie temono di essere in realtà trascinate nella crisi generale. E la gente si chiede perché mai la pretesa riforma dovrebbe prendere avvio mettendo in pericolo situazioni attualmente sane come, ad es., quelle dei piloti (v., ad es., Annibaldi, in *La Repubblica* dell'11 agosto 1984; Cacciafesta, in *Il Giornale* del 7 settembre: « ...

pensare ora di esautorarli a favore di chi ha saputo accumulare soltanto debiti, è davvero un bel modo di far tesoro dell'esperienza »). Potendosi constatare, inoltre, che finora questi fondi non hanno gravato sul bilancio pubblico, come si nota nel recente rapporto Censis; quivi tuttavia legistrandosi anche che talune tutele preferenziali (gas, telefoni) comportano maggiori costi del lavoro che si scaricano inevitabilmente sulla collettività (da sempre i lavoratori dei servizi pubblici hanno avuto trattamenti migliorativi perché sono in grado di colpire, con l'astensione dal lavoro, la generalità).

Al di là delle ragioni politiche spendibili nella contingenza (proprio per il diffuso timore di finire sotto il dominio incontrollabile del Moloch politico senza alcuna garanzia, e salvo quanto dirò poco oltre in ordine alla specificità di talune situazioni di lavoro) ancora una volta l'ispirazione razionalizzatrice della riforma dovrebbe comportare l'eliminazione di questa giungla. Lo si riconosce, del resto, anche da parte del vicepresidente, di designazione imprenditoriale, dell'I.N.P.S.; il dott. Mirone ha infatti dichiarato (v. *Corriere della Sera* del 7 ottobre 1984), che è necessario « ridurre l'area oggi per la verità eccessivamente vasta di fondi e gestioni differenziate ».

La risposta ufficiale a queste preoccupazioni ed opposizioni è quella, talora formalmente delineata nelle proposte, che, in una visione veramente liberale ed in appagamento di tutte le esigenze, il sistema complessivo ben potrebbe articolarsi in diversi stadi.

Come ha ribadito il ministro in una recente intervista (v. *La Repubblica* del 3 ottobre 1984, 3), oltre l'assistenza minima di Stato, oltre la soglia minima previdenziale eguale per tutti, ben può esservi, per liberi sviluppi sul piano della contrattazione collettiva, la previdenza integrativa migliorativa ed in ultima istanza la gente può fare ulteriormente ricorso all'assicurazione privata. Si discute, poi, se la previdenza integrativa debba aver corso col solo concorso finanziario delle categorie interessate o anche con la contribuzione dei datori di lavoro; circolando l'idea che anche questa ulteriore previdenza potrebbe essere obbligatoria per le parti del rapporto di lavoro, appunto per il vincolo derivante dal contratto collettivo. Grosso modo questa è anche la risposta che si oppone a quanti lamentano il « tetto »: nella zona dell'ulteriore retribuzione ricca considerata ai fini della soglia minima della previdenza obbligatoria per tutti, ben può la gente adoperarsi per la previdenza integrativa.

Rispetto a questa corrente prospettazione, il punto essenziale, sul quale è auspicabile che si abbiano idee chiare, mi pare diverso. Ovviamente non c'è alcun ostacolo agli eventuali sviluppi dell'assicurazione

privata e nemmeno per la via dell'attuale contrattazione collettiva di diritto comune, con obblighi liberamente assunti, su questo piano, dalle categorie imprenditoriali in quanto sindacalmente affiliate. Più dubbia è l'idea, che pure circola, della previdenza integrativa obbligatoria per contratto collettivo; perché, in sostanza, dovremmo avere una contrattazione collettiva generalmente obbligatoria *in parte qua*, il che è assai problematico nella situazione di mancata attuazione dell'art. 39 Cost.

Quanto meno dovremmo dar corso, *ai fini*, a questa attuazione; non essendo pensabile che i sindacati accettino questa soluzione.

A meno che non abbia successo il ripensamento in ordine alla necessità del sindacato « istituzionale », di cui si è fatto di recente patrocinatore il segretario dell'U.I.L., Walter Galbusera (v. *Il Sole 24 Ore* del 2 ottobre 1984, 11). In realtà non c'è alcun bisogno che la legge si pronunci su questi possibili e liberi sviluppi che avranno corso se ed in quanto la gente vorrà e con gli strumenti giuridici oggi possibili. Il problema vero, sul piano della legge e quindi dell'intervento inderogabile di Stato, è se sia opportuno socialmente consentire la costituzione di fondi, integrativi o sostitutivi dell'assicurazione generale, in pratica vincolanti per determinate categorie ed aree. La costituzione di fondi particolari, ovviamente migliorativi rispetto alla previdenza generale, costituisce un grave ostacolo alla mobilità del lavoro. Nella valutazione negativa di questa indicazione concordo, pertanto, con la proposta comunista. È desiderabile che il sistema, garantendo la unicità previdenziale, tolga dal calcolo della gente la necessità di tener conto di diversi regimi nel momento in cui si prospetta la possibilità di occupazione in altro settore. Se vogliamo che la gente possa tranquillamente passare dal settore pubblico a quello privato e viceversa senza preoccupazioni previdenziali, nella stessa logica la legge non dovrebbe favorire previdenze particolari di categoria. La legge non può, per principi generali, inibire; ma è bene che non favorisca.

Problema più serio, del quale si fa solitamente riserva, è quello della specificità di talune posizioni lavorative rispetto alle quali si dice non sarebbe giusto ricondurre tutto ad una regola unica per quanto attiene all'età del pensionamento. Cito alla rinfusa. Si ricorda che oggi i magistrati vanno in pensione a settant'anni e gli universitari, almeno quelli più stagionati, anche a settantacinque. All'inverso gli appartenenti ai corpi armati vanno in pensione assai presto, in quanto, nell'attuale contesto, si tiene conto della precoce inidoneità a queste specifiche attività nelle quali c'è bisogno di ricambio di energie fisiche fresche.

Egualmente i piloti sono collocati a riposo in età relativamente giovane e per analoghe esigenze di piena prestanza. Già oggi, del resto,

nel settore privato, i minatori sono pensionati in anticipo e le diverse proposte prevedono in genere, in un ordine d'idee comprensibile sempre nell'attuale contesto, anticipazioni per le attività usuranti e per quelle particolarmente usuranti. Senonché nella possibile unificazione del sistema, non c'è ostacolo a che per talune categorie (come per quelle a lavoro intellettuale di livello come i magistrati e i professori) l'età di pensionamento sia più elevata; anche per tener conto talora del ritardato ingresso nel lavoro produttivo in ragione del lungo periodo di apprendimento del mestiere. Ma se venisse meno la regola dell'aggancio all'ultima retribuzione e si tenesse conto, ai fini della determinazione della pensione, della media retributivo-contributiva nell'intero arco della vita lavorativa, la questione si presenterebbe in pratica in termini diversi anche per queste categorie. Ancora diverse le situazioni per le quali c'è, nello specifico lavoro, l'esigenza opposta di anticipazione. Ma, in un sistema razionale unificato, non deve di necessità corrispondere all'inibizione di particolari lavori ad una certa età la corresponsione della pensione. La questione dovrebbe risolversi non sul piano pensionistico, ma nella regolamentazione del rapporto d'impiego; perché mai, ad es., l'azienda Stato non dovrebbe essere organizzata in modo da assicurare il passaggio degli *ex* carabinieri ad un lavoro burocratico di ufficio? Di massima, quindi, l'età normale di pensionamento potrebbe essere eguale per tutti; quanto meno l'erogazione anticipata della pensione potrebbe essere condizionata all'accertata impossibilità di altro lavoro. E non consta, ad es., che i piloti dopo il pensionamento vivano di rendita. Il problema dovrebbe essere attentamente studiato, ma credo non scartabile *a priori* l'ipotesi qui delineata. Al limite, posta l'età normale di pensionamento a 60 o a 65 anni, in ogni caso la pensione dovrebbe essere erogata in ragione della posizione contributiva acquisita anche se in periodo non prossimo.

11. Ai propositi di unificazione si oppone, nella polemica, l'idea *pluralistica*. Da varie parti si sostiene che è preferibile il pluralismo degli enti e la diversità delle regolamentazioni. In tal senso si è pronunciato, da ultimo, l'on. Forte (v. *La voglia matta*, in *Il Giornale* del 10 ottobre 1984). Si dice anche che il pluralismo considerato nel progetto De Michelis è solo apparente come mero, transitorio, pluralismo istituzionale, posto che nei contenuti si impone l'omogeneizzazione della normativa (v. Sterpa, *Quel documento in cassaforte*, in *Il Giornale* del 29 settembre 1984; già Persiani, *Legislazione d'urgenza e prospettive di riforma in materia previdenziale*, in *Dir. lav.*, 1984, 1, 83, n. 7, propone

viceversa, in termini per me oscuri, una sorta di pluralismo « territoriale »).

In svolgimento di questa idea-forza antagonistica, vi sono poi, in talune proposte, delle prospettazioni che variamente suscitano perplessità anche in ordine ai possibili modi concreti di svolgimento. Ad es., secondo la proposta socialdemocratica, la previdenza integrativa potrebbe aver corso a mezzo di entità riconosciute *ex* art. 12 c.c. e quindi con personalità giuridica di diritto privato, con iscrizione a domanda da parte del lavoratore; dettandosi poi una minuta regolamentazione di contenuti, in parte riecheggiante quella progettata per l'assicurazione generale. Ci si può chiedere quale senso abbia la previsione di una possibilità non inibita nell'ordinamento e consentita per diritto comune. Che bisogno c'è della legge, come giustamente si chiede Capo (v. il servizio di Franchetti e Urbano, in *Rass. sind.*, n. 33 del 14 settembre 1984, 10). Egualmente fumosa, a mio avviso, è la proposta democristiana sul punto, leggendosi nella relazione che deve essere « demandata alla libera scelta delle categorie la costituzione di fondi integrativi », a meno che non si ritenga che, nell'assunta temperie di una tendenza liberticida, sia necessario che la legge chiarisca quanto deriva dai principi generali di un ordinamento libero.

Egualmente nebulose sono le indicazioni che risultano dalla proposta liberale. Per l'art. 1 deve essere riconosciuta ai magistrati, ai dirigenti e ad altre categorie la facoltà di optare per la conservazione dei vigenti ordinamenti pensionistici: come, in che forma, con quali modalità? Con una sorta di consultazione referendaria nella categoria? In generale, per l'art. 13, il governo viene delegato — senza specificazione dei principi e criteri direttivi *ex* art. 76 Cost. — ad emanare norme disciplinanti uno specifico procedimento amministrativo per consentire, su domanda di particolari categorie, autonomia previdenziale. Quindi soluzione non aperta a tutte le categorie, ma solo a talune da individuare; come? perché? E poiché, come nella dottrina giussindacalista è acquisito, le categorie non esistono *in rerum natura*, ma si identificano solo per la volontà associativamente o per via di coalizione manifestatasi in un certo contesto, come e in quali termini, attraverso quali consultazioni può aver corso questa possibilità? A parte il rilievo che questa proposta (mi duole dirlo, trattandosi del mio partito) pare inficiata da una profonda contraddizione ideologica e politica. Mentre si inclina nel modo indicato alla pluralistica per determinate categorie, nel contempo si propone il superamento della gestione sindacale per l'I.N.P.A., volendosi tornare alla gestione « di Stato ». Cosicché solo i lavoratori subordinati « comuni » sarebbero costretti all'assicurazione obbligatoria

di base, senza che ne abbiano la gestione le associazioni *naturaliter* esponenziali.

Al di là di queste proposte dubbie ed avveniristiche, il problema concreto mi pare di pura valutazione politica; soprattutto in ordine all'opportunità di conservare o no le particolarità allo stato *esistenti*. Ho già accennato che possono esservi, nell'immediatezza, buone ragioni per la risposta positiva; giacché, se non può esservi una vera riforma con un salto qualitativo effettivo, se non si è in grado di garantire il risanamento del nostro massimo ente previdenziale, la prudenza dovrebbe indurre a non pregiudicare e a non colpire le forme particolari di previdenza che funzionano per determinate categorie. E si tenga conto che, allo stato, queste forme particolari certo politicamente riposano, specie nelle polemiche di oggi, sul consenso di quelle categorie; ma giuridicamente hanno avuto corso proprio in ragione dell'intervento di legge e, per ciò stesso, in forme formalmente « coatte » per le medesime. Infatti la legge è intervenuta a fornire il suo usbergo ad iniziative di per sé incapaci di divenire egemoni *iure privatorum*. Al contrario, una legge generale dovrebbe semmai prevedere, in astratto, eguali possibilità per tutti; programmaticamente rinunciando, così, al vigente sistema pubblico generale di base. Poiché ad un salto di tale qualità le forze politiche non paiono disponibili, si tratta più modestamente, ripeto, di decidere solo dell'esistente o dell'acquisito, in una legge che non sarà di vera riforma, ma solo di aggiustamento nel contesto attuale.

12. Passo ora, in rapida scorsa, alla considerazione di diverse questioni « particolari », in parte ricapitolando cose già dette o accennate. A mio avviso, in una coerente concezione assicurativa ed in parte per il principio costituzionale di adeguatezza dei trattamenti pensionistici in riferimento alla diversa qualità delle posizioni di lavoro, la questione del « tetto » (su cui v. le acute considerazioni di Balandi, *Pensioni, il tetto che scotta*, in *Il Manifesto* del 13 settembre 1984) non si pone; perché si svuota sol che si accolga la tesi della commisurazione della pensione alla media retributivo-contributiva dell'intera vita lavorativa (così, esattamente, Zangari, in *Corriere della Sera* del 27 settembre 1984).

E questo mi pare il punto centrale della riforma. E. Gorrieri (v. *Le pensioni del futuro*, in *La Repubblica* del 10 ottobre 1984) ha messo bene in luce quali siano state le conseguenze socialmente non positive della soluzione c.d. « retributiva » accolta con la legge n. 153 del 1969; favorendosi, ingiustamente, coloro che progrediscono nella carriera lavorativa in danno di chi resta per tutta la vita nelle posizioni meno retribuite. Deve rendersi impossibile, inoltre, la pratica diffusa di incrementare a

fine carriera le retribuzioni al solo fine di migliorare la prospettiva pensionistica; così come, nel pubblico impiego, devono essere impedite promozioni nell'ultimo periodo *ad hoc*. Per altro verso deve sdrammatizzarsi, dal punto di vista previdenziale, il problema per i lavoratori che talora, nello scorcio della loro carriera, debbono accettare, nella crisi dell'impresa, con l'alternativa del licenziamento, il contratto a tempo parziale: la regola della media sarebbe di contenimento del danno pensionistico. Per altro verso mi pare che possa registrarsi qui l'opinione, decisiva, degli esperti non giuristi; ha detto Longo, presidente dell'I.N.A., (v. *Corriere della Sera* del 10 ottobre 1984) che solo questa soluzione può garantire l'equilibrio finanziario del sistema.

13. A mio avviso stranamente in tutte le proposte c'è una lacuna: non si prevede la piena applicabilità, nell'assicurazione per la vecchiaia, del principio di automaticità *ex* art. 2116 c.c. Mi pare che l'effettività del principio costituzionale esiga questo naturale approdo.

14. Una delle questioni più controverse è quella dell'*età di pensionamento* (cfr. V. Trevisi, *Età pensionabile e riforma delle pensioni*, in *Dir. lav.*, 1984, 1, 141). Il ministro per il lavoro, tenendo conto dell'evoluzione demografica in corso, propone che, con gradualità, si arrivi nel 2003 al pensionamento a 65 anni. I sindacati, del tutto comprensibilmente, si oppongono. Si dice che la soluzione pregiudica le possibilità di occupazione dei giovani, si registra la contraddittorietà rispetto alla pratica diffusa del prepensionamento come risposta all'esigenza di diminuire la manodopera occupata. Anche gli imprenditori vedono, ancora comprensibilmente nella loro ottica di volta in volta con esigenze diverse: non bisogna generalizzare, tenendosi invece conto della realtà dei diversi settori (Capo dell'Intersind); occorre tener conto dell'esigenza di ricambio generazionale (Assicredito); si deve aver riguardo ai problemi delle ristrutturazioni aziendali, nonché della necessità di favorire l'occupazione giovanile (Confindustria: v., per queste posizioni, il servizio di Franchetti e Urbano già citato).

Ma andremmo a finire in troppi particolarismi.

Confesso che in un primo momento la mia reazione fu, istintivamente, negativa e in tal senso mi espressi nel precedente intervento già citato. Non mi ha mai sorriso, personalmente, il modello del vecchio intramontabile ed insostituibile, e ho sempre coltivato il sogno di un prolungato *otium* finale. Forse, pensando ai comuni lavoratori, specie a quelli un poco più anziani di me, che hanno fatto in tempo a vivere le pene della guerra e del duro dopoguerra, con tante sofferenze e ristrettezze, ho avvertito nel fondo un bisogno di pietà per queste generazioni

più disgraziate. Ma debbo arrendermi innanzi alle considerazioni, decisive (v. n. 2), degli studiosi non giuristi. Pare che il boccone amaro si debba ingoiare se vogliamo evitare la bancarotta. Con la necessaria gradualità se possibile. Consentendo, se possibile, l'opzione della gente per una pensione ridotta anticipata.

15. C'è, sempre in punto d'età di pensionamento, il particolare problema della *donna*. La proposta di piena equiparazione all'uomo è respinta, ad es., dai comunisti e dalla C.G.I.L. (v. *Osservazioni*, cit.), rilevandosi che non sono ancora superate le ragioni d'ordine sociale che debbono consentire l'opzione per il pensionamento anticipato. Nell'alternativa di principio tra tutela e parità, la conservazione dell'elastica normativa vigente significa ammettere il perdurare della specificità della condizione femminile, nella dura alternativa tra lavoro e incombenze familiari; con una realistica considerazione, invero, della situazione sociale.

16. C'è poi la questione del *cumulo* o no, ed in ipotesi in quali limiti, tra trattamento pensionistico e reddito da lavoro. La pensione dovrebbe essere ridotta in danno di chi continua a lavorare o percepisce altri redditi (professionale, autonomo o d'impresa), anche se le più recenti prospettazioni sono relativamente più liberali, consentendosi in certi limiti il cumulo. Sono assai critico rispetto alle soluzioni di questo tipo. Come si dice nella relazione alla proposta comunista, il vecchio deve poter lavorare, se vuole, e non sentirsi socialmente frustrato; e come ha detto bene un sociologo (v. F. Alberoni, in *La Repubblica* del 30 settembre 1984), nessuno dovrebbe essere costretto alla (sola) pensione. Credo che anche qui vi sia questione di principio: il cittadino ha diritto alla pensione in base al lavoro svolto, ed ha nel contempo diritto di vivere la sua vita come vuole. A prescindere dalla generalità della formula, la questione del cumulo colpisce soprattutto coloro che hanno come unica possibilità produttiva quella di porre le energie di lavoro alle dipendenze di altri, mentre assai più facilmente sfuggono redditi diversi; ancora una volta con una soluzione ingiusta proprio per coloro che sono più svantaggiati socialmente. Né abbiamo interesse ad incrementare il lavoro nero, in frode del fisco.

17. Un semplice cenno oltre la previdenza, sul piano dell'assistenza ulteriormente dovuta dallo Stato a chiunque sia in condizione di bisogno, magari in integrazione per il minimo della pensione. Qui giustamente si sottolinea che, superandosi il sistema formalistico in atto sulla base di

mere certificazioni ufficiali e ben congegnabili, l'intervento dovrebbe aver corso solo previa valutazione *effettiva* dello stato di bisogno, tenendosi conto di tutti i redditi che comunque affluiscono al nucleo familiare (v. Ravenna, in *Sistema previdenza*, n. 28 del 1984). In proposito c'è un'indicazione, che mi pare assai interessante, nella proposta comunista; proponendosi di devolvere questa funzione, a favore dei vecchi veramente soli, senza sostegno e con reddito insufficiente, ai comuni. Non vedo però con molto favore l'imperversante democrazia commissariale e « consociativa » di base, nella constatabile collusione delle frazioni della classe politica periferica. Preferirei un sistema di « commissario di quartiere » periodicamente eletto, facendolo politicamente responsabile; un commissario capace di conoscere, in un'area ristretta, tutto di tutti.

18. Spero che questo dibattito porti un contributo al chiarimento delle idee su temi di tanta importanza per la sorte degli anziani destinati ad incrementarsi. Ma, ancora una volta, è dubbio che la classe politica possa decisamente scegliere nel groviglio degli interessi contrapposti e delle diverse esigenze. Il problema avrebbe potuto essere risolto, nel recente periodo, attingendo le risorse necessarie dall'eliminazione del trattamento di fine rapporto che non ha più senso dopo la generalizzazione e quando vi sia la contropartita di sufficienti trattamenti pensionistici. Con il concorso di tutti, compresa la Corte costituzionale, la via diritta non venne imboccata. Speriamo che, rendendosi sempre più certa la bancarotta altrimenti inevitabile, come ammonisce il ministro, si faccia di necessità virtù.

DIRITTO PROCESSUALE

1.

QUESTIONI SULLA NOTIFICAZIONE A MEZZO DEL SERVIZIO POSTALE

1. La Corte fiorentina affronta due interessanti problemi della notificazione eseguita per mezzo del servizio postale, che sono meritevoli di breve considerazione.

Iniziamo con il decreto del 31 luglio 1951. Il caso è questo: un decreto di volontaria giurisdizione del Tribunale di Firenze viene notificato alle interessate, residenti in Torino, per mezzo della posta. Il portalettere, non rinvenendo alcuno nell'abitazione sita al n. 26 di Corso Umberto, consegna il plino a certa Bo Serafina, abitante al n. 28 della stessa strada, qualificatasi come custode, e che, come tale, sottoscrive la ricevuta di ritorno. In effetti la Bo, come risulta da una dichiarazione della direzione provinciale delle Poste, era solita ricevere la corrispondenza delle destinatarie, in caso di loro assenza.

Sette mesi dopo le stesse interessate interpongono il ricorso di cui all'art. 759 c.p.c., sostenendo che il termine di dieci giorni di cui allo stesso articolo, non era affatto decorso, stante la nullità della notificazione effettuata in mani di persona non autorizzata a ricevere la corrispondenza. La Corte respinge l'asserto, dichiarando inammissibile il ricorso per tardività, con motivazione che lascia però alquanto perplessi.

Sostiene in primo luogo la Corte che l'atto giudiziario notificato per posta può essere consegnato anche al vicino di casa del notificando, dando per pacifica, in questo caso, l'applicabilità dell'art. 139 c.p.c., e giustamente potendo attribuirsi alla Bo la qualifica di vicina, stante la relatività del concetto di vicinanza.

La Corte ha dimenticato una chiara disposizione legislativa. I vari testi speciali in tema di notificazione per posta determinano infatti le persone cui, in assenza del destinatario, può consegnarsi l'atto giudiziario. L'art. 7 r.d. 21 ottobre 1923, n. 2898 e l'art. 77 r.d. 28 dicembre 1924, n. 2271, dispongono: « Se la consegna non può essere fatta personalmente al destinatario, il piego è consegnato ad uno della famiglia od a persona addetta alla casa o al servizio del destinatario ».

C'è di più. L'art. 174 r.d. 18 aprile 1940 (codice postale), dopo aver ripetuto la disposizione di cui sopra, aggiunge: « Nella impossibilità di effettuarla al destinatario in persona, la consegna può essere fatta al portiere *nel solo caso che esso sia all'esclusivo servizio del destinatario medesimo* ».

La disposizione è alquanto originale, perché si può facilmente rilevare, col Costa (1), che il portiere è necessariamente addetto ad una pluralità di persone o di famiglie nei grandi fabbricati, in quanto, se fosse semplicemente addetto ad una sola persona, rientrerebbe proprio tra gli addetti alla casa o alla persona che la legge menziona (art. 139 c.p.c.). Ma ne è chiaro l'intento: la legge in sostanza ha voluto escludere proprio due categorie di persone alle quali, ai sensi dell'art. 139, l'atto avrebbe potuto, in subordine, essere consegnato: i portieri e i vicini. Se per il portiere, con dizione infelice, si vuole ch'esso sia « all'esclusivo servizio del destinatario », a maggior ragione si esclude che l'atto, notificato per posta, possa essere consegnato ai vicini. Sorprende per tanto, sotto questo aspetto, la dimenticanza della Corte e l'inconsueta affermazione (2).

Resta da vedere se il plico poteva essere consegnato alla Bo, non come vicina, ma come custode. E si tratta precisamente di vedere se il custode rientri tra « gli addetti alla casa o al servizio del destinatario » di cui alle citate disposizioni. Penso che anche qui debba giuocare se non la perspicuità, almeno lo spirito della disposizione sopra vista sul portiere. Dovrà in definitiva accertarsi in quale precisa situazione versi, nei confronti del destinatario, colui che si qualifica custode. Se costui risulterà legato in un rapporto diremo « organico », o meglio di « esclusivo servizio » (ad es., un domestico della casa con mansioni di custode), la possibilità di consegna è pacifica. Ben diverso il caso di chi tale relazione organica non abbia, ma che si sia assunto l'incarico occasionale, se pur consueto, di riguardare, ad es., nel caso di assenza del proprietario della casa, l'abitazione e di ricevere la corrispondenza. In questo caso, ed è quello affrontato dalla commentata decisione, la risposta non può non essere negativa. Non solo rileva lo spirito del succitato art. 174, ma gli

---

(1) In *Commentario al nuovo cod. proc. civ.*, diretto da M. d'Amelio, Utet, 1943, vol. I, 538, *sub* art. 139.

(2) In senso conforme a quanto affermato nel testo, Cass. 23 luglio 1937, in *Foro it.*, 1938, I, c. 401, ove, tra l'altro, si legge: « Questa volontaria omissione ha le sue ragioni. Anzitutto il regolamento postale non autorizza la consegna della corrispondenza (e tanto meno di quella raccomandata) ai vicini », e inoltre: « ... i fattorini postali non hanno le cognizioni e la pratica degli ufficiali giudiziari ».

stessi artt. 86 e 37 del codice postale, regolanti le modalità di consegna delle ordinarie corrispondenze raccomandate. Dispone il primo di questi articoli che le raccomandate ferme in posta « sono consegnate con ricevuta soltanto ai rispettivi destinatari in persona che giustifichino la propria identità od ai loro rappresentanti, mandatari o delegati, che dimostrino anche la propria qualità... ». E l'art. 37, per le raccomandate recapitate a domicilio, dispone che le stesse possono consegnarsi solo ai destinatari, a familiari *conviventi* e « ai direttori di alberghi, negozi, stabilimenti, uffici, manifatture e simili, ove i destinatari siano alloggiati o addetti ». A stretto rigore pertanto alla Bo non poteva nemmeno consegnarsi una raccomandata ordinaria. E ove si pensi che per la specifica notifica degli atti giudiziali sono state dettate apposite norme, informate a criteri semmai più restrittivi, può tranquillamente concludersi per l'erroneità delle affermazioni della Corte.

In sostanza la legge richiede che le corrispondenze raccomandate, ed in particolare quelle degli atti giudiziari, siano consegnate a determinate persone, legate al destinatario da particolari relazioni continuative, e nella casa del medesimo, e non a coloro che abbiano occasionali incombenze e per di più si trovino fuori dell'abitazione (3). Ne deriva quindi che alla Bo in nessuna maniera poteva il portalettere consegnare il plico.

Come doveva invece esso comportarsi? La situazione di fatto è questa: le destinatarie, che pur abitano all'indirizzo segnalato, ne sono momentaneamente assenti, per qualche ora o per qualche giorno non importa. Non si può consegnare il plico a colei che le interessate hanno pur incaricato di ricevere la corrispondenza. Che fare?

Sul caso ebbe a suo tempo a pronunciarsi la Cassazione (4), la quale

---

(3) La Corte d'appello di Catanzaro, con sent. 19 luglio 1935 (in *Foro it.*, 1935, I, c. 1771) ebbe a risolvere un caso analogo al nostro. Si discuteva se fosse valida la notifica di un atto diretto al podestà di un Comune e consegnato ad un inserviente comunale che dallo stesso destinatario aveva ricevuto abituale incarico di ricevere la corrispondenza. La Corte concluse: « ... l'inserviente viene ad assumere di fronte alla legge la figura di persona addetta al servizio di cui parla l'art. 139 c.p.c. (1865) e pertanto la notificazione deve intendersi regolare ». E nella motivazione si parlava di un tacito incarico. La sentenza venne commentata in senso contrario da E. Zimatore (luogo cit.) affermando tra l'altro che la legge non consente la consegna del piego « fuori della casa del destinatario stesso », vigendo il principio « che l'atto venga consegnato o al notificando in persona o nella sua casa », in quanto, fuori della casa « la qualifica della persona che riceve la consegna del piego non ha influenza di sorta ».

(4) Cfr. sent. 19 giugno 1940, n. 2007, in *Mass. giur. it.*, 1940, c. 514, n. 2007; sent. 25 gennaio 1945, in *Foro it.*, Rep. 1943-45, in *Notif. civ.*, n. 18: « L'ipotesi del rifiuto presunto ricorre quando, essendo noti il recapito o la residenza del destinatario, il destinatario stesso temporaneamente assente, non abbia lasciato in casa, persona inca-

ritenne che il portalettere dovesse depositare il plico nell'ufficio postale e lasciarne avviso al destinatario, avendosi con ciò la notifica come eseguita, sulla scorta della disposizione dell'art. 175 del citato decreto del 1940. Senonché non ci sembra che la soluzione sia esatta, in quanto l'espediente divisato nell'art. 175 è previsto solo « in caso di rifiuto di ricevere il piego o di firmare il registro di consegna » da parte delle persone abilitate a ricevere la notifica. Né è possibile ricorrere all'espediente del rifiuto presunto, in quanto non si vede come possa presumersi un rifiuto quando ci si trova unicamente di fronte ad un caso di assenza che non manifesta alcun atteggiamento volitivo. Pertanto si riscontra qui una differenza con la disciplina dedotta nell'art. 140 c.p.c. in analoga ipotesi.

Anzi un esame comparativo dei due artt. 175 e 170 dimostra che in ogni caso di irreperibilità (quindi anche in quello della momentanea assenza del destinatario o di chi per lui possa ricevere il plico) il portalettere deve senz'altro restituire il piego al mittente, con le debite indicazioni sul tergo della busta verde. Perché le stesse sono così drastiche e non permettono la soluzione praticamente preferibile, sancita dall'art. 140 c.p.c. per la notificazione ordinaria? La legge, e qui si introdurrebbe un troppo diffuso discorso, diffida della notificazione postale, sente di non poter affidare al portalettere quelle stesse funzioni cui è invece abilitato l'ufficiale giudiziario. Se questa diffidenza, con la conseguente fissazione di una serie di maggiori cautele, sia fondata, non interessa qui appurare, bensì prenderne atto.

Adunque il portalettere deve senz'altro restituire il piego, e in questo caso, argomentando *a contrario* dall'art. 175, la notificazione si ha *come non avvenuta*. Risulta pertanto errato, anche sotto questo aspetto, l'argomentare della Corte fiorentina.

2. A questo punto è spontaneo l'interrogativo sul come debba comportarsi la parte interessata alla notifica, nel caso che il piego ritorni a lei, ai sensi dell'art. 176. E l'interrogativo ci porta direttamente all'esame dell'altra sentenza del 25 maggio 1951. Vediamola nei suoi presupposti di fatto.

Il Tribunale di Livorno emette una sentenza. L'attore vittorioso del primo grado (Comune di Piombino) s'affretta a notificarla al soccombente convenuto residente in Genova, eleggendo domicilio presso un avvocato livornese, in Via Indipendenza. Nel termine di cui all'art. 830,

---

ricata di fare le sue veci... »; sent. 25 luglio 1942, n. 1945, in *Mass. Giur. it.*, 1942, c. 776, n. 2194. *Contra* giustamente, Cass. 5 giugno 1939, n. 1907, in *Giur. it.*, 1939, I, 1, c. 1059.

il convenuto appella avanti alla Corte di Firenze e notifica l'atto presso il domicilio eletto dall'avversario. Il portalettere rimanda a piego con la indicazione « sconosciuto » (mentre in effetti in Via Indipendenza trovavasi lo studio indicato). L'appellante riesce a trovare su una busta un diverso indirizzo dell'avvocato (Piazza Galleria) ed ivi compie uma seconda notificazione. Anche questa volta il piego è restituito con la indicazione « sconosciuto ». E niun dubbio che esatto fosse il comportamento del portalettere, pel disposto dell'art. 176, anche se veramente madornale il primo errore. Alla prima udienza l'appellante espone quanto sopra e chiede che il giudice autorizzi la rinnovazione della notifica presso il domicilio reale dell'appellato Municipio di Piombino e non presso l'introvabile avv. Rodriguez. Il giudice accoglie l'istanza, ai sensi dell'art. 291, e finalmente la notifica produce l'effetto di far costituire l'appellato. Il quale però eccepisce l'improcedibilità (*rectius*, l'inammissibilità) dell'appello, in quanto l'atto introduttivo del gravame era pervenuto nelle sue mani, quando già la sentenza appellata era passata in giudicato, inesistenti essendo le due precedenti notifiche postali. La Corte respinge l'eccezione.

È conforme al diritto la decisione? Che il giudice di appello possa disporre la rinnovazione di cui all'art. 291 c.p.c., è ormai pacificamente ritenuto (5). Resta da domandarsi se la stessa rinnovazione possa disporsi nel caso che la notifica sia avvenuta per mezzo del servizio postale.

Facciamo un passo indietro. Nel precedente caso abbiamo visto esservi una ipotesi di irreperibilità dirremmo « relativa » (che si ha quando l'incaricato della notifica non trovi colui o coloro di cui conosce però il recapito), che impone, come vedemmo, la restituzione del piego. Nel caso attuale abbiamo una irreperibilità che potremmo dire « assoluta » (nel senso che il portalettere non riesce nemmeno a rinvenire il recapito, pur indicato nell'atto notificando) (6). Anche e a maggior

---

(5) Si veda, per tutte: Cass. 23 giugno 1947, n. 994, in *Foro it.*, Rep. 1967, voce *Appello*, n. 88; Cass. 27 ottobre 1948, in *Foro it.*, Rep. 1948, voce *Notif. civ.*, n. 49-50; Cass. 7 agosto 1948, in *Foro pad.*, 1943, I, 778; Trib. Milano 1° giugno 1950, in *Mon. trib.*, 1950, c. 202; Cass. 23 dicembre 1950, n. 2828, in *Foro it.*, Rep. 1950, voce *Appello civ.*, n. 352. Alcune sentenze si riferiscono al combinato disposto degli artt. 291-350 c.p.c.; altre a quello degli artt. 291-359. A me sembra che si debba in primo luogo far riferimento all'art. 350, che menziona esplicitamente la rinnovazione della notifica, e solo dopo, *ad abundantiam*, all'art. 359.

(6) Nell'art. 170 c.p.p., è chiaramente delineata la differenza tra le due ipotesi che io ho detto « relativa » e « assoluta »: « Se, per mancanza o inidoneità delle persone indicate nell'articolo precedente o per essere ignoto ogni recapito dell'imputato ... ». La rubrica dell'articolo è: « Notificazioni all'imputato irreperibile ».

ragione in questa ipotesi si deve restituire il piego, in quanto la soluzione dettata nell'art. 173 per l'irreperibilità « relativa » vale anche per la « assoluta ». Tanto più che quando il portalettere, recandosi all'indicato recapito, trova che la persona ha cambiato residenza, deve, restituendo il piego, segnalare a tergo il nuovo indirizzo. Ed anche qui la notifica si ha come non avvenuta.

Comunque restituito il piego, nelle due ipotesi notificate però nella concreta disciplina, resta da chiedersi cosa resti da fare alla parte che vede che il suo atto non ha provocato l'effetto auspicato. Il problema sta tutto qui. C'è l'art. 178 c.p.p. che prevede espressamente il caso, disponendo: « Qualora l'ufficio postale restituisca il piego per irreperibilità del destinatario, l'ufficiale giudiziario provvede alla notificazione nei modi ordinari ». Nel corso dei lavori preparatori del nostro codice, proprio la Corte di appello di Firenze propose che una norma analoga si ripetesse per la procedura civile (7), ma purtroppo la proposta cadde nel vuoto, col risultato che oggi siamo in presenza di una lacuna che pone delicati e difficili problemi.

Nel silenzio della legge, quale soluzione adottare? Una necessaria premessa: non sarebbe certamente equo che in casi simili al nostro, in cui la parte ha fatto quanto a lei era possibile e la notifica non si è verificata o per il madornale errore del portalettere o per la irreperibilità « relativa » del destinatario o di chi per lui, si giunga alla drastica conseguenza che, non verificatasi la notifica, scaduti i termini per l'appello, la sentenza impugnata passi ormai in giudicato e debba dichiararsi inammissibile ogni successivo atto (8). La conseguenza repugna al più elementare senso di una giustizia che non sia aridamente legalistica. Deve quindi trovarsi un espediente, nella perniciosa lacuna legislativa, che consenta di tutelare le fondate aspettative della parte.

L'introduzione della notifica postale è stata sempre accompagnata da un alone di diffidenza di cui ancor oggi sussistono non indifferenti residui. Di questa forma della notifica si conoscono le inevitabili peripezie: possibilità di errori dei portalettere, minore loro cultura che non consente di affidar loro tutte le mansioni cui provvede l'ufficiale giudiziario, disguidi e smarrimenti.

---

(7) In *Osservazioni e proposte al prog. del codice di procedura civile*, 1938, vol. I, 381, *sub* art. 60: Appello Firenze (Rel. De Maio).

(8) A tale drastica conseguenza giunge Cass. 25 gennaio 1945, n. 49, in *Giur., Cass. civ.*, 1945, vol. I, n. 100, affermando: « ... perché chi si affida a questo mezzo di notificazione, anche per atti di impugnazione che si debbono proporre entro termini perentori, assume a suo carico i rischi relativi ».

D'altro canto, realisticamente, questo mezzo moderno è entrato nella comune pratica processuale. Anzi, contro un isolato parere (9), secondo il quale l'art. 149 c.p.c. avrebbe implicitamente abolito l'art. 10 della legge 22 dicembre 1982, n. 1675, sancente l'obbligo nei procedimenti civili, per l'ufficiale giudiziario, di servirsi della posta fuori del comune di una residenza o oltre dieci chilometri dalla sede giudiziaria cui è addetto, oggi il servirsi della posta non è più soltanto una facoltà della parte privata, non soltanto una insopprimibile necessità della vita moderna, ma è una precisa *via obbligatoria*, laddove l'ufficiale giudiziario (caso ben difficile) non acconsenta a eseguire personalmente la notifica a richiesta dell'interessato. Si tratta di un procedimento normale ed obbligatorio in larga parte dei casi, e non è quindi possibile, come ermeticamente affermano certe sentenze (10), parlare di un rischio della parte che usa della posta, con la conseguenza che l'eventuale disguido sopravveniente, e a lei non imputabile, ricada in definitiva sulle sue spalle.

Necessita quindi trovare il mezzo di salvezza di legittime aspettative. E in questo ordine di idee penso che il giudice possa (anche dopo che la parte, come nel nostro caso, si sia sbizzarrita a rinnovare altre notificazioni, e postali e ordinarie, ai più svariati recapiti che gli sia possibile individuare) ordinare la rinnovazione di cui all'art. 291, nella forma che esso stesso riterrà più opportuna, sia essa nuovamente postale, sia essa ordinaria. La differenza tra i due codici di rito sarà quella che, mentre nel penale si statuisce un unico mezzo sostitutivo, nel civile sarà il giudice a prescrivere in concreto la forma più idonea, sempre però, come è giusto, essendo vincolato a concedere questa rinnovazione che salva i diritti della parte che ha introdotto il giudizio.

---

(9) E. Morone, *Notificazione a mezzo posta e sanatoria per comparizione nel giudizio contenzioso avanti al Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 1949, III, 113. Sull'esatta prevalente esegesi dei rapporti dell'art. 149 c.p.c. (la cui lettera è invero tutt'altro che chiara) e l'art. 10 della legge 22 dicembre 1932, n. 1675, si veda: Andrioli, *Commento,* 1943, vol. I, *sub* art. 149. Da tale carattere generale e obbligatorio, trae pregevoli conseguenze, in tema del tormentato problema se la ricevuta di ritorno costituisca o meno l'unico mezzo probatorio della notifica postale e se siano pertanto ammissibili o meno equipollenti della stessa, L. di Giacomo, in *Archivio ricerche giuridiche*, 1948, 27.

(10) Oltre le sentenze di cui alla nota 8, si veda: Cons. Stato, sez. IV, 5 novembre 1948, in *Giur. it.*, 1949, III, c. 113. Giustamente L. di Giacomo, nello scritto cit., afferma: « Né si venga a dire, di fronte a tale situazione, che chi compie la notifica per posta lo fa a suo rischio. Essa rappresenta, nella maggioranza dei casi, una troppo evidente necessità, a meno che non si pretenda che il mittente traversi la penisola, spesso da un capo all'altro, per poter fare effettuare la consegna dell'atto nelle mani del destinatario onde non sottostare a tale rischio ».

Demolita infatti l'assurda teoria del rischio, equiparata senz'altro nella disciplina questa moderna forma notificativa alla ordinaria e tradizionale, nessun ostacolo teorico si oppone alla rinnovazione, sempre che ne ricorrano gli estremi usuali. Si entra qui nel campo della possibile estensione dell'istituto, campo, come ognun sa, quanto mai tormentato (11). Chi scrive, contro il generale lassismo della giurisprudenza e della dottrina (12), aderisce in proposito alla fondamentale impostazione del Redenti (13), secondo la quale non tutti i vizi della notificazione sono indiscriminatamente sanabili, a chiunque dei soggetti intervenienti nella sua complessa strutturazione imputabili, ma solo quelli che in particolare risalgano ad un errore e difetto dell'ufficio pubblico procedente (ufficiale giudiziario e posta) o ad eccezionale, scusabile errore della parte stessa. Altrimenti pensando e decidendo non si fa infatti che autorizzare l'inosservanza, da parte dei privati contradittori, di quelle che giustamente si sono dette esigenze tecniche inesorabili (14), mentre invece v'è un fondamentale interesse pubblico al regolare svolgimento della giustizia, coincidente con l'interesse collettivo alla stabilità dei rapporti giuridici. Quindi semmai criterio rigoristico, che in gran parte coincide con l'impostazione della teoria soggettivistica fiorita a proposito dell'art. 145 u.c. c.p.c., 1865, oggi riavvalorata dalla distinzione obiettiva tra la citazione atto di parte e la notifica, atto dell'ufficio pubblico, con l'inserimento di quella zona intermedia che consiste nell'impulso alla notifica, e che è opera della parte privata. Anzi è proprio il vecchio criterio empirico, secondo il quale con la rinnovazione lo Stato si addossa la riparazione degli errori dei suoi funzionari, che deve tornare in auge, specialmente

---

(11) Sotto il codice del 1865, il tema della rinnovazione della notifica, pel fatto che la citazione era opera diretta dell'ufficiale giudiziario (sistema napoletano e francese) era tormentatissimo, per la norma dell'art. 145 c.p.c. Si veda: Minoli, *Le notificazioni nel processo civile*, 1938, 108 ss., e ampia bibliografia ivi citata. Oggi, ritornatisi al sistema sardo della citazione di parte, il problema è molto semplificato, ma sempre attuale, in altra forma.

(12) Se ne veda l'esempio tipico nella sent. 27 ottobre 1948 della Cassazione, in *Foro it.*, Rep. 1948, voce *Notif. civ.*, n. 49-50: « La disposizione dell'art. 291... dichiara sanabili.... tutte le nullità in genere della notificazione... e nulla importa che tali nullità trovino la loro origine in causa imputabile all'ufficiale giudiziario od alla parte istante ».

(13) *Struttura delle citazioni e delle notificazioni*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 643, con ampie citazioni di giurisprudenza antica e recente.

(14) E. Redenti, *op. cit*. Specie sul problema dell'art. 330 (« Luogo di notificazione dell'impugnazione »), a leggere alcuni scritti (ad es., Sermonti, in *Foro pad.*, 1949, I, c. 54; Colonna, *ivi*, 1948, I, c. 151), c'è semplicemente da chiedersi cosa ci stanno a fare gli avvocati, se non sanno nemmeno ove debba essere notificato un atto di impugnazione!

nel caso della notifica postale, ove l'errore dell'ufficio è quanto mai possibile.

Potrebbe però sostenersi, alla stregua della lettera dell'art. 291, che la rinnovazione è impossibile nel caso nostro, perché l'articolo parla di « vizio che importi nullità della notificazione », mentre nel nostro caso, sulla scorta dell'argomento *a contrario* tratto dal combinato disposto degli artt. 175 e 176 del codice postale, la notificazione si ha come non eseguita, cioè è inesistente.

Penso che alla parola notificazione debbansi però attribuire due diversi significati. In un primo senso notificazione sta a significare il complesso di attività che portano al *notum reddere*, ed è questa la notificazione come processo operativo, come complesso di attività. Nel secondo senso notificazione è il risultato dell'attività notificatrice, l'avvenuta conoscenza da parte del convenuto in giudizio della iniziativa dell'attore.

Ora il vizio della nullità non può non concernere la notificazione-attività. Quando si dice che la notificazione è nulla, si vuol semplicemente significare che il procedimento notificatorio è stato viziato da alcunché, *in itinere*, onde il vizio si estende all'intero procedimento. Ma la notificazione-attività nulla ha come immancabile conseguenza, sia pure per diversi motivi, la inesistenza della notificazione-risultato. Poiché infatti tutte le notificazioni che sono sotto un certo aspetto nulle, sotto un altro sono anche e sempre inesistenti (come risultato).

Ne discende quindi l'irrilevanza del possibile argomentare che sulla scorta delle norme del codice postale potesse invocare la difesa dell'appellato e la piena applicabilità dell'art. 291.

Quello che in definitiva alla legge importa, ai fini dell'instaurando giudizio, è unicamente la perfezione dell'atto introduttivo nella parte che concerne il soggetto privato. Questi deve chiaramente dimostrare la volontà di agire giudizialmente, di non lasciar trascorrere gli inesorabili termini processuali, e all'uopo questa volontà deve essere anche munita degli strumenti idonei per giungere in porto, in relazione alla legge processuale, per quanto personalmente gli competa. In particolare lo stesso soggetto deve compiere quanto è a lui possibile per la notificazione.

Questo è assolutamente necessario; perché altrove la legge provvede appunto al difetto degli altri soggetti di quella complessa attività che è la notificazione, a mezzo della possibile rinnovazione della stessa.

Ora, se quanto sopra è esatto, sarebbe preferibile impostare in modo del tutto diverso l'istituto della notificazione nostrana, disponendo che la stessa, ai fini della interruzione dei termini e del valido instaurarsi del

giudizio, si perfeziona, come negli ordinamenti germanico e austriaco, con la consegna dell'atto all'ufficio pubblico incaricato di trasmetterlo al destinatario. Insolubili problemi si eliminerebbero, specie nei casi della notifica postale. Senza dire che saprebbesi chiaramente in quali limiti possa trovare applicazione l'istituto della rinnovazione: solo ciò che deve l'ufficio compiere può, se del caso, rinnovarsi, e non oltre.

Sarebbe comunque opportuno un intervento legislativo che chiarisse definitivamente diversi aspetti della notifica postale, sulla modalità di consegna e sulle persone dei consegnatari (15).

Mi sembra infine accettabile il criterio adottato dalla Corte fiorentina, della possibile rinnovazione della citazione nulla, anche se eseguita a mezzo del servizio postale. Dottrina come quella del rischio possono ormai porsi in oblio e la legge deve adeguarsi a quelle che sono le obiettive necessità dell'odierna vita del diritto.

---

(15) Nella *Rassegna di giurisprudenza sulle notifiche a mezzo posta*, in *Il nuovo diritto*, 1950, I, 494, si scrive giustamente: « Non sarebbe opportuno che con provvedimento legislativo si chiariscano definitivamente le modalità di consegna degli atti a mezzo posta e le relative esigenze di forma e di indicazione della qualità del consegnatario, ai fini della certezza legale del recapito? ».

2.

VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LOCALIZZAZIONE SANCITO PER LA PROFESSIONE DI PROCURATORE E SUA RILEVANZA SUGLI ATTI PROCESSUALI

1. L'art. 5 r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, sull'ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore », dispone: « I procuratori possono esercitare la professione davanti alla Corte d'appello, alle sezioni distaccate della stessa Corte e a tutti i tribunali e le preture del distretto in cui è compreso il tribumale al quale sono assegnati ». Si tratta di una precisa delimitazione territoriale all'esercizio della professione di procuratore. Quali conseguenze ha la violazione di questo precetto? In altre parole, se un procuratore agisce innanzi ad un'autorità giurisdizionale non compresa nel suo distretto, quale sorte è riservata agli atti così posti in essere? Con la riportata sentenza il Supremo Collegio è giunto a conclusioni radicalmente opposte a quelle di una precedente decisione del 1948 (1), a sua volta sviluppante taluni concetti espressi, può tortuosamente, in una pronuncia del 1940 (2). E sono conclusioni di portata non indifferente, sol che si rifletta un poco sui casi pratici che stanno all'origine delle scarse sentenze che hanno affrontato il problema.

Nel caso affrontato dalla surriportata sentenza, certo Cossu aveva, nel dicembre 1947, instaurato un giudizio innanzi al Tribunale di Roma, avvalendosi dell'opera dell'avv. Mario Pagnano, dal 1933 iscritto nell'albo dei procuratori di Spoleto (distretto della sezione dell'appello perugino). La controversia si conclude felicemente per il Cossu nel 1950, con una sentenza della Corte d'appello di Roma, senza che alcuno, avversario o giudice, abbia rilevato, nelle varie fasi, la irregolare partecipazione del Pagnano. Solo nella fase esecutiva l'avversario accampa la nullità del titolo esecutiva in base al quale il Cossu agisce pel difetto di cui sopra. I giudici di merito respingono l'opposizione, ma la Corte

---

(1) Cass. 11 giugno 1948, in *Foro it.*, Rep. 1948, v. *Procedimento in materia civile*, n. 55-56.

(2) Cass. 27 maggio 1940, in *Giur. it.*, 1940, I, 1, c. 897.

suprema l'accoglie, rendendo vano quanto fu fatto, con non indifferente dispendio di energie e di denaro, nei cinque anni precedenti.

Ancor più da meditarsi il caso deciso dal Tribunale di Torino, con la sentenza del 21 febbraio 1948 (3). Tizio di Trento chiede ed ottiene un sequestro conservativo, anteriore alla causa, dal Tribunale torinese. Rilascia poi procura all'avv. Mazzani di Trento e all'avv. Tardy di Torino. Ma la citazione per la convalida e per il merito è sottoscritta dal solo procuratore trentino e pertanto, per la violazione dell'art. 5 r.d.l. n. 1578, il Tribunale la dichiara nulla, e cioè inidonea a impedire la decadenza di cui all'art. 683 c.p.c. Il sequestro viene quindi dichiarato inefficace, pur ritenendosi sanata la citazione ai fini del giudizio di merito, essendosi prima avuta la regolare costituzione del procuratore Tardy.

Vi è in queste decisioni qualche cosa che s'avverte subito esagerato, che risponde unicamente ad un arido formalismo. Pur tuttavia, non in base ad esclusive considerazioni di opportunità è lecito risolvere il problema. Queste hanno una loro indubbia rilevanza, ma solo in quanto collimino col dato positivo della norma di legge, e, a nostro modesto parere, precise ragioni discendenti dalla legge processuale, portano a rifiutare le conclusioni cui è giunta la Cassazione.

2. V'è un preliminare quesito cui si deve rispondere, prima di affrontare il caso in esame. Si tratta di ricercare le ragioni per le quali la legge (art. 82 c.p.c.), ha generalmente imposto ai privati l'onere d'avvalersi dell'opera dei professionisti legali, per adire le vie della giustizia.

Sulla configurazione giuridica del difensore, sulla natura dell'attività da esso svolta, due teorie si contendono in dottrina. La prima, prevalente, ravvisa nell'opera del difensore un caso di esercizio privato di pubbliche funzioni, siccome questi collabora all'amministrazione della giustizia (4). Una seconda nega l'assunto, ravvisando nell'ipotesi solo

---

(3) Trib. Torino 21 febbraio 1948, in *Riv. dir. processuale*, 1948, II, 208.

(4) Sulle orme dello Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912, 274 ss., il maggior nostro rappresentante di questo indirizzo è Guido Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, 1925. A p. 349 afferma: « E gli avvocati, con le loro difese in fatto e in diritto, esplicano la stessa attività logica che esplica colui, che deve giudicare la causa ». L'opinione è mantenuta, malgrado la definizione data dal codice penale: Zanobini, in *Scritti in onore di U. Conti*, 1932, 276; *Corso di diritto amministrativo*, 1949, III, 317 ss. Inoltre: Forti, *Diritto amministrativo*, 1931, I, 251 ss., per il quale la classificazione dell'art. 359 c.p. ha esclusivo valore per quel ramo del diritto; Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, 1936, I, 468 ss., che esprime identico convincimento, ribadito in *Lezioni sul processo penale*, 1946, I, 168 ss.; Santi Romano,

l'esplicazione di un servizio di pubblica necessità, tenendo conto di quanto si legge nell'art. 359 c.p. (5).

Senonché molte volte gli autori di questa seconda teoria hanno in genere passivamente risolto la questione sulla base della disposizione penale, accogliendola acriticamente, senza esaminare se quella classificazione risponda unicamente alle esigenze di un particolare ramo del diritto, o se pur essa non abbia una validità generale per tutto l'ordinamento (6). E in ogni caso non si è chiarito come e in quale direzione, il difensore eserciti un servizio di pubblica necessità.

Il tema è indubbiamente insuscettibile di un'approfondita risoluzione in questa breve noterella. Mi limito quindi ad alcuni cenni.

Per quanto i concetti di pubblico e di privato siano nella presente situazione quanto mai evanescenti, per un complesso di fattori che è qui inutile richiamare, non riesco a comprendere a quale pubblica funzione

---

Corso di diritto amministrativo, 1937, 98; Redenti, *Profili pratici del diritto processuale civile*, 1938, 374 ss., per il quale il procuratore è « in un certo senso un pubblico funzionario »; Andrioli, in *Foro it.*, 1942, I, c. 1054. Per D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 1932, I, 258, si tratta, nel caso del procuratore e dell'avvocato, di un vero pubblico funzionario, per quanto retribuito dai privati.

(5) In tal senso, criticando la tesi dello Zanobini, Vitta, *Diritto amministrativo*, 1933, 176 ss.; Mariano d'Amelio, in *Il nuovo codice processuale civile. Commentario*, 1943, *sub*, art. 82; D'Onofrio, *Commento al codice processuale civile*, 1951, *sub*, art. 82. In giurisprudenza, si veda: Cass. 19 ottobre 1932, in *Foro it.*, Rep. 1933, v. *Ufficiale Pubblico*, n. 72; Trib. Milano 10 giugno 1933, in *Foro it.*, Rep. 1934, voce cit., n. 20; Cass. 14 maggio 1936, in *Foro it.*, 1936, II, c. 262, che esplicitamente afferma che l'art. 359 c.p. escludendo la professione legale dai casi di esercizio privato di pubbliche funzioni, ha fatto proprie le nozioni tradizionali del diritto amministrativo. Per il Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 1952, 184, gli avvocati non esercitano attività pubbliche, ma « semplicemente attività di pubblico interesse ».

(6) Così, Lega, *La libera professione*, 1950, 181 ss. A p. 182 l'autore esplicitamente scrive: « Senonché, poiché l'art. 359 c.p. definisce le loro funzioni servizio di pubblica necessità, con ciò ogni disputa viene a esser superata ». In senso analogo, La Torre, *Nozioni di diritto amministrativo*, 1951, 67. Nei lavori preparatori del codice penale è ripetutamente affermato che le nozioni di cui agli artt. 357-359, si rifanno semplicemente ai concetti generali elaborati dalla dottrina amministrativistica. Si veda: *a*) Rel. Appiani, vol. IV, I, 262; *b*) Discussioni, vol. IV; parte 3, 68 ss.; *c*) Rel. Ministro, vol. V, 2, 117; *d*) Discussioni, vol. VI, 248. Solo Mario Gallo, *Nozione del pubblico ufficiale dell'incaricato di un pubblico servizio, dell'esercente un servizio di pubblica necessità*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1933, 1053 e 1224; 1934, 298, affronta la difficoltà sorgente dal fatto che ognuno dei tre articoli del codice penale usa la formula « agli effetti della legge penale ». Con la detta formula il legislatore non ha inteso restringere le nozioni ivi date ad un particolare ramo del diritto, « ma si è invece voluto dichiarare esclusivamente che la nozione stessa debba valere per tutto il diritto penale e non soltanto per i delitti contro la pubblica amministrazione, in calce ai quali sono collocate le norme in esame ».

precisamente adempia il professionista legale. Se non si vuole perdere il senso effettivo e concreto delle varie classificazioni, né annebbiare le varie figure nel generico concetto del « pubblico interesse », è necessario limitare il concetto di pubblica funzione a quelle attività che direttamente concorrano alla formazione della volontà statuale o di altro ente pubblico (7).

Orbene nell'attività giurisdizionale è precisamente l'organo giudicante che esplica una pubblica funzione, in quanto s'adopera a rinvenire per il caso concreto la effettiva volontà della legge. Ma il difensore a questa proclamazione della volontà di legge non partecipa e non influisce direttamente, solo indirettamente coadiuva il giudice nella ricerca di quella volontà, con un risultato, o aspetto, che è accessorio nei confronti del suo specifico compito, che è quello di rivestire delle forme che il diritto richiede le ragioni della parte, e di condurle nell'intricato labirinto dell'*iter* processuale (8). È il Carnelutti che magistralmente inquadra il difensore, definito tecnico del diritto, nella categoria del *nuncius*, pur avvertendo la particolare dignità di questo professionista (9).

Pur tuttavia la presenza di questo tecnico del diritto la legge obbligatoriamente impone. E non a caso, poiché oltre l'interesse della parte, vi è anche un interesse dell'amministrazione della giustizia. La quale non tollera i gravi inconvenienti che dalla imperizia e dalla passionalità delle

---

(7) In tal senso: Mario Gallo, *Nozione del pubblico ufficiale*, cit., *supra*; E. Battaglini, *Osservazioni sui requisiti e sui caratteri differenziali della pubblica funzione, del pubblico servizio e del servizio di pubblica necessità*, in *Studi per M. d'Amelio*, 1933, I, 120, per il quale: « Così la pubblica funzione nel suo contenuto obiettivo si identifica con l'attività statale diretta e indiretta, avente come fine il soddisfacimento di interessi collettivi »; S. Costa, *Pubblica funzione e diritti di supremazia*, in *Studi*, cit., 381; Saltelli - Romano di Falco, *Nuovo codice penale commentato*, 1940, vol. 30, *sub* artt. 357-359.

(8) In tal senso, M. Gallo, *Nozione del pubblico ufficiale*, cit., *supra*, che scrive dell'avvocato: « e solo mediatamente, attraverso la naturale esplicazione dell'esercizio professionale, può dirsi che offra al giudice una collaborazione nella funzione giurisdizionale »; Saltelli - Romano Di Falco, cit.

(9) Carnelutti, *Figura giuridica del difensore,* in *Riv. dir. processuale*, 1940, I, 65, *ivi*, 80: « Perciò lo Stato appresta dei tecnici del diritto, i quali hanno, sebbene in un piano superiore, la stessa funzione dello scrivano pubblico in un ambiente di analfabeti. Sotto questo profilo acquistano particolare rilievo la figura del notaro e quella del difensore ». Mi sembra però che questa tesi del Carnelutti contrasti con quanto lo stesso afferma in altri scritti, esplicare cioè il difensore una pubblica funzione: *supra*, scritti cit. nota 2, 151. Il Calamandrei, *Gli avvocati dello Stato e l'inamovibilità*, in *Foro it.*, 1943, III, c. 33, critica la teoria carneluttiana, sostenendo che essa abbassa la levatura sociale dell'avvocatura, prestandosi alla sua degenerazione. In realtà mi sembra che l'illustre maestro obietti un argomentare, altrove valido, su un terreno di pura ricostruzione giuridica.

parti, direttamente presenti nel processo, deriverebbero (10). Sono le esigenze d'ordine e di speditezza del giudizio che impongono questo onere. E per la imposizione dell'onere, questo interesse diventa prevalente sullo stesso interesse delle parti che per avventura potrebbero, nel caso specifico, essere versatissime nella scienza giuridica, senza che questa perizia risulti dai titoli che lo Stato richiede (art. 86 c.p.c.).

Si tratta quindi, nel caso particolare del ministero del difensore, di un servizio di pubblica necessità, direttamente svolto nell'interesse della pubblica funzione dell'amministrazione della giustizia, e solo indirettamente soddisfacente le esigenze dei privati litiganti. Già un autore (11) a suo tempo rilevò la genericità della categoria di cui all'art. 359 c.p., onde si impone, caso per caso, una ricerca diretta a rinvenire di quale pubblica necessità si tratti. Nel nostro caso penso che questa necessità possa ritrovarsi, secondo quanto dispone l'art. 82 del codice di rito, nelle imprescindibili esigenze dell'amministrazione della giustizia.

3. Ma l'art. 82 c.p.c., imponendo alla parte l'onere d'avvalersi del ministero di difensore, richiede che questo sia « legalmente esercente ». L'inciso, come rileva anche l'annotata sentenza, opera un diretto rinvio alla disciplina della categoria, attuata dal r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, il quale nel suo primo articolo dispone: « Nessuno può assumere il titolo, né esercitare le funzioni di avvocato o di procuratore se non è iscritto nell'albo professionale ».

La disciplina della professione forense risulta quindi concretamente, nei limiti della legge dello Stato, dall'attività di speciali rappresentanze che risultano dalla diretta volontà della categoria, e nelle quali questa ravvisa la garanzia delle sue prerogative, cioè gli Ordini professionali. Sono gli Ordini che, rispettando la legge dello Stato, concretamente regolano, sia pur con notevoli interferenze statali, la vita professionale.

E soprattutto sono gli Ordini che immettono il singolo interessato

---

(10) Il Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 1928, 604, scrive: « l'intervento obbligatorio dei procuratori alle liti è richiesto pel migliore svolgimento dei giudizi ». Del resto tutti gli autori che aderiscono alla tesi dell'avvocatura come esercizio privato di pubbliche funzioni, mettono in luce, concretamente, a ciò motivare, questo interesse dell'amministrazione della giustizia. Ad es., il Trib. Roma 16 ottobre 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 970, così motiva: « ... la disposizione dell'art. 82 costituisce una norma imperativa ed inderogabile, sancita non solo nell'interesse privatistico dei singoli contendenti, ma nell'interesse pubblicistico della regolare amministrazione della giustizia ».

(11) Girola, *I servizi di pubblica necessità*, in *Studi per F. Cammeo*, 1932, II, 621.

nell'ambito della categoria con l'iscrizione all'albo (12), cioè riconoscendogli la capacità di svolgere la professione di procuratore o di avvocato.

4. Ma come la legittimazione del professionista risulta in concreto da un atto dell'Ordine professionale, così egualmente avviene per la sua perdita. È di capitale importanza in proposito quanto dispone l'art. 301 c.p.c., per il quale la radiazione e la sospensione del procuratore dall'albo professionale, importano l'automatica interruzione del processo in corso.

Se infatti per la legge processuale l'atto può dirsi giuridicamente esistente sol quando promani dal professionista « legalmente esercente », cioè capace, idoneo a dare all'amministrazione della giustizia le garanzie che questa esige, giuridicamente inesistente, irrimediabilmente viziato è l'atto posto in essere da colui che non abbia mai avuto la sopradetta legittimazione o che la perda o l'abbia sospesa nel corso del procedimento. Le tre ipotesi rispondono in definitiva allo stesso criterio. L'art. 301 sta a significare che l'atto posto in essere da chi non è procuratore, giuridicamente non esiste e non è suscettibile di alcuna sanatoria.

Ma, ed è questo il punto che necessita sottolineare, la perdita della qualità di procuratore consegue automaticamente a uno dei concreti provvedimenti posti in essere dall'Ordine, il quale toglie al professionista la capacità di cui prima godeva, radiandolo o sospendendolo dall'albo (13). Provvedimenti che per l'art. 46 del citato r.d.l. debbono essere comunicati agli Ordini e alle autorità giurisdizionali del distretto cui il procuratore appartiene (14).

---

(12) Sulla natura giuridica dell'iscrizione nell'albo professionale: Zanobini, *Esercizio*, cit., *supra*, nota 2, 2, 405; Lega, *La libera professione*, cit., 63 ss.

(13) La Pretura di Roma, 29 settembre 1942, in *Foro it.*, I, c. 1054 ai fini della interruzione del processo, giustamente equipara la cancellazione dall'albo alle ipotesi di radiazione e sospensione previste nell'art. 301 c.p.c., sotto il riflesso che anche in questo caso il difensore viene a perdere la legittimazione agli atti processuali che gli deriva dalla iscrizione all'albo stesso ». Ed aggiunge: « Sotto questo profilo gli effetti della cancellazione e della radiazione sono identici: per la perdita della qualità di procuratore la parte non è più presente nel giudizio ». La sentenza è favorevolmente annotata da Andrioli.

(14) All'art. 301 del codice di rito corrisponde l'art. 2231 c.c. nel capoverso del quale però viene usata la generica dizione di cancellazione dall'albo, in sé comprensiva di tutte le ipotesi in cui il procuratore viene a perdere tale sua qualità. Se la disposizione del comma 1 dell'art. 2231 è giustificata, come afferma il Lega, *La libera professione* cit., nota 6, 241 ss., non si comprendono le ragioni della disposizione del capoverso, il quale stabilisce che in caso di cancellazione dall'albo il professionista ha diritto solo al rimborso delle spese e ad un compenso valutato non in proporzione alla quantità di lavoro effettivamente prestata, ma all'utile reale conseguito dal cliente. In questo caso infatti perché colpire direttamente il professionista, specie nelle ipotesi di cancellazione dal-

Concludendo su questo punto, tanto la *legitimatio ad processum* quanto il suo venir meno, risultano in concreto da un procedimento dell'ordine professionale, il quale ha a sua volta un immediato riflesso sulla sorte degli atti processuali in corso. La legge infatti ritiene che l'iscritto all'albo soddisfi le esigenze della giustizia. Coerentemente solo dalla esclusione dall'albo, temporanea o definitiva, esclusione comminata secondo l'art. 46 r.d.l. n. 1578, fa derivare il vizio assoluto degli atti processuali posti in essere.

5. Si tratta pertanto di vedere quali conseguenze assuma, ai sensi della legge professionale, la violazione dell'art. 5 r.d.l. n. 1578. Il caso del procuratore che conduca un processo fuori del proprio distretto non rientra certo nelle sei ipotesi dell'art. 37 del citato decreto, ipotesi che danno luogo alla cancellazione dall'albo. Né il caso direttamente risulta dagli artt. 41 e 42 (ipotesi di radiazione), né dall'art. 43 (ipotesi di sospensione).

Solo indirettamente, attraverso la lata formula dell'art. 38, per la quale sono sottoposti a procedimento disciplinare gli avvocati e i procuratori « che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione » (e violando l'art. 5 il procuratore certamente commette un abuso o una mancanza), la violazione dell'art. 5 può condurre alla sospensione o radiazione del procuratore incriminato, con il conseguente effetto sugli atti processuali, sopra delineato. In pratica può avvenire una di queste tre ipotesi: *a*) che il procuratore non sia affatto sottoposto a procedimento disciplinare; *b*) che, sottopostovi, cada sotto le minori sanzioni dell'avvertimento o della censura; *c*) che venga radiato o sospeso dall'albo. Solo in questo terzo caso la sua legittimazione viene meno e ne consegue l'assoluto vizio degli atti processuali che successivamente fossero posti in essere dall'incapace.

Abbiamo quindi, in linea di stretta interpretazione di diritto, che la violazione dell'art. 5 r.d.l. n. 1578 non autorizza di per sé a ritenere gli atti processuali posti in essere dal procuratore fuori del proprio distretto, inesistenti o irrimediabilmente nulli o insanabili. Sol quando alla violazione conseguano le massime sanzioni disciplinari dell'Ordine, queste automaticamente influiscono sul processo in corso, e non solo in quel

---

l'albo, di cui all'art. 37 della legge professionale! Sull'art. 2231 si veda: Candian, *Nozioni su istituzioni di diritto privato*, 255; Palazzo, *Prestazione di opera di professionisti non iscritti nell'albo o sospesi o cancellati*, in *Temi*, 1949, 301; Carresi, *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione nel negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 822.

processo nel quale il procuratore irregolarmente agisce, ma in tutta la sua attività, ovunque svolta. Onde, propriamente ritenendo, in nessun caso di vizio minore o maggiore del singolo atto processuale si tratta, bensì di capacità o incapacità del suo autore, dalla quale deriva o l'esistenza o l'inesistenza del complesso degli atti o del singolo atto.

6. A queste considerazioni di stretto diritto soccorrono, o meglio corrispondono, quelle altre considerazioni di opportunità di cui dicevo all'inizio. Se la logica ha un senso, non si possono porre sullo stesso piano ipotesi radicalmente diverse. Altro è infatti che agisca nel processo un tizio che non è stato e non è procuratore iscritto all'albo; altro che il processo prosegua con la partecipazione di chi fu radiato o sospeso dall'albo; altro infine che agisca chi, pur essendo procuratore, violi l'art. 5 r.d.l. n. 1578, esercitando fuori del distretto suo proprio.

Tra le due prime ipotesi e la terza intercorre questa non lieve differenza: che nelle prime chi agisce non ha la qualità richiesta dalla legge, mentre nella terza questa qualità si ha, ma si viola una norma che pone un limite territoriale all'esercizio della professione, norma che in sé è non poco discutibile.

Nel terzo caso colui che è effettivamente procuratore risponde col suo essere tale a quelle esigenze che hanno spinto la legge a porre l'onere di cui all'art. 82 c.p.c. È una persona che è in grado di soddisfare le necessità dell'amministrazione della giustizia, che dà astratta garanzia di saper manovrare tutti i congegni processuali e di rivestire le ragioni del suo cliente di precise argomentazioni di diritto sostanziale. A meno che questa capacità, attestata dall'iscrizione ad un albo, non subisca variazioni con l'uscire dal proprio distretto!

Specie se si considera che probabilmente il disposto del citato art. 5, come nota fugacemente il Pasquali Lasagni (15), ha voluto disporre una certa ripartizione di lavoro tra i procuratori, non vi è possibilità di ritenere il contrario.

Gli atti in tal modo posti in essere dal procuratore irregolarmente esercitante il suo ministero, non potranno quindi considerarsi, per questa ragione di fondo, inesistenti o radicalmente nulli. Solo un determinato provvedimento disciplinare dell'Ordine potrà interrompere il processo, fermo restando la validità degli atti già posti in essere.

7. Dante Livio Bianco, brinante sostenitore della contraria te-

---

(15) Pasquali Lasagni, *Nullità del processo e della sentenza per irregolare patrocinio del procuratore*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 970.

si (16), ritiene che vi sia una ragione sostanziale alla base dell'art. 5 del decreto, ragione che giustifichi le sue radicali conclusioni. Scrive infatti: « Da un punto di vista logico, ben si comprende, e appare addirittura ovvia, la giustificazione di questo legame fra un determinato giudice e un determinato difensore, quando si pensi ai rilevanti interessi, di carattere soprattutto pubblico, che si collegano a un regolare e utile svolgimento della funzione di procuratore, e perciò alla necessità d'un contatto stretto fra questi e il giudice, il quale è opportumo che conosca chi si presenti a lui come procuratore, o comunque possa controllare rapidamente il possesso, da parte sua, dei necessari requisiti e la regolarità o genuinità dei suoi atti ». E a riprova ricorda la funzione quasi notarile che, ai sensi del comma 3 dell'art. 83 c.p.c., il procuratore svolge certificando l'autenticità della procura di parte.

Ma non sembra che queste siano le ragioni del principio di localizzazione sancito pei procuratori. Esse dovrebbero sussistere anche per l'avvocato, il quale invece può assumere la difesa attiva della parte dinanzi a qualsiasi pretore della Repubblica, in qualsiasi albo di avvocati sia iscritto, ed anche se non risulti iscritto nell'albo dei procuratori (17). Se la legge non ha previsto questo, ne deriva che non su queste ragioni si fonda il principio di localizzazione dei procuratori (probabile ripartizione del lavoro tra la categoria). Ed è pertanto vano volerne dedurre argomenti per la tesi sostenuta dal Bianco nel caso specifico.

8. Lo stesso autore prende in considerazione l'art. 365 c.p.c., per il quale il ricorso per cassazione deve essere sottoscritto, a pena di inammissibilità, da un avvocato iscritto all'albo speciale della Suprema Corte, per contestare che dallo stesso possa argomentarsi a favore della tesi a lui contraria. Conclude che l'articolo non fa che esplicitamente dichiarare ciò che è già implicito nella disposizione generale dell'art. 82 c.p.c., ed in questo senso conferma la sua tesi. In ogni caso la disposizione è un semplice relitto riproducente l'abrogato art. 522 del codice del 1865, inserito nella nuova codificazione per pura distrazione dei compilatori.

Io credo fondata la conclusione del Bianco, pur procedendo per diversa via. All'art. 365 si possono attribuire due significati nettamente distinti, a seconda che si ponga l'accento sulla necessità inderogabile della sottoscrizione da parte del difensore ovvero sulla necessità che a sottoscrivere il ricorso sia l'avvocato iscritto all'albo speciale della Cas-

---

(16) D.L. Bianco, *Ministero di difensore, nullità della citazione e inefficacia del sequestro*, in *Riv. dir. processuale*, 1948, II, 208.

(17) Cass. 18 giugno 1941, in *Foro it.*, 1942, I, c. 400.

sazione. Nel primo caso non si comprende perché l'articolo abbia soggiunto, dopo aver sancito la necessità della sottoscrizione, che la stessa deve provenire dall'avvocato cassazionista. In questo caso sarebbe stata sufficiente questa redazione: « Il ricorso deve essere sottoscritto, a pena di inammissibilità, dal difensore ». Ed allora si avrebbe una semplice ripetizione del precetto generale dell'art. 125 c.p.c., senza interferire per niente sul nostro tema (18).

Letto nel secondo significato l'articolo appare del pari una inutile ripetizione di quanto stabilito dall'ultimo comma dell'art. 82, a proposito del difensore innanzi alla Cassazione.

In ogni caso la norma non si intende chiaramente (19). E comunque

---

(18) La questione della sorte degli atti processuali non regolarmente sottoscritti, dal procuratore, ai sensi dell'art. 125 c.p.c., non attiene direttamente al nostro caso. Tuttavia Cass. 19 maggio 1951, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1346 ha ritenuto di poter risolvere l'ipotesi di violazione dell'art. 5 della legge professionale nel quadro di quella minuta casistica. In altre parole, la citazione sottoscritta da un procuratore fuori del proprio distretto, se firmata dalla parte, verrebbe considerata priva della sottoscrizione del difensore, e quindi sanabile *ex tunc* con la costituzione della controparte. Chi scrive ritiene modestamente con l'Andrioli, *Sottoscrizione degli atti di parte*, in *Giur. cass. civ.*, 1945, II, 367, che l'originale della citazione mancante della firma del difensore sia inesistente e pertanto insuscettibile d'ogni possibilità di sanatoria. A ciò lo conforta anche il nuovo testo dell'art. 125, che, autorizzando il rilascio della procura al difensore anche in data posteriore alla notifica dell'atto, evidentemente mostra di ritenere la citazione necessario frutto dell'attività del procuratore, derivandone l'essenzialità della sua sottoscrizione. E che scopo della citazione non sia solo la comparizione del convenuto, ma l'incardinamento di tutto il rapporto processuale, egregiamente ha dimostrato E. Minoli, *Valore giuridico della citazione firmata dalla sola parte*, in *Giur. cass. civ.*, 1946, I, 66, n. 4. Cosa che ancor oggi può ritenersi, malgrado la riforma dell'art. 184 c.p.c. Né rilevano le osservazioni del Satta, *La sottoscrizione del procuratore nelle citazioni*, in *Riv. dir. processuale*, 1943, I, 198: questo autore infatti, dopo aver giustamente osservato che « la legge ha voluto, attraverso il meccanismo della sottoscrizione, estendere all'atto introduttivo del giudizio, o di una fase di esso, il principio della rappresentanza giudiziale necessaria », finisce col parlare di tutt'altro problema, che cioè il rilascio della procura può essere anche posteriore alla notifica dell'atto (lo scritto è del 1943). Non si comprende quindi cosa egli voglia.

Comunque, a prescindere dalla soluzione da darsi a questo diverso problema, mi sembra che la soluzione indicata dalla Cassazione sia del tutto fuori dalla vera sostanza del problema. Come dirò nella conclusione, violando l'art. 5 della legge professionale, non si ha alcun particolare vizio di un atto processuale, ma una irregolare partecipazione di un determinato procuratore, irregolarità altrimenti rimediabile.

(19) Il che è provato dalle incertezze della dottrina e della giurisprudenza. Significativo al riguardo l'ondeggiamento dell'Andrioli, che, in *Commentario al codice processuale civile*, 1941, ritiene l'art. 365 una semplice applicazione del disposto dell'art. 125, mentre nella *Sottoscrizione*, cit. *supra*, scrive: « ... l'art. 365 non si limita a comminare la sanzione della inammissibilità del ricorso per cassazione che quindi non si desumerebbe,

non può dire gran che al nostro proposito. Infatti per la Cassazione, unica istanza del suo tipo, il problema del principio di localizzazione non si pone per definizione, corrispondendo al giudice supremo uno speciale albo di avvocati. Il problema sorge solo per i procuratori nel modo sopra visto. Pertanto l'art. 365, ripetendo quanto disposto nell'art. 82, si colloca semplicemente nel filone da me delineato, concernendo un particolare tipo di difensore. È sempre un problema di qualità, di legittimazione del difensore, e niente altro.

9. Concludendo, mi sembra d'aver dimostrato come, dalla violazione dell'art. 5 r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, non derivi alcun vizio insanabile degli atti processuali. Essa non dà luogo a nessun particolare vizio dell'atto. Solo si ha una semplice irregolarità, non dell'atto, ma nella partecipazione di un procuratore d'altro distretto.

Irregolarità che potrà essere eliminata dal giudice, d'ufficio o su istanza della controparte, invitando la parte a farsi rappresentare da un procuratore del distretto. Cosa che potrà avvenire, sia in *limite litis* sulla base dei poteri concessi al giudice dall'art. 182 c.p.c. (nell'ampia formula di questo articolo mi sembra, infatti, che possa inserirsi anche questa ipotesi), sia in ogni stato e grado del processo.

Questa soluzione venne esplicitamente adottata dalla Cassazione in una decisione del 1948 (20), di cui reputo importante riportare il passo

---

a detta del Mammone, dall'art. 125, ma aggiunge al requisito della sottoscrizione una ulteriore notazione — l'iscrizione del difensore nell'albo speciale —, la quale da sola spiega perché il legislatore abbia sentito la necessità di dettare una norma speciale per il ricorso per cassazione ». Segue questa seconda interpretazione dell'Andrioli il Talassano, *La mancanza di sottoscrizione della parte o del procuratore nell'atto di citazione*, in *Foro pad.*, 1946, I, c. 240. Preferiscono la prima delle interpretazioni, Cass. 11 febbraio 1946, in *Giur. cass. civ.*, 1946, I, 66 e Minoli, *Valore giuridico*, cit.

Lanciani, *Sulla pretesa nullità degli atti processuali posti in essere da procuratore abilitato al patrocinio in diversa circoscrizione territoriale*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, c. 129, polemizzando col Bianco, scrive: « si può invece opporre che il legislatore ha voluto ripetere nell'art. 365 c.p.c. la norma già contenuta nell'art. 82 stesso codice per uniformarsi al disposto dell'art. 156, comma 1, cioè per aggiungere la comminatoria di nullità (o inammissibilità) che non può dichiararsi se non espressamente indicata dalla legge e che era stata omessa nel richiamato art. 82. L'interpretazione, pur originale, non può accogliersi, in quanto l'autore dimentica che l'art. 156 concerne il regime delle nullità formali, non di quelle sostanziali. E nel caso di difetto di legittimazione del procuratore non di vizio formale si tratta. Come osservo nel testo, la qualifica di procuratore esiste o meno, derivandone o meno l'esistenza dell'atto. Del testo non si possono istituire confronti tra l'art. 365 e l'art. 5 della legge professionale: qui si risolve un problema che là non si pone.

(20) *Supra*, nota 1, 150.

essenziale della motivazione: « ... non è mancata l'assistenza di un procuratore legale esercente, fornito, cioè, della capacità di rappresentanza in giudizio (*ius postulandi*) secondo quanto richiede l'art. 82 c.p.c.; ma si è fatta assistere da un procuratore che, essendo iscritto nell'albo circoscrizionale d'altro distretto di Corte d'appello, a termini dell'art. 5 della legge professionale, non poteva esercitare innanzi al Tribunale di Sondrio. L'esigenza di ordine pubblico, la garanzia di tecnicità cui la legge richiede il ministero di un procuratore legalmente esercente, era soddisfatta a pieno, così da doversi escludere che mancassero i requisiti formali indispensabili per la costituzione del rapporto processuale.

D'altra parte l'art. 5 della legge professionale non commina la nullità degli atti compiuti dal procuratore iscritto fuori dei limiti territoriali assegnati all'esercizio della sua attività professionale. Deriva che la parte, il giudice cui spetta di accertare la regolarità del patrocinio, può rilevare in ogni momento l'esercizio professionale territorialmente abusivo.... ma gli atti compiuti prima non sono colpiti da nullità (art. 156 c.p.c.). A conferma giovi osservare che se la stessa incompetenza territoriale del giudice è sanata ove non venga eccepita nella comparsa di risposta o, in genere, nel primo atto difensivo del giudizio di primo grado (art. 38 c.p.c.), non si ravvisa ragione per cui il difetto di capacità territoriale del procuratore alle liti richiesta dalla legge per più modeste esigenze (facilità di rapporti con gli uffici giudiziari, interesse professionale degli iscritti nei vari albi) debba produrre una nullità assoluta rilevabile d'ufficio in ogni grado e stato del procedimento ».

3.

LA CAPACITÀ PROCESSUALE DEL LAVORATORE MINORENNE

1. La conclusione alla quale è pervenuto il Tribunale di Rossano Calabro in questa sentenza è molto discutibile. È vero, infatti, che la *legitimatio ad processum* è un presupposto processuale, cioè un requisito per la valida costituzione del rapporto processuale che deve sussistere al momento della proposizione della domanda e che la stessa attiene all'ordine pubblico, onde spetta al giudice accertarne d'ufficio l'esistenza, ma è altrettanto consolidato, in giurisprudenza, che l'eventuale difetto può essere sanato in corso di giudizio. In particolare si è ritenuto che il difetto di rappresentanza del minore può essere sanato quando costui, divenuto maggiornenne nel corso del giudizio, si costituisce in proprio. Si vedano in proposito la giurisprudenza citata in *Rassegna di giurisprudenza sul codice di procedura civile*, 1954, *sub* art. 75, n. 4 ed, inoltre, Cass. 8 luglio 1953, n. 1371 (in *Foro it.*, Rep. 1953, voce *Procedimento in materia civile*, n. 92) che testualmente ha statuito: « Il difetto iniziale di capacità processuale derivante dalla minore età di uno dei contendenti può essere sanato con effetto retroattivo ed in qualsiasi stadio del giudizio, mediante manifestazione di volontà del soggetto interessato e non più incapace, la quale implichi regolarizzazione del contraddittorio ».

Nel caso specifico la sanatoria poteva tanto più ammettersi, in quanto nello stesso, a differenza dei casi risolti nelle sopracitate pronunce, non si trattava di un processo irritualmente iniziato da chi non aveva più veste per rappresentare un soggetto ormai già uscito di minorità, bensì di un processo instaurato da un soggetto divenuto maggiorenne, e quindi capace, nel corso del giudizio. Col raggiungimento del 18° anno di età, infatti, il minore (art. 3 c.c.), acquista piena capacità negoziale e processuale in materia di lavoro.

L'automatica sanatoria di cui si è detto potrebbe invero negarsi solo ritenendosi, come ha ritenuto l'Appello torinese nella sentenza 5 novembre 1954 (in *Dir. lav.*, 1955, I, 258; con nota adesiva di G. Benettini, *Sulla*

capacità processuale e negoziale del minore nel contratto di lavoro, in *Foro pad.*, 1955, I, 921) che il minore può agire in giudizio, a tutela dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro, se abbia compiuto i diciotto anni di età e *relativamente all'opera prestata dopo aver raggiunto tale età*. In altri termini il giovane lavoratore conseguirebbe un'anticipata capacità, negoziale e processuale, solo per quanto egli intraprenda successivamente al compimento del 18° anno di età. Tesi, questa, visibilmente assurda perché coerentemente dovrebbe condurre a ritenere che anche col conseguimento della integrale capacità al compimento del 21° anno, il minorenne sarebbe carente di capacità processuale per i diritti di cui acquistò la titolarità nel corso della minore età, per questa pregressa titolarità permanendo l'incapacità e la necessità dell'altrui tutela.

Logico corollario al quale, con alquanta incoerenza, lo stesso citato Appello torinese si rifiuta, nella motivazione della citata sentenza. Onde, più rettamente, deve invece convenirsi con quanto ritiene App. Ancona 7 luglio 1954 (in *Foro it.*, Rep. 1954, voce *Lavoro* (compet.), n. 4) che, cioè, il minore ultradiciottenne può agire in giudizio per il soddisfacimento dei crediti spettantigli per un lavoro eseguito prima del compimento del 18° anno.

2. All'opposta conclusione, il Tribunale di Rossano avrebbe dovuto pervenire anche in considerazione dei particolari profili ai quali si atteggia l'anticipata capacità del lavoratore minorenne. In particolare, il Tribunale avrebbe dovuto considerare che l'anzidetta anticipata capacità è, secondo quanto giustamente si ritiene, piena ed esclusiva. Pertanto chi esercita la patria potestà o la tutela non può, nemmeno in caso di inerzia del minore ultradiciottenne, esercitare i diritti e le azioni a questi spettanti. In tal senso l'elaborata sentenza App. Roma 28 novembre 1945, in *Foro it.*, 1944-1946, I, 401, con nota favorevole di D. Gaeta, *Sulla capacità di agire dei minori nei rapporti di lavoro*; Trib. Sassari 26 maggio 1953, *ivi*, Rep. 1953, voce *Infortuni*, n. 3131; App. Venezia 23 settembre 1953, *ivi*, Rep. 1954, voce *Previdenza sociale*, nn. 462, 463. *Contra* Trib. Taranto 21 luglio 1953, in *Dir. lav.*, 1953, II, 483, per il quale il minore lavoratore ultradiciottenne ha facoltà, ma non obbligo, di esercitare personalmente i diritti e le azioni che conseguono al rapporto di lavoro « talché non è escluso dalla legge che per la tutela degli interessi del minore, anche per quanto concerne i rapporti di lavoro, possa agire, in sua vece, il legale rappresentante, secondo i principi generali ». Nello stesso senso, in dottrina, Jaeger, *Diritto processuale del lavoro*, in *Trattato di dir. del lav.*, 166, ritiene estensibile la *rappresentanza suppletiva* prevista nell'art. 605 c. nav. a qualsiasi tipo di processo del lavoro. Ma

tale assunto non può condividersi, come egregiamente ritennero la citata sentenza App. Roma del 1945 e il GAETA, sia sulla scorta di argomenti desunti dai lavori preparatori sia, soprattutto, per il carattere eccezionale dell'art. 605 c. nav.

L'annotata sentenza ha invece giustamente respinto la tesi da taluno sostenuta (R. MIDIRI, *La capacità negoziale del minore in materia di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1939, I, 308; *Commentario al codice civile* di D'AMELIO, *sub* art. 3; M. ALATI, *Capacità negoziale e processuale del lavoratore minorenne*, in *Dir. lav.*, 1948, I, 123), secondo la quale l'art. 9 r.d. 21 maggio 1934, n. 1073, sancente la capacità processuale del minore ultraquindicenne, siccome norma speciale fatta salva nell'art. 3 c.c., è da ritenersi ancora vigente. Nello stesso senso, in dottrina, L. DE LITALA, *Il contratto di lavoro*, 136; JAEGER, *op. loc. cit.* Per il particolare profilo della questione, in relazione ad alcune norme della legislazione sociale, si veda, invece, L. GUZZON, *La capacità processuale del minore e le controversie in materia di prev. soc.*, in *Riv. prev. soc.*, 1954, 517.

3. Tuttavia, pur ritenendo l'avvenuta abrogazione dell'art. 9 r.d. n. 1073 del 1934, il Tribunale di Rossano avrebbe potuto trarre conforto, per accogliere la tesi qui sostenuta, da ulteriori considerazioni attinenti a quanto ormai generalmente si ritiene in ordine alla stipula del contratto di lavoro da parte del minore di anni 18. Posta, infatti, l'incapacità di tale minore, dovrebbe ritenersi che alla stipula del contratto di lavoro che lo impegni possa direttamente ed autonomamente provvedere chi sul minore esercita la patria potestà o la tutela. E in tal rigoroso senso si è infatti pronunciato il SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 104. Ma, più esattamente, si ritiene tale concezione erronea, in quanto dimentica della realtà del carattere personalissimo della prestazione promessa nel contratto di lavoro, donde la necessità dell'intervento diretto del minore alla stipula dello stesso e lo scadimento della rappresentanza del genitore o del tutore a semplice, se pur imprescindibile, assistenza. Tale soluzione, che discende dai principi, trova esplicito accoglimento nell'art. 324 c. nav. In tal senso: RIVA SANSEVERINO, *Rivista del lavoro*, 115; con notevoli perplessità il BARASSI, *Il diritto del lavoro*, 66 ss.; DE LITALA, *op. loc. cit.*; in giurisprudenza il citato Appello anconitano. Come questa soluzione possa ben dommaticamente inquadrarsi, ha egregiamente dimostrato il TORRENTE, *I contratti di lavoro della navigazione*, 162 ss. Scrive il chiaro A.: « ... la titolarità della gestione degli interessi patrimoniali continua a spettare al genitore o al tutore; il consenso del minore interviene soltanto per l'esclusiva pertinenza a lui del potere di disposizione delle proprie energie lavorative ».

In pratica, quindi, il lavoratore già prima dei 18 anni viene a fruire di una limitata capacità contrattuale. Oltre questa tesi va il M. Alzati in due notevoli scritti, dove è viva l'aderenza alla realtà dei rapporti (*Capacità*, cit.; *L'art. 3 del nuovo codice civile e i limiti della patria potestà nel campo del lavoro*, in *Foro it.*, 1939, I, 343). Per questo A., che ampiamente riferisce sugli estremi della tormentata questione nell'ambito della vecchia legislazione, anche il minore di anni 18 acquista piena capacità negoziale e processuale in relazione ai rapporti di lavoro, allorché ottiene il libretto di lavoro che, contenendo la firma del padre, attesta l'autorizzazione di questi o del tutore all'esercizio dell'attività lavorativa. « Il visto — scrive l'Alati — significa consenso a che il minore eserciti un'attività lavorativa e, quindi e perciò, compia tutti gli atti che ad essa attività sono intimamente connessi e senza dei quali quell'attività non potrebbe concretare un rapporto ». In tal modo si avrebbe in questo settore una pratica emancipazione del minore. Il genitore o il tutore potrebbero solo, in ipotesi, vietare espressamente al minore la stipula di un determinato contratto di lavoro o imporre allo stesso lo scioglimento di un rapporto in atto. In assenza di questi positivi e limitativi interventi, il minore avrebbe piena libertà.

La tesi dell'Alati è invero suggestiva e bene si accorda alle esigenze reali. Ma al suo accoglimento contrasta l'unico chiaro indice legislativo che abbiamo in proposito. Ed infatti, per l'art. 119 c. nav., il minore di anni 18 può iscriversi, con il consenso del genitore o del tutore, nelle matricole della gente di mare. Ma con tale iscrizione il minore non consegue affatto piena capacità, se il successivo art. 324 recita: « Il minore di anni diciotto, iscritto nelle matricole della gente di mare, può, con il consenso di chi esercita la patria potestà o la tutela, prestare il proprio lavoro, stipulare i relativi contratti ed esercitare i diritti e le azioni che ne derivano ». E l'art. 437 del regolamento per la navigazione marittima specifica che chi esercita la patria potestà o la tutela, nel dare il consenso di cui all'art. 324 c. nav., « deve precisare se il consenso si estende a tutti i contratti di arruolamento da stipualrsi dal minore prima che abbia raggiunto la detta età, o se invece riguarda uno o più determinati contratti, o è limitato ad un determinato periodo di tempo, o a una determinata classe di viaggi ». Questa dichiarazione deve essere presentata ad un ufficio portuale. Pertanto, giusta questa disciplina, il minore abbisogna di un duplice consenso: un consenso per porsi, con l'iscrizione nella matricola, nelle condizioni di poter essere genericamente avviato al lavoro marittimo e un ulteriore consenso, a sua volta generale o particolare, per il concreto avviamento al lavoro. Si comprende agevolmente la necessità richiesta di questo duplice consenso,

perché altro è iscriversi nella matricola, altro è, invece, stringere concreti rapporti di lavoro.

Alla iscrizione nelle matricole della gente di mare, corrisponde, per noi, l'ottenimento del libretto di lavoro e l'iscrizione nelle liste degli uffici di collocamento. Ne consegue che, anche al di fuori del lavoro marittimo, il minore di anni 18 dovrà ottenere il consenso del genitore o del tutore sia per porsi nell'ambito della categoria di lavoro in aspettativa dell'avviamento sia per stringere in concreto i singoli e vari rapporti di lavoro. Ci sembra, infatti, che questo risponda a principi di carattere generale che purtroppo non trovano, fuori del codice della navigazione, quella concreta specificazione che ivi chiarisce ogni dubbio. La tesi dell'Alati non può essere su questo punto accolta, fermo restando la validità delle ulteriori osservazioni che l'A. fa circa il concreto svolgimento della prestazione lavorativa da parte del minore di anni 18 e la sistemazione giuridica che deve trarsene.

Ma, ritornando al punto specifico, quanto sopra ritenuto circa la limitata capacità negoziale *anche* del minore di anni 18, avrebbe dovuto ulteriormente confortare il Tribunale di Rossano all'adozione di una soluzione opposta a quella ritenuta.

4.

L'ARBITRATO NELLE CONTROVERSIE DI LAVORO E LE CLAUSOLE DI DECADENZA STABILITE NEI CONTRATTI COLLETTIVI DI LAVORO

1. La surriportata sentenza del Tribunale veronese ripropone ancora una volta la tormentata ed annosa questione dell'ammissibilità della risoluzione in via arbitrale delle controversie di lavoro, sia nel suo aspetto generale, sia sotto il profilo particolare in relazione al quale la stessa più frequentemente o meglio esclusivamente, a quanto ci consta, si è posta. E per quanto negli ultimi anni alla nutrita serie di pronunce giurisprudenziali sul punto abbia fatto seguito un'altrettanto copiosa messe di scritti dottrinali, la stessa sentenza veronese ed altre successive (1) dimostrano che la questione, tutt'altro che sopita, ripetutamente torna ad agitarsi. Per cui non è superfluo, a nostro giudizio, intrattenerci ancora sulla *vexata quaestio*, non tanto per apportare elementi decisivi e risolutivi, quanto col più modesto proposito di una complessiva messa a punto dello stato della stessa, in una con alcune, ancor più modeste, osservazioni nostre in proposito.

E questa messa a punto ci sembra tanto più opportuna, quanto più, nelle ultime pronunce sul punto, ci sembra di rilevare un certo tono che è veramente indicativo della profonda crisi del nostro ordinamento del lavoro. Dieci anni sono trascorsi da quando il legislatore ha gravemente inciso, come conveniva nel passaggio da un regime all'altro, sul vecchio ordinamento corporativo; non tanto tuttavia da non lasciare in piedi, per le inevitabili esigenze del periodo transitorio che allora si profilava brevissimo, larga parte di quella stessa vecchia regolamentazione in attesa di una nuova e definitiva sistemazione conforme al nuovo clima e ai nuovi principi. Senonché quello che appariva allora transitorio conti-

---

(1) App. Milano 26 gennaio 1954, in *Riv. giur. lav*., 1954, 2, 158; App. Genova 17 febbraio 1954, in *Riv. giur. lav*., 1954, 2, 295; App. Genova 22 febbraio 1954, in *Temi genovese*, 1954, 75; Trib. Como 2 marzo 1954, in *Riv. giur. lav*., 1954, 2, 297; App. Milano 20 marzo 1954, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 2, 273.

nua ancora, malgrado solenni enunciazioni costituzionali che, per il legislatore di una repubblica proclamata fondata sul lavoro, avrebbero dovuto costituire un impegno di compiuto svolgimento pregiudiziale ed indilazionabile; ed in questa che sempre più diventa una intollerabile e deprecabile *vocatio legis*, alla carenza dei pubblici poteri fa necessariamente riscontro, come può, l'iniziativa sindacale che deve necessariamente porsi programmi di continuo svolgimento ed arricchimento della disciplina del lavoro attraverso la contrattazione collettiva. Ma le nuove istanze che affiorano e spesso si concentrano come e nella misura in cui l'attuale incerta situazione consente, trovano frattanto ostacolo in quell'ampia parte del vecchio ordinamento corporativo che resta in piedi. Ne sorgono conflitti molte volte ineliminabili, la soluzione dei quali spesso la nostra giurisprudenza ha nobilmente e coraggiosamente tentato di risolvere, pur con costruzioni giuridiche tutt'altro che tranquillanti (2). Altre volte lo scoprimento (ché spesso di vero scoprimento si tratta) di una armatura giuridica per accogliere quanto la pratica sindacale va elaborando, appare meno semplice e raggiungibile, soprattutto perché non si osa dar di piccone su quanto, del vecchio edificio, ben potrebbe dichiarare decaduto a seguito del crollo del regime che la costruì, senza con questo usurpare le funzioni del legislatore. In queste situazioni si accoglie il nuovo che il mondo sindacale esprime lasciando inalterato, formalmente, il vecchio ed il sorpassato. Che, così facendo, la coscienza del giudice si tranquillizzi, non contestiamo. Ma che questa tranquillità abbia la sua inevitabile contropartita in costruzioni e motivazioni giuridiche la cui logica è tutt'altro che impeccabile e cristallina, è altrettanto indubbio.

Ora nella nostra questione si versa appunto in una di queste non felici situazioni. La sentenza che annotiamo ne è chiara testimonianza. Giacché, se nelle conclusioni della stessa sul punto pienamente concordiamo, la motivazione addotta è quanto mai sbrigativa e superficiale, tanto da far pensare più che a un meditato convincimento logicamente e giuridicamente fondato, alla persuasione, socialmente nobilitante, di non poter contrastare quanto nella realtà dei rapporti di lavoro avviene.

---

(2) Come pratici esempi citiamo quelle che possono ben dirsi due massime consolidate: la prima, in base alla quale si è ritenuto applicabile anche agli attuali contratti collettivi di diritto comune l'art. 2077 c.c., sia pure limitamente ai soci dei sindacati stipulanti (tra le tante, v. Cass. 12 maggio 1951, in *Riv. dir. lav.*, 1951, 2, 349 e le numerose successive); la seconda sul c.d. « valore precettivo » dell'art. 36 Cost. in tema di retribuzione, sulla quale vedi il mio: *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1953, I, 99 e i rilevati contenuti nella relazione svolta dal prof. C. Mortati al recente Congresso di diritto del lavoro di Taormina, relazione riportata in *Dir. lav.*, 1954, I, 173 ss. con il titolo: *Il lavoro nella Costituzione*.

Non c'è in queste nostre parole nulla che voglia essere irrispettoso per i componenti del collegio giudicante; ma la considerazione spassionata di una situazione la cui responsabilità è in minima parte riferibile alla magistratura (3) e il timore, più che giustificato, che col trascorrere del tempo, in questo ed in altri casi, si assista al continuo e meccanico ripetersi delle stesse considerazioni non logicamente fondate per eliminare, con malcelato senso di fastidio, punti scabrosi di lana caprina pur di giungere a conclusioni che si sentono e sono, in realtà, giuste. Resta peraltro da vedere se alle stesse conclusioni non possa giungersi per altra via, meno discutibile.

2. Il divieto di compromettere in arbitri le controversie di lavoro è sancito nell'art. 806 c.p.c., con un riferimento all'art. 429 dello stesso codice che inizia appunto il capo che regola il particolare rito di queste controversie. Il primo quesito che si deve porre è quello dell'attuale validità di siffatto divieto, se esso permanga oppure non debba considerarsi implicitamente abrogato col crollo del sistema corporativo per una qualche ragione che ai principi ispiratori dello stesso intimamente lo colleghi e unicamente lo giustifichi. Quest'ultima tesi è stata ampiamente svolta e suffragata in un interessante saggio del giudice Ferrari (4) con argomentazioni d'esclusivo carattere politico-sociale, volte a dimostrare nel sopraddetto divieto di compromissione in arbitri delle controversie di lavoro, una particolare finalità del cessato regime. Sostiene il Ferrari, anche in considerazione del fatto che lo stesso legislatore del 1942 prevedeva per le stesse controversie di lavoro un particolare tipo di arbitrato negli artt. 455 ss. c.p.c., che « non il compromesso era vietato, ma proprio e solo il compromesso raggiunto attraverso la libera scelta degli arbitri », in quanto si voleva « evitare che, attraverso gli arbitri di parte, venisse eluso il rigido sistema autoritario di controllo. E questa è

---

(3) *Contra*, per l'affermazione della responsabilità della magistratura per l'attuale situazione del diritto del lavoro in Italia, v. L. Mossa, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, in *Nuova riv. dir. commerciale*, 1951, I, 105 e la risposta critica di A. Grechi, *La giurisprudenza ed il diritto del lavoro, in Riv. giur. lav.*, 1952, I, 23.

(4) G. Ferrari, *Libertà sindacale e validità della clausola compromissoria in materia di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, I, 21 e: *Ancora in tema di divieto del compromesso in materia di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, 2, 122. Dubbiosamente si esprime per l'abrogazione A. Sermonti, in *Mass. giur. lav.*, 1948, 100: « … male ci si adatta a considerare valida ed efficace una norma, quando non solo sono venuti a mancare i suoi presupposti essenziali, ma addirittura questi sono stati rifiutati dal nuovo legislatore, che ha instaurato un sistema giuridico diverso, se non, sotto qualche aspetto, opposto ».

una spiegazione apparente, anzi la sola ». Infatti tra tutti gli istituti del diritto corporativo — scrive il Ferrari — correva un intimo ed organico legame di complementarietà sostenuto dall'unitaria *ratio* di consolidare il sistema creatore d'ogni libero manifestarsi del contrasto sociale, in guisa che uno degli infiniti anelli di quella costruzione corporativa si sarebbe potuto eliminare senza far sì che — attraverso una qualsiasi breccia aperta nel sistema — la libera lotta delle categorie ne fosse immancabilmente derivata.

Ammettere la libertà di compromettere in arbitri le controversie di lavoro equivaleva a concedere ai lavoratori la libertà di scegliersi dei rappresentanti diversi da quelli imposti autoritariamente dall'alto (5) e poiché la scelta operaia sarebbe caduta sulle stesse persone » ... si sarebbe realizzato un movimento ... verso persone diverse da quelle imposte obbligatoriamente con le nomine dall'alto. Si sarebbe cioè verificato un fenomeno di coagulazione sindacale intorno a determinati esponenti che avrebbero finito col porsi ed imporsi come i difensori degli interessi dei lavoratori... Ora se la ipotizzata assenza del divieto in esame avrebbe generato la libertà sindacale, com'è mai possibile che la libertà sindacale si concilii col divieto della clausola compromissoria? ».

Le argomentazioni del Ferrari, pur suggestive, non convincono, poiché esse si basano su un assunto di ricostruzione storica non dimostrato. Ed invero il divieto d'arbitrato fu introdotto solo con la codificazione del 1942 (6), quando il sistema corporativo era ben consolidato da oltre un decennio (7) e, per giunta, a quanto ci consta, per la fortuita insistenza in seno alla commissione legislativa di un commissario, il quale, in quella sede, si lasciò guidare personalmente dall'estremismo statolatrico che lo contraddistingueva e che lo pose alla direzione di una autorevole rivista del tempo, ma che in passato non sempre aveva

---

(5) Per una interessante critica dall'interno al sistema corporativo sotto questo riguardo v. le conclusioni del volume di D. De Cocci, *La rappresentanza sindacale*, 1942, 144 ss.

(6) Precedentemente sussisteva solo il divieto di inserire clausole compromissorie relative alle controversie individuali di lavoro nei contratti collettivi, per la ragione che, ciò permettendo, si sarebbero praticamente formate delle giurisdizioni speciali non disposte dalla legge e vincolative delle parti del contratto di lavoro: v. Andrioli, *Commento*, *sub* art. 808; L. Piccardi, *Sull'ammissibilità della clausola compromissoria per la definizione delle controversie individuali di lavoro*, in questa *Riv. dir. processuale*, 1929, 2, 206.

(7) Uso il termine corporativo in senso largo comprensivo e della c.d. « fase sindacale » iniziatasi con la legge sindacale del 1926 e della fase corporativa *strictu sensu*, iniziatasi, quest'ultima, con le leggi sulle corporazioni del 1930 e sviluppatasi con la legge del 1934.

espresso analoghi convincimenti (8). Se veramente l'importanza politico-sociale in senso, diciamo, poliziesco, del discusso divieto fosse stata di tal momento, l'origine non ne sarebbe stata così fortuita, per un banale incidente della discussione parlamentare e non si sarebbe certamente atteso il 1942 per introdurre un istituto di tale valore per il regime. Né consta che, attraverso la precedente libertà di compromettere in arbitri, siasi mai formato quel vasto movimento eversivo che il Ferrari con tanto dilettantismo storico — ci permetta — delinea. Poiché a stroncare la libertà sindacale basta addirittura molto meno della stessa instaurazione di un sistema sindacale pubblicistico e autoritario quale quello avutosi in Italia col 1926. Basta che in certe situazioni politiche, con la complicità di un governo all'opera per l'instaurazione della dittatura e nel clima che ne deriva, si stringa tra datori di lavoro e certe pseudorganizzazioni sindacali un comodo patto quale fu quello, famoso e decisivo, di Palazzo Vidoni (9). Quindi, che il divieto di cui all'art. 800 del codice di rito abbia oggettivamente rappresentato una ulteriore nota autoritaria nel sistema

---

(8) La norma discutibilissima dell'art. 806 (l'espressione è del Satta, *Diritto processuale civile*, 1953, 538) venne introdotta per la proposta del commissario Costamagna (v. Andrioli, *Commento, sub* art. 806) il quale però, secondo quanto riferisce il Pergolesi, *Diritto processuale del lavoro*, 1929, 277, fu precedentemente a favore dell'arbitrato per quanto esprimesse, nel regime, la corrente estremista attraverso la rivista *Lo Stato*. Lo stesso Pergolesi in una nota *Mass. giur. lav.*, 1932, 183, scriveva: « Pel diritto vigente ritengo ammissibili arbitrati e arbitraggi, ma poiché mi sembrano poco conformi al sistema sindacale e corporativo, *de iure condendo* ritengo siano da eliminarsi entrambi gli istituti ». E lo Jaeger, *Diritto processuale del lavoro (controversie individuali)*, in *Trattato* diretto da Borsi e Pergolesi, a p. 153 scriveva: « ... sebbene sia largamente diffusa nella dottrina la convinzione che questo istituto contraddice il carattere imperativo della maggior parte delle norme che disciplinano i rapporti di lavoro e la conseguente indisponibilità degli interessi protetti da tali norme ». Nello stesso senso ritiene che fosse naturale presupposto della norma in esame il sistema corporativo, B. Amaduzzi, *L'arbitrato in materia di controversie individuali di lavoro. Efficacia del limite posto dagli artt. 806 429 cod. proc. civ.*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1948, 2, 122. Invece Barassi, in *Il diritto del lavoro*, vol. 3°, 1949, 380, stranamente conduce il suo ragionamento partendo dal pacifico presupposto che il r.d. 21 maggio 1944, n. 1073 consenta l'arbitrato, ignorando del tutto la nuova disciplina del codice di rito del 1942, scrivendo: « Questa facoltà delle parti deroga alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria: appunto questa abdicazione era in passato sembrata in contrasto con qualche carattere fisionomico dell'ordinamento corporativo, che avrebbe dovuto logicamente condurre a un incremento, se mai, in quei poteri dello Stato che si attuano mediante i suoi organi giurisdizionali. Perciò non era mancata qualche voce diretta a sostituire ai giudici privati gli stessi organi giurisdizionali sia pure quali arbitri ».

(9) Il Patto stipulato in Roma, a Palazzo Vidoni, il 2 ottobre 1925, con il quale le organizzazioni padronali riconoscevano i sindacati fascisti, come unici ed esclusivi rappresentanti del lavoro.

è indubbio, ma lo stesso, lungi dal costituirne una delle chiavi di volta, poteva essere accolto (e niente esclude che in realtà così sia stato) anche per altre ragioni o esclusivamente per altre ragioni. Se infatti il divieto non risponde esclusivamente ad una finalità politica del passato ordinamento, resta da vedere se per avventura esso non abbia una giustificazione che trascende quel sistema e possa, quindi, rintracciarsi anche in un diverso regime.

3. Ed infatti la mancata abrogazione del divieto è sostenuta, con quasi unanime consenso, in base ad altre finalità che si ritiene lo giustifichino, in linea di massima, anche nell'attuale ordinamento. Si afferma infatti che quel divieto ha ragion d'essere non tanto per ragioni specificatamente politiche, quanto per ragioni di protezione dei lavoratori, in relazione appunto a quei particolari diritti che con altre e con questa norma in particolare si intendono tutelare (10). Nell'intento di proteggere, nel rapporto di lavoro, la parte economicamente e socialmente più debole, il legislatore del 1942 dettò sia la norma eccezionale dell'art. 2113 c.c. (11), sia, sul terreno processuale, il divieto di cui all'art. 806. Si tratta cioè di diritti irrinunciabili e intransigibili, almeno parzialmente, che potrebbero venire lesi ove la risoluzione delle controversie relative agli stessi fosse affidata agli arbitri di nomina privata, onde sembrò opportuno assegnarli all'esclusiva cognizione della magistratura

---

(10) In tal senso: Trib. Genova 24 maggio 1947, in *Foro it.*, 1948, I, 270, che particolarmente insiste sull'impossibilità, per il giudice, di dichiarare l'avvenuta abrogazione di una norma per incompatibilità col nuovo ordine giuridico; Lodo arbitrale, 20 gennaio 1949, in *Foro civ.*, 1949, 168; Trib. Milano 22 giugno 1950, in *Riv. dir. lav.*, 1950, 2, 389; Cass. 21 agosto 1951, in *Riv. dir. lav.*, 1952, 2, 96; App. Perugia 25 luglio 1951, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 2, 336. In dottrina: A. Paroli, *In tema di arbitrato e di clausola compromissoria*, in *Dir. lav.*, 1948, 2, 349; L. Ichino, *Sull'ammissibilità della compromissione in arbitri delle controversie individuali di lavoro*, in *Foro pad.*, 1950, I, 465; D. De Luca Tamajo, *Arbitrato e controversie collettive improprie*, in *Dir. e giur.*, 1948, 229; L. Barbareschi, *Il divieto di compromettere in arbitri le controversie individuali di lavoro*, in *Foro civ.*, 1949, 168, che in particolare sostiene che il divieto di cui all'art. 806 c.p.c. sussiste tuttora perché lo stesso articolo fa riferimento all'art. 429 stesso codice che parla dei rapporti di lavoro che sono o possono essere regolati per contratto collettivo, in quanto anche ora i rapporti di lavoro possono avere una tale regolamentazione. Redenti, *Diritto processuale civile*, 1954, vol. 3°, 446, è molto dubbioso su tutta la questione. Da ultimo merita segnalare la sentenza dell'App. Napoli 22 febbraio 1949, in *Dir. lav.*, 1950, 2, che afferma: « Con le debite garanzie sindacali e processuali sono possibili le rinunce e le transazioni aventi per oggetto diritti del lavoratore derivanti da disposizioni inderogabili », sostenendosi la non assolutezza del divieto di cui al citato art. 806.

(11) Sull'esatto carattere di questa norma, v. U. Prosperetti, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni del prestatore di lavoro*, 1950.

ordinaria insieme a tutte le controversie « che non possono formare oggetto di transazione » (un inciso dell'art. 806 c.p.c.) (12). E poiché diritti di questo tipo non sono affatto caratteristici del passato ordinamento, dove si fondavano su un particolare sistema sindacale e sul contratto collettivo ad efficacia normativa che ne derivava, ma anche dell'attuale regime in armonia con l'art. 39 Cost. che ha accolto il contratto collettivo efficace *erga omnes*, con gli adattamenti resi necessari, circa il processo di formazione dello stesso, dai nuovi principi democratici e di libertà sindacale, il divieto in discussione ha una giustificazione ancora valida ed operante. Pertanto — si conclude — quel divieto permane poiché la norma relativa, lungi dall'essere stata abrogata implicitamente col crollo del sistema corporativo, sta ancora ben salda a coronamento di un sistema protettivo dei lavoratori che, in alcune sue grandi linee istituzionali, è passato nell'attuale Costituzione.

4. Ma la stessa giurisprudenza, che unanimemente si è pronunciata per la validità del divieto di cui all'art. 806, cit., ha d'altra parte prevalentemente accolto una tesi che giustamente è stata definita intermedia (13) tra le due opposte ed estreme posizioni di cui finora si è detto. Si sostiene, cioè, che il riaffermato divieto concerne solo quel tipo di

---

(12) Sulla normale corrispondenza tra il divieto di compromettere in arbitri e l'intransigibilità, v. P. Greco, *Il contratto di lavoro*, 1939, 465.

(13) L'espressione è di O. Buccisano, *In tema di regolamento collettivo dei licenziamenti*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 2, 32, che esamina, inoltre, il particolare problema dei rapporti tra la procedura arbitrale disposta in tema di licenziamenti e l'azione giudiziaria in caso di licenziamento in tronco (art. 10 dell'accordo del 1950). In giurisprudenza v.: Trib. Salerno 4 ottobre 1950, in *Riv. giur. lav*., 1949-50, 2, 362; Cass. 21 agosto 1951, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 366; App. Perugia 21 febbraio 1952, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, 132; Cass. 28 giugno 1952 e Trib. Como 10 ottobre 1952, in *Riv. dir. lav.*, 1952, 2, 470. In dottrina v.: F. Mancini, *Sulla natura*, cit., che, nel dubbio sulla precisa natura dell'arbitrato previsto in tema di licenziamenti, opta per l'arbitrato irrituale per il principio di conservazione dei contratti che « induce a interpretare la disposizione nel senso in cui essa è valida »; E. Saracini, *Ancora in tema di arbitrato irrituale nelle controversie sui licenziamenti individuali*, in *Riv. dir. lav.*, 1950, 2, 390; B. Amaduzzi, *Limiti del recesso* ad nutum *dell'imprenditore e poteri delle commissioni interne*, in *Riv. dir. lav.*, 1950, 2, 153; A. Graziani, *Sui caratteri distintivi dell'arbitrato irrituale*, in *Foro it.*, 1950, I, 335; I. Scotto, *Intervento delle associazioni sindacali e arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1950, 2, 170; A. Peppe, *In tema di arbitrato rituale o irrituale e di poteri della Corte Suprema*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 2, 370. La più elaborata pronuncia sul punto è quella di App. Perugia 25 luglio 1951, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 2, 336, che, parlando del divieto di cui all'art. 806 c.p.c., afferma: « ... si tratta evidentemente di norme che fanno eccezione a regole generali e che non possono quindi essere estese per analogia al caso degli arbitrati irrituali che non è in esse espressamente contemplato ».

arbitrato che, per essere regolato dalla legge come equivalente della giurisdizione statale, si dice rituale, e non già l'altro tipo di arbitrato fiorito nella pratica che, non svolgendosi nel rispetto delle norme dettate dal codice, non si conclude in un lodo suscettibile d'ottenere il decreto d'esecutorietà del pretore ed ha pertanto rilievo a tutt'altro titolo, qualificandosi come irrituale o libero. È qui superfluo indugiare sulle caratteristiche di questo secondo tipo d'arbitrato, ampiamente sviscerato nella dottrina e previsto di scorcio nella stessa legislazione per quanto dispone l'art. 619 c. nav.; (14) presupponendo già noto quanto ormai unanimemente si ritiene in proposito e riservandoci di esaminare i singoli aspetti di questo singolare istituto nella misura in cui ciò interessa al nostro proposito, dobbiamo rilevare che la soprariferita tesi giuriprudenziale ha praticamente portato a dare giuridico rilievo alle procedure arbitrali fiorite nel campo dei rapporti di lavoro, in particolare in tema di licenziamenti nell'industria.

Sennonché questa conclusione è tutt'altro che un modello di logica argomentazione in relazione alle premesse da cui la stessa giurisprudenza è partita. Si afferma infatti, da una parte, che il divieto di cui all'art. 806 resta in piedi per le speciali caratteristiche dei diritti da cui derivano le controversie di lavoro (diritti parzialmente irrinunciabili e intransigibili); si precisa però, d'altro canto, che lo stesso divieto non si estende agli arbitrati irrituali, cioè proprio agli stessi arbitrati che certamente offrono minori garanzie — ove si debba effettivamente fare questione di garanzie — per la tutela degli stessi diritti di cui si tratta. È, com'è palese, una evidente contraddizione in termini. Poiché, se è vero che nelle controversie di lavoro sono in giuoco diritti che l'ordinamento intende potenziare al massimo per alte finalità sociali; se all'uopo non si è ritenuto opportuno affidare la risoluzione delle stesse controversie agli arbitri che adempiono al loro compito con tutte le garanzie previste dalla legge processuale; deve essere altrettanto vero che un maggior pericolo di nocumento per gli stessi diritti deve vedersi in quell'arbitrato che, avvenendo senza il rispetto delle regole del codice di procedura, si dice irrituale o libero e che, pertanto, ove sussista il divieto di arbitrato rituale, deve ritenersi vietato anche il ricorso all'arbitrato irrituale.

Un punto è cioè certo: negli stessi limiti in cui è escluso l'arbitrato rituale altrettanto deve logicamente dirsi dell'arbitrato irrituale. Ed è un concetto, questo, che ci permettiamo di esprimere con le più efficaci

---

(14) V. Andrioli, *Commento, sub* art. 806.

parole di uno dei primi studiosi dell'istituto, Antonio Scialoja (15): « Se è vero che la validità dell'arbitrato improprio si fa risalire al principio della libertà delle convenzioni, i limiti stessi di questa libertà vengono a costituire i limiti della validità dell'arbitrato non formale e questi limiti sono in genere quei medesimi del compromesso formale, poiché appunto anche questa convenzione non può toccare il campo sottratto alla libertà della volontà individuale » (16).

Non solo: la stessa giurisprudenza « intermedia » non ha posto mente a quella larga corrente dottrinale che caratterizza l'arbitrato irrituale per la sua natura costituzionalmente transattiva (17). A mio parere siffatta tesi non è affatto convincente. Niente vieta, in pratica, che le parti demandino all'arbitro irrituale di decidere in via transattiva la controversia, come del resto possono autorizzare l'arbitro rituale a pronunciare secondo equità (art. 823 c.p.c.); ma questa eventualità meramente accidentale non è tale da consentire d'affermare un preteso carattere transattivo dell'arbitrato irrituale come nota distintiva dello stesso. Ma, ove si accetti una tale configurazione, la contraddizione rilevata nella prevalente tesi « intermedia » ne risulta vieppiù confermata, siccome la stessa parte, nelle sue premesse, dalla giusta affermazione della mancata abrogazione del divieto di compromettere in arbitri

---

(15) A. Scialoja, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 496.

(16) Prima del divieto di cui all'art. 806, Cass. 14 novembre 1931, in *Mass. giur. lav.*, 1932, 183 riconobbe lecita la risoluzione per arbitrato irrituale delle controversie di lavoro. Del resto, se l'arbitrato irrituale si risolve in un contratto, esso, ove violi una norma imperativa, cade sotto il disposto dell'alinea dell'art. 1418 c.c. Trib. Milano 8 ottobre 1953, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 2, 167 afferma che la decisione dell'arbitro irrituale può essere impugnata dal lavoratore « ... qualora la stessa si risolva in una rinunzia o transazione su diritti indisponibili dei prestatori d'opera: nel qual caso va osservato il termine di cui all'art. 2113 c.c. per l'impugnazione ».

(17) In tal senso v.: L. Barbareschi, *Gli arbitrati*, 1937, 267, con la precisazione di come debba intendersi, nel caso specifico, il requisito dello *aliquid datum atque retentum*; C. Turno, *Appunti in tema di arbitramento e di arbitrato*, in *Riv. dir. processuale*, 1951, 2, 157; R. Corrado, *Decisioni arbitrali in materia di licenziamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 2, 336; R. Vecchione, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, 1953, 83 ss. Redenti, *Diritto processuale*, cit., 489, ammette l'assunto solo in linea di massima. *Contra*, ed egregiamente: T. Ascarelli, *Arbitri e arbitratori: gli arbitrati liberi*, in questa *Riv. dir. processuale*, 1929, I, 308, che scrive: « ... si rischia di concedere agli arbitrati liberi un riconoscimento quasi unicamente formale. L'arbitrato libero, difatti, non potrà essere valido se non in quanto attui una transazione, se non dunque in quanto possa riscontrarsi la sussistenza dell'*aliquid datum atque retentum*; nel caso concreto, di fronte ad una controversia risolta con un arbitrato libero, basterà che una delle parti opponga la mancanza dell'*aliquid datum atque retentum*, perché il giudice, onde giudicare della validità dell'arbitrato libero, debba riesaminare, almeno parzialmente, la controversia ».

le controversie di lavoro per il carattere particolare dei diritti che in esse vengono in discussione.

5. La c.d. « tesi intermedia » tenta quindi, vanamente, di sfuggire al dilemma che l'art. 806 del codice di rito pone inevitabilmente. E il dilemma può così enunciarsi: il divieto di compromettere in arbitri o risponde unicamente ad una preoccupazione politica del passato regime o ha una giustificazione particolare di rafforzamento dei diritti conferiti ai lavoratori subordinati dalla contrattazione collettiva disciplinata, con carattere normativo, nello stesso regime fascista. Nel primo caso il divieto deve ritenersi caduto con il crollo del passato ordinamento perché non più compatibile con i riconsacrati principi di libertà sindacale; nel secondo esso tuttora permane sia perché restano in vigore i vecchi contratti collettivi da cui scaturiscono quei diritti rafforzati nella loro tutela, sia perché anche nel nuovo ordinamento del lavoro, quando si avranno (se si avranno) i contratti collettivi obbligatori e logicamente sarà conservata la norma di cui all'art. 2113 c.c., è astrattamente ipotizzabile che anche il nuovo legislatore mantenga il divieto di cui all'art. 806 del codice di rito, implicitamente inclusivo anche dell'arbitrato irrituale. È cioè una questione che, *de iure condendo*, dovrà essere risolta, anche se, conformemente alle più moderne istanze di sviluppo di un sindacalismo più responsabile e più autonomo che demanda al massimo all'autonomia delle categorie lo scontro e l'incontro degli opposti interessi, come condizione essenziale per il conseguimento della pace industriale, è auspicabile che la nuova legge sindacale abolisca un divieto che si appalesa, appunto per le esigenze enunciate, anacronistico (18). Intanto il divieto permane.

Tuttavia, se risponde ad una certa giustificazione, ad una qualche ragione di fondo, lo stesso divieto sussiste ove e nella misura in cui quella ragione permanga ancora. Accettato il secondo corno del dilemma sopra enunciato, è chiara la ragione della limitazione, in relazione appunto all'attuale fase del nostro diritto sindacale e del lavoro, nella quale esiste una duplicità di fonti del regolamento di lavoro e cioè i vecchi contratti collettivi corporativi mantenuti in vita in virtù dell'art. 23 d.l.l. 23

---

(18) Su questo piano di apprezzamento di fondo della plausibilità del divieto di compromettere in arbitro nel nuovo ordinamento, se pur aberrante giuridicamente, v. la decisione del Collegio arbitrale di Perugia 17 aprile 1950, in *Foro it.*, 1950, I, 1565. Sul problema della inseribilità della clausola compromissoria negli attuali contratti collettivi v. App. Aquila 9 maggio 1951, in *Foro it.*, 1951, I, 929. Sul problema di fondo delle deficienze della politica e della cultura sindacale in Italia, v. l'interessante studio di G. Giugni e F. Mancini, *Per una cultura sindacale in Italia*, in *Il Mulino*, 1954, 28.

novembre 1944, n. 369 e i nuovi contratti collettivi stipulati dalle attuali associazioni sindacali di fatto e come tali sprovvisti di efficacia normativa in attesa della legge sindacale (19). E mentre dai vecchi contratti derivano ai lavoratori diritti parzialmente irrinunciabili e intransigibili, non altrettanto avviene, come è intuitivo, per i nuovi contratti (20). Pertanto dovrà farsi una distinzione tra i contratti dell'uno o dell'altro tipo anche al nostro proposito e mentre per i diritti scaturenti dai contratti corporativi è inammissibile sia l'arbitrato rituale che quello irrituale, diversamente avviene per i diritti scaturenti dai nuovi contratti, onde le controversie sugli stessi sono pienamente compromettibili in arbitri, tanto ritualmente che irritualmente (21).

6. Ma enunciato questo criterio di massima, apparentemente chiaro, subito vediamo che in pratica non si può operare con tanta chiarezza la distinzione da cui deriva tanta diversità di regime processuale.

Possono infatti darsi due ben diverse situazioni. Può darsi che il nuovo contratto collettivo regoli materia del tutto diversa da quella disciplinata dalla precedente contrattazione collettiva, introducendo, eventualmente, istituti del tutto ignorati da quella. In questa ipotesi non sorge difficoltà di sorta: la novità della materia convenzionalmente disciplinata, novità degli istituti introdotti, la mancanza cioè d'ogni e qualsiasi rapporto tra il vecchio e il nuovo, toglie ogni possibilità di dubbio: tutte le controversie sorgenti sulla base del nuovo contratto collettivo saranno compromettibili in arbitri, sia ritualmente che irritualmente (22).

Ma può avvenire, ed è l'ipotesi più frequente, che la nuova contrat-

---

(19) I deputati della CGIL hanno però presentato una proposta parlamentare (n. 3176 della prima legislatura, n. 21 della seconda) per attribuire, in attesa della legge sindacale, efficacia normativa ai contratti collettivi stipulati congiuntamente, dalla parte dei lavoratori, dalle tre organizzazioni sindacali. I parlamentari della CSL hanno invece presentato la proposta n. 23 attribuente al governo la facoltà di dichiarare obbligatorio un contratto collettivo, indipendentemente dalla stipulazione congiunta da parte delle tre organizzazioni dei lavoratori. La proposta è di dubbia costituzionalità in considerazione di quanto dispone l'art. 39 Cost.

(20) In tal senso in giurisprudenza l'ordinanza App. Napoli 19 giugno 1948, in *Dir. lav.*, 1948, 2, 346. In dottrina v.: M. Scorza, *Il giudizio arbitrale nelle controversie di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1950, I, 98.

(21) Nel senso della correlazione tra il divieto d'arbitrato rituale e irrituale, v. Calvosa, *Ancora sul cosidetto arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, 139.

(22) V. Scorza, *Il giudizio*, cit.

tazione collettiva sia in diretta relazione con la vecchia, sia sviluppandola sia semplicemente adeguandola alle nuove esigenze sia, infine, completamente riordinando e sistemando la disciplina di un tempo. E qui sorge subito il problema dei rapporti tra i vecchi e i nuovi contratti collettivi, in quale relazione questi — puri contratti di diritto privato — stiano con quelli, vere fonti materiali di diritto. Questo problema non è stato dibattuto in dottrina e in giurisprudenza nella misura che la sua importanza avrebbe richiesto, perché appunto qui sta il punto cruciale, la crisi più vera del nostro attuale diritto del lavoro. Poiché non è tanto grave, almeno sotto il profilo che qui interessa della retta ricostruzione delle linee del sistema, il fatto della mancata traduzione legislativa dell'art. 39 Cost., quanto l'altro del coesistere, in sostanza, di due sistemi entro lo stesso ordinamento, di due fonti di regolamento, l'una all'altra gerarchicamente subordinata, con l'inevitabile porsi di problemi di raccordo e di coordinamento, con la difficoltà, per il magistrato e per l'interprete, di dare una sistemazione organica ed armonica alla materia derivandone la linearità di soluzioni proposte, nella quale sta, dal punto di vista formale, la bontà del sistema (23). Direi anzi che sotto l'aspetto formale —

---

(23) Per il pretore di Gela 17 luglio 1947, in *Foro it.*, 1947, I, 1044, « l'efficacia ultrattiva dei contratti collettivi corporativi si riferisce soltanto ai rapporti di lavoro posti in essere anteriormente all'abrogazione dell'ordinamento sindacale fascista »; per G. Cancogni, *Il contratto collettivo di lavoro e la nuova legge sindacale*, in *Dir. lav.*, 1950, I, 156, i vecchi contratti collettivi hanno valore solo in quanto richiamati da apposite disposizioni legislative; per Cass. 15 novembre 1950, in *Riv. dir. lav.*, 1951, 2, 214, i vecchi contratti continuavano ad aver vigore fino al giorno della loro scadenza se questa era successiva al d.l.l. 23 febbraio 1944, n. 369, altrimenti dovevano ritenersi caduti con la pubblicazione dello stesso decreto; *contra*, la citata sentenza della Cassazione: A. Angelelli, *ivi*; D. Napoletano, *Sulla validità delle norme contenute nei contratti collettivi stipulati dalle disciolte associazioni sindacali fasciste*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, 121; Zanchi, *Ancora dei contratti collettivi corporativi*, in *Mass. giur. lav.*, 1950, 247; per Santoro Passarelli, *Contratti collettivi e norma collettiva*, in *Foro it.*, 1949, I, 1079, in base alla ripristinata autonomia collettiva i vecchi contratti sono modificabili dai nuovi a favore dei soci dei sindacati stipulanti di questi ultimi; per Trib. Genova 28 ottobre 1949, in *Riv. giur. lav.*, 1950, 2, 204 e per App. Milano 13 dicembre 1948, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 485, i nuovi contratti collettivi modificativi dei vecchi hanno la stessa efficacia di questi; per Giuliano, *Associazioni sindacali e contratti collettivi*, 1951, vol. 20, 139; V. Simi, *I vecchi contratti collettivi e le successine modifiche*, in *Dir. lav.*, 1950, 2, 380; Brunetti, *Contratti collettivi vecchi e nuovi*, in *Mass. giur. lav.*, 1949, 251; Zanchi, *Derogabilità delle norme dei contratti collettivi corporativi*, in *Mass. giur. lav.*, 1950, 3; App. Torino 12 dicembre 1947, in *Mass. giur. lav.*, 1947, 241, i vecchi contratti sono modificabili *in melius* dai nuovi; infine A. Sermonti, *I nuovi contratti collettivi e quelli del passato ordinamento*, in *Mass. giur. lav.*, 1948, 197 sostiene che i vecchi contratti collettivi valgono in quanto siano stati trasformati in contratti individuali.

sottolineo l'aggettivo — proprio in questo settore, più che altrove, gravissime sono le conseguenze della perdurante assenza di una disciplina legislativa. Altrove, anche ove sono in giuoco interessi incomparabilmente più alti quali quelli concernenti la libertà dei cittadini e le elementari garanzie di una civile convivenza, la situazione è sempre infinitamente più semplice, perché il conflitto sta ed è confinato nel contrasto tra vecchie leggi sorpassate e le enunciative costituzionali, ed è un conflitto che s'avverte, angustia, ma è lì ben chiaro, ben delimitato fin dall'inizio: è, in sostanza, un conflitto statico. Nel nostro settore invece c'è, da una parte, un vecchio complesso di norme e, dall'altra, nuove regolamentazioni che si sviluppano e s'affermano nella pratica utilizzando gli schemi pur angusti della legge comune. Il conflitto cioè non solo sussiste, ma diviene e diviene progressivamente accrescendosi, allargandosi, aggrovigliandosi; è, in altre parole, dinamico, poiché è folle voler cristallizzare la situazione sindacale al 1944. Onde sorgono sempre nuove e più gravi difficoltà che è facile intuire anche se, purtroppo, non è possibile scendere all'esame di casi concreti.

Accettando il presupposto che i vecchi contratti collettivi siano rimasti in vigore come norme, si dice comunemente che essi sono però derogabili *in melius* dai nuovi contratti, facendosi esplicito riferimento a quanto dispone l'art. 2077 c.c. Ma il riferimento non ci sembra del tutto appropriato, poiché l'art. 2077 prevede la derogabilità *in melius* dei contratti collettivi da parte dei contratti individuali, con le c.d. « clausole » stipulate *intuitu personae*. Ed è ovvio che nel 1942 il legislatore non potesse prevedere la possibilità di deroga da parte dei contratti collettivi di diritto comune, allora inesistenti (24). Qui, come in altri casi (25), appare discutibile il ricorso a norme dettate in una situazione del tutto diversa da quella nella quale ci muoviamo. Tuttavia l'affermazione può condividersi, senza necessità di riferirsi al citato art. 2077, ammettendo l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale in base al quale tanto l'autonomia privata quanto l'autonomia collettiva possono derogare, positivamente sviluppandola, l'esistente disciplina del contratto di lavoro.

---

(24) V. A. Uckmar, *Inquadramento per categorie del personale dipendente da imprese assicurative. Contrasto tra contratto collettivo e nuovi accordi (ordinanza Spinelli)*, in *Dir. lav.*, 1946, 2, 69.

(25) Ad es., l'affermata inderogabilità dei nuovi contratti collettivi da parte dei soci dei sindacati stipulanti, sostenuta da Santoro Passarelli, *Derogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. e giur.*, 1950, 299, in base all'art. 1726 c.c. Per una serrata critica v. B. Mazzarelli e C. Miletto, *Sulla derogabilità* in peius *dei contratti di lavoro di diritto privato*, in *Mass. giur. lav.*, 1951, 57.

Ma, detto questo, la situazione è tutt'altro che chiarita. Poiché il nuovo contratto collettivo non solo può dire, ad esempio, tre mesi di preavviso dove il vecchio contratto collettivo diceva due mesi (situazione questa ben chiara), ma può per avventura risistemare completamente la disciplina del rapporto, tornando indietro qui, a proposito di un certo istituto, per andare innanzi là, introducendo o sviluppando un altro istituto, il cui progresso compensi, a giudizio degli interessati, a dismisura il primo arretramento. *Quid iuris* in queste situazioni? Quale criterio — complessivo o singolare — adottare, per valutare se il nuovo contratto collettivo risulti o meno più favorevole ai lavoratori che non il vecchio? (26).

Non interessa risolvere, in via generale, il proposto quesito in questa sede. In ogni caso, dal punto di vista della questione che stiamo esaminando, ci sembra indubbio che in questa seconda ipotesi — contratto collettiva di diritto comune che si intreccia con la disciplina del contratto collettivo corporativo — discende una risposta negativa al nostro interrogativo nel senso che la risoluzione delle relative controversie in via arbitrale deve ritenersi del tutto preclusa. La ragione ci sembra intuitiva: proprio perché qui c'è una situazione di diritto sostanziale tutt'altro che chiara, proprio perché qui deve previamente stabilirsi quale contratto sia applicabile al rapporto, e nel corso di questa stessa pregiudiziale ricerca si decide il destino — ci si perdoni l'espressione — di quei tali diritti rafforzati che il passato ordinamento attribuì al lavoratore nei confronti di una nuova disciplina che dà vita a posizioni subiettive sensibilmente meno tutelate, non può ammettersi, se vale ancora il divieto dell'art. 806 c.p.c., il ricorso all'arbitrato.

7. Impostato il problema nei suoi termini generali, resta da esaminare il punto particolare della procedura arbitrale disposta dagli accordi sindacali per la risoluzione delle controversie in tema di licenziamenti individuali (27), anche se, proprio in relazione a questa procedura, si è praticamente posta la questione generale. Ci limiteremo qui ad alcune considerazioni su particolari punti che ci sembrano ancora meritevoli di precisazione, anche perché devesi al Giugni un recente ed organico studio che ha il merito, a nostro giudizio, di offrire una

---

(26) V. L. Riva Sanseverino, *Diritto sindacale*, 1951, 462 ss., 482 ss.

(27) Altri accordi intersindacali, sia pur contemporanei, hanno provveduto per il caso di licenziamenti per riduzione di personale. Sulle questioni insorte a proposito della differenza tra i due tipi di licenziamento v., oltre la sentenza che si annota, Trib. Milano 8 ottobre 1953, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 2, 166.

sistemazione di massima coerente e plausibile del sistema instaurato con gli accordi (28).

Con questi accordi del 7 agosto 1947 e del 18 ottobre 1950 il movimento sindacale dei lavoratori ha segnato un notevole passo innanzi nei rispetti della disciplina legislativa del contratto di lavoro che sancisce nell'art. 2118 c.c. il principio del discrezionale potere di recesso *ad nutum* delle due parti contraenti del rapporto stesso. Si è in sostanza introdotto anche nel nostro Paese e sia pure in via convenzionale e non legislativa come altrove è avvenuto (29), il principio che il licenziamento del lavoratore deve essere non arbitrario, bensì giustificato. Ai lavoratori viene così attribuito un diritto nuovo, del tutto sconosciuto nella vigente legislazione (30). Pertanto la procedura arbitrale, in quanto concreta una maggior tutela del lavoratore subordinato, in armonia con il principio generale del *favor legis* ad ogni nuova conquista, non incontra alcun ostacolo nel sistema anteriore. Resta da esaminare, quindi, solo la natura di questo particolare tipo di arbitrato, non ai fini di patrocinare quella contraddittoria tesi intermedia che eventualmente salvi lo stesso, come irrituale, dal divieto di cui all'art. 806 (indagine — questa — incongrua e superflua per quanto dicemmo), ma al ben diverso scopo di precisarne la rilevanza e l'efficacia giuridica.

8. Da parte di alcuni autori si è innanzitutto avanzata la tesi, a giustificazione di questa procedura arbitrale, che nella stessa si tratti non tanto di arbitrato quanto di arbitraggio. Anzi, già in vecchie trattazioni (31), esplicitamente si adduce il caso dei collegi chiamati a pronunciarsi sulla giustificazione o meno dei licenziamenti, come esempio tipico di tale distinto istituto giuridico.

---

(28) G. Giugni, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, 1954.

(29) In particolare nell'ordinamento della Repubblica federale tedesca.

(30) Ad eccezione dei lavoratori assunti in virtù delle speciali disposizioni legislative per i mutilati, reduci ecc.: Trib. Terni 3 aprile 1952, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, 112, che riconosce ai lavoratori in parola un vero diritto al mantenimento in servizio. Nel senso del testo: App. Perugia 25 luglio 1951, cit.; Trib. Como 10 ottobre 1952, cit.; Trib. Como 2 marzo 1954, cit.; *contra*, Trib. Milano 22 giugno 1950, in *Riv. dir. lav.*, 1950, 2, 389. Nello stesso senso invece, R. Corrado, *Decisioni*, cit. Naturalmente l'accordo interconfederale non è applicabile quando sussista nel contratto collettivo particolare della categoria una specifica elencazione dei casi nei quali il lavoratore può essere licenziato; v. Collegio arbitrale Modena 11 gennaio 1949, in *Riv. dir. lav.*, 1949, 2, 415 e Collegio arbitrale Milano 14 aprile 1949, in *Riv. giur. lav.*, 1949-50, 2, 21.

(31) V. T. Carnacini, *Arbitri*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 690. Eguale avviso espresse G. Scaduto, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Annali Seminario Giur. Univ. Palermo*, 1923, 6 e 7: bisogna però tener conto del particolare concetto d'arbitraggio adottato da questo Autore, comprensivo anche degli arbitrati irrituali.

La stessa è stata poi riproposta in rapporto ai nostri accordi interconfederali. In particolare, in una recente trattazione, il Vecchione (32), così ragiona: « Il nocciolo della questione sta... nel fatto che non esiste, allo stato attuale della legislazione, una limitazione della facoltà delle parti di recedere dal contratto di lavoro e che, quindi, non può concepirsi una controversia di lavoro avente per oggetto il licenziamento; in considerazione di tale carenza di tutela giuridica dell'interesse del prestatore d'opera, si deve ritenere che la divergenza sull'applicazione dell'accordo interconfederale del 1947 dia luogo non ad una controversia ma ad un semplice contrasto di interessi che solo dalle parti e solo nelle forme contrattuali può essere risolto. In sostanza, il tanto discusso accordo interconfederale del 1947 non fa che stabilire che uno degli elementi del contratto, cioè il momento della sua cessazione per volontà del datore di lavoro, debba essere determinato ad opera di un collegio arbitrale. Vano è, quindi, cercare di inquadrare la clausola compromissoria contenuta in questo accordo negli schemi dell'arbitrato rituale o dell'arbitrato libero, nei quali essa non può essere collocata in quanto non sorge da una controversia su un diritto perfetto, ma è solo un mezzo per regolare un contrasto fra un interesse semplice e il diritto soggettivo che ha il suo fondamento nel fatto stesso che quell'interesse non sia giuridicamente tutelato. Meglio piuttosto parlare di una rinuncia, da parte del datore di lavoro, all'esercizio del diritto di recedere dal rapporto, rinuncia condizionata alla statuizione del collegio arbitrale; tesi, questa, che ci avvicina piuttosto all'arbitraggio vero e proprio e della validità della clausola fornisce, a mio avviso, una più soddisfacente dimostrazione ».

Innanzitutto è evidente che l'Autore, così ampiamente riferito, ha avuto presente il solo accordo del 1947, le cui particolarità, come meglio vedremo, certamente con maggior difficoltà si inquadravano con i caratteri normalmente ritenuti per i due tipi d'arbitrato e che, pertanto, ha dato luogo a costruzioni che in quelle stesse particolarità trovavano un certo addentellato (33). Inoltre è errata la premessa da cui muove il

---

(32) Vecchione *L'arbitrato*, cit., 162 ss. Analogamente, ma in senso dubitativo, A. Galvosa, *Ancora*, cit., e U. Prosperetti, *L'invalidità*, cit., 201 ss. E, secondo quanto afferma Giugni, *La disciplina*, cit., 30, n. 45, il Satta.

(33) In particolare Prosperetti, *L'invalidità*, cit., 201 ss., adduceva il fatto che, ai sensi dell'accordo del 1947, solo la Commissione interna poteva mettere in moto la procedura arbitrale e non il singolo lavoratore, deducendone l'inesistenza di una vera e propria controversia e ritenendo che l'accordo ponesse in essere uno speciale procedimento per il licenziamento diretto ad integrare la volontà del datore di lavoro. Per l'Amaduzzi, *Limiti*, cit., il Collegio arbitrale agiva in rappresentanza della Commissione interna. Per il Graziani, *Sui caratteri*, cit., non si aveva altro che l'applicazione del

Vecchione, dell'impossibilità, cioè, di poter configurare negli accordi interconfederali una controversia giuridica, pel semplice fatto che non esisterebbe, allo stato attuale della legislazione, una limitazione della facoltà delle parti di recedere dal contratto di lavoro. Errata premessa appunto perché riduce la fenomenologia giuridica alla sola legge dello Stato, ignorando il carattere creativo di diritto delle private esenzioni e della contrattazione collettiva (34). E, nel caso di specie, gli accordi interconfederali attribuiscono al lavoratore un vero diritto soggettivo alla continuità del rapporto, diritto che può venire meno solo per un giustificato recesso del datore, in base a criteri che il Giugni (35) ha indagato e precisato e sull'esistenza dei quali nel caso concreto, in caso di contestazione del lavoratore, il collegio arbitrale è chiamato a pronunciarsi.

Caduta la premessa, cadono pure le conseguenti deduzioni del Vecchione.

Se gli accordi interconfederali attribuiscono ai singoli lavoratori, nel contratto individuale di lavoro nel quale il contenuto degli stessi accordi si inserisce (36), un vero diritto, le controversie che ne derivano sono vere e proprie controversie giuridiche. Il Collegio arbitrale non è affatto chiamato a determinare uno degli elementi del rapporto, cioè il mo-

---

fenomeno processuale della distinzione tra parte in senso processuale o formale e parte in senso sostanziale. App. Perugia 25 luglio 1951, cit., critica la tesi del Graziani in quanto « ... questo richiamo alla teoria del Chiovenda è fuori proposito nel caso in esame perché il giudizio arbitrale si deve svolgere tra le stesse parti tra le quali si sarebbe costituito il rapporto processuale davanti al magistrato e nel nostro ordinamento giuridico le controversie individuali di lavoro si svolgono tra il singolo lavoratore e il singolo prestatore d'opera e non tra le rispettive associazioni ». Per il Corrado, *Decisioni*, cit., che si sofferma ampiamente sul punto, questa singolare sostituzione processuale può giustificarsi « solo facendo riferimento agli ampi poteri attribuiti all'autonomia provata nel dar vita a nuove figure negoziali ed è difficile dimostrare che tali poteri si limitano al diritto sostanziale e non consentono di dare una particolare disciplina alla rappresentanza processuale ». Sul punto v. pure Giugni, *La disciplina*, cit., 13 ss.

(34) Art. 1372 c.c. Si ricordi quanto scrisse il Romano, *Contratto collettivo di lavoro e norma giuridica*, in *Archivio studi corp.*, 1930, 27. In generale v. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1952, 139 ss.

(35) Giugni, *La disciplina*, cit., 44 ss.

(36) Ricordo che la prevalente giurisprudenza ammette che il contenuto degli attuali contratti collettivi si inserisce automaticamente, ai sensi dell'art. 2077 c.c., nei contratti individuali di lavoro dei soci dei sindacati stipulanti. Naturalmente questa tesi non pregiudica la soluzione della questione della inderogabilità o meno, da parte dei soci, del contratto collettivo di diritto privato, nel senso che, pur seguendo la teoria del mandato con rappresentanza, questa inserzione automatica opera fin quando le due parti del contratto individuale non abbiano diversamente stabilito.

mento di cessazione dello stesso per volontà del datore di lavoro, perché questo elemento è già, in via generale, determinato dagli accordi interconfederali, nel senso che solo l'insorgenza di un legittimo motivo facultizza l'imprenditore a porre termine al rapporto, cioè a far cedere quel diritto nuovo che al lavoratore è stato attribuito. E il Collegio è appunto chiamato ad esprimersi sulla esistenza della causa giustificativa del recesso, nella lite che vede in contrasto il diritto del lavoratore alla continuità del rapporto e il diritto che l'imprenditore sostiene di aver acquisito per l'insorgenza di una causa che quella continuità porta a distruggere (37).

Pertanto, poiché la prevalente dottrina e la giurisprudenza, giustamente ritengono (38) che si abbia arbitraggio solo ove sia demandato ad un terzo estraneo ai contraenti la determinazione di uno degli elementi del rapporto in formazione, nel nostro caso essendo già determinato questo elemento (anzi gli accordi hanno avuto lo scopo preciso di determinare questo elemento, in via di superamento della precedente legislazione), non può affatto parlarsi di questo istituto.

9. Resta quindi da vedere se, nel nostro caso, si tratti di arbitrato rituale o irrituale. Già nel precedente paragrafo, confutando la tesi del Vecchione, abbiamo incidentalmente affermato l'opinione che nella discussa procedura arbitrale per i licenziamenti ci si trova di fronte ad una vera controversia giuridica (39). Dobbiamo ora riprendere l'argomento, se pur costretti ad una rapida considerazione.

È solito affermarsi (40) la differenza tra i due tipi d'arbitrato nel fatto che, mentre nel rituale esiste una controversia giuridica sulla quale

---

(37) Giugni, *La disciplina*, cit., 29 ss.

(38) V. Cass. 26 novembre 1946, in *Rep. foro it.*, v. *Arbitrato irrituale*, n. 1; F. Carnelutti, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. processuale*, 1924, I, 122; Turno, *Appunti*, cit. Efficacemente A. Scialoja, *Gli arbitrati*, cit., scrive: « Né una estensione... della figura dell'arbitraggio può comprendere tutte quelle forme di giudizi privati nelle quali si ha vera e propria decisione di controversie giuridiche ».

(39) T. Carnacini, *Arbitri*, cit., 691: « Secondo tale concezione, controversia giuridica (lite) è un confitto di interessi la cui risoluzione può essere ottenuta da uno dei contendenti anche senza il consenso dell'altro, invocando la tutela giuridica già predisposta e preordinata in astratto dall'ordinamento giuridico; ... controversia economica (conflitto di interesse semplice) è un conflitto d'interessi la cui risoluzione il diritto rimette esclusivamente all'accordo delle parti, le quali in questa ipotesi non aspirano (né lo potrebbero) alla tutela giuridica che non esiste, ma possono soltanto chiedere ad un terzo (arbitratore) di comporre il loro contrasto mediante la costituzione o il completamento di un (nuovo) rapporto.

(40) Tale affermazione è ricorrente in tutte le sentenze sopra citate che aderiscono

è chiamato a decidere il collegio arbitrale in sostituzione della giurisdizione ordinaria, nell'irrituale la controversia, pur potenzialmente giuridica, viene dalle parti consensualmente degradata a controversia economica d'interessi, e nel fatto che gli arbitri sono chiamati non a risolvere una controversia, ma a compiere un accertamento sostitutivo della volontà delle parti stesse. Tale asserzione deriva direttamente dalla conclamata impossibilità che dei privati possano essere chiamati a risolvere le controversie giuridiche senza le garanzie e le formalità che la legge detta per l'arbitrato rituale, in coerenza con l'asserito monopolio statale della giurisdizione. Ma una siffatta interpretazione del fenomeno non convince, perché non elimina la realtà di un conflitto di interessi giuridicamente qualificato, la realtà, cioè, della lite anche nell'arbitrato irrituale (41). Che la pratica abbia escogitato, per varie considerazioni di opportunità, questa forma di risoluzione delle controversie, anziché affidarle alla giurisdizione dello Stato o all'arbitrato rituale (42), non elimina la sostanza del conflitto e il suo carattere giuridico, se per questa qualificazione giuridica è sufficiente discutere di contrapposte pretese che nel diritto hanno il loro fondamento. Come egregiamente scrive il Giugni (43), « riferire alla volontà delle parti quello che, invece, è un vero e proprio giudizio di un terzo imparziale, i cui elementi non sono contenuti neppure in forma potenziale nella volontà delle parti o nel senso d'equità dell'arbitro, produrrebbe un completo travisamento della vera natura dell'istituto ».

La differenza tra i due tipi d'arbitrato non sta quindi nella sostanza della materia sottoposta al giudizio dei terzi, ma, come scrive il Satta (44), « ... nella legge, cioè nella diversa efficacia formale delle due decisioni. Tra l'imperatività e l'esecutorietà, il criterio differenziale è dato da quest'ultima. La legge, cioè, ha voluto che alcune di queste

---

alla tesi « intermedia ». V. inoltre Cass. 26 novembre 1946, cit., nn. 5 e 6. Per le asserzioni dottrinali in tale senso v. T. Carnacini, *Arbitri*, cit., cap. VIII.

(41) Cass. 28 luglio 1948, in *Rep. foro it.*, v. *Arbitramento*, n. 2, secondo la quale l'arbitrato rituale e irrituale hanno la stessa finalità di dirimere la controversia « ma, mentre il primo ha il regolamento completo nella legge, il secondo ha base e disciplina puramente contrattuale e prescinde dai termini e dalle forme previste dalla legge ».

(42) Efficacemente S. Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, 1931, 4, scriveva: « Solo sarà legittima quella dottrina che, assumendo dalla realtà e dalla vita il dato "arbitrato" in tutta l'estensione che la vita e la realtà gli attribuiscono, ne spiegherà l'intimo meccanismo giuridico, e ritroverà quel principio di diritto al quale esso ubbidisce e al quale s'informa ».

(43) Giugni, *La disciplina*, cit., 28.

(44) S. Satta, *Contributo*, cit., 180.

decisioni, e cioè quelle che siano state compiute con l'osservanza di determinate forme e prescrizioni, assumere a ruolo di titoli esecutivi; ha voluto cioè considerarle... "come sentenze". Le ragioni sono intuitive, e stanno tutte nella certezza del rapporto così costituito ». Nell'arbitrato irrituale, in altre parole, la risoluzione della controversia, attuata fuori dalle garanzie disposte dalla legge per l'arbitrato rituale, avviene in forma e con titolo negoziale, sulla base del contratto e con la forma del contratto. Quanto c'è di vero nella generalmente asserita natura contrattuale dell'arbitrato irrituale può ridursi, in definitiva, a questa più modesta osservazione: che pur dovendosi dare un titolo giuridico alle risultanze del giudizio arbitrale, in un caso questo titolo si rinverrà nella volontà sovrana dello Stato appunto perché questi accoglie e fa proprio il materiale logico apprestato da privati che hanno adempiuto al mandato affidato loro nelle forme previste dalla legge; nell'altra ipotesi, il titolo che giustifica e dà giuridico rilievo alla decisione degli arbitri non potrà non essere — *tertium non datur* — che l'esclusiva volontà delle parti, onde la decisione varrà unicamente come contratto. Che questa sia l'esatta interpretazione è testualmente confermato da quanto dispone il capoverso dell'art. 619 c. nav.: « Al chirografo e al regolamento si applicano in tal caso le norme del codice di procedura civile riguardanti l'arbitrato; se gli interessati intendono che al regolamento venga dal pretore competente conferita efficacia di sentenza, e di ciò fanno espressa dichiarazione nel chirografo ».

Anche il nostro arbitrato potrà quindi qualificarsi rituale o meno a seconda di come esso si presenti strutturato in relazione alle prescrizioni del codice di rito relative all'arbitrato rituale. Da quanto risulta, dagli stessi accordi interconfederali, alcuni elementi per la qualificazione irrituale dell'arbitrato, dedotti dall'accordo del 1947 ed ammesso che essi avessero decisivo rilievo, sono caduti con la nuova regolamentazione del 1950 (45). Restano da vedere gli eventuali elementi deducibili da que-

---

(45) Oltre al fatto che l'accordo del 1947 consentiva alla sola Commissione interna di mettere in moto la procedura arbitrale (v. *supra*), il carattere irrituale dell'arbitrato ivi previsto veniva dedotto sia dal fatto in sé che l'accordo prevedeva l'impugnabilità del lodo di prima istanza ad un collegio di seconda istanza, sia, soprattutto, dal fatto che l'impugnabilità era ammessa solo a certe condizioni, a seconda cioè che la decisione di prima istanza fosse stata adottata all'unanimità o meno e a seconda che essa imponesse o meno, per il datore di lavoro, l'obbligo della prosecuzione del rapporto. In giurisprudenza v. per tutte: Cass. 28 giugno 1952, cit., e in dottrina F. Mancini, *Sulla natura*, cit., e Saracini, *Ancora*, cit. Così spiega il singolare regime il Graziani, *Sui caratteri*, cit.: « Dato che le parti si impegnavano ad assumere come propria volontà quella che sarà manifestata dagli arbitri, ben si comprende che vogliano circondare di qualche limita-

st'ultimo accordo. A questo proposito mi permetto di riportare integralmente un lungo passo del Giugni (46), nel quale la questione è affrontata e, a mio giudizio, felicemente risolta: « L'irritualità dell'arbitrato in esame viene generalmente dedotta da una serie di argomenti, non tutti egualmente plausibili. Infatti: *a*) la qualifica di rappresentanti attribuita ai membri del collegio è, come meglio vedremo, del tutto impropria. E, comunque, il presidente del collegio non è neppure qualificato come, rappresentante, ed ha, rispetto alle parti, le note di imparzialità caratteristiche dell'arbitro "proprio"; *b*) l'assenza dell'obbligo di depositare il lodo in pretura, per ottenere che ne sia dichiarata l'esecutività non esclude che, come è infatti avvenuto, le parti si accordino successivamente per effettuare tale deposito; *e*) la eccezionale brevità dei termini entro i quali deve essere pronunciato il lodo (dieci giorni) non contrasta

---

zione tale "firma in bianco ch'esse pongono a quella che sarà la pronuncia degli arbitri". Le parti accetterrano senz'altro come propria la volontà degli arbitri se questa sarà unanime oppure se, pur non unanime, avrà il tenore del contemperamento degli opposti interessi: « ... quando per contro la sola maggioranza tenda ad imporre l'accoglimento di una delle tesi estreme, la parte il cui interesse risulta del tutto sacrificato si riserva la facoltà di non fare propria la volontà espressa dalla pronuncia degli arbitri e di promuovere una nuova pronuncia, e solo a questa essa si impegna comunque di sottostare... Da un lato dunque il patto in esame esclude l'unica forma di impugnazione ammessa avverso la sentenza arbitrale (l'impugnazione di nullità *ex* art. 829 c.p.c.), dall'altro ammette un tipo d'impugnazione che per i casi in cui è ammessa e per l'autorità cui è proposta (altro collegio arbitrale) esclude che la pronuncia abbia carattere giurisdizionale ». Secondo App. Perugia 25 luglio 1951, cit., questo elemento non è affatto decisivo per qualificare l'arbitrato in esame. Il codice del 1865 stabiliva che tutte le sentenze arbitrali, anche pronunciate in grado d'appello, erano soggette a impugnazione per nullità. Il codice del 1942, abolendo i mezzi ordinari di impugnazione previsti nel codice del 1942, « ... non ha avuto più occasione di occuparsi espressamente delle sentenze arbitrali pronunciate in grado di appello, che con il vecchio codice erano soggette direttamente a ricorso per Cassazione; ma ciò non esclude che le parti possano, anche sotto l'impero del nuovo codice, stabilire una fase arbitrale d'impugnazione ». Identico avviso esprime R. Corrado, *Decisioni*, cit., che in particolare sostiene che le parti non solo sono libere di costituire una fase di gravame, ma di limitare l'appellabilità a certi casi. Inoltre proprio la previsione del gravame contrasta con l'asserita natura irrituale dell'arbitrato in parola, perché l'arbitrato irrituale, per la sua natura transattiva, esclude la possibilità d'impugnazione.

Dalle singolari caratteristiche della procedura istituita con l'accordo del 1947, si deduceva poi che lo stesso non aveva voluto attribuire un diritto al lavoratore, ma preordinare un procedimento attraverso il quale, con le dovute garanzie, si potesse giungere, da parte del datore di lavoro, al licenziamento. Il lavoratore non avrebbe avuto quindi alcun diritto alla stabilità del posto, ma un diritto all'osservanza della speciale procedura. Questa tesi è affermata da: App. Perugia 25 luglio 1951, cit.; B. Amaduzzi, *Limiti*, cit.; Ichino, *Sull'ammissibilità*, cit.; U. Prosperetti, *L'invalidità*, cit., 201 ss.

(46) Giugni, *La disciplina*, cit., 33 ss.

con quelli stabiliti dall'art. 820 c.p.c., che ha natura meramente dispositiva. Venuto meno l'argomento relativo al regime di impugnazione del lodo arbitrale presso il collegio di seconda istanza che, secondo l'orientamento prevalente, ne escludeva senz'altro la natura rituale, il solo che appaia oggi realmente convincente è l'esplicita esclusione delle formalità procedurali, sancita nell'art. 5 dell'accordo attualmente vigente. Tale disposizione, infatti, si pone in netto contrasto con la disciplina processuale dell'arbitrato, sebbene ci sembri ammissibile che, qualora le formalità prescritte dal codice di rito siano state osservate *ad abundantiam*, ed in particolare il lodo abbia i requisiti di forma stabiliti dall'art. 823, possa aver luogo il deposito dello stesso, e l'attribuzione di efficacia di sentenza mediante il decreto del pretore. Al termine di questo lungo *excursus* nel campo processuale, può, pertanto, concludersi che il collegio di conciliazione e di arbitrato adempia alle funzioni tipiche dell'arbitro, restando affidato, in ultima istanza, alla volontà delle parti di conferire al lodo efficacia rituale precostituendo, naturalmente, le condizioni di forma *ad hoc*. È, però, vero che le parti dell'accordo non avevano probabilmente previsto questa possibilità, e che in conformità con la loro volontà inespressa, la prassi arbitrale, anche per non sottomettere il lodo al rischio di una invalidazione a norma degli artt. 806 e 808 c.p.c., ha praticamente rinunciato a farne uso. L'irritualità dell'arbitrato intersindacale, pertanto, se non può affermarsi categoricamente *a priori*, è, però, riconoscibile *a posteriori* nella quasi totalità dei casi » (47).

---

(47) A conclusioni analoghe a quelle del Giugni erano già giunti: B. Amaduzzi, *L'arbitrato*, cit., e R. Corrado, *Decisioni*, cit., quest'ultimo testualmente scrivendo, vigente l'accordo del 1947: « Le ragioni che inducono a ritenere che l'accordo confederale prevedeva un arbitrato rituale o, quanto meno, non lo escludeva lasciando libere le parti di seguire in singoli casi la via ritenuta più opportuna, sono le seguenti... ». Lo stesso Giugni (33) riferisce che il lodo emesso dal Collegio arbitrale di seconda istanza di Genova del 28 gennaio 1949, in *Riv. giur. lav.*, 1949, 2, 22, fu reso esecutorio dal pretore di quella città il 1° febbraio dello stesso anno con decreto rimasto inedito. Si veda pure l'ordinanza del Presidente del Tribunale di Roma 30 giugno 1952, in *Mass. giur. lav.*, 1952, 120, con la quale si nomina un arbitro ai sensi dell'art. 810 c.p.c. su ricorso di parte. Quest'ultima possibilità è inspiegabilmente esclusa dal Buccisano, *In tema*, cit.

App. Perugia 25 luglio 1951, cit. reca nella motivazione: « Le parti attuali hanno indubbiamente considerato l'arbitrato come giurisdizionale facendosi assistere da avvocati, scambiando memorie e curando il deposito del lodo ». Analogo fu il comportamento delle parti nel caso esaminato da App. Catania 28 febbraio 1950, in *Mass. giur. lav.*, 1950, 112, il quale ritenne l'arbitrato previsto dall'accordo del 1947 rituale e, in considerazione del divieto di cui all'art. 806 del codice di rito, così decise: « Spetta al giudice ordinario, in ottemperanza dell'art. 830 c.p.c., di effettuare il controllo sui motivi del licenziamento, secondo i criteri stabiliti dal citato contratto collettivo del 1947 ». In particolare la citata sentenza superò l'ostacolo alla ritualità del discusso arbitrato derivante dal doppio grado

10. C'è ancora un ultimo scoglio da superare. Secondo una interessante sentenza della Corte d'appello di Venezia (48), che ha purtuttavia il difetto, come quella che commentiamo, di non estendere la considerazione ai punti, pur meritevoli di approfondito rilievo, che solleva, l'arbitrato in esame non può qualificarsi né rituale né irrituale per una sua nota caratteristica ed assorbente che radicalmente si oppone all'uno e all'altro istituto.

Per intendere questo rilievo è necessario rifare brevemente la storia degli accordi considerati. L'accordo del 1950, conclusivo di una delle più lunghe ed esasperate vertenze sindacali del dopoguerra, segna un passo indietro da parte dei lavoratori, nei confronti del precedente accordo del 1947. Secondo questo primo accordo, infatti, ove il collegio arbitrale avesse dichiarato all'unanimità assolutamente ingiustificato il licenziamento, il datore di lavoro aveva il preciso obbligo di ripristinare il rapporto. Gli industriali denunciarono successivamente l'accordo stesso, ritenendolo troppo lesivo dei loro interessi. Nel 1950 fu alfine trovata una soluzione di compromesso in base alla quale il Collegio arbitrale determina una penale a carico del datore di lavoro ove questi, « per considerazioni di opportunità », non ritenga di non accedere all'invito rivoltogli di ripristinare il rapporto, essendosi preliminarmente ritenuto il licenziamento ingiustificato da parte dello stesso collegio. L'art. 1 dello stesso accordo aggiunge però: « Il lavoratore a sua volta ha facoltà di non accettare la penale, nel qual caso le parti riprendono la loro libertà ».

Quali sono le ragioni di una siffatta previsione è chiaro. I datori di lavoro, non volendo risolutamente accettare, quand'anche il collegio arbitrale condanni il loro operato, la prosecuzione del rapporto contro la loro volontà, hanno imposto questa soluzione di compromesso: versamento da parte loro di una penale (49) in aggiunta al normale trattamento di licenziamento dovuto al lavoratore mentre i sindacati hanno

---

dello stesso, considerando la relativa previsione negoziale come non scritta « ... essendo interdetto alla volontà privata di creare nuovi gradi di giurisdizione, il che è compito di esclusiva spettanza del legislatore ».

App. Perugia 25 luglio 1951, cit., dedusse inoltre la natura irrituale dell'arbitrato dalla circostanza che lo stesso non era previsto per le piccole aziende, a conferma che non si era voluto attribuire alcun diritto ai lavoratori, ma solo istituire un particolare procedimento.

Merita ricordare, da ultimo, che Cass. 25 marzo 1946, n. 308, in *Foro it.*, 1947, I, 211, ha ammesso il ricorso all'arbitrato irrituale perfino nelle controversie in tema di infortuni sul lavoro, applicando anche qui la tesi « intermedia ».

(48) App. Venezia 16 agosto 1953, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 2, 24.

(49) Circa la natura della penale, v. Giugni, *La disciplina*, cit., 35 ss.

riservato al lavoratore la facoltà di riprendere eventualmente la propria libertà, cioè di optare per il rifiuto della penale e per il conseguente appello all'azione sindacale nella eventuale forma dello sciopero. Ora, secondo il citato Appello veneziano, appunto in base a questa singolare particolarità, « .... viene a mancare alla pronuncia del collegio il carattere essenziale d'ogni attività giurisdizionale, anche se privata e propria d'un arbitrato irrituale e cioè la potestà di costituire una decisione definitiva, dotata di forza cogente nei riguardi delle parti che, avendo compromesso la controversia in arbitri, si sono vincolate a sottostare alla sentenza arbitrale »; e più innanzi: « Ma neppure di arbitrato irrituale sembra possibile trattarsi, appunto perché manca la decisione che dirima la contesa tra le parti, e resta aperta la possibilità di porre nel nulla la intervenuta pronuncia, talché il giudizio del collegio è *tamquam non esse*! ».

Certamente questa possibilità di porre nel nulla la decisione arbitrale, a prima vista stride e contrasta con tutte le caratteristiche del giudizio arbitrale, quale è tradizionalmente elaborato nel nostro diritto. Facilmente si comprende come una simile possibilità ripugni all'interprete e rischi di far naufragare ogni suo sforzo di ricostruzione, convincendolo ancora una volta dell'anomalia di una procedura che non può per niente inquadrarsi nel nostro sistema giuridico (50).

Ma, a più approfondita indagine, condotta non solo sulla scorta delle tradizionali categorie dommatiche ma anche con un'attenta considerazione di quel mondo sindacale che fa oggi la sua libera esperienza e che non è né saggio né opportuno voler di forza costringere nello stampo di schemi prefabbricati, ma è giocoforza intendere nelle sue più profonde istanze, senza che questo desistere dal sollecitare lo stesso sindacalismo a rendersi cosciente di certe ineliminabili esigenze formali con le quali i suoi frutti debbono contemperarsi se si vuole al massimo rinforzarli (51), anche quest'ultimo scoglio appare superabile. Il vigente accordo intersindacale sui licenziamenti si inserisce in una determinata fase della situazione sociale del nostro Paese e porta il marchio di un determinato rapporto di forze tra le categorie contrapposte. Esso costituisce il compromesso raggiunto nel momento in cui le forze dei lavoratori non sono state sufficienti a piegare il padronato ad una piena e conseguente accettazione del principio profondamente rivoluzionario del licenzia-

---

(50) In tal senso v. Calvosa, *Ancora*, cit.

(51) Questo monito del giurista al mondo sindacale è felicemente espresso da P. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 1, 221, in particolare 243.

mento giustificato con il conseguente obbligo di proseguire il rapporto che a torto si voleva interrompere (52), ma tuttavia bastevoli per imporre un'accettazione di massima del principio stesso, anche se temperata dalla facoltà riconosciuta all'imprenditore di opporsi comunque al rientro del lavoratore nell'azienda. Ed è appunto questa facoltà riconosciuta all'imprenditore e non già quella successiva del lavoratore che stride con quella che sarebbe stata la logica deduzione del principio ammesso. Facoltà dell'imprenditore che ha appunto la sua contropartita in una penale a suo carico ed eventualmente in una ripresa della lotta sindacale ove il lavoratore, a sua volta, non accetti questa soluzione che nella realtà della situazione del nostro Paese gli è gravemente nociva (cosa rappresenta infatti una penale, una somma di denaro per quanto elevata, di fronte alla perdita del posto?).

Non a caso l'accordo parla rettamente di rigetto della penale e non di invalidazione del lodo (cosa del resto, questa, inconcepibile perché il lodo nella sua parte più pregnante, laddove decide per il diritto del lavoratore alla continuazione del rapporto, è favorevole appunto a quest'ultimo). Si tratta, in altri termini, della libertà di rifiutare l'accettazione delle conseguenze *alogiche* di una pronuncia che avrebbe dovuto avere ben diversa sorte. Per cui scrive benissimo il Giugni (53): « Il rifiuto da parte del lavoratore di accettare la penale, produce, invece, un effetto estintivo dell'obbligo patrimoniale del datore di lavoro, ed opera pertanto come una rimessione del debito. Inoltre, dal momento che l'azione sindacale si manifesterà presumibilmente attraverso l'eminente strumento di lotta, lo sciopero, l'uso di questo, che apparirebbe contrario al *fair play* in pendenza del procedimento conciliativo ed arbitrale, riacquisterà la sua piena legittimità. Ma l'estinzione degli effetti patrimoniali del lodo non ne distrugge la natura di accertamento dell'illegittimità del licenziamento. E tale lodo di accertamento, per quanto la sua efficacia, non confortata da una sanzione eseguibile attraverso i normali mezzi di tutela coattiva dei diritti, abbia un carattere imperfetto, analoga in questo alle leggi che non prevedono sanzioni per la loro inosservanza, costituirà una valida piattaforma per l'azione sindacale tendente ad ottenere il ripristino del rapporto sciolto *non iure* dal datore di lavoro. Esso sarà altresì una premessa per rendere operante una forma di

---

(52) Il padronato ha ottenuto cioè che la classe lavoratrice riconoscesse il famoso *nemo ad factum cogi potest*. Eppure è qui, in definitiva, il punto cruciale dei rapporti sindacali e solo vincendo su questo terreno il diritto del lavoro potrà compiere un salto qualitativo in armonia con lo spirito della Costituzione.

(53) Giugni, *La disciplina*, cit., 40.

autotutela, realizzata con un mezzo espressamente previsto dalla legge, qual è il diritto di sciopero. La cosiddetta efficacia meramente "morale" di una decisione arbitrale non è del resto istituto del tutto ignoto al diritto sindacale ». Continua il Giugni: « Il ritorno alla libera determinazione sul piano della lotta sindacale è fenomeno tanto anormale rispetto all'ordinamento statuale, quanto è normale nei confronti della prassi sindacale » (54), così alfine concludendo (55): « La disciplina collettiva dei licenziamenti si presenta, pertanto, sotto due distinti aspetti. L'aspetto contrattuale in senso stretto, incontra i limiti posti dall'ordinamento giuridico statuale e prospetta le difficoltà di interpretazione conseguenti all'attuale carenza di legislazione sindacale. Sotto l'altro aspetto essa è espressione di un'autonomia collettiva che pone a fondamento del regolamento intersindacale non l'attribuzione di forza di legge alla volontà delle parti, secondo l'art. 1372 c.c., ma l'autotutela dei gruppi organizzati, manifestazione di un fenomeno istituzionale, che se non crea diritto in senso proprio, ha però la propria sanzione nella pressione sociale, e tende a rendersi indipendente dalla stessa giurisdizione dello Stato. In maniera che "ciò che per il diritto dello Stato è un contratto" — concludiamo con il Romano — "per tale ordinamento" vale come un sistema a sé, più o meno autonomo, di diritto obiettivo, che si fa valere con i mezzi di cui l'organizzazione dispone, nell'interno di essa: mezzi che per lo Stato possono essere anche extragiuridici o antigiuridici, ma che sono viceversa legittimi pel regime speciale cui si riferiscono ».

In conclusione negli accordi intersindacali esiste una regolamentazione che, in linea teorica, apre la via a diverse concretizzazioni pratiche, a seconda del concreto atteggiamento assunto dalle parti nella singola controversia. E cioè si può pervenire tanto ad un arbitrato rituale, quanto ad un arbitrato irrituale, quanto infine alla formazione di un titolo che non acquista alcuna rilevanza nell'ordinamento statale, ma vale e si inserisce nell'ambito dell'autonomia collettiva ponendosi ivi a giustificazione della legittimità dei mezzi d'autotutela che, d'altra parte, la Costituzione dello Stato riconosce. In altre parole, l'anomalia del nostro arbitrato sussiste solo ove si abbia riguardo alle tradizionali categorie dommatiche; scompare del tutto ove si allarghi la considerazione, com'è doveroso, a quel complesso mondo sindacale che ormai, per

---

(54) Addirittura sul piano legislativo si ricordi che nella legislazione francese del Fronte Popolare (1936-39) l'arbitrato obbligatorio non era accompagnato dal divieto di sciopero.

(55) Giugni, *La disciplina*, cit., 43-44.

le prescrizioni costituzionali, non è fuori, ma dentro il sistema e con i dati consueti di questo deve armonizzarsi.

11. Concludendo su questo primo punto, è facile rilevare la difettosità di motivazione della sentenza annotata. La sentenza, infatti, in un primo passo accoglie la c.d. « tesi intermedia » (validità dell'arbitrato come irrituale); passa successivamente a tutt'altro ordine di considerazioni attinenti in definitiva alla natura dei diritti che vengono in contestazione nelle controversie previste dagli accordi interconfederali, anche se si fa un esclusivo riferimento alla natura dei contratti collettivi postcorporativi, senza porre il grave problema dei rapporti di questi con i precedenti; insinua, *en passant*, l'idea di un'abrogazione tacita delle norme del codice di rito in discussione a seguito del crollo del sistema corporativo, non rilevando che, ove questo si ritiene, appare superflua ogni altra considerazione. Sono cioè spunti così contraddittori che, a stretto rigore, una vera e propria motivazione è del tutto assente. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono ci sembra che non dovrebbe apparire ingiustificato quanto inizialmente dicemmo sul tono di certe sentenze in tema di lavoro.

12. La sentenza annotata offre anche lo spunto per esaminare un'altra *vexata quaestio* che, dibattutissima vigente l'ordinamento corporativo, sembra stia tornando di attualità anche nella presente situazione. Si tratta della validità o meno delle clausole di decadenza inserite nei contratti collettivi di lavoro.

Per pratiche esigenze facilmente intuibili (volontà di favorire la composizione stragiudiziale delle controversie o comunque di una rapida contestazione e risoluzione delle stesse nella previsione che, con l'andar del tempo, si renda sempre più difficile l'esperimento della prova ecc.) (56) è tradizionalmente consueto inserire nei contratti collettivi delle clausole in virtù delle quali, in ordine ai diritti dagli stessi contratti collettivi attribuiti ai lavoratori, si predispongono reclami, talvolta da

---

(56) Come esempio di tali esigenze v. l'art. 48 del contratto collettivo nazionale per gli operai dell'industria edilizia del 5 dicembre 1952: « *Reclami*. In considerazione delle particolari caratteristiche dell'industria edilizia e della possibilità che al termine delle opere l'organizzazione del cantiere venga a smobilitarsi completamente, qualsiasi reclamo sul salario e qualunque richiesta inerente al rapporto di lavoro debbono essere presentati dall'operaio, sotto pena di decadenza, entro quattro mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro dell'operaio stesso ».

esperirsi in termini brevissimi (57), avanti la stessa direzione aziendale, sovente dichiarandosi che il tempestivo e regolare proponimento dello stesso reclamo è a pena di decadenza, per cui il mancato reclamo è preclusivo dell'azione giudiziaria.

Nell'annosa discussione sorta in proposito vigente l'ordinamento corporativo s'avanzarono, oltre ad argomenti che conservano ancor oggi la loro proponibilità, altre considerazioni che attenevano specificatamente a quel determinato sistema di diritto sindacale. D'altro canto la questione era allora complicata, da una parte, dalla mancanza di una disciplina legislativa della decadenza, istituto di mera creazione dottrinale e giurisprudenziale, e, dall'altra, dall'interrogativo sovente posto circa la possibilità o meno di un'abbreviazione convenzionale dei termini prescrizionali, oggi vietata dall'art. 2936 c.c. Da una parte, affermandosi l'inderogabilità delle norme legali sulla prescrizione, si ravvisava nelle predette clausole di decadenza una invalida abbreviazione convenzionale dei termini prescrizionali (58), dall'altra la giurisprudenza della Suprema Corte non tardò, di massima, a ravvisare nelle stesse clausole una previsione negoziale che, in aggiunta e oltre le disposizioni del codice civile sulla prescrizione, cospirava a meglio realizzare la finalità insita nell'istituto di favorire la certezza dei rapporti giuridici e pertanto ne dichiarava la legittimità, purché esse non rendessero praticamente impossibile l'esercizio del diritto (59).

---

(57) Ad es., l'art. 21 del contratto collettivo dei chimici del 24 aprile 1928 prescriveva il termine di due giorni.

(58) V. P. Macerata 22 marzo 1935, in *Dir. lav*., 1935, 2, 448 e L. R. Lettieri, *Sulla validità delle clausole di decadenza contenute nei contratti collettivi*, in *Dir. lav.*, 1935, 2, 453.

(59) In tal senso v. Cass. 10 giugno 1935, in *Dir. lav*., 1935, 2, 443, e Cass. 13 maggio 1937, in *Dir. lav.*, 1937, 2, 437, nella quale ultima si legge: « ... tali clausole lungi da violare... le norme di ordine pubblico, armonizzano con esso, dando la rapida certezza del diritto, impedendo la permanenza di divergenze anche potenziali, rafforzando l'obbligo di eseguire puntualmente il pagamento di tutto quel che è dovuto e tutelando, infine, la posizione del lavoratore cui non potrà muoversi rimprovero di frettolosità nel reclamo, se lo proponga immediatamente per obbedire al comando del contratto collettivo ». Nello stesso senso, in dottrina, F. Pergolesi, *Sul valore giuridico delle clausole che abbreviano i termini di prescrizione e di decadenza*, in *Mass. giur. lav.*, 1930, 461, con la proposta di introdurre, per legge, dei termini minimi di prescrizione; A. Sermonti, *Sulla validità giuridica delle clausole di decadenza*, in *Mass. giur. lav.*, 1935, 347.

Per la validità delle clausole si pronunciarono: P. Nocera Inferiore 14 marzo 1931, in *Dir. lav.*, 1932, 2, 50; Mag. Lav. Genova 15 novembre 1932, in *Dir. lav.*, 1934, 2, 138; Trib. Foggia 3 luglio 1935, in *Dir. lav*., 1936, 2, 270; Mag. Lav. Roma 21 dicembre 1932, *ivi*; Cass. 10 maggio 1935, in *Mass. giur. lav.*, 1935, 347; Trib. Mantova 24 aprile 1935, in *La magistratura del lav.*, 1935, 711; Cass. 28 febbraio 1938, in *Dir. lav.*, 1938, 2, 196; Cass.

Presso i giudici di merito la soluzione accolta dalla Suprema Corte incontrava minor favore. E, mentre si contestava la validità delle clausole perché queste si ponevano in contrasto con la generale finalità del sistema corporativo di garantire al massimo i diritti dei lavoratori, in quanto i reclami erano in pratica difficilmente esperibili da coloro che, facendolo, si sarebbero esposti al licenziamento da parte dell'imprenditore (60), si poneva la questione se fosse nel potere delle associazioni

---

22 luglio 1938, in *Dir. lav*., 1939, 2, 40; P. Tolentino 10 aprile 1939 e Cass. 13 marzo 1939, in *Dir. lav.*, 1939, 2, 332 e 331; Cass. 12 maggio 1941 e P. Orta Nova 30 giugno 1941, in *Dir. lav.*, 1941, 2, 436; Cass. 29 luglio 1911, in *Rep. foro it.*, 1941, v. *Lavoro (Rapporto individuale di)* n. 181; Cass. 25 febbraio 1945, in *Rep. foro it.*, 1943-45, v. *Decadenza*, n. 50; App. Bari 18 marzo 1948, in *Rep. foro it.*, v. *Lavoro (rapporto individuale di)*, n. 99; P. Napoli 10 dicembre 1948, in *Dir. lav.,* 1949, 2, 104; Lodo arbitrale Genova 28 gennaio 1949, in *Riv. giur. lav.*, 1949, 2, 14; P. Reggio Calabria 8 febbraio 1950, in *Rep. foro it.*, 1950, v. *Lavoro (Rapporto individuale di)*, n. 172.

In dottrina mette in luce l'opportunità delle discusse clausole, A. Cavallo, *In tema di clausole di decadenza nei contratti collettivi*, in *Dir. lav.*, 1939, 2, 45; contrario alle clausole: G. Mazzoni, *Teoria dei limiti di applicabilità dei contratti collettivi di lavoro*, 1939, 133 ss.; a favore P. Greco, *Il contratto di lavoro*, 1939, 457 ss. Da ultimo, R. Richard, *Pubblicazione legale e pubblicazione di fatto delle norme intersindacali*, in *Dir. lav.*, 1948, 2, 3.

Naturalmente le clausole eccessivamente brevi sono state dichiarate nulle: v. Mag. Lav. Venezia 20 dicembre 1937, in *Dir. lav*., 1938, 2, 196; Cass. 5 aprile 1937, in *Dir. lav*., 1937, 2, 439; Mag. Lav. Brescia 4 luglio 1938, in *Dir. lav.*, 1939, 2, 42; Cass. 19 aprile 1945, in *Dir. lav.*, 1946, 2, 18; Cass. 17 marzo 1947, in *Rep. giur. it.*, 1944-47, v. *Lavoro (Rapporto di)*, n. 106. Per il Sermonti, *Sulla validità*, cit., dietro le clausole eccessivamente brevi si nasconde una rinuncia, invalida, ai diritti dei lavoratori. Altra questione quella se le clausole, per portare decadenza dall'azione giudiziaria, debbano o meno espressamente esprimersi in tal senso; v. Mag. Lav. Roma 20 novembre 1935, in *Dir. lav.*, 1936, 2, 268; Trib. Padova 22 giugno 1935, in *Dir. lav.*, 1936, 2, 267, richiedente un'esplicita dichiarazione altrimenti si finirebbe « ... per giungere al non certo edificante risultato di porre il datore di lavoro nella condizione di potersi beffare... di tutte le leggi protettive del lavoro col salvacondotto di una decadenza, che in quanto esistesse sarebbe più che altro un trabocchetto teso senza volerlo dalle associazioni contraenti proprio alle persone della cui tutela precipuamente esse si preoccupano »; App. Aquila 29 maggio 1941, in *Dir. e pratica commerciale*, 1942, 2, 49; Cass. 6 giugno 1942, in *Rep. foro it.*, v. *Lavoro (Rapporto di)*, n. 195; Cass. 13 marzo 1944, in *Dir. lav.*, 1946, 2, 18. In dottrina v. E. Daviso, *La speciale clausola di decadenza di cui all'art. 18 del contratto collettivo per l'edilizia del 24 luglio 1936*, in *Riv. del lav.*, 1938, 182; P. Greco, *Il contratto*, cit.

(60) Denunciava tale pericolo il P. Macerata 22 marzo 1935, cit. *Contra*, Mag. Lav. Milano 2 maggio 1936, in *Dir. lav.*, 1936, 2, 266, che obbiettava che a tale pericolo ovviava l'ausilio dei sindacati. In dottrina: L.R. Lettieri, *Sulla validità*, cit.; N.E. Sala, *Altri rilievi sulle cosidette clausole di decadenza nei contratti collettivi di lavoro*, in *La magistratura del lav.*, 1935, 718, che scriveva: « Lungi da me la tendenza a generalizzare, ma è *in re ipsa* che la frequenza delle c.d. "clausole di decadenza" nei contratti collettivi di lavoro, desta proprio l'impressione che si voglia accordare un'immunità preventiva precisamente a

sindacali porre siffatte clausole contrastanti con la disciplina legale della prescrizione (61) ed, in particolare, con la dichiarata invalidità delle rinunce e delle transazioni da parte dei lavoratori. In contrario avviso, si affermava che i sindacati erano i più qualificati rappresentanti dei lavoratori; d'altro canto, nell'ambito di quella più vasta polemica sulla natura contrattuale o normativa del contratto collettivo che solo il legislatore del 1942 dovrà risolvere, si sosteneva che il contratto collettivo stesso, in quanto sostanzialmente normativo, era pienamente insindacabile ove contenesse clausole di decadenza; e se una questione poteva porsi sulla loro legittimità, la stessa poteva a rigore sollevarsi solo in sede di controllo governativo sul contratto (62). Da ultimo si faceva riferimento alla repressione penale dell'inosservanza del contratto collettivo

---

quelle aziende che non hanno adempiuto a tutti i loro obblighi verso i propri dipendenti »; G. Mazzoni, *Teoria*, cit., che ritiene il contratto collettivo portante le dette clausole carente di causa « perché il semplice dettare una norma ad esclusiva tutela del datore di lavoro, costituisce una *causas* così vana che può ritenersi illecita », se è vero che fine del contratto collettivo è quello di porre sullo stesso piano lavoratori e datori di lavoro; *contra* A. Sermonti, *Sulla validità*, cit., per il quale, anzi, le clausole in parola costituiscono un incentivo alla retta osservanza dei contratti collettivi; U. Novelli, in *Riv. lav.*, 1938, 384, che ritiene non operante questo motivo quando sia ormai cessato il rapporto di lavoro; infine P. Paraccini, *Sulle clausole di decadenza nei contratti collettivi*, in *Dir. lav.*, 1936, 2, 272: « A distanza di un decennio dalla promulgazione della legge sindacale sembra strano, ed è sommamente deleterio, che si debba ancora navigare nella incertezza con grave pregiudizio della unitaria ed armonica applicazione della legislazione del lavoro ».

(61) V. Daviso, *La speciale*, cit.; ed in particolare G. Mazzoni, *La teoria*, cit., che scrive: « I sindacati hanno il potere di regolare i rapporti di lavoro delle categorie e quindi di tutelare i diritti relativi delle parti nel contratto di lavoro, ma non hanno il potere di regolare il modo di attuazione della difesa giudiziaria dei diritti stessi, provvedendo già a quest'ultimo scopo una speciale legge processuale ».

Nel senso che le clausole non potevano contrastare col principio della invalidità delle rinunce e delle transazioni, Trib. Genova 8 luglio 1937, in *Dir. lav.*, 1937, 2, 444; Paraccini, *Sulle clausole*, cit.; Mazzoni, *La teoria*, cit., che ravvisa nella mancata impugnazione del lavoratore nel termine stabilito dal contratto, una rinuncia tacita.

(62) Parlò dei sindacati come degli organi meglio qualificati ad interpretare le esigenze dei lavoratori Cass. 12 gennaio 1937, in *Dir. lav.*, 1937, 2, 441. Nello stesso senso, F. Pergolesi, *Sul calore*, cit.

Nel senso che la questione doveva risolversi in sede di controllo governativo sui contratti collettivi: Mag. Lav. Roma 20 novembre 1935, in *Dir. lav.*, 1936, 2, 268.

Nel senso che i contratti collettivi in quanto aventi efficacia normativa potevano inserire delle clausole, N. Martinelli, *Le eccezioni pregiudiziali e le clausole di decadenza*, in *Dir. lav*., 1935, 2, 389. *Contra*, G. Mazzoni, *La teoria*, cit., per il quale nel diritto del lavoro domina il principio speciale di ordine pubblico che il contratto collettivo deve essere osservato in ogni caso.

Il Peretti-Griva, in *Riv. lav.*, 1932, 804, ritenne le clausole valide solo per gli operai

(art. 509 c.p.) e si sosteneva la contraddizione tra questa tutela penale e le clausole che in pratica favorivano l'inosservanza del contratto collettivo stesso, mentre altri contestava quest'ultimo rilievo (63). In pratica, mentre parte dei giudici di merito si pronunciarono per l'invalidità delle clausole (64), altri limitarono l'invalidità al caso in cui queste favorissero l'inosservanza dei minimi salariali (65). Alcuni giudici concepirono il mancato reclamo come esclusivamente preclusivo delle questioni di conteggio sulla busta paga (66), oppure configurarono il reclamo come

---

e non per gli impiegati per i quali il r.d. 13 febbraio 1924, n. 1825 conteneva già la disposizione che solo l'art. 2213 c.c. del 1943 avrebbe esteso ad ogni settore.

Cass. 13 maggio 1937, cit., negò che la validità delle clausole contrastasse con le disposizioni del r.d. 28 dicembre 1931, n. 1584 sugli Ispettorati del lavoro.

Vennero anche in discussione le disposizioni dei r.d. 8 gennaio 1931, n. 148 e 24 gennaio 1929, n. 166 rispettivamente sul lavoro nel settore dei trasporti e portuale: v. Mag. Lav. Roma 20 novembre 1935, cit.; Paraccini, *Sulle clausole*, cit.; Sermonti, *Sulla validità*, cit.

Si discusse pure se le clausole in parola dovessero o meno ritenersi in contrasto con le disposizioni di legge che vietavano di inserire le clausole compromissorie nei contratti collettivi: Cass. 12 gennaio 1937, in *Dir. lav.*, 1937, 2, 441; Mazzoni, *La teoria*, cit.

Si ritenne la legittimità delle clausole inserite nei regolamenti di azienda: Mag. Lav. Napoli 28 febbraio 1935, in *Dir. lav.*, 1935, 2, 444.

(63) V. le note e le sentenze citate nelle note precedenti: l'argomento è quasi sempre affrontato. Sul valore attuale dell'art. 509 c.p.v. G. Giugni, *La lotta sindacale nel diritto penale*, 1951, 48 e bibliografia.

(64) Soprattutto per i diritti sostanziali dei lavoratori: v. Trib. Mantova 24 aprile 1935 e P. Macerata 22 marzo 1935, in *Dir. lav.*, 1935, 2, 445 e 448. La seconda sentenza ritiene che le clausole « ... possono soltanto valere come semplice costituzione in mora: esse cioè determinano a favore del datore di lavoro una *presumptio iuris* che il lavoratore è tenuto a distruggere con rigorosa prova », così concludendo: « Pretendere che il diritto al salario — che non di rado per le classi lavoratrici è il diritto alla vita — possa estinguersi nel breve volgersi di quarantotto ore sarebbe iniquo ed illogico, specialmente perché le questioni sulla paga involgono spesso apprezzamenti seri e delicati che l'operaio, da solo, difficilmente saprebbe valutare in così breve spazio di tempo ». *Contra*, nel senso che i diritti dei lavoratori non vengono meno solo perché è prescritto un determinato modo per il loro esercizio: Zelbi, *In tema di richiesta tardiva di pagamento del lavoro straordinario*, in *Mass. giur. lav.*, 1929, 354; L. Riva-Sanseverino, *Diritto del lavoro*, 1952, 324.

(65) V. P. Ancona 23 luglio 1930, in *Mass. giur. lav.*, 1930, 461; Trib. Spezia 24 novembre 1930, in *Dir. lav.*, 1931, 2, 420; Mag. Lav. Genova 17 marzo 1931, in *Dir. lav.*, 1932, 2, 49; P. Spezia 2 marzo 1933, in *Dir. lav.*, 1934, 2, 137; Mag. Lav. Bari 2 novembre 1934, in *La magistratura del lavoro*, 1935, 505; Mag. Lav. Torino 25 ottobre 1935, in *Dir. lav.*, 1936, 2, 264; App. Aquila 29 maggio 1941, in *Dir. e pratica commerciale*, 1942, 2, 49. *Contra*: Mag. Lav. Napoli 28 novembre 1932, in *Dir. lav.*, 1934, 2, 139 e Cass. 17 marzo 1947, in *Rep. giur. it.*, v. *Lavoro (rapporto di)*, n. 104.

(66) Mag. Lav. Genova 28 febbraio 1933, in *Dir. lav.*, 1934, 2, 138; Antoldi, in *Riv. lav.*, 1933, 1, 747.

un singolare tentativo di risoluzione amichevole, spoglio poi d'ogni pratico rilievo per quanto si riferisse alla possibilità d'esperire successivamente l'azione giudiziale (67).

13. La questione è stata di recente sollevata in una breve nota del Crisci (68). L'autore, partendo dall'esame della singolare disciplina prevista nel contratto collettivo dell'edilizia (69), affronta poi il problema generale e, dopo aver inessattamente riferito che la giurisprudenza fu, vigente il passato ordinamento, in prevalenza contro la validità delle clausole di decadenza (mentre è vero perfettamente l'opposto almeno per quanto concerne la giurisprudenza della Suprema Corte), si pronuncia contro la validità delle stesse clausole in base a diversi motivi, non tutti egualmente plausibili. Il Crisci ha soprattutto il torto di condurre il suo ragionamento basandosi sulla disciplina legale della prescrizione e confondendo due istituti che debbono restare ben distinti. « Rettamente si è osservato — scrive il Crisci —, che le clausole dei contratti che portassero un termine di decadenza dell'azione giurisdizionale o di prescrizione delle pretese derivanti ai lavoratori dallo stesso contratto collettivo di lavoro, verrebbero a costituire una palese violazione di disposizioni imperative di legge, quali quella dell'art. 2952, n. 2, c.c., il quale fissa ad un anno la prescrizione per le azioni per il pagamento dei salari agli operai e ai lavoratori in genere, e quella dell'art. 2948, n. 5, c.c. che sottopone a prescrizione quinquennale "le indennità spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro" ». Il Crisci ripropone pertanto la questione negli stessi termini correnti anteriormente al codice civile del

---

(67) Trib. Padova 22 giugno 1935, cit.; Trib. Bergamo 3 giugno 1937, in *Dir. lav.*, 1937, 2, 444. In dottrina: L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, 1949, vol. 3°, 386: « ... mi era sembrato, nella precedente edizione, di poter sopravvalutare l'opportunità e fors'anche la necessità di un siffatto brevissimo termine di decadenza. Perché (pensavo) è solo una revisione immediata o quasi — l'operaio si presenti con la busta-paga alla mano — che può utilmente chiarire la situazione e scoprire l'errore se errore vi è stato. Si capisce quindi che le aziende abbiano inteso premunirsi contro eventuali reazioni giudiziarie vessatorie. E lo stesso operaio ha interesse che la luce sia subito fatta. Ma è proprio la formulazione concordataria della clausola di decadenza che mi ha indotto ora — sulla scorta dei più recenti contratti collettivi — a ritenere che quella clausola prescinde totalmente dalle norme relative alla proponibilità dell'azione giudiziaria. Così il termine per il ricorso interno non è affatto un termine di decadenza limitante la prescrizione: il ricorso interno con esito sfavorevole ha il termine normale di prescrizione per agire davanti l'autorità giudiziaria ».

(68) N. Crisci, *Appunti sulla validità delle clausole di decadenza contenute nei contratti collettivi*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, 1, 238.

(69) V. in proposito App. Aquila 17 giugno 1953, in *Dir. lav.*, 1953, 2, 418.

1942, nel quale non solo si è organicamente disciplinato l'istituto della decadenza, ma si è dichiarata l'esplicita liceità delle decadenze convenzionali.

In considerazione di quanto sopra, non è mia intenzione affrontare il problema generale della dibattuta distinzione tra i due istituti nei limiti di una nota a sentenza e ben conscio dei punti d'estrema asperità che questa stessa distinzione propone, ove voglia andarsi al fondo della questione (70). Ritenendo col Saraceno (71) che « la distinzione non si pone quindi sul piano ontologico, ma incide unicamente sulla disciplina legale e sul fondamento politico », il problema praticamente rilevante è quello di conciliare il principio d'inderogabilità della disciplina della prescrizione posto nell'art. 2936 c.c., con l'altro principio delle liceità delle decadenze convenzionali sancito nell'art. 2965 dello stesso codice. « Al centro della decadenza, quale è presupposta dal legislatore — scrive efficacemente il Tedeschi (72) — sta un interesse... che un determinato atto di esercizio del diritto "previsto dalla legge o dal contratto", sia compiuto dal titolare — in quanto egli intenda compierlo — entro un dato termine ». A nostro modesto avviso (tanto più modesto in una questione ove tanti eletti giuristi si sono cimentati con risultati, a quanto sembra, tutt'altro che decisivi), la prescrizione risponde in sostanza al criterio universalmente comprensibile di dedurre dalla prolungata inerzia del titolare del diritto una conseguenza sanzionatoria che indirettamente assicuri il *summum bonum* della certezza giuridica; nella decadenza invece, ad iniziativa del legislatore o dei privati contraenti, opera la precisa, concreta, puntuale esigenza, in relazione a svariati motivi diversi per ogni singola fattispecie, di disciplinare nel tempo lo stesso esercizio del diritto o di condizionarlo ad una determinata attività da svolgersi in un termine perentorio. Nella decadenza deve sempre operare, mi si consenta, una specifica e singolare finalità, sia essa assorbita nell'insindacabile arbitrio del legislatore, sia essa ravvisabile nella concreta fattispecie negoziale, in relazione ai vari elementi di quest'ultima,

---

(70) Che la dottrina non abbia ancora detto alcunché di decisivo, è reso manifesto da quanto felicemente scrive W. Bigiavi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 128, recensendo la monografia di E. Giusiana: « ... a me sembra che sia vana fatica voler ricercare in astratto quale termine possa considerarsi di prescrizione e quale invece di decadenza... Talché, a mio parere, per risolvere i casi dubbi non resterà altro che ricercare la *mens legis*, magari attraverso un'indagine storica ».

(71) P. Saraceno, *Della decadenza*, in *Commento al cod. civ.*, diretto da M. d'Ameglio, Libro VI, 1031.

(72) V. Tedeschi, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, 1948, 24.

quasi a similitudine di quell'interesse meritevole di tutela che alla stessa autonomia negoziale schiude la possibilità di costruire negozi atipici. Ove questa ragionevole giustificazione non possa rintracciarsi nella considerazione complessiva del negozio e possa, con sicurezza, affermarsi che le parti ebbero a proprio scopo ed esclusivamente un diverso regime della prescrizione, si cade sotto il divieto di cui all'art. 2936 c.c. È questo un criterio che meglio può rendersi con le seguenti parole del Giusiana (73): « In pratica, nella cosidetta prescrizione convenzionale si potrà ravvisare, quando essa costituisca oggetto di un solo patto della convenzione, diretta a produrre anche altri effetti giuridici, la posizione di una decadenza; ma quando invece le parti si siano proposte esclusivamente il fine di modificare il termine di prescrizione, abbreviandolo o allungandolo, la loro convenzione dovrà dirsi giuridicamente nulla. Così, se, ad esempio, in occasione di una vendita, o di una locazione, o di un contratto di somministrazione, i contraenti convengano che il venditore o il locatore o il somministrante, eventualmente in corrispettivo di particolari vantaggi, potrà pretendere il pagamento del prezzo, o della pigione, o del canone pattuito soltanto entro un termine minore di quello prescrizionale, si avrà un fatto giuridico complesso, della cui fattispecie il termine abbreviato costituisce uno degli elementi, liberamente posto dalle parti: le quali, ponendolo, hanno creato una decadenza, ossia subordinato il sorgere del diritto del venditore, del locatore, del somministrante, alla proposizione della domanda giudiziale entro un dato limite di tempo. Se invece i contraenti, dopo la stipulazione del contratto, sopravvenuta la morosità del compratore o locatario, si accordano nel senso che il venditore o locatore possa pretendere il prezzo, o la pigione soltanto entro un termine minore di quello legale di prescrizione, stipulano un accordo nullo, poiché intendono modificare il termine di prescrizione legale, sostituendovi un termine di prescrizione convenzionale ». Si tratta, è chiaro, di una indagine tutt'altro che agevole, poiché, come affermano l'Azzariti e lo Scarpello (74), « naturalmente l'accertamento della frode alla legge dipenderebbe da un'indagine di fatto molto delicata, rivolta ad accertare se la durata del termine convenzionale prefisso per l'esercizio di un diritto risponda ad un interesse apprezzabile della parte a cui favore è pattuita, tenuto conto della natura, della funzione economica e delle particolarità del contratto ».

---

(73) E. Giusiana, *Decadenza e prescrizione*, 1943, 23.

(74) Azzariti e Scarpello, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commento al cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e Branca, *sub* art. 2936.

14. Tornando al nostro specifico quesito, nessun dubbio v'è che, in linea di massima, possano addursi delle clausole di decadenza inserite nei contratti collettivi ampie giustificazioni (75). Ma non è così, in linea generale ed astratta, che può risolversi la nostra questione, poiché debbono essere tenuti in debita considerazione altri principi ed esigenze tipiche del mondo del lavoro. Devono cioè esaminarsi quali possono essere in concreto gli effetti di tali clausole, ancorché astrattamente giustificabili. Per quanto diversamente opini il Barassi scrivendo (76) « ... si potrebbe opporre che un'abbreviazione contrattuale al periodo legale di prescrizione (sic!) presuntiva dovrebbe essere lecita solo se al prestatore di lavoro fosse garantito il tempo necessario per agire: ma che lo stato di subordinazione del prestatore di lavoro non gli permette sempre di esperire i propri diritti. Sono vecchie e sorpassate ideologie: la tutela sindacale e quella pure delle Commissioni interne assistono sempre il prestatore di lavoro finché il rapporto vive, e non è detto che l'operaio o l'impiegato possano liberamente agire solo dopo la rottura del rapporto di lavoro », lo stato di subordinazione del lavoratore nei confronti della direzione aziendale, in costanza del rapporto, è ben lungi dall'essere, purtroppo, superato. Il nostro lavoratore è ben lontano dall'aver raggiunto quello stato di rispettabilità altrove, in altre esperienze sindacali, definitivamente acquisito (77). Specie nell'attuale situazione di diffusa disoccupazione, il lavoratore italiano è lungi dall'aver raggiunto quella tranquilla sicurezza che gli permetta di poter avanzare in ogni momento le proprie rivendicazioni verso il datore di lavoro, senza temere che possa da ciò derivargli un danno talvolta irreparabile, quale quello della perdita del posto (abbiamo visto nella prima parte della nota come il datore di lavoro possa, anche ai sensi degli accordi intersindacali sui licenziamenti, permettersi questo lusso col semplice pagamento di una penale). Non mi dilungo su questo aspetto: basta far riferimento a quanto si affermò e si disse e soprattutto si documentò in un recente Convegno nazionale (78) e a quanto si sostiene nell'appassionata denun-

---

(75) V. *supra* il riportato art. 48 del recente contratto collettivo dell'edilizia.

(76) L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, cit.

(77) Mi riferisco alle esperienze sindacali del Nord Europa e angloamericane, v. in F. Ferrarotti, *Il dilemma dei sindacati americani*, ed. Comunità, 1954, un aggiornato e completo quadro del mondo sindacale nordamericano.

(78) Alludo al Convegno recentemente organizzato a Milano dalla Società Umanitaria con la partecipazione di tecnici, economisti, sindacalisti e politici, e con l'intervento dell'on. Vigorelli, Ministro del Lavoro. V. S. Fois, *Il lavoratore nell'impresa industriale*, in *Il Mercurio* del 12 giugno 1954.

cia di una organizzazione tutt'altro che sospettabile d'estremismo (79) circa il clima oggi imperante in larga parte dei luoghi di lavoro.

Di questo stato di cose, facilmente documentabile ripeto, occorre pur tener conto ai fini della nostra questione, poiché non è azzardato ritenere che spesse volte i lavoratori si trovino in estrema difficoltà ad esperire i reclami previsti nei contratti collettivi, per le ragioni sopraindicate. In linea di massima non è quindi assurdo ritenere che le clausole di decadenza cadano sotto la nullità prevista nell'art. 2905 c.c. anche se questo, letteralmente, sembra dare rilievo alla sola eccessiva brevità del termine perentorio. Infatti è chiaro che la brevità del termine non va apprezzata solo in se stessa o in rapporto all'atto che deve porsi in essere per evitare la decadenza, ma anche in rapporto a chi deve svolgere l'attività prevista e alla condizione in cui egli versa. Questa ci sembra l'unica indicazione possibile per le clausole di decadenza previste negli attuali contratti collettivi di diritto privato (80).

Per i contratti collettivi corporativi resta comunque la considerazione assorbente che discende dall'art. 2113 c.c., poiché è contraddittorio sostenere la validità delle clausole di decadenza, quando una norma di legge eccezionalmente consente al lavoratore di porre nel nulla le rinunzie e le transazioni poste in essere in costanza del rapporto di lavoro o al suo termine, appunto in considerazione di quello stato di subordinazione che il legislatore ha tenuto presente. E lo stesso art. 2113 c.c., ad analogia di quanto dissi precedentemente a proposito dell'arbitrato, va considerato ove si discuta di diritti scaturenti da un contratto collettivo di diritto privato che sia in intimo rapporto con un precedente contratto corporativo (81).

---

(79) Le ACLI milanesi. Ricordo la proposta a suo tempo avanzata dall'on. Di Vittorio per lo *status* garantito del lavoratore nell'impresa e il problema, all'ordine del giorno, delle « relazioni umane » sui luoghi di lavoro.

(80) Il Crisci, *Appunti*, cit., si chiede se le clausole di decadenza possono ritenersi impegnative per i singoli lavoratori aderenti al sindacato stipulante il contratto collettivo, potendosi ritenere eccedenti il mandato conferito all'associazione « perché non può ragionevolmente pensarsi che con quel mandato si sia inteso autorizzare l'associazione a convenire dei patti che sarebbero nettamente in contrasto con gli interessi dei mandanti ». Il rilievo riproduce, *mutatis mutandis*, quello del Mazzoni, *Teoria*, cit., sulla carenza di causa del contratto collettivo portante simili clausole e merita di essere attentamente meditato.

(81) Il De Litala, *Il contratto di lavoro*, 1949, 560, pone la questione « se, traducendosi attualmente le disposizioni dei contratti collettivi in semplici clausole contrattuali per i singoli soci dei sindacati stipulanti, la clausola di decadenza, contenuta soltanto nel contratto collettivo, possa risultare ad essi opponibile validamente, nonostante la mancanza della specifica sua approvazione per iscritto » e risponde affermati-

15. Per i termini previsti invece nel vigente accordo intersindacale sui licenziamenti non può farsi alcuna questione circa la validità degli stessi, in quanto ad essi termini il lavoratore deve attenersi quando ormai è stato estromesso dall'azienda e non versa in quello stato di subordinazione che giustifica la nullità del termine. Pertanto rettamente ha deciso sul punto l'annotata sentenza. Potrebbe invero addursi la brevità del termine in sé considerata, ma la sentenza giustamente rileva che mai, in una pratica quasi settennale, ebbe a manifestarsi una qualche difficoltà in proposito.

---

vamente al quesito in quanto i contratti collettivi non sono contratti per adesione e non ha quindi applicazione l'art. 1341 c.c.

5.

GIURISDIZIONE DEL GIUDICE ORDINARIO E DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELLE CONTROVERSIE DI LAVORO CON GLI ENTI PUBBLICI ECONOMICI

Molti anni or sono, quando, nello scorcio dell'esperienza corporativa, si dispose per l'inquadramento sindacale degli enti pubblici c.d. « economici » (1) e per la devoluzione delle controversie di lavoro con detti enti alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, si pose subito, in dottrina e in giurisprudenza, il problema degli eventuali limiti di questa competenza; specificatamente ci si domandò se, nella regolamentazione dei rapporti d'impiego con gli enti, fossero configurabili oltre diritti soggettivi, anche interessi legittimi e se, ritenuta la configurabilità di interessi, potevano affermarsi accanto alla competenza del giudice ordinario per i diritti, la competenza generale di legittimità del giudice amministrativo per gli interessi (2).

Da molte parti si sostenne, con vari argomenti, che, malgrado l'inquadramento sindacale e cioè la regolamentazione delle condizioni di lavoro per contratto collettivo e malgrado la conseguente riforma processuale, non poteva negarsi l'ovvia natura pubblica degli enti in questione e quindi la permanente configurabilità, rispetto ai provvedimenti dei medesimi, di interessi legittimi anche nel settore dei rapporti di impiego; onde, per un principio essenziale che taluno definì di rilevanza costituzionale (3), dalla riforma sul punto della competenza non poteva affatto dedursi, appunto per il silenzio serbato dal legislatore, che fosse venuta meno la competenza del giudice amministrativo per gli interessi, dovendosi questa competenza, al contrario, reputarsi coesistente con

---

(1) Sulla controversa nozione di e.p.e., v. la voce di S. Cassese, in *Noviss. dig. it.*; G. Miele, *Brevi osservazioni in tema di e.p.e.*, in *Dir. econ.*, 1959, 1271; P. Meschini, *Sulla natura giuridica degli e.p.e.*, Milano, 1958.

(2) Per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, v. *Rass. giur. cod. proc. civ.* diretta da M. Stella Richter e A. Torrente, Libro II, Tomo II, Milano, 1961, *sub* art. 429, n. 13, 576 ss.

(3) V. Cons. Stato 29 luglio 1942, in *Foro it.*, 1942, 3, 201.

quella del giudice ordinario. *Ex adverso*, si oppose, in sostanza, che la riforma sostanziale e processuale doveva intendersi nel senso che si erano voluti interamente equiparare, ai fini della regolamentazione delle condizioni di lavoro, gli enti pubblici economici ai privati imprenditori, con la conseguenza che nella regolamentazione *de quo* non potevano configurarsi interessi legittimi, ma solo diritti soggettivi, eventualmente per la trasformazione dei primi nei secondi, onde la competenza del giudice ordinario doveva qualificarsi come piena ed esclusiva (4).

Venuto meno l'ordinamento corporativo, per molto tempo, come è ben noto (5), l'attenzione si polarizzò sul quesito pregiudiziale se, soppresse le organizzazioni sindacali di diritto pubblico e quindi scomparsa la possibilità di inquadrare in dette associazioni gli enti pubblici economici, la norma di cui all'art. 429, n. 3, del codice di rito dovesse o no ritenersi operante; come è altrettanto noto, dopo molti ondeggiamenti e dopo un deciso contrasto sul punto tra il supremo consenso della giustizia amministrativa e la Cassazione, la giurisprudenza della Corte Suprema è ormai consolidata nel senso della sopravvivenza della norma. Malgrado il reciso dissenso che anche di recente molti ed autorevoli autori hanno manifestato (6), alla stregua della prevalente giurisprudenza deve ormai ritenersi per acquisito che, in linea di massima, permane la competenza del giudice ordinario; le questioni continuano a porsi, senza sosta, nei singoli casi concreti, quando si tratta di vedere, in ossequio a quel medesimo indirizzo prevalente, se un determinato ente pubblico è qualificabile o no come economico ai fini della individuazione del giudice per le controversie di lavoro (7).

Risolto nella maniera indicata il quesito pregiudiziale, si è riproposto con una certa frequenza negli ultimi anni, com'era in un certo senso nella

---

(4) È chiaro, come osservò M. Giuliano, *Il rapporto d'impiego con gli e.p.e.*, Padova, 1948, 45, che di norma, la competenza del giudice ordinario è stata definita esclusiva al fine di escludere in ogni caso la competenza del giudice amministrativo e non già per significare la deducibilità anche degli interessi innanzi al primo giudice così come avviene nella giurisdizione amministrativa esclusiva.

(5) Per riferimenti v. ancora *Rass. giur.*, cit., *sub* art. 429, n. 12, 554 ss.

(6) V., ad es., I. Spagnuolo Vigorita, *Le controversie di lavoro nelle imprese gestite dallo Stato e dagli altri enti pubblici*, in *Comm. parl. inchiesta sulle condizioni dei lav. in Italia*, Atti Roma 1959, vol. IX, 231 ss.

(7) Sotto questo profilo, l'indirizzo prevalente, imponendo di volta in volta l'indagine sulla natura dell'ente pubblico, non ha certo giovato alla certezza del diritto; ed infatti, a proposito dei vari enti, si sono avuti talora ondeggiamenti giurisprudenziali: v. ancora *Rass. giur.*, cit., *sub* art. 429, n. 14, 591 ss. In dottrina v. in particolare i ripetuti interventi di V. Andrioli, in *Giur. compl. cass. civ.*, vol. XXI, 1946, 473, nonché in *MGL*, 1947, 2, 249 e 1949, 2, 322.

logica delle cose, il problema della esclusività o no della competenza del giudice ordinario. Spesse volte, invero, i dipendenti o gli *ex* dipendenti degli enti pubblici economici hanno fatto ricorso al giudice amministrativo, deducendo l'illegittimità, per eccesso di potere, di determinati provvedimenti, in particolare di quelli implicanti, per la riduzione dell'organico e la soppressione di posti, la cessazione del rapporto d'impiego. Dedotto, in tali controversie, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, la Corte Suprema regolatrice della competenza giurisdizionale, ha, in genere, rigettato l'eccezione. Nella sentenza che qui si pubblica e in diverse altre (8), si è affermato che la competenza del giudice ordinario non è senza limiti; più specificamente si è detto che quando vengono in questione provvedimenti discrezionali degli enti, attinenti all'organizzazione dei medesimi e costituenti il presupposto e il limite dei rapporti d'impiego, i diritti soggettivi dei dipendenti degradano, per il sopravvenire di quei provvedimenti, a meri interessi legittimi, viene meno la possibilità del sindacato del giudice ordinario e risorge logicamente la competenza del giudice amministrativo, come competenza generale di legittimità sugli atti della pubblica amministrazione. Così se, come nel caso risolto dalla sentenza qui commentata, il contratto collettivo di lavoro attribuisce al dipendente il diritto alla stabilità, facendo tuttavia salva la possibilità dell'ente di determinare con la soppressione dei posti in organico la cessazione del rapporto d'impiego, la clausola del contratto deve intendersi come riserva, a favore dell'ente, del potere discrezionale di organizzazione connaturato all'essenza dell'ente pubblico; potere del cui esercizio solo il giudice amministrativo può conoscere, in particolare sotto il profilo dell'eccesso di potere. Altra volta, viceversa, la Cassazione (9) giunse, sempre in un caso di risoluzione del rapporto per riduzione dell'organico, ad una conclusione radicalmente diversa, negando la possibilità di dedurre l'illegittimità del provvedimento e innanzi al giudice ordinario e innanzi al giudice amministrativo, posta l'esclusività della giurisdizione ordinaria e l'inconfigurabilità di interessi legittimi, in quanto, nel sistema derivante dal c.d. « inquadramento sindacale », tutto deve risolversi nella sottopo-

---

(8) V. da ultimo: Cass. 13 febbraio 1963 n. 283, in *Foro amm.*, 1963, 2, 325; Trib. Roma 28 luglio 1962, in *Temi rom.*, 1962, 556; Cass. 23 marzo 1960 n. 602, in *Foro it.*, 1961, I, 1004; Cass. 8 aprile 1961 n. 741, *ivi*, 1961, I, 1125; Cass. 11 novembre 1959 n. 2226, in *Foro amm.*, 1960, 2, 49.

(9) Sul problema v., anche per ulteriori riferimenti, M. Giuliano, *Il rapporto*, cit. Nel senso della pubblicità del rapporto, v. V. Carullo e R. Richard, *Rass. giur. cod. civ.*, Milano, 1963, *sub* art. 2093, 62.

sizione alla regolamenzione tipica del diritto del lavoro privato, venendo così meno la discrezionalità dell'ente in senso pubblico e ad essa subentrando, in ipotesi, la discrezionalità pura dei privati, cioè l'assoluta ed insindacabile libertà.

Il problema della esclusività o no della competenza del giudice ordinario risorge così negli stessi termini nei quali si pose vent'anni or sono; ed è, com'è intuitivo, un problema di fondamentale importanza pratica, poiché si tratta di vedere se i dipendenti degli enti in questione possono contare o no, oltre che sulla tutela dei diritti innanzi all'a.g.o., *anche* sulla tutela degli interessi innanzi al giudice amministrativo e quindi sul ben più penetrante sindacato esercitabile da questo giudice sui provvedimenti dell'ente e sulla più incisiva conseguenza riparatoria, in ipotesi, della ricostruzione del rapporto in luogo del risarcimento dei danni altrimenti esigibili. E tornano anche di attualità i quesiti che, almeno in una certa misura, sono pregiudiziali per la risoluzione del problema; quello relativo alla natura, pubblica o privata, del rapporto di impiego con gli enti pubblici economici pur sottoposti alla contrattazione collettiva (10) e quello della permanenza o no di una potestà regolamentare degli stessi enti in materia di rapporti di lavoro (11).

A mio avviso, la soluzione del problema sta tutta nell'intendere congruamente la portata della regola che ha disposto per il c.d. « inquadramento » sotto il duplice profilo, sostanziale e processuale, della regolamentazione dei rapporti di lavoro a mezzo della contrattazione collettiva (12) e della devoluzione della competenza giurisdizionale al giudice ordinario. In sostanza tutto sta nella valutazione della *ratio* del sistema che si è ritenuto sopravvivente al venir meno dell'ordinamento corporativo. Anche a questo proposito le opinioni sono radicalmente divergenti. Nelle numerosissime sentenze e nei contributi dottrinali altrettanto numerosi nei quali si è affermata la tesi della sopravvivenza dell'art. 429, n. 3, c.p.c. è ricorrente la tesi secondo la quale il c.d. « inquadramento » venne disposto per ragioni intrinseche, connaturali allo svolgimento da parte degli enti pubblici in questione di attività economica, onde risponderebbe alla logica delle cose che non si operi alcuna discriminazione fra

---

(10) Cass. 4 maggio 1957 n. 1499, in *Mass. giur. lav.*, 1957, 105.

(11) V. A. Palmieri, *La potestà regolamentare degli e.p.e. e i contratti collettivi di lavoro*, in *Dir. giur.*, 1956, 342; L. Poccardo, *Note sugli e.p.e.*, in *Riv. amm.*, 1955, 153. In giurisprudenza v. Cass. 4 maggio 1960 n. 1001, in *Giur. it.*, 1960, I, I, 946; Cass. 20 ottobre 1960 n. 2838, in *Giust. civ.*, 1961, I, 260.

(12) Sulla questione se gli e.p.e. possano aderire agli attuali sindacati o comunque partecipare alla contrattazione collettiva, v. L. Piccardi, *Note*, cit.; I. Spagnuolo Vigorita, *Le controversie*, cit., 350.

tutti i soggetti di questa attività, indipendentemente dalla loro qualifica, pubblica o privata; di qui la conclusione che l'inquadramento nelle associazioni sindacali di diritto pubblico fu una mera risultante di una situazione sostanziale di fondo, l'indice formale ed esteriore di essa, onde, venuto meno per contingenti ragioni legate al mutamento del regime politico quell'inquadramento, è sempre decisiva, per la permanenza del sistema, la natura sostanziale dell'ente ed è sufficiente, al di là dell'effettivo inquadramento o no nel passato regime, l'accertamento della inquadrabilità dell'ente. Altri (13) ha viceversa opposto che la riforma venne decisa non già per le ragioni sopraindicate (ragioni che furono deliberatamente respinte nel primo decennio della legislazione corporativa), ma per esigenze specifiche al sistema anteriore; precisamente per immettere anche gli enti pubblici economici nella strutturazione corporativa, affinché le corporazioni, come istanze coordinatrici della politica economica, potessero estendere la loro competenza al settore economico in mano pubblica, dando nel contempo modo agli enti predetti di far sentire, almeno mediatamente, la loro voce in quelle stesse istanze; caduto il sistema corporativo, verrebbe meno quindi l'inquadramento sindacale con tutte le conseguenze del caso.

Ai fini specifici del problema qui esaminato, è tuttavia importante rilevare che il quesito di fondo sopra puntualizzato come risolutivo deve avere, di necessità, una soluzione logicamente univoca nel contesto di quell'indirizzo che ha affermato la sopravvivenza dell'art. 429, n. 3, del codice di rito. Quali che siano state le ragioni dell'inquadramento sindacale nel passato regime, la tesi della sopravvivenza del sistema implica di per sé il rifiuto di identificarne la *ratio* qualificatrice in motivi intimamente connaturati alla superata organizzazione corporativa ed esige, per coerenza logica intrinseca, l'identificazione, esatta o no, di altre motivazioni non collegate alle esigenze specifiche di quella organizzazione.

In altre parole, la sopravvivenza del sistema è condizionata, intrinsecamente, all'accettazione di quelle argomentazioni che la tesi dominante a tal fine ha fatto; con questo deve dirsi che in queste stesse argomentazioni risiede la *ratio, attuale*, del sistema e da esse è necessario prendere l'avvio per risolvere il problema specifico. Per un canone elementare di logica interpretativa sistematica, scontrata la tesi della sopravvivenza del sistema assumendo in ipotesi il « valore costitu-

(13) V. in particolare I. Spagnuolo Vigorita, *Le controversie*, cit.

tivo » (14) *id est* creativo della giurisprudenza (15) anche mantenendo le più ampie riserve su detta tesi intrinsecamente considerata, la *ratio, attualmente identificabile*, del sistema medesimo non può non essere ravvisata, appunto, che nell'intento di voler equiparare in tutto e per tutto, per quanto attiene alla regolamentazione dei rapporti di lavoro, la posizione di tutti i soggetti, pubblici e privati, che esplicano attività economica. In definitiva, l'optare per l'una o per l'altra delle tesi suesposte ha un senso solo ai fini della risoluzione del problema della sopravvivenza o no della norma e del sistema in questione; risolto il problema in termini di sopravvivenza, la *ratio* della equiparazione nella regolamentazione dei rapporti di lavoro in ragione di una determinata qualificazione degli enti è da accettarsi per rigore logico a giustificazione del sistema ritenuto ognora operante; di fronte alla situazione in concreto così determinatasi nella particolare esperienza giuridica, i sostenitori dell'opposta concezione potranno naturalmente ancora discutere deprecando la scelta operata come una sorta di giurisprudenza evolutiva, secondo un modulo del divenire effettuale delle impostazioni ermeneutiche che non è, del resto, nuovo nella vicenda postcorporativa del diritto del lavoro (16).

L'importanza di questo discorso non è, a mio avviso, trascurabile, proprio perché, operata una scelta, la soluzione di ogni problema particolare deve essere rigorosamente coerente alla soluzione di principio, intesa e quindi svolta con piena fedeltà alle argomentazioni, a torto o a ragione, giustificatrici della medesima soluzione. Il nodo essenziale anche del problema particolare esaminato, sta appunto qui.

Non deve d'altro canto ignorarsi che, proprio recentemente, si è adottata nell'ordinamento per un particolare ente pubblico economico di nuova costituzione una soluzione normativa che può avere a sua giustificazione, per definizione poiché siamo fuori del sistema corporativo, solo la *ratio* che può brevemente definirsi della equiparazione o meglio della privatizzazione del rapporto di lavoro. Secondo l'art. 12 della legge 6 dicembre 1912, n. 1643 istitutiva dell'Ente nazionale per l'energia elettrica, il rapporto di lavoro del personale di detto ente è regolato dalle

---

(14) L'espressione è di D. Bressanin, *Riflessi della nuova giurisprudenza in tema di e.p.e.*, in *Riv. dir. lav.*, 1955, I, 271.

(15) Sulle ragioni extragiuridiche che spiegano l'indirizzo circa la sopravvivenza dell'art. 429, n. 3, c.p.c., v. A.C. Jemolo, *Impiegati di e.p.e., tutela d'interessi, sindacato sull'eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1948, I, 743, con finissime notazioni.

(16) Si pensi, ad es., all'interpretazione del principio per il quale è possibile derogare al contratto collettivo di lavoro per condizioni più favorevoli al lavoro; v. V. Simi, *Ancora l'efficacia livellatrice del contratto collettivo*?, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 2, 2.

norme del diritto di lavoro privato e su base contrattuale collettiva e individuale; la competenza per le relative controversie è demandata alla a.g.o. (17). Se per un ente di nuova istituzione il legislatore ha adottato la soluzione privatistica (18), la giustificazione della norma non può non essere quella indicata, valida quindi per spiegare e quello che il legislatore postocorporativo ha disposto e quello che può addursi oggi per ritenere il non condizionamento ad un determinato regime politico di un sistema eguale adottato in precedenza.

Se la giustificazione, unitaria ed attuale, è quella indicata, può anche osservarsi ad ulteriore conferma dell'assunto, meglio della scelta interpretativa, che proprio la soluzione processuale è quella che definitivamente convince, almeno oggi, nel senso prospettato. Si è spesso affermato che la soluzione processuale fu, nel passato regime, l'inevitabile conseguenza della soluzione sostanziale, cioè della regolamentazione dei rapporti di lavoro per contratto collettivo. In realtà, comunque si ragioni in termini di giustificazioni logiche, il nesso tra le due soluzioni non è così stretto, formulabile a guisa di un fermo corollario come si pretende. In definitiva, fosse motivata la svolta del 1938 per esigenze intrinseche del sistema corporativo o per volontà di equiparazione, su questo piano bastava la riforma sostanziale per attrarre gli enti pubblici economici nell'orbita della corporazione o per imporre un unico modo di regolamentazione dei rapporti di lavoro nei vari settori economici unitariamente considerati. Per questi fini non era poi logicamente imprescindibile la soluzione processuale, giustificabile solo, al massimo, per ragioni di mera opportunità e cioè per far corrispondere alla unità della regolamentazione sostanziale l'unità della giurisdizione, per favorire l'uniformità nella risoluzione delle controversie; a parte l'opportunità, la finalità della riforma sostanziale non sarebbe stata frustrata lasciando, al contrario, la competenza del giudice amministrativo per le controversie di lavoro con gli enti pubblici economici. Per volere anche la competenza del magistrato ordinario, una giustificazione più probante e più decisiva era proprio quella di voler equiparare del tutto la situazione dei dipendenti degli enti in questione a quelli dei lavoratori privati anche per

---

(17) Sul punto, in relazione al progetto della legge istitutiva dell'ENEL, v. M. Pacelli, in *Dir. econ.*, 1962, 1190. In generale, circa la regolamentazione dei rapporti di lavoro, in ispecie a mezzo di contratti collettivi, per gli enti di nuova costituzione, v. le osservazioni di D. Marchetti, in *Riv. giur. lav.*, 1949, I, 57.

(18) Per la fervida difesa della soluzione privatistica, v. D. Bressanin, *Il problema degli e.p.e.*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, I, 384; F. Simoncini, *Aspetti sostanziali e processuali del rapporto d'impiego presso gli e.p.e.*, ivi, 1954, I, 208.

quanto atteneva alla intensità della tutela giurisdizionale, in ogni caso prospettabile solo per i diritti e non per gli interessi. Tra le due spiegazioni, quella di mera opportunità (identità del giudice per le controversie su diritti derivanti di massima dalla contrattazione collettiva) e quella di sostanziale equiparazione anche processuale (in rapporto al grado della tutela), è proprio la seconda che, in termini di opportunità, meglio convince; infatti, supposta in ipotesi esatta la prima, al vantaggio della identità del giudice per i diritti avrebbe fatto riscontro la scissione della tutela giurisdizionale secondo la tradizionale dicotomia diritto soggettivo-interesse, annullandosi i vantaggi ottenuti, nel campo del pubblico impiego, con l'istituzione della giurisdizione esclusiva amministrativa del 1923 (19): il vantaggio, in termini di mera opportunità, sarebbe stato di gran lunga superato dallo svantaggio. Al contrario è presumibile che la soluzione processuale sia stata allora adottata per ragioni più sostanziali, intrinsecamente giustificate, così subentrando alla esclusività della giurisdizione amministrativa l'esclusività della giurisdizione ordinaria.

La giustificazione del sistema sta quindi, del tutto, come felicemente si scrisse (20), nel passaggio integrale, senza residui, dal diritto pubblico al diritto del lavoro, nell'assoluta privatizzazione del rapporto d'impiego con gli enti pubblici economici, con la conseguente regolamentazione *anche* a mezzo di contratto collettivo e con l'esperibilità della tutela processuale solo quando siano in giuoco diritti soggettivi; con la svolta, gli enti non dispongono più, per la regolamentazione del rapporto di lavoro, di un potere discrezionale nell'accezione giuspubblicistica implicante la possibilità del sindacato giurisdizionale sul suo esercizio, ma, al di là della regolamentazione legale o convenzionale esistente, essi dispongono viceversa di quella discrezionalità che è caratteristica del privato imprenditore, cioè di piena libertà.

Non sono, pertanto, identificabili interessi legittimi e non è accettabile, in linea di massima (21), la tesi della coesistente competenza del giudice amministrativo, perché contrastante con la *ratio* del sistema;

---

(19) V. U. Forti, *Inquadramento sindacale di enti pubblici e controversie sul rapporto d'impiego*, in *Foro it.*, 1942, 3, 201, nel senso che ogni soluzione presenta inconvenienti gravissimi.

(20) V. V. Simi, *Gli enti pubblici di fronte alla disciplina collettiva del lavoro*, in *MGL*, 1947, I, 75.

(21) Così la questione si prospetta diversamente nel caso che venga in questione un provvedimento amministrativo ministeriale; per un cenno in tal senso, in relazione ai decreti ministeriali a suo tempo adottati in tema di epurazione, v. D. Bressanin, *Riflessi*, cit.

infatti, come efficacemente si scrisse (22), se dovesse ritenersi la contraria tesi oppure l'altra prospettata secondo la quale sarebbe consentito al giudice ordinario quello stesso sindacato di legittimità demandato al giudice amministrativo, la regola della parità sarebbe sostanzialmente violata e capovolta: in particolare i dipendenti di questi enti potrebbero contare su una tutela giurisdizionale assai più penetrante di quella assicurata ai dipendenti delle imprese private.

Né vale opporre, a mio parere, che è iniquo privare i dipendenti degli e.p.e. della tutela garantita contro ogni atto arbitrario e illegittimo della pubblica amministrazione (23). Non si nega che la tesi della esclusività della competenza dell'a.g.o. nel senso qui ritenuto implichi una minore tutela contro provvedimenti ingiusti o vessatori (24), ma è questa una preoccupazione sociale, *lato sensu* politica, che non può determinare le scelte interpretative nel senso di discostarsi dalla logica di una soluzione, quale il legislatore l'ha voluta. Giustamente si rilevò (25) che la soluzione sindacale implicitamente si reputò più rispondente al fine pubblico di assicurare all'ente piena libertà nella regolamentazione dei rapporti di lavoro, rispettati i contratti collettivi e individuali; il legislatore, allora come oggi a proposito dell'ENEL, ha adottato questa scelta, opinabile ma preclusiva.

Del resto, nella sistemazione del pubblico impiego o meglio del lavoro prestato per la pubblica amministrazione, non vi è niente di assoluto, ma tutto si riduce ad una scelta tra le varie soluzioni giuridiche prospettabili; nel settore specifico il patrio legislatore ha optato per la privatizzazione del rapporto ed è tutta una questione di stretto diritto positivo. In definitiva, ove non ostino dati testuali diversi, tra le varie soluzioni dei singoli problemi è giuocoforza optare per quella coerente con il sistema, secondo la sua giustificazione ispiratrice.

È in base a queste considerazioni che la tesi accolta dalla Cassazione nella sentenza qui pubblicata, così come in altre analoghe pronunce, appare discutibile. Posto che secondo l'attuale sistemazione del rapporto di lavoro con gli enti pubblici economici possano prospettarsi solo diritti soggettivi, la questione non poteva porsi in termini di competenza

---

(22) Così A.C. Jemolo, *Impiegati*, cit.

(23) V. tra i tanti V. Andrioli, *Variazioni sull'art. 429, n. 3, c.p.c.*, in *MGL*, 1949, 2, 322.

(24) V. per una interessante casistica, I. Spagnuolo Vigorita, *Le controversie*, cit., 333.

(25) A. Sermonti, *Diritti soggettivi e interessi nei rapporti d'impiego con e.p.e.*, in *Mass. giur. lav.*, 1942, 282.

giurisdizionale, sibbene come questione di merito deducibile esclusivamente innanzi al giudice ordinario competente. Più specificatamente, adito il giudice ordinario, per questo, nella fase di merito, si poneva una tipica questione di interpretazione del contratto collettivo sul punto del diritto del lavoratore alla stabilità e dei suoi limiti, data la riserva fatta, nello stesso contratto, per l'ipotesi di variazioni nell'organico e di soppressione di posti; in particolare si sarebbe dovuto esaminare se quella clausola va intesa come una riserva assoluta di facoltà insindacabile per l'ente oppure come la previsione di una situazione eccezionale ostativa del diritto e sindacabile nel merito sul punto della ricorrenza dei presupposti giustificativi. Nel primo caso il giudice avrebbe dovuto limitarsi, come ha sostenuto l'ente, a constatare l'esistenza del provvedimento di soppressione del posto in organico giustificativo della risoluzione del rapporto e l'adozione di esso da parte degli organi competenti; nel secondo caso il giudice doveva spingere oltre il suo esame per accertare l'intrinseca giustificazione del provvedimento nel caso concreto (26). Non è infatti da escludere, in astratto, che la clausola del contratto collettivo implichi questo controllo più penetrante, al pari, ad es., della clausola che richieda in generale, per la risoluzione del rapporto, la ricorrenza di una causa obiettiva giustificatrice; clausola, quest'ultima, di indubbia legittimità (27). Ma siamo, in ogni caso, sul piano del diritto soggettivo (nella specie: alla stabilità) e dei suoi eventuali limiti, dovendosi comunque la controversia risolvere dal giudice, ordinario, competente, con i mezzi a sua disposizione secondo i principi della giurisdizione ordinaria e con i rimedi in ogni caso prospettabili in questa sede.

---

(26) Una impostazione di questo tipo venne accolta dai giudici di primo grado nella causa definitivamente risolta da Cass. 8 aprile 1961 n. 741, in *Foro it.*, 1961, I, 1125.

(27) Sul problema v. gli interessanti rilievi di A. Torrente, *Rassegna di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 1025, n. 3.

6.

SULLA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE INDIVIDUALI DI LAVORO (*)

SOMMARIO: 1. La ragione del tema nelle luci e nelle ombre di una tradizione. — 2. La crisi attuale; considerazioni generali sui possibili rimedi. — 3. La competenza e il rito nel processo del lavoro. — 4. La soluzione extra-processuale delle liti, in particolare in sede sindacale.

1. Spero di non ingannarmi, mi auguro, soprattutto, che non mi faccia velo la commozione che molto umanamente mi domina nel

---

(*) Sono lieto di pubblicare qui il testo della mia prolusione al corso di diritto del lavoro, letta nell'aula magna storica della mia cara Università di Pisa, il 1° dicembre 1966. La lezione, dedicata al compianto prof. Andrea Torrente, comparirà anche negli *Scritti in memoria* dell'illustre presidente che saranno pubblicati per meritoria iniziativa della Corte suprema di cassazione e della casa editrice dott. Antonino Giuffrè. Mi è ora impossibile ricostruire quanto dissi, con l'animo turbato e commosso, prima della lettura del testo in quell'aula nella quale mi laureai il 28 giugno 1952 ed in mezzo a tanta folla di colleghi, di amici carissimi, di studenti, ringraziando il prof. Luigi De Luca delle cortesi e buone parole ch'egli volle dirmi in quella occasione a nome dei professori che, con tanta benevolenza, decisero di chiamarmi, nel gennaio 1966, alla cattedra pisana e ai quali va la mia infinita gratitudine, nonché in particolare, tra i tanti che vollero onorarmi con la loro presenza, il rettore prof. Alessandro Faedo, il giudice costituzionale prof. Giuseppe Chiarelli e i prof. Augusto Guzzo, Carlo Furno, Federigo Melis. Ricordai i miei professori di un tempo ormai lontano, in particolare il prof. Giovanni Miele nonché quelli ormai scomparsi e dei quali è in me vivo il rimpianto: Lorenzo Mossa, Franco Pierandrei, Giovan Battista Funaioli. Ringraziai quanti, in tutta la mia vicenda, mi hanno aiutato nel senso più nobile, insegnandomi e spronandomi, nonché tutti coloro che hanno avuto per me, nelle varie decisive scadenze, comprensione e fiducia; in primo luogo la mia amata Maestra, prof. Luisa Gilardi Riva Sanseverino, poi Virgilio Andrioli e — inobliabile per i valori che quella grande ombra rappresenta — Piero Calamandrei; gli *ex* colleghi della magistratura; i professori della facoltà pisana di economia e commercio che, conferendomi sei anni or sono l'incarico che ancora ho, mi dettero modo di compiere il mio tirocinio scolastico; i miei giudici della libera docenza e del concorso, in primo luogo il prof. Giuliano Mazzoni e quindi i proff. Grassetti, Santoro-Passarelli, Falzea, Carullo e Di Marcantonio. Un particolare saluto rivolsi a tutti i colleghi ed amici della più giovane generazione dei giuslavoristi, quelli che già onorano la scuola e quelli che presto la

momento in cui mi appresto a salire in cattedra nell'Università che mi ebbe studente e nella quale ho percorso tutto il mio *curriculum* di studi così come certamente ve lo concluderò, legato come sono a questo angolo della mia Toscana e allo spirito melanconicamente beffardo dei miei conterranei, se rilevo che in queste aule il diritto del lavoro, *olim* diritto corporativo, è stato sempre studiato ed insegnato con un'accentuazione peculiare che mi pare non riscontrabile altrove. E precisamente, in varia forma, qui si è sempre prestata molta e vigile attenzione al contesto economico-sociale nel quale e a ragione del quale è andato progressivamente e variamente sviluppandosi questo diritto speciale, anche tenendosi conto delle premesse idelogiche e culturali all'uopo rilevanti, pur nel succedersi dei regimi politici; con una visuale, pertanto, che, a mio avviso, meglio permette di avvicinarsi proficuamente alla meditazione degli istituti e delle situazioni giuridiche che sono tipiche in questo ramo del diritto nel quale vengono meno le tradizionali e sempre più evanescenti categorie sistematiche. Così, non a caso, colei che prima di me e assai più degnamente di me è stata su questa cattedra per ben cinque operosi lustri, inobliabili in particolare per chi ebbe la ventura d'esserne allievo, ieri ed oggi e per domani, ha dedicato una larga parte introduttiva della trattazione del diritto sindacale alla questione sociale quale venne ponendosi nel corso della rivoluzione industriale, al naturale porsi delle parti sociali antagonistiche in quel contesto, ai vari filoni ideologici che dalla riflessione sulla condizione concreta dei ceti più diseredati hanno preso le mosse; giacché non è ammissibile che lo studente di giurisprudenza ignori da quale lungo e spesso atroce travaglio tragga origine questo diritto, così come non è consentito dimenticare verso quali nuove sistemazioni della realtà sociale ci si muova secondo le varie speranze cariche di attese, talora messianiche, diffuse tra gli uomini di cultura e ancor più nelle vaste moltitudini. Ma ancor prima, in quel lungo periodo d'ispirazione corporativa dal quale ci separa spiritualmente non tanto il mero trascorrere degli anni, non tanto e non solo il dramma sanguinoso che con quella formula si abbatte sulla patria, ma soprattutto il ritrovamento di valori e di ideali che sono oggi accolti nella carta fondamentale della Repubblica e ivi stanno, pur tra tante miserie quotidiane, come meta civilmente entusiasmante, non mancò, nei modi e

---

onoreranno, nonché le più giovani leve, particolarmente ricordando l'amico carissimo Gino Giugni, il prof. Federico Mancini, gli amici di « cordata »: Giorgio Ghezzi e Aldo Cessari. Infine rivolsi, di tutto onore, il mio dire agli assistenti pisani, alla famiglia, cioè, dalla quale provengo e agli studenti che per tanta parte danno senso e valore alla nostra opera.

nei limiti allora consentiti, la consapevolezza della registrazione dalla quale prendo oggi le mosse. Nell'atto stesso in cui tutta una generazione di studiosi di varie discipline lavorava qui attorno alla Scuola di studi corporativi e alla rivista che ne fu non trascurabile espressione, per cercare di dare fondamento scientifico e adeguati svolgimenti ad una idea ricostruttiva dell'intero ordine sociale che gli eventi successivi hanno dimostrato sterile ed illusoria, era implicito e coessenziale l'intento di non fermarsi al solo dato giuridico-formale, ma di allargare l'indagine e la meditazione a tutti gli aspetti e profili, giuridici e no, reciprocamente interferenti; tanto che se io oggi fruisco della possibilità di dirigere un istituto che sta con la sua ricca e varia biblioteca da gran signore tra gli altri di più recente origine commessi agli altri illustri colleghi di altre discipline, lo debbo unicamente all'opera, se volete alla illusione di quei così lontani predecessori. Né fu, invero, in quella complessa vicenda che meriterebbe di essere più attentamente considerata (soprattutto in quell'ordine di idee secondo il quale si è andata di recente riscoprendo, nella biografia di tanti uomini rappresentativi di oggi, il più o meno sottile passaggio giustificativo dal c.d. « fascismo di sinistra » a ben diverse ideologie attuali), tutta e sola agiografia propagandistica rispetto alle soluzioni del regime; giacché è ben noto come qui dall'interno della formula, sorsero sovente riflessioni critiche ed autocritiche e talora anche proposizioni e progetti quasi-ereticali, legati in qualche caso ai più bei nomi della cultura di allora (e non solo di allora), a Ugo Spirito, a Arnaldo Volpicelli, a Widar Cesarini Sforza. Così come nell'ambito della scuola pisana non si mancò, perfino, di denunciare, con l'opera giovanile di Danilo De' Cocci, la degenerazione burocratica del sindacalismo di diritto pubblico. Fu quindi, nei limiti invero angusti che ogni dittatura consente per la libera espressione delle idee, una generazione di uomini pensanti e con ciò relativamente autentici, in una situazione che di per sé testimonia, se ve ne fosse bisogno, dell'intima inquietudine che certo, al di là delle finzioni ufficiali, tormentava l'uomo per opera precipua del quale quella esperienza ebbe vivace impulso: Giuseppe Bottai; come è risultato poi dalle pagine nelle quali egli, dopo la catastrofe e sempre muovendosi nell'ambito dell'ideologia ispiratrice, tirò le somme delle illusioni e delle speranze, delle verità e delle menzogne.

Non ho ritegno di affermare che, nel momento stesso in cui molto indegnamente, per la fiducia di coloro che ancor oggi non oso nel mio intimo considerare colleghi e che spero di non deludere del tutto, salgo su questa cattedra dietro la quale c'è tanta sofferta vicenda, resterò del tutto fedele e coerente allo spirito di quella tradizione della quale vi ho,

così insufficientemente, detto. Nel senso che mi sforzerò sempre di vedere, dietro i problemi giuridico-formali, la sostanza dei problemi umani e sociali ai quali tutto il diritto e non solo il diritto del lavoro cerca di rispondere, con estrema attenzione ai presupposti nonché alle implicazioni, d'ordine economico-sociale delle indagini alle quali spero di poter quotidianamente attendere con qualche risultato apprezzabile per il futuro, convinto come sono che il diritto, con tutte le elaborazioni che ne conseguono, deve servire agli uomini per risolvere i piccoli e i grandi problemi concretissimi della vita.

È in questo ordine d'idee che mi è parso utile, per l'importanza e l'urgenza obiettiva del problema e non solo per non tediare eccessivamente il pubblico che mi onora della sua attenzione in questa contingenza, dedicare questa lezione introduttiva all'esame della situazione esistente nella nostra esperienza per quanto attiene alla risoluzione delle controversie individuali di lavoro. Mi propongo, pertanto, di ricapitolare brevemente i dati di una situazione non certo soddisfacente e, soprattutto, di esprimere la mia, non del tutto originale, opinione sulle soluzioni che potrebbero adottarsi per rimediare alla crisi ora registrabile. Una breve diagnosi, pertanto, e un tentativo di terapia, pur se sono ben memore dell'ammonimento secondo il quale forse la competenza dei professori universitari in materia di riforme è discutibile (1), specialmente se non si evita di cadere nel mero astrattismo. Confido, però, di poter allontanare, almeno in una certa misura, codesto pericolo, facendomi forte della intensa esperienza di vita che, non senza rimpianto, mi sta alle spalle come magistrato, nella consapevolezza che lì, più che sui libri, ho attinto quel granello di sale che forse si accompagna ai frutti del mio lavoro scientifico. E mi sia consentito di esprimere simbolicamente la saldatura tra l'una e l'altra vicenda della mia esperienza personale, che io spiritualmente accomuno all'insegna degli stessi valori di probità e di verità, dedicando questa lezione a chi fu nel contempo grande magistrato e esimio studioso: ad Andrea Torrente, del quale resterà per sempre in tutti coloro che lo apprezzarono il cocente rimpianto. Anche perché Andrea Torrente espresse al livello più alto delle responsabilità, con accenti di forte e amara convinzione, l'ansia che ci deve muovere nello studio e nella risoluzione di questi problemi; la volontà, cioè, di far trionfare la sostanza, di fare effettivamente del processo lo strumento della giustizia, efficace e puntuale, come si conviene ad un Paese che proprio per le sue nobilissime tradizioni di tutta la sua migliore storia e

(1) V. l'intervento di Vocino, in *Riv. giur. lav.*, 1955, I, 49.

per tutto quello che ce lo fa indissolubilmente caro è ben degno di un assetto civile in questo che è un momento essenziale nell'umano consorzio.

2. Quale sia la situazione attuale per quanto attiene alla risoluzione delle controversie di lavoro, è presto detto, non essendo necessario spendere ulteriori parole nella descrizione e nella denuncia di una crisi gravissima che è ormai nella comune consapevolezza dell'opinione pubblica e non solo di quanti ne hanno fatto e ne fanno le spese. Il processo del lavoro soffre, per ovvie ragioni, degli stessi mali che affliggono il processo civile e più in generale l'amministrazione della giustizia in Italia; nell'esperienza effettuale la sua nota caratteristica è l'esasperante lentezza, quella sorta di dannazione diabolica per la quale pare inevitabile dover attendere normalmente anni e anni per poter ottenere la risoluzione definitiva della lite. Una situazione generale, quindi, estremamente seria, in quanto essa si traduce in una vera e propria bancarotta dello Stato in quello che è, storicamente e concettualmente, il suo compito fondamentale di rendere giustizia, se è vero, per adoperare le parole di un giudice statunitense che « la giustizia resa con ritardo è, in realtà, diniego di giustizia » (2). Una crisi che, naturalmente, si aggrava nel nostro settore per le mortificanti implicazioni in termini sociali, giacché qui, pur se non si vuole cadere in un vacuo demagogismo retorico, è inevitabile il dover constatare come le disfunzioni del sistema si abbattono su coloro che nel lavoro hanno spesso l'unico titolo di partecipazione ai beni della vita. E quindi, sovente, la crisi della giustizia praticamente si risolve in denigrata giustizia sociale, malgrado le altisonanti proclamazioni costituzionali che dovrebbero impegnare tutti ad ottenere un diverso, funzionale assetto realizzando una riforma di struttura che dovrebbe essere più delle altre facilmente conseguibile. Si comprende, quindi, come certo a ragione di questa peculiare incisività sociale della crisi nel settore, sia spesso invocata una legge speciale *ad hoc* indipendentemente dalla riforma generale del codice di rito, nella speranza di sottrarre almeno le liti del lavoro al comune destino (3).

---

(2) V. Di Federico, *L'uso di strumenti elettronici nell'ammnistrazione della giustizia*, in *DL*, 1966, 625 ss., spec. 627. Sulla crisi generale dell'amministrazione giudiziaria nel nostro Paese, v., da ultimo, Pavanini, *Riforma del processo civile (Brevi note introduttive)*, ivi, 1966, 609 ss.

(3) In particolare si è espressa in questo senso la CGIL, nella risposta al questionario inviato dal Ministero della giustizia alle organizzazioni sindacali sui problemi della riforma processuale il 15 maggio 1965; v. in *Riv. dir. lav.*, 1965, III, 414.

Indubbiamente la complessiva vicenda che ha subito la regolamentazione positiva ha oggi, ad oltre vent'anni dalla emanazione del codice di procedura civile, un sapore ironicamente amaro. Quasi quarant'anni or sono, le successive riforme introdotte in materia di controversie di lavoro furono, com'è noto, pensate e volute come il banco di prova della generale riforma del codice di rito nel segno di quei valori — oralità, immediatezza e concentrazione — all'insegna dei quali si svolse, con soluzioni però mediane e in pratica largamente compromissorie (donde la loro discutibilità), la lunga e purtroppo vana battaglia dei riformatori di chiovendiana ispirazione (4); e, in effetti, allora si ebbe modo di registrare sensibili aspetti positivi nel processo speciale quale regolato nelle leggi del 1928 e del 1934, quanto meno in termini di celerità dei procedimenti (5). L'esperimento fu così positivamente valutato che si ritenne di poterlo, nella sua sostanza, generalizzare, informando tutto il processo ordinario ai nuovi principi, tanto che nel codice del 1942 il processo del lavoro ebbe un'autonoma regolamentazione sostanzialmente giustificata dal collegamento, allora logicamente e per vario verso istituito, col peculiare processo previsto per le controversie collettive di lavoro nonché con la particolare strutturazione del sindacalismo di diritto pubblico e quindi con gli istituti para e preprocessuali su quella base posti, come, massimamente, la denuncia sindacale obbligatoria della lite; ed infatti per tutto il resto, per quelle poche regole ponenti particolarità di rito o prevedenti il particolare ruolo del giudice nella istruzione probatoria, non vi sarebbe stato spazio sufficiente per un autonomo complesso di regolamentazione. Previsione autonoma comunque risolventesi, secondo la comune e pur non del tutto pacifica (6) formulazione, in un mero rito speciale nel contesto del processo generalmente previsto. Insomma la riforma generale del processo nel segno di quei valori che ho ricordato, è storicamente passata, almeno nelle pie intenzioni del legislatore, attraverso l'esperimento compiuto nel particolare settore. Col risultato finale che la riforma, prima parziale e quindi generale, è clamorosamente fallita nella esperienza effettuale, giacché la giustizia italiana continua a soffrire dei mali antichi, qui e ovunque.

---

(4) V. De Litala, *Diritto processuale del lavoro*, Torino, 1936, premessa.

(5) V. in questo senso Jaeger, *Le controversie individuali di lavoro*[3], Padova, 1932, 304, nell'àmbito di una seria valutazione critica, sotto tutti i profili, della prima riforma del 1928.

(6) Sulla questione, anche per la valutazione delle concrete implicazioni spesso emerse in giurisprudenza, v., da ultimo, Andrioli, *Intorno al « rito speciale » del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1961, 338 ss.

Orbene, questa ironica lezione dei fatti tutti cospiranti a rendere vani tutti i conati formali di rinnovamento, dovrebbe ammonire a non confidare troppo nel valore miracolistico delle riforme, per quanto esse siano ottimalmente congegnate sulla carta. Certo la intrinseca e formale idoneità della legge non è fattore trascurabile: ma l'esperienza, appunto, dimostra che ben altro decide, in definitiva, della sorte effettuale delle innovazioni. E precisamente, come è stato sovente riconosciuto, conta soprattutto la buona volontà dei protagonisti del processo, l'operoso intento di costoro di sottrarsi alla perenne tentazione della soluzione burocraticamente più facile e più mortificante; contano anche i mezzi a disposizione degli operatori, conta un'adeguata strutturazione dei servizi. Contano anche, come si è pur rilevato (7), le inveterate abitudini contratte nell'ambiente giudiziale e forense, per lunga, inguaribile tabe; quelle abitudini, ad. es., per le quali ogni regola che ponga l'accento sulla normale immediatezza e oralità degli esperimenti e degli incombenti, pare inevitabilmente destinata a cedere all'eccezione della forma scritta (8). Insomma, per un complesso di ragioni, talune obiettive e altre subiettive, non ci si sottrae al comodo tran tran tradizionale, malgrado la diffusa lamentela; e ci si potrebbe chiedere se questo stato di cose che pare fatalisticamente insormontabile non corrisponda per caso alla somma degli interessi meschinamente particolari dei vari protagonisti.

Guardiamoci, pertanto, dal coltivare la vana, e ormai deleteria, illusione che tutto possa risolversi con l'inventare una migliore, ottima legge, con un atteggiamento che sarebbe solo demagogicamente comodo. La crisi richiede, infatti, ben altri, decisi interventi, in un ordine di idee che qui non posso nemmeno accennare (9). E tuttavia, posta questa doverosa premessa che intende mettere in rilievo le ben più gravi responsabilità dei pubblici poteri, resta da vedere che cosa potrebbe farsi nell'ambito di quella riforma, particolare o generale, della quale da anni ripetutamente si parla, anche qui con molto mare tra il dire e il fare. Ma,

---

(7) V. ancora De Litala, *op. loc. cit.*, rispetto alla situazione derivata dalle riforme del 1928 e del 1934: « Le abitudini forensi non mutano da un momento all'altro ». E in precedenza, perfino rispetto alla esperienza compiuta rispetto alle speciali giurisdizioni precorporative, il fenomeno venne segnalato da Segni, *I tribunali del lavoro in Italia*, in *Studi di diritto processuale in onore di C. Chiovenda*, Padova, 1927, 769, spec. 794. L'affermazione è spesso ricorrente nella sterminata pubblicistica formatasi nel dopoguerra sulla crisi giudiziaria.

(8) V. Jaeger, *Le controversie individuali di lavoro*, cit., 303.

(9) Circa l'inanità di innovazioni meramente formali, v. già, in anni assai lontani, l'appassionata denuncia di Mortara, *Il processo nelle controversie individuali di lavoro. Il passato, il presente, il futuro*, in *Giur. it.*, 1934, IV, c. 211.

come suol dirsi, se son rose, fioriranno; e qui mi permetto di puntualizzare quali innovazioni e sistemazioni a mio avviso possono utilmente prospettarsi. Intanto, rispetto alla regolamentazione che formalmente si rinviene nel codice di rito per le liti di lavoro e nella prospettiva *de iure condendo*, ha da farsi una ovvia considerazione nonché un rilievo generale.

In primo luogo, nella regolamentazione formalmente vigente vi è qualche norma che, nell'ordinamento corporativo, aveva un senso come norma di raccordo o di collegamento con la contestualmente prevista e ineludibile risolvibilità giurisdizionale delle controversie collettive di lavoro; si pensi, in particolare, alla sospensione del processo individuale a ragione della pendenza del processo collettivo (art. 444 c.p.c.). Nell'attuale ordinamento la premessa maggiore di quella costruzione non può certo riproporsi, a ragione della garanzia costituzionale della libertà sindacale e, soprattutto, del riconoscimento del diritto di sciopero, onde, non solo è impossibile, ovviamente, configurare una soluzione giurisdizionale per le controversie collettive economiche, ma alla stessa conclusione dovrebbe giungersi, a mio avviso e come ho cercato di dimostrare altrove (10), anche per quanto riguarda le controversie collettive c.d. « giuridiche » apparendo così di dubbia costituzionalità una norma che ipoteticamente imponga la necessaria risoluzione in sede giurisdizionale di siffatte liti. Tuttavia se ed in quanto si ritengono accettabili le conclusioni ritenute in un notevole studio monografico (11) circa la possibilità, anche attuale, di instaurare tra i sindacati contrapposti liti di contenuto giuridico sulla interpretazione dei patti collettivi, in via facoltativamente alternativa rispetto all'azione diretta e quindi con pieno rispetto della libertà sindacale, il problema dei rapporti tra il processo individuale e siffatto processo collettivo, può, teoricamente, riproporsi, eventualmente con la scelta di reintrodurre, *mutatis mutandis*, una norma analoga a quella dell'attuale art. 444 c.p.c. Il problema è, però, in gran parte astratto, giacché l'esperienza di questi vent'anni di libero dispiegamento del sindacalismo comprova come si preferisca risolvere tutte le liti collettive, quale ne sia il contenuto, nell'ambito sindacale; pertanto questo è un problema allo stato non adeguatamente sentito al pari di tutto ciò che attiene alle controversie di questa natura (12). È tuttavia da dire che la soluzione a livello collettivo di talune liti

---

(10) Nell'articolo *Sulle clausole di pace sindacale*, in *Riv. dir. lav.*, 1964, I, 285 ss.

(11) V. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Milano, 1963, 279 ss.

(12) Tuttavia, col questionario citato, *sub* nota 3, il Ministero della giustizia ha

di lavoro offrirebbe il vantaggio enorme di semplificare in molti casi il contenzioso eliminando la necessità di proporre, come oggi avviene, controversie individuali in serie per la stessa questione, scarsamente ricorrendosi nella pratica al litisconsorzio facoltativo improprio e sovente omettendo i magistrati di riunire i vari procedimenti.

In secondo luogo è da farsi un rilievo, d'ordine generale, a mio avviso estremamente importante per puntualizzare in quale ordine di idee ci si dovrebbe avvicinare ai problemi della progettata riforma.

L'esperienza dimostra che molti, *rectius* quasi tutti, gli istituti peculiari al pari delle specifiche previsioni che formalmente caratterizzano il c.d. « rito speciale » nel lavoro sono stati generalmente abbandonati, non utilizzati e talora disapplicati. Questo si è verificato, ad es., per l'ibrido istituto dell'arbitrato dei consulenti tecnici (artt. 455 ss.), forse perché, come si è acutamente notato (13), una volta instaurata la lite innanzi al giudice ordinario è psicologicamente contraddittorio appellarsi al tecnico. Analogamente è avvenuto per le speciali disposizioni dettate in materia di consulenza tecnica (14), disposizioni che, malgrado il ragionevole correttivo apportato dalla giurisprudenza, trovano invece pacifica applicazione, come dirò, solo laddove la peculiarità si risolve in un vano ed inutile appesantimento defatigante. Ciò dicasi anche della norma che accentua, in materia, il potere inquisitorio del giudice nell'istruzione probatoria; norma anch'essa svuotata nella pratica esperienza. Certamente, per ogni singola ipotesi di questo radicale scarto tra la previsione della legge e i fatti, potrebbe ricercarsi una puntuale specifica spiegazione; grosso modo l'intero e cospicuo fenomeno è tuttavia da collegarsi,

---

interpellato anche circa la possibilità e l'opportunità di disporre in materia di controversie collettive. Per il CNEL (v. risposta, in *Riv. dir. lav.*, 1965, III, 403) le norme in proposito già poste vigente l'ordinamento corporativo debbono ritenersi abrogate; inoltre, mentre per le controversie economiche non è possibile alcun intervento legislativo a ragione del diritto di sciopero, per le controversie collettive giuridiche già allo stato, l'associazione sindacale ben potrebbe agire in giudizio, essendo comunque ammissibile una regolamentazione legislativa *ad hoc*. Per la CGIL e la CISL (v. risposte, *ivi*, 414 e 418) la soluzione delle controversie collettive va lasciata all'autonomia sindacale; in particolare, per la seconda confederazione, l'assunto vale anche per le controversie c.d. « giuridiche », in quanto « occorre, inoltre, tener presente che conseguenza dell'attribuzione alla competenza del giudice delle controversie collettive giuridiche è l'esclusione del diritto di sciopero ». Invece per la UIL (*ivi*, 422), tutto è condizionato alla previa attuazione dell'art. 39 Cost.

(13) V. Marchetti, voce *Controversie individuali di lavoro*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 375.

(14) V. in proposito le interessanti notazioni di Napoletano, *Diritto processuale del lavoro*, Roma, 1960, 185.

genericamente, a quella forza dominante delle abitudini acquisite destinate a prevalere sulle innovazioni che mal si adattano al costume o che non rispondono ad una vera opportunità. Di qui il consiglio che non solo conviene sgombrare il terreno da queste inutili disposizioni, ma che è necessario prestare molta attenzione per non cadere di nuovo, e pur in diversa forma, in fallo. Si deve, cioè, scartare ogni soluzione che, pur essendo astrattamente commendevole, non abbia un sufficiente margine di realizzabilità, tenendo conto e dei mezzi in concreto a disposizione, e delle abitudini che, nell'attuale contesto, appaiono inveterate e insormontabili così evitandosi di costruire sulla sabbia. Se non si ha la possibilità di garantire strutturalmente l'effettività di nuove soluzioni, se è da temere una inevitabile distorsione o l'accantonamento della norma a ragione della tendenza naturale degli operatori in un certo concretissimo ambiente, è assai più realistico far omaggio alla realtà e incorniciarla in forme rispetto alle quali non debba domani registrarsi uno scarto profondo rispetto ai fatti. Questo va detto, giacché in molte delle proposte che si sono fatte e delle quali più minutamente dirò, a me pare di dover riscontrare questo vizio antico di costruire alquanto fantasticamente sulle nuvole anziché coi piedi ben piantati su questa precisa realtà umana e sociale, che è quella che è, piaccia o non piaccia. Oltre vent'anni di esperienza comprovano che il c.d. « rito speciale » del lavoro si risolve, di norma, in un processo ordinario con particolarità — quelle realmente e forzatamente applicate — che giuocano solo come inutili e defatiganti complicazioni. È una lezione dei fatti che, a mio avviso, non va dimenticata inseguendo quella che è forse la chimera di un rinnovellato rito speciale.

Naturalmente tutto il discorso fatto finora muove dal presupposto che la risoluzione delle controversie di lavoro debba essere commessa al giudice ordinario, nelle forme, di massima, del processo ordinario. In realtà questo presupposto, accolto finora nei progetti di riforma (15), è stato da taluni vivamente criticato (16), assumendosi che per questa via non è da sperare di risolvere veramente il problema e prospettandosi al contrario altre alternative, di massima quella di affidare la competenza a

---

(15) V. in tal senso il disegno di legge n. 1993 presentato alla Camera dei deputati, il 21 gennaio 1960, dal guardasigilli on. Gonella, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, 153, con osservazione critica redazionale, nonché il disegno di legge n. 557 presentato, sempre alla Camera, il 10 ottobre 1963 dal governo presieduto dall'on. Leone, relativo alla delega legislativa al Governo per la riforma dei codici.

(16) V., in particolare, Ventura, *Giudice del lavoro, processo del lavoro e crisi della giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 135, 223 e 285, nonché *ivi*, 1965, I, 21.

sezioni specializziate (17). Dico subito che queste proposte non mi trovano consenziente. In linea di principio è da rilevare che oggi non siamo più ai tempi delle origini, quando per molteplici ragioni si giustificò la costituzione di una speciale giurisdizione professionale, quella dei probiviri, meritatamente ricordata per la benefica esperienza che ne derivò, addirittura sul piano della costruzione dello stesso diritto del lavoro quale diritto speciale rispetto al diritto comune, estraendo equitativamente dalla realtà sociale dei rapporti considerati regole o principi che ancor oggi stanno alla base dell'edificio, così come venne illustrandola, agli albori del secolo, Enrico Redenti, in studi che ancor oggi restano essenziali (18). Oggi, almeno nelle linee fondamentali, il diritto del lavoro è costruito, è largamente regolato nei codici e nelle leggi speciali, ha ricevuto una ormai ampia elaborazione dottrinale e giurisprudenziale proprio ad opera della magistratura ordinaria nell'ultimo quarantennio; l'istituzione di una giurisdizione speciale, pertanto e a prescindere dalla preclusiva indicazione costituzionale, non si giustifica, quasi che sia possibile procedere a ritroso nella storia. Ma non si giustifica nemmeno, a mio avviso, il ricorso all'ibrido delle sezioni specializzate. Malgrado tutto, il giudice ordinario ha strumenti sufficienti per impadronirsi delle particolarità della materia, facendo, se necessario, ricorso alla consulenza tecnica, all'audizione dei rappresentanti sindacali,

---

(17) La soluzione è stata caldeggiata dalla UIL unicamente per le controversie di natura eminentemente tecnica (v. risposta al questionario, cit.). Secondo la CGIL (*ivi*), la crisi generale della giustizia impone che si ricerchino radicali alternative di fondo come l'elettività dei giudici, l'eventuale istituzione di sezioni specializzate, l'inserimento nei collegi di consulenti ed esperti. Risolutamente contraria e alla istituzione di giurisdizioni e sezioni speciali ed anche alla previsione di un rito speciale, si è invece dichiarata la CISL (*ivi*). A favore delle sezioni specializzate si è pronunciata la *Riv. giur. lav.*, 1960, I, 153. Nello stesso senso v. Becca, *Intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, 153; Luzzatto, *ivi*, 1956, I, 31; Simoncini, *Intervento*, in *Dir. econ.*, 1960, 354; Marchetti, *Controversie individuali di lavoro*, cit., n. 26, argomentando quest'ultimo a. dalla esperienza, « piuttosto favorevole », delle sezioni specializzate agrarie. Dubitosamente a favore si è dichiarato Daviso, *Intervento*, in *Dir. ec.*, 1960, 363.

(18) V. del grande giurista, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, ora in *Scritti e discorsi giur. di un mezzo secolo*, II, Milano, 1962, 541, nonché *La riforma dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, 626. Per l'a. quella speciale giurisdizione si giustificava appunto in funzione sostanzialmente « integrativa » di un diritto allora faticosamente *in fieri* e quindi per le particolari competenze di quei giudici rispetto alla normale ignoranza dei giudici togati. Per una impostazione storicisticamente relativistica del problema v. Jaeger, *Diritto processuale del lavoro (controversie individuali)*, in *Tratt. dir. lav.* di Borsi e Pergolesi, V, Padova, 1960, 131. Nell'ordine d'idee qui riproposto v. invece l'equilibrato intervento di De Amicis, in *Riv. giur. lav.*, 1955, I, 115.

alle informative presso i competenti organi della pubblica amministrazione. Non vi è, quindi, la necessità di far convivere nei collegi i giudici togati e i rappresentanti di parte; che se questa immissione volesse giustificarsi per l'opportunità di dar direttamente sfogo nelle camere di consiglio alla voce di codesti rappresentanti e di avvicinare, come si dice, la giustizia al popolo, ebbene c'è in codeste formulazioni una presa di posizione, vacuamente demagogica e populista, che risolutamente respingo per la logica intima dell'esercizio della giurisdizione in termini di idoneità subiettiva, logica per la quale deve aversi il massimo rispetto. L'amministrare la giustizia richiede in chi ha eletto per sua missione funzione così impegnativa uno speciale stato di grazia che si traduce nella regola positivamente e civilmente posta della imparzialità e che richiede una particolare idoneità spirituale. Giudici veri è difficile esserlo ancor quando la totale disponibilità si faciliti con il fatto stesso di eleggere per tutta una vita codesta missione; è impossibile o quasi quando all'alto compito si sia chiamati improvvisamente, eventualmente sulla base di una estrazione a sorte, così come purtroppo avviene nel nostro sistema, ironia delle cose, per la parte più impegnativa della giurisdizione penale. Peggio ancora, a mio avviso, quando la scelta è addirittura operata nel programmatico intento di immettere nei collegi i rappresentanti, di necessità non imparziali, di parte; soluzione giustamente deprecata da chi ha serenamente meditato sulla esperienza delle antiche giurisdizioni speciali in materia di lavoro (19) giacché essa impone al magistrato,

---

(19) V., soprattutto, Segni, *I tribunali del lavoro in Italia*, cit., rilevando l'a. che la presenza dei rappresentanti di classe può utilmente giustificarsi sol quando l'estrazione avvenga omogeneamente nella stessa classe, così come avveniva nei tribunali di commercio; viceversa la presenza di rappresentanti di classi contrapposte implica la degenerazione politica della giustizia e nei collegi. « Il giudice imparziale... rischia o di dover come un mediatore ridurre alla metà la divergenza tra le tesi in contrasto, o, peggio, di dover scendere ad una delle due tesi avverse, per rendere possibile il formarsi di una decisione, ciò che non risponde alla funzione del giudicare ». Più di recente si è detto che la posizione dei rappresentanti di parte è scontata in partenza, onde la presenza di costoro fa solo perdere tempo al magistrato: v. Jaeger, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 223. Sostanzialmente avversa alla prospettiva qui ripudiata è anche Riva Sanseverino, *Ordinamento sindacale e controversie di lavoro*, nel volume dell'Ist. Scienze sociali di Genova, *Per una riforma della giustizia del lavoro in Italia*, Genova, 1965, 69. Anche il CNEL, nel parere espresso sul disegno di legge Gonella del 1960 (v. in *Riv. dir. lav.*, 1961, III, 48), si è pronunciato contro i collegi misti, pur proponendo di affiancare obbligatoriamente al giudice dei consulenti di parte. Anche questa soluzione mediana è stata nettamente respinta dal Consiglio nel parere espresso più di recente sul problema del processo del lavoro (v. in *Riv. dir. lav.*, 1965, III, 401), poiché « sembra che tale misura... poco servirebbe alla ragione del decidere, costituirebbe una ripetizione di difese e di

quello genuino, l'aggravio ulteriore (e disturbatore rispetto al compito vero) di mediare le tesi degli opposti schieramenti di parte, oltre l'insulto, istituzionalmente mortificante, di dover subire siffatta penosa convivenza.

Pertanto, quel presupposto di cui ho detto dovrebbe rimanere ben fermo. E proprio perché il giudice ordinario ha, volendo, tutti gli strumenti possibili per poter dominare in certi limiti le particolarità della materia, mi par di dover anche scartare la tesi secondo la quale dovrebbe istituzionalizzarsi la presenza nel processo di rappresentanti sindacali al fine di avere da costoro in parere necessario (20); sarebbe, codesta, una soluzione generalizzattrice che inutilmente appesantirebbe l'*iter* processuale, ancor quando la lite non presenti, come normalmente avviene, peculiarità di sorta. D'altro canto, come giustamente si è osservato (21) in generale, rispetto alle ricorrenti proposte di affiancare al giudice degli esperti, meglio converrebbe, in ipotesi, saltare il fosso e istituire le sezioni specializzate, piuttosto che fermarsi a questo ibrido. Né mi pare accettabile la proposta, a suo tempo fatta dalla commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia (22), secondo la quale le controversie più particolarmente tecniche, in materia di attribuzione della qualifica e di cottimi, dovrebbero essere risolte, obbligatoriamente, per quanto attiene all'accertamento preclusivo dei fatti all'uopo rilevanti, per via arbitrale, soprattutto pereché, a mio avviso, questa proposta urta irrimediabilmente con il tassativo disposto costituzionale che vieta l'istituzione di giudici speciali. Né l'eccezione può rigettarsi, osservandosi (23) che la norma costituzionale non sarebbe violata, in quanto la competenza arbitrale sarebbe limitata al solo

---

argomenti già svolti nelle comparse delle parti costituite, riaprendo in camera di consiglio un dibattito già esaurito e in definitiva ritardando il sollecito corso del processo ».

(20) Secondo la ben nota tesi svolta da Jaeger, *Per una riforma urgente del processo del lavoro. Osservazioni e proposte*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, 1 ss. e ribadita in *Diritto processuale del lavoro*, cit., 223 ss.

(21) V. Andrioli, *Riforma del processo civile e lineamenti del nuovo processo del lav.*, in *Per una riforma della giustizia del lavoro*, cit., dovendosi respingere la soluzione mediana sia perché l'esperienza compiuta nelle controversie per la risoluzione del rapporto con i salariati fissi non è del tutto positiva « sia perché del consulente d'ufficio non è opportuno diffondere la razza in quanto non ha le responsabilità proprie del giudice né l'attributo della facoltatività, in cui è da ravvisare il *proprium* della consulenza, onninamente espresso nella discrezionalità della sua designazione ».

(22) V., della Commissione, il volume *Controversie individuali di lavoro*, Roma, 1959, 220 ss.

(23) Così Rubinacci, *Le controversie individuali di lavoro nelle proposte della commissione parlamentare d'inchiesta*, in *Dir. ec.*, 1960, 399 ss.

accertamento dei fatti, rimanendo la competenza ordinaria per le conseguenze di siffatto accertamento, mentre si avrebbe nel caso, un semplice ampliamento del già previsto arbitrato dei consulenti tecnici, istituto della cui costituzionalità nessuno ha mai dubitato. Senonché l'istituto previsto agli artt. 445 ss. del codice di rito può funzionare solo per libera scelta delle parti, non è coattivamente imposto, mentre la norma della Costituzione risulta violata ancor quando parzialmente si attenti alla normale competenza ordinaria. E più in generale, ai fini della norma costituzionale, io fermamente ritengo che non valga affatto la denominazione adoperata, ma la sostanza della situazione, onde il principio è violato ogni volta che, quale che sia la strutturazione tecnica utilizzata, si imponga in pratica l'obbligo di far risolvere la lite ad altri che non è il giudice ordinario. Voglio, cioè, dire che l'annosa *querelle* sui criteri distintivi tra giurisdizione speciale e arbitrato obbligatorio o necessario qui non ha sostanzialmente senso, a quei fini rispetto ai quali e l'uno e l'altro istituto appaiono come violazione della supernorma, in ciò dovendomi discostare dall'opinione di un collega che mi è particolarmente caro, anche perché sotto la sua guida preziosa ebbi la ventura di compiere il mio apprendistato di uditore (24). Certo, come dirò, ben si comprende l'intento che mosse l'autorevole commissione; ma non è per questa via che può risolversi convincentemente il problema.

Affermato, pertanto, la competenza integrale dell'a.g.o., sarà opportuno che il legislatore chiarisca esattamente per quali rapporti debba applicarsi quel rito speciale che si riterrà opportuno conservare. A tal fine è da condividersi la tesi secondo la quale tutti i rapporti di lavoro subordinato, ivi compresi quelli di lavoro domestico e comunque indipendentemente dal riferimento all'assoggettabilità o no alla contratta-

---

(24) V. Capaccioli, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, Padova, 1957, spec. 119-120; secondo l'a., poiché la Costituzione ha dato l'ostracismo ai giudici speciali, « rispetto ad eventuali arbitrati imposti da leggi successive all'entrata in vigore della Costituzione, è evidente che, nel caso di dubbio, si impone l'alternativa dell'arbitrato...; altrimenti la legge sarebbe destinata a non operare, in quanto costituzionalmente invalida (canone fondamentale di ermeneutica: *magis ut valeat quam ut pereat*) ». Ripeto che a mio avviso, l'impostazione va invece rovesciata: quello che conta, rispetto al precetto costituzionale, è comunque la coatta sottrazione alla competenza ordinaria, quali che siano le forme all'uopo congegnate, giacché altrimenti quel precetto potrebbe essere assai facilmente eluso. Ovviamente, e proprio per la non collettività della previsione, diverso discorso va fatto per l'arbitrato rituale; v. in proposito Corte cost. 12 febbraio 1963, n. 2, in *Mass. giur. lav.*, 1963, 95, con nota di Andrioli, *L'arbitrato rituale e la Costituzione*.

zione collettiva, vanno attratti nel rito speciale (25); ancor più largamente è da apprezzarsi la proposta per la quale andrebbero considerati anche i rapporti di c.d. « parasubordinazione », cioè quei rapporti di lavoro formalmente autonomi nei quali, tuttavia, è presente quella soggezione sociale alla controparte che è tipica del lavoro subordinato, tanto che anche qui è diffusa la convenzione collettiva così come è registrabile l'intervento protettivo della legge (26). Ma, soprattutto, è da auspicare che si affermi la competenza giurisdizionale dell'a.g.o. per i rapporti di lavoro con gli enti pubblici economici, operino o no essi in concorrenza (27); soprattutto chiarendo che questa competenza ha da intendersi, secondo la logica della situazione complessiva, come esclusiva, cioè senza possibilità di configurare una residua competenza del giudice amministrativo per gli interessi che, a torto, si pretende di poter ancora configurare (28), fatta salva l'ipotesi eccezionale di un atto amministrativo adottato dall'esterno dalla pubblica amministrazione e come tale influente nella vicenda del rapporto. È questa la soluzione che è inevitabile nell'esperienza quale è venuta svolgendosi dal 1936-1938 ad

---

(25) In questo senso v. il disegno di legge presentato dall'on. Gonella nel 1960. Con particolare riferimento al lavoro domestico e alla questione in proposito prospettabile anche *de iure condito* per la sopravvenienza della norma costituzionale (art. 39, comma 1) rispetto all'art. 2068 c.c., v. Marchetti, *Controversie individuali di lavoro*, cit.; Napoletano, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 32 ss., per quest'ultimo a. comunque non giustificandosi l'esclusione. Da ultimo, v. Ghezzi, *Osservazioni sull'esclusione del rapporto di lavoro domestico dalla contrattazione collettiva*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 409, in nota a Cass. 27 ottobre 1965, n. 2278.

(26) In questo senso si espresse il CNEL nel parere citato del 1960. Egualmente la CGIL e la UIL nelle risposte al questionario, cit.

(27) Solo agli e.p.e. agenti in concorrenza si riferiva il disegno di legge dell'on. Gonella. Più convincentemente si è sostenuto che il riferimento debba essere generico, agli enti comunque svolgenti attività economica anche in monopolio: v. il parere citato del CNEL del 1960; la risposta citata della UIL; Simoncini, *Intervento*, cit. In effetti la soluzione più ampia si impone, soprattutto dopo che il più recente legislatore, nella istituzione dell'ENEL, ha confermato la scelta privatistica con tutte le sue naturali implicazioni, comunque si abbia a che fare con enti di questo tipo. Per il ritorno, invece, alla competenza amministrativa in genere si pronunciò la Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori; v. il volume *Controversie individuali di lavoro*, cit., 220.

(28) V. in proposito la mia nota in *Dir. lav.*, 1965, II, 45 ss. Il CNEL, nel parere del 1960, si pronunciò per la inevitabile coesistenza delle due giurisdizioni, a ragione della configurabilità di residui interessi. Nel più recente parere citato, il Consiglio ha invece suggerito di lasciare impregiudicata la questione nella legge, demandando la soluzione del problema all'interprete.

oggi. Piuttosto è da accettare la proposta (29) di demandare *in toto* la competenza per le controversie agrarie alle apposite sezioni specializzate; e questo solo al fine di semplificare la situazione e di evitare l'insorgere di problemi di competenza, posto che, allo stato, la competenza delle sezioni può radicarsi sol quando venga in questione la proroga legale dei contratti o gli altri benefici assicurati dalla speciale legislazione del dopoguerra, residuando per il resto la normale competenza del giudice ordinario *ex* art. 429, n. 2, c.p.c. (30).

3. In ordine alla distribuzione della competenza all'interno della magistratura ordinaria, da molte parti si chiede che si elimini la competenza per materia oggi prevista per la negativa e che si dia corso al normale criterio distributivo del valore, così ripristinandosi anche la competenza del conciliatore utilmente invocabile nelle più trascurabili liti (31). A mio avviso può nutrirsi in proposito qualche dubbio. Non tanto perché l'istituto del giudice conciliatore è andato concretamente scomparendo per ben note ragioni anche monetarie o perché questa giurisdizione onoraria si presta oggi, così come è congegnata e distribuita, a serie critiche che rendono degne di attenzione le proposte

---

(29) V. Fornario, *Esigenze dell'avvocatura e riforma della giustizia del lavoro*, in *Per una riforma della giustizia del lavoro*, cit., 81.

(30) V., da ultimo, Cass. 4 aprile 1964, n. 742, in *Giur. agr. it.*, 1964, 619.

(31) Questa fu la soluzione accolta nel disegno di legge del 1960 nonché nella proposta di legge n. 1057 presentata alla Camera il 3 marzo 1964 dagli onn. Amatucci, Breganze ed altri, osservandosi nella relazione alla medesima che il minor giudice onorario meglio di altri conosce la situazione delle aziende locali. Nello stesso senso si espresse il CNEL nei due pareri citati del 1960 e del 1965. Analogamente la CGIL e la UIL nella risposta citata. In dottrina v. Andrioli, *Riforma del processo civile*, cit.; Jaeger, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 220, in quanto, a ragione dell'eccessivo costo del processo, l'esclusione della competenza del conciliatore non si risolve in un aumento di garanzie, bensì importa la forzata rinuncia alla tutela giurisdizionale; Marchetti, *Contratto individuale di lavoro*, cit.; Napoletano, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 122-123; Ventura, *Codice del lavoro*, cit., che tuttavia, malgrado l'adesione di massma alla proposta, ne contesta allo stato l'opportunità a ragione della completa svirilizzazione della magistratura onoraria. In senso contrario si sono pronunciati Daviso, *Intervento*, in *Dir. ec.*, 1960, 363, osservandosi che il vantaggio ottenuto con la più ampia dislocazione territoriale dei giudici sarebbe annullato dal maggior costo del processo per le trasferte dei difensori; Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit., che propone in alternativa di affidare *in toto* al conciliatore la funzione di provvedere per il tentativo obbligatorio di conciliazione; Petraccone, *Per una riforma urgente del processo del lavoro. Conclusioni e proposte*, in *Riv. giur. lav.*, 1957, I, 205, in quanto la materia del lavoro, per la sua importanza sociale, deve essere di necessità trattata dai giudici togati, anche perché si richiede piena competenza giuridica.

ricorrenti di istituire una nuova e ben più funzionale magistratura non togata (32), quanto perché ci si potrebbe porre in un ben diverso ordine di idee. Convinto come sono che la crisi attuale della giustizia potrà in una notevole misura alleviarsi adottando il principio del giudice unico, a me pare che un passo sostanziale su questa via potrebbe compiersi demandando alla competenza del pretore le controversie di lavoro ed anche tutte le controversie in materia previdenziale (33), in tal guisa accentrando presso il giudice monocratico tutte le liti definibili in senso largo sociali, favorendosi in particolare la specializzazione in materia di una larga parte dei nostri giudici (34). Ed è arcinoto come la giustizia monocratica funzioni relativamente assai meglio di quella commessa ai giudici collegiali, fatta eccezione per la situazione patologica dei grandi centri ove la crisi di fondo è data dalla insufficienza del personale alla

---

(32) V., ad es., la discutibilissima proposta di creare una funzionale giurisdizione onoraria a carattere elettivo di Franceschelli, in Berutti e Franceschelli, *Aspetti e soluzioni della crisi della giustizia nell'ordinamento giudiziario*, relazione per l'XI Congresso dei magistrati, Sardegna, settembre 1963.

(33) Nel senso che, in materia previdenziale, dovrebbe essere rimossa l'attuale competenza per materia del tribunale, prevedendosi anche la competenza del pretore, v. il disegno di legge del 1960 nonché la proposta Amatucci, cit., con il consenso del CNEL nei due pareri ripetutamente citati. Nello stesso senso v. Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit. Interessante l'indicazione di Andrioli, *Riforma del processo civile*, cit., valida però per il solo contenzioso in materia di contribuzione obbligatoria: « Una volta affermato il carattere tributario dei contributi, non rimane che trarne le conseguenze: applicare le regole proprie dell'accertamento dei tributi ed eliminare ogni intervento della giurisdizione penale ».

(34) Torrente, convinto sostenitore del sistema del giudice unico in generale, ripropose l'idea nella nostra materia, suggerendo, in alternativa, di aumentare, almeno ed in misura notevole, la competenza del pretore: v. *Intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 242. (E per l'alternativa si sono espressi ripetutamente voti; v. in particolare le proposte della Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori, in *Controversie individuali di lavoro*, cit., 220). In genere, a favore del giudice unico in materia, v. Petraccone, *Intervento*, in *Riv. giur. lav*., 1964, I, 245. In tal senso pare anche Ardau, *Rilievi critici sul progetto di rifornivа del codice di rito*, in *Scritti per A.C. Jemolo*, II, Milano, 1963, 19. Per Luzzatto, *Intervento,* in *Riv. giur. lav.*, 1956, I, 31, in tribunale le controversie dovrebbero essere normalmente affidate al giudice unico, mentre il collegio dovrebbe intervenire per le cause che presentano questioni nuove o di principio. E per la CGIL, risposta citata, il giudice unico dovrebbe aversi in pretura e in tribunale! Singolare la proposta del procuratore generale De Bellis nel dibattito a suo tempo promosso dalla partenopea associazione forense del lavoro (v. in *Riv. giur. lav.*, 1955, I, 291), secondo la quale nelle cause più lievi dovrebbe prescindersi dal giudice istruttore; proposta ripresa da Petraccone, *Per una riforma urgente del processo del lavoro*, cit., salva l'ipotesi che il presidente del tribunale non ritenga, per la complessità della lite, di affidarne la cura al giudice istruttore.

quale dovrebbe porsi rimedio, volontà politica aiutando, sopprimendo molte riposanti preture di campagna e così rendendo disponibile un certo numero di magistrati. Inoltre, dovrebbero essere riviste le norme sulla competenza territoriale, ad es., rimuovendo, in materia previdenziale, quelle regole che oggi sono unicamente poste nel non giustificato vantaggio degli enti previdenziali (35). In particolare non sarà male pronunciarsi sul controverso carattere della competenza in questione nelle liti vere e proprie di lavoro *ex* art. 434 c.p.c.; a tal proposito una lancia a favore della natura funzionale della competenza del giudice del luogo ove si è svolto il rapporto di lavoro, e quindi per l'inderogabilità e non solo per l'esclusività di codesto foro, potrebbe spezzarsi mettendo in rilievo come codesta funzionalità potrebbe giustificarsi nella misura in cui prenderà sviluppo e si consoliderà la contrattazione collettiva integrativa a livello anche aziendale, così richiedendosi nel giudice, di volta in volta, una conoscenza delle fonti peculiari regolatrici di determinati rapporti, onde sarebbe appunto opportuno concentrare queste puntuali conoscenze (36). Per quanto concerne il giudizio di appello, mentre è da respingersi la proposta (37) secondo la quale un rimedio all'attuale crisi dovrebbe rinvenirsi nel porre un non trascurabile limite di valore per la proponibilità del gravame sia per il suo carattere ingiustamente discriminatorio sia perché, come si è detto (38), la pochezza della posta in

---

(35) V. Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit. Il problema è stato sollevato anche dal CNEL nel più recente parere citato.

(36) In questo ordine di idee, v. Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit., par. *c*), nonché, per il periodo corporativo, Jaeger, *Le controversie individuali del lavoro*, cit., 168; Id., *Corso di diritto processuale del lavoro*, Padova, 1936, 40, ivi affermandosi che la competenza del giudice del luogo ove ha avuto svolgimento il rapporto di lavoro è in funzione della regolamentazione da applicare. Invece da molte parti si invoca che il foro speciale sia reso facoltativo: v. Marchetti, *Controversie individuali di lavoro*, cit.; Napolitano, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 159-160, per evitare che la norma si risolva in danno del lavoratore. Nello stesso ordine di idee v. la nota redazionale della *Riv. giur. lav.*, 1960, I, 153, poiché il lavoratore « deve avere il diritto di scegliere il giudice che per lui è più comodo e meno costoso ». Ma non pare che la questione possa impostarsi in questi termini angustamente protettivi; ed infatti assai più pertinentemente il Napoletano, *loc. ult. cit.*, argomenta anche dalla circostanza che sarebbero venute meno le ragioni per attribuire al foro del lavoro natura funzionale sia perché le controversie di lavoro sono ora svincolate dalla contrattazione collettiva territorialmente delimitata sia perché è venuto meno l'obbligo di affiancare al giudice gli esperti.

(37) V. Petraccone, *Per una riforma urgente del processo del lavoro*, cit. Il disegno di legge del 1960 escludeva l'appellabilità delle sentenze pronunciate nelle cause di valore inferiore a lire venticinquemila.

(38) V. Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit.

giuoco è già di per sé, normalmente, una remora sufficiente (39), è da accogliere, in conformità al voto pressoché unanime (40), l'altra proposta volta a sopprimere l'attuale competenza della Corte di appello, c.d. « magistratura del lavoro ». Ed, infatti, codesta speciale competenza aveva senso nel cessato ordinamento, per attrarre i gravarmi avverso le sentenze pronunciate in primo grado innanzi al giudice delle controversie collettive di lavoro (41), favorendo così l'uniformità della interpretazione; ma è una giustificazione che è oggi improponibile. Nello stesso ordine di idee è da sopprimere la norma che impone obbligatoriamente l'intervento, notoriamente inutile e meramente di facciata, del pubblico ministero nel giudizio di appello (42). Ben poco è da dire per il giudizio

---

(39) Giustamente si è rilevato da parte di Trioni, *A proposito del progetto di riforma del processo del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1963, I, 171, che sovente, in materia di lavoro, controversie di per sé trascurabili economicamente ove siano singolarmente considerate, sono estremamente importanti perché di massa, ricordandosi in particolare la famosa questione fattasi in tema di trattamento spettante ai lavoratori rappresentanti di lista ai seggi elettorali, onde è assurdo impedire il gravame. E si può ricordare un più recente caso di controversia « di massa » e con ciò rilevantissima: quella relativa alla detraibilità dalla gratifica natalizia di quanto già corrisposto a tale titolo dall'Inam per il periodo di malattia; v. Cass. 7 ottobre 1965, n. 2082, in *Dir. lav.*, 1965, II, 137, con nota di Persiani.

(40) La proposta venne accolta nel disegno di legge del 1960 nonché nella proposta di legge Amatucci, cit. A favore si è pronunciato il CNEL nei due pareri, cit., nonché la CGIL e la UIL nelle risposte, cit. Nello stesso senso v. Napolitano, *Funzione delle preture, dei tribunali e delle corti di appello nel nuovo processo del lavoro*, in *Per una riforma della giustizia del lavoro*, cit., 35, rilevandosi che l'unico, problematico, vantaggio della attuale competenza delle Corti è quella di favorire l'uniformità interpretativa nell'ambito del distretto; in questo ondine di idee si è opposto alla riforma Luzzatto, *Intervento*, cit., anche perché col sistema attuale si favorisce la specializzazione dei giudici.

(41) V. Jaeger, *Corso di diritto processuale del lavoro*, cit., 40; Napoletano, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 161.

(42) L'opinione di gran lunga prevalente è in questo senso, risolvendosi l'istituto in una « inutile lustra »: così Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit.; v., in particolare, Andrioli, *Riforma del processo civile*, cit. Nello stesso senso sono le proposte di legge finora formulate, tutte omettendo di ripetere la previsione attuale; egualmente i pareri del CNEL nonché le risposte citate della CGIL e della UIL. Del resto, con analoghe motivazioni, per la soppressione si pronunciò già, in epoca corporativa, Jaeger, *Le controversie individuali del lavoro*, cit., 306 ss. E il Napoletano, *Diritto processuale del lavoro,* cit., 198 ha rettamente osservato che, in ipotesi, la giustificazione pubblicistica dell'istituto imporrebbe di estenderlo anche al procedimento di primo grado. *Contra* v. l'isolata opinione del Marchetti, *Controversie individuali di lavoro*, cit., n. 22, che giustifica l'istituto per la indisponibilità dei diritti in giuoco; per l'a. poi la previsione dell'intervento per il solo procedimento di appello si giustifica in quanto la mancata accettazione della sentenza di primo grado renderebbe più attuale l'esigenza di una

di cassazione, essendovi solo da prendere posizione sulle proposte avanzate dal compianto autore al quale questa lezione è dedicata (43). Andrea Torrente infatti propose che alla cassazione fosse commesso il compito, in caso di annullamento della sentenza, di pronunciare anche nel merito; aggiunse che il ricorso per cassazione dovrebbe ammettersi anche per violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi c.d. « di diritto comune », giacché questi hanno contenuto intrinsecamente normativo e il sindacato della Corte va inteso, non tanto per il rango formale della fonte in questione, quanto in relazione a tutte le questioni intrinsecamente di rilevanza generale (44). Il primo suggerimento, evidentemente dettato dall'ansia in sofferente di sollecita giustizia che agitò il Nostro nello scorcio della sua vita, è francamente opinabile, esso importando lo snaturamento del giudizio di cassazione; al secondo può farsi un rilievo di tempestività storica. Che se il ricorso per cassazione può giustificarsi comunque per ragioni di opportunità quando la contrattazione collettiva si incentra al livello nazionale di categoria secondo la strutturazione sindacale che ha a lungo dominato nella nostra esperienza, le cose cambiano e si complicano nella misura in cui, di fatto, codesta contrattazione si snoda ai più vari livelli, fino al limite della singola unità produttiva; questa evenienza dovrebbe essere attentamente considerata per rimeditare l'intero problema.

Tornando ai problemi della più idonea regolamentazione del processo del lavoro nelle fasi di merito, e in particolare in primo grado, è senz'altro da auspicarsi l'eliminazione di tutti quegli istituti che non hanno avuto alcuna rispondenza pratica, anche se talora si insiste nel vano tentativo di rianimarli (45); ciò dicasi, in particolare, dell'arbitrato

---

giusta realizzazione dell'ordinamento giuridico e pertanto, se incongruenza vi fosse nella regolamentazione attuale, dovrebbe porvisi rimedio estendendo la regola dell'intervento delm. anche al giudizio di primo grado.

Il LUZZATTO, *Intervento*, cit., ha proposto di sostituire all'inutile intervento del p.m. il parere obbligatorio del sindacato.

(43) V. *Intervento*, cit. Lo stesso a., *La funzione della Corte di cassazione nel nuovo processo del lavoro*, in *Per una riforma della giustizia del lavoro*, cit., 25 prospettò l'opportunità di consentire il ricorso per cassazione, *omisso medio*.

(44) Nello stesso senso v. il più recente parere citato del CNEL nonché JAEGER, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 200.

(45) Invece si è spesso proposto di imprimere nuova vita, con opportune innovazioni, ad es., all'arbitrato dei consulenti tecnici: v. NAPOLETANO, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 408, nonché i pareri del CNEL. In genere la proposta si accompagna all'altra di reintrodurre i collegi tecnici per le qualifiche già previsti nell'art. 96 disp. att. c.c., naturalmente in forme rinnovellate, adeguate alla nuova situazione anche sindacale; v., in particolare, la proposta di legge n. 2462 presentata, alla Camera del deputati, il 9

dei consulenti tecnici. Sarà anche opportuno sgombrare il terreno, per quanto attiene alla consulenza tecnica, da quelle particolarità, residuo storico della del resto già fallita esperienza degli assessori (46), che la pratica ha altrettanto accantonato. Soprattutto sono da sopprimere le norme secondo le quali, nel processo del lavoro e in quello in materia previdenziale, si impone obbligatoriamente la rinnovazione in appello della consulenza, non vedendosi per quale arcana ragione debba derogarsi, anche in primo grado, al principio giusta il quale è commesso alla prudente valutazione del giudice l'apprezzamento circa la necessità o no di far ricorso all'opera dell'ausiliario (47), con questo guadagnandosi sensibilmente in celerità, giacché è purtroppo ben noto come i consulenti normalmente ritardino, talora di molti mesi, nel depositare quella relazione scritta che è ormai la regola (48). Per altro verso vi sono particolarità che non conviene comunque mantenere. Così è dubbio che convenga conservare la norma secondo la quale è possibile conferire la rappresentanza in giudizio agli organizzatori sindacali (di quelle associazioni legalmente riconosciute che oggi non esistono), posto che costoro, normalmente privi delle necessarie conoscenze tecniche, rischiano di intralciare il cammino della giustizia (49). Né si giustifica la norma che

---

settembre 1960 dall'on. Buttè ed altri, in *Riv. dir. lav.*, 1960, II, 284. Risolutamente contraria a questi progetti, rivendicando in proposito la piena autonomia sindacale, si è dichiarata la CISL, risposta cit.

(46) V. Napolitano, *Diritto processuale del lavoro*, 185. Sul fallimento, in epoca corporativa, della tentata esperienza degli assessori, v. Jaeger, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 202.

(47) V. Napolitano, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 375. Il Trioni, *Il proposito del progetto di riforma*, cit., ha proposto, in generale, che si disponga per l'obbligatorietà della consulenza, ove la parte ne faccia richiesta.

(48) Tanto che il Trioni, *A proposito del progetto di riforma*, cit., propone che si disponga nel senso di escludere la relazione scritta per la risposta ai quesiti. E il Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit., premesso che le peculiarità del codice si risolvono in un mito, auspica una norma che imponga di fissare al consulente un termine perentorio per il deposito della relazione.

(49) Così Pergolesi, *Alcune osservazioni sulla fase attuale del processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1950, I, 1 ss. Per il mantenimento dell'attuale art. 435 si è, invece, pronunciato il CNEL nel più recente parere, nonché la UIL: v. risposta cit. È da ricordare che già nel 1932 Jaeger, *Le controversie individuali di lavoro*, cit., 270 ss. lamentava la ingiustificata diffidenza dei vari legislatori verso la piena presenza dei professionisti legali nei processi del lavoro (quel processo « senza legulei » di cui disse Redenti nei citati saggi sui probiviri): « Eppure i processi del lavoro non sono né più facili a condursi né meno gravi di conseguenze dei processi civili o commerciali, ed in essi l'intervento del giurista può essere — ancor più che altrove — legittimo e benefico ». Comunque per lo stesso a., *Diritto processuale del lavoro*, cit., 180, la norma in questione sarebbe applicabile anche

per le cause di minor valore esclude la ripetibilità degli onorari di avvocato, giacché la medesima, forse posta nell'intento di favorire il lavoratore, così come è generalmente formulata può operare anche in danno di costui e non se ne vede la ragione (50). Infine ben può prevedersi la possibilità per il giudice di sentire i rappresentanti delle associazioni sindacali anche di fatto o di chiedere informazioni alle stesse associazioni, ove lo ritenga opportuno, posto che il mancato riconoscimento giuridico delle medesime non è un ostacolo preclusivo (51). Né niente osta a che si ammetta la possibilità d'intervento in causa di questi sindacati, sostanzialmente riprendendosi il disposto dell'art. 443 c.p.c., giacché questo intervento del tutto peculiare ha serie giustificazioni, mentre è alquanto problematico che l'associazione possa valersi della regola comune in materia (art. 105 c.p.c.) per far valere gli interessi collettivi di cui è portatrice (52).

---

nella situazione postcorporativa. A favore della soppressione della norma (art. 436, comma 1, c.p.c.) che ora consente alla parte, nei giudizi innanzi al pretore, di stare in giudizio personalmente, v. Carnelutti, *Intervento*, in *Dir. ec.*, 1960, 315, costituendo questa possibilità un pericolo per la giustizia. Il problema di garantire ai lavoratori, senza eccessivo dispendio, la difesa in giudizio è stato, com'è noto, ripetutamente sollevato; ricordo la proposta dello Jaeger, formulata nell'articolo citato del 1954 e riaffermata in *Diritto processuale del lavoro*, cit., 224 ss., a favore della istituzione di speciali uffici legali comunali, una sorta di « avvocati condotti »; se codesti avvocati accettassero, secondo una valutazione discrezionale, il mandato, ciò comporterebbe automaticamente gli effetti dell'ammissione al gratuito patrocinio. In senso critico v. Mazzarino, *Le controversie del lavoro e la riforma del diritto*, in *Rass. lav.*, 1964, 861, sia perché l'istituzione di codesti uffici aggraverebbe le condizioni già pesanti delle finanze locali come già rilevò Petraccone, *Per una riforma urgente del processo del lavoro*, cit., sia perché il diniego dell'assistenza comporterebbe la possibilità di lite contro la pubblica amministrazione Sul problema del gratuito patrocinio in materia, v. Castaldi, *Ammissione urgente al gratuito patrocinio nelle controversie di lavoro*, in *Foro it.*, 1955, IV, c. 86, ivi lamentandosi che spesso i giudici seguono un orientamento restrittivo. E per quanto attiene alla necessità di rivedere tutta la nostra legislazione in materia anche per attuare un importante principio costituzionale, v. lo studio di Pizzorusso, *L'art. 24, terzo comma, della cost. e le vigenti disposizioni sul gratuito patrocinio*, di prossima pubblicazione negli *Scritti in memoria del Dott. A. Giuffrè*.

(50) V., rettamente, Trioni, *A proposito del progetto di riforma*, cit.

(51) Si è osservato che anche attualmente ben può il giudice disporre per la comparizione dei rappresentanti sindacali, tanto più che costoro potrebbero essere assunti come testi: v. Jaeger, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 197; Napoletano, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 121 e 273-276. Nel senso che possono richiedersi informazioni anche ai sindacati di fatto, v. Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit.

(52) In tal senso si è sempre espresso il CNEL (v. pareri cit.) nonché la GGIL e la UIL (v. risposte cit.). Ha espresso dei dubbi la CISL (ivi). In dottrina v., in particolare, Andrioli, *Riforma del processo civile*, cit.; Ghezzi, *Intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I,

Senonché, con le cose dette finora siamo ancora una volta ai margini del vero e drammatico problema; che è, come dissi agli inizi, quello di ottenere una giustizia rapida e puntuale. E qui il discorso pone in giuoco, naturalmente, il rito in senso proprio, essendosi formulate da ogni parte le più varie proposte per superare l'attuale crisi. All'insegna di quei valori di oralità, di immediatezza e di concentrazione, l'invocazione dei quali è ricorrente, si è, ad es., spesso proposto di porre disposizioni draconiane per limitare i rinvii delle cause nonché per l'osservanza dei termini (53), alquanto ingenuamente illudendosi che ciò basti, ove non si operi una radicale ristrutturazione del servizio in difetto della quale di nuovo l'eccezione diverrà la regola e i termini saranno di nuovo considerati meramente ordinatori. Si è anche suggerito (54) di regolare il

---

169; Smuraglia, *ivi*, 1964, I, 55. Allo stato, dovendosi ritenere l'inesperibilità dello speciale intervento *ex* art. 443 (sulla natura del quale v., per tutti, Jaeger, *Le controversie individuali del lavoro*, cit., 249 ss.), si discute se il sindacato può o no intervenire ai sensi della norma generale del codice di rito (art. 106); e, naturalmente, non si tratta di vedere se l'associazione può intervenire quando sussistono gli estremi delle varie situazioni di intervento, principale, litisconsortile autonomo e adesivo dipendente, sibbene se possa dedursi per tale via l'interesse « collettivo » rispetto alla risoluzione della controversia individuale, ad es., quando la questione verta sull'interpretazione dei contratti collettivi e prema ottenere un precedente favorevole; quesito assai delicato e problematico sul quale v. Napoletano, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 264 ss. ed in particolare la puntuale, penetrante disamina di Assanti, *L'intervento in giudizio delle associazioni sindacali non riconosciute*, in *Riv. dir. intern. e comp. lav.,* 1961, 222. In giurisprudenza v., da ultimo, App. Napoli 12 febbraio 1966, in *Riv giur. lav.*, 1966, II, 260.

(53) Nel disegno di legge del 1960 si prevedeva che l'udienza di spedizione della causa a sentenza dovesse fissarsi entro trenta giorni dalla precisazione delle conclusioni. In generale, nel senso che tutte le indicazioni della legge sui termini sono destinate a rimanere platonici voti v. Mortara, *Il processo nelle controversie individuali del lavoro*, cit. Ma, vigente il precedente ordinamento, si rilevò che il legislatore aveva messo eccessiva enfasi sull'esigenza di celerità rispetto alle altre che debbono naturalmente mettersi nel conto: v. Jaeger, *Le controversie individuali del lavoro*, cit., 298 ss., auspicandosi, quindi, una maggiore elesticità.

In verità l'*optimum* sta nella massima celerità possibile compatibilmente con le esigenze di approfondimento e quindi di ricerca della verità e della giustizia che sono immanenti nel processo; onde la formula dovrebbe essere tale da consentire ogni giustificato ed opportuno adattamento, essendo comunque deprecabile l'andazzo attuale dei rinvii a vuoto, imposti vuoi dalle deficienze obiettive del sistema vuoi dalla pigrizia degli operatori, avvocati e giudici. Il problema è, quindi, di mezzi e di uomini e se mancano i mezzi o difetta la buona volontà degli uomini la previsione di legge è destinata a soccombere rispetto agli adeguamenti empirici. E quindi tutto dipende dalla possibilità di risolvere, in generale, la crisi della giustizia, come si è esattamente rilevato: v. la risposta citata della CISL al questionario ministeriale.

(54) Così Becca, *Intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 169. Nell'àmbito dello stesso dibattito Luzzatto (*ivi*, 1966, I, 31) fece poi una serie di singolarissime proposte: il

processo in materia di lavoro sull'archetipo penale con immediata escussione dei testi e immediata decisione, dimenticando forse che non sempre le cause di lavoro possono risolversi in così brevi battute specialmente quando si tratta di ricostruire vicende lontane e complesse (55). In verità molte volte si ha l'impressione che gli studiosi, pur nobilmente ispirati, abbiano in testa una raffigurazione della normale lite del lavoro ridotta ai minimi termini di una pretesa elementare, ad es., in termine esclusivo di salario; una situazione, cioè, che era forse caratteristica dei primordi, ma che oggi è largamente superata, onde non si attaglia più l'idea di una possibile giustizia bonariamente paternalistica amministrabile con estrema rapidità (56). Infine si è anche autorevolmente proposto di far ricorso ad un singolare processo di convalida (57). Credo che in tutte queste prospettazioni vi sia molto di magicamente illusorio. La crisi della giustizia nel nostro Paese, il suo cronico e spaventoso ritardo, non dipende dalle leggi quali sono oggi congegnate,

---

disbrigo delle cause di lavoro in una rapida udienza secondo il rito della verificazione dei crediti nel procedimento fallimentare e con decisione quindi immediata; la motivazione schematica delle sentenze, eventualmente anche con l'uso di formulari, trattandosi sovente di soluzioni largamente equitative, mentre « nelle cause più importanti... il giudizio più approfondito sotto tutti gli aspetti, potrà essere rimandato all'appello! ». A parte ogni considerazione di merito, è soprattutto da lamentare che con siffatte impostazioni si alimenti l'opinione di possibili soluzioni miracolistiche; v. in proposito le notazioni ancora attuali di Jaeger, *Le controversie individuali del lavoro*, cit., 99. Assai più realistico e pensato sulla base dell'esperienza l'avviso espresso da Cessari, *Intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 248, secondo il quale la buona trattazione delle cause richiederebbe che non vi fosse, nella stessa udienza istruttoria, il cumulo spaventoso di fascicoli ora registrabile sul tavolo dei giudici. Ma anche questo avviso che ripropone quello che sarebbe il modello ideale del procedere giudiziario, è allo stato, purtroppo inottenibile; salvo che non si entri nell'ordine di idee già prospettato dallo Jaeger, *Per una riforma urgente del processo del lavoro*, cit., di fissare il numero massimo di cause affidabili ad un magistrato, se non altro ottenendosi il non deprecabile effetto di far scoppiare irrimediabilmente lo scandalo della carenza cronica e disperante del sistema. (Ma con questo non intendo affatto far mia la ricorrente e demagogica proposta di aumentare gli organici giudiziari; ben altri debbono essere i rimedi!).

(55) V. le equilibrate osservazioni di De Amicis, *Intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, I, 115.

(56) Non si può tacere che, talora, questi problemi sono stati trattati con una mentalità « assistenziale-pietistica » che poteva comprendersi nell'epoca ormai trascorsa del romanticismo sociale *fin de siècle*. Così si è proposto che le udienze si tengano nel pomeriggio per permettere ai lavoratori di assistervi, come avveniva innanzi ai probiviri: De Amicis, *Intervento*, cit. E si è chiesto che la magistratura del lavoro sia sistemata autonomamente in ben visibili palazzi che sia facile ritrovare: Petraccone, *Per una riforma urgente del processo del lavoro*, cit.

(57) V. Andrioli, *Riforma del processo civile*, cit.

posto che lo strumento consentirebbe ancor oggi, in teoria, la necessaria rapidità. La disfunzione affonda, invece, sostanzialmente su altre basi, organizzative e strutturali; esige ben altri rimedi ai quali spesso si è accennato, ad esempio una radicale revisione nella distribuzione e negli organici degli uffici, la dotazione di mezzi adeguati, ecc. Cioè si impone una rivoluzione nel sistema di cui l'attuale classe dirigente, sovente paralizzata dalla degenerazione parlamentaristica cagionata dal peso degli interessi campanilistici, è forse incapace.

Ciò non toglie che qualcosa possa farsi, nell'attesa del miracolo. E appunto per non sognare ad occhi aperti l'impossibile, mi limito qui ad indicare quei pochi rimedi facilmente attuabili sul piano formale, che possono essere ragionevolmente adottati con un minimo dispendio. In questo ordine di idee si potrebbe intanto richiedere, come si è fatto (58), che, almeno nelle cause di lavoro, l'atto introduttivo del giudizio contenga inderogabilmente quelle indicazioni, sui fatti e sui possibili mezzi di prova, che già tassativamente richiedeva l'art. 163 dell'originario testo del codice, prima della distruggitrice novella del 1950, altrettanto richiedendosi per la comparsa di risposta. In tal guisa, gli estremi della lite sarebbero chiaramente delineati *in limine*, con ciò spianandosi la strada, volendo, alla massima celerità possibile. Ma, soprattutto, un rimedio può forse aversi costringendo il giudice ad una funzione veramente impulsiva e decisiva del processo; funzione che già oggi la legge, rettamente intesa, consente, anche se l'esperienza è del tutto agli antipodi rispetto a questa indicazione. Già oggi l'art. 439 del codice configura un potere essenziale del giudice in materia di istruzione probatoria; così come dal combinato disposto degli artt. 2113 c.c. e 185 c.p.c. si ricava, per implicito, una direttiva affinché il giudice attivamente si adoperi per la conciliazione delle parti. In sostanza, da una parte il giudice è chiamato a favorire con il suo intervento quella conciliazione, nel merito non rovinosa per il lavoratore, che la legge espressamente prevede anche rispetto a diritti di per sé irrinunciabili e intransigibili; dall'altra si conferisce al magistrato un potere rilevante in materia istruttoria che costituisce certo la nota più seria e caratteristica del rito speciale. Nella pratica ambedue le previsioni sono state svuotate. L'art. 439 non ha ricevuto quasi mai applicazione, certo anche perché la norma, intesa nel vivo della dinamica processuale, se esonera dall'onere della prova in senso proprio, non toglie l'onere dell'allegazione (59). E pur assai rare, infinitamente più scarse di quelle

---

(58) V. Cessari, *Intervento*, cit.

(59) Sullo stato della questione v. il mio studio, *Sulla riforma dell'istruzione probatoria nel processo del lavoro*, in *Per una riforma della giustizia del lavoro*, cit., 41 e

possibili, sono le conciliazioni in udienza, a mio avviso perché generalmente il magistrato non si impegna a fondo in questo senso e non si impegna per una ragione assai semplice: che è in termini psicologici infinitamente più facile studiare un caso e stendere la sentenza nella tranquillità della propria stanza di lavoro che non mettere d'accordo le due parti, sobbarcandosi alla fatica di una lunga, snervante e talora infruttuosa mediazione. Eppure queste indicazioni della legge vigente sono di essenziale importanza, se seguite col massimo impegno. Ma, allo stato, manca un ponte di raccordo tra le due previsioni, un ponte nell'assenza del quale è stato possibile, e formalmente ineccepibile, lo svuotamento registratosi nella pratica, un ponte in presenza del quale le cose possono forse un poco mutare. Come da più parti si è proposto (60), è essenziale che la legge preveda obbligatoriamente la comparizione personale delle parti (61), affinché siano sentite liberamente sui fatti. Se questa regola fosse introdotta, in quella sede il giudice dovrebbe anche seriamente esperire il tentativo di conciliazione; nel contempo, nell'atto stesso che le parti riferiscono sui fatti assolvono all'onere c.d. « di allegazione » e spianano la strada affinché il giudice possa disporre d'ufficio per l'assunzione delle prove possibili. Ed è esatto, come da più parti si è rilevato (62), che il magistrato può fare molto ove si impegni

---

ivi riferimenti. Per una valutazione dubbiosamente critica rispetto alla ricorrente affermazione, v. Marchetti, *Controversie individuali di lavoro*, cit., n. 21.

(60) V. la proposta di legge n. 847 presentata alla Camera dall'on. Zoboli ed altri, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 71. Il CNEL, nel suo primo parere, formulò l'avviso che il legislatore doveva suggerire al giudice come normale l'interrogatorio libero; nel secondo parere ha auspicato senz'altro l'obbligatorietà dell'esperimento, affinché il giudice entri subito nel vivo della lite e quindi possa avvalersi dei poteri oggi scarsamente utilizzati, *ex* art. 439. Nello stesso senso v. Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit., nonché, ripetutamente, Napolitano, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 271, in quanto nell'interrogatorio il giudice abile può spesso cogliere « sfumature » decisive, superando in particolare l'*impasse*, frequente nelle cause di lavoro, dello schieramento testimoniale contrapposto cinquanta-cinquanta e quindi sospetto; *Intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, I, 291, ivi facendosi ottimamente appello ai dati dell'esperienza; *Funzione delle preture*, cit., ove si afferma che alla mancata comparizione per l'interrogatorio ben può attribuirsi un valore presuntivo non trascurabile ai fini della decisione. Del reato l'importanza dell'interrogatorio delle parti è stata sempre ribadita: v. Redenti, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, cit., 619; Segni, *I tribunali del lavoro*, cit. Purtroppo i giudici assai raramente vi fanno ricorso: Jaeger, *Le controversie individuali del lavoro*, cit., 303; la situazione non è notoriamente mutata dal lontano 1932.

(61) Per quanto attiene all'espletamento dell'interrogatorio libero, ove il datore di lavoro sia una persona giuridica, Napoletano, *Intervento*, cit.

(62) V. Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit.; Luzzatto, *Intervento*, cit. E si è detto che il tentativo di conciliazione dovrebbe preliminarmente porsi come nelle cause

decisamente in questo senso, sia che la situazione si risolva in via conciliativa, sia che sia inevitabile pronunciare la sentenza. Ora la regola ipotizzata, pur se presenta un margine evidente di dubbia utilizzabilità quando è chiamata in causa una grande impresa, chiuderebbe formalmente quel cerchio che è già nel sistema attuale; renderebbe formalmente imprescindibile l'adoperarsi del giudice (63), lo porrebbe veramente al centro della vicenda processuale di queste controversie, anche perché, dato corso all'interrogatorio libero delle parti, il procedimento verrebbe a ricadere sotto il pieno e decisivo impulso del magistrato. Con ciò si potrebbe guadagnare anche in celerità. Si potrebbe fare anche di più, stabilendosi che il processo debba essere introdotto con ricorso (64), minutamente specificante le ragioni di fatto e di diritto nonché le possibili prove, rivolto al giudice e quindi notificato al convenuto con il pedissequo provvedimento del magistrato disponente per la comparizione personale delle parti; aggiungendosi che quella udienza debba considerarsi preclusiva di ogni istanza possibile, di merito ed istruttoria. Io non so vedere, veramente, sul piano formale, altri rimedi oltre quelli così configurati.

Naturalmente è possibile introdurre anche qualche altra innovazione, ove la bilancia penda, come par giusto (65), a favore del lavoratore. Così è possibile prevedere che il giudice possa emanare, senza indugio non appena ne emergano gli estremi, un provvedimento immediatamente esecutivo con l'ordine di pagare al lavoratore le somme non contestate (66), pur se, come autorevolmente si è prospettato, si può

---

di separazione tra coniugi: Rubino, *Intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, I, 291. Ma si ricordi l'amara testimonianza di Mortara, *Il processo nelle controversie individuali del lavoro*, cit.: « del resto, questo obbligo a tentare la conciliazione, che la legge impone ai pretori per tutte le liti, non l'ho mai veduto fruttificare nell'inesorabile corso di anni da quando cominciai, giovanissimo praticante, a frequentare le udienze della pretura ».

(63) E tuttavia si è proposto di colpire con sanzioni il magistrato inosservante: Napolitano, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 450, così come il CNEL, nel parere del 1960, suggerì di sollecitare il Consiglio superiore della magistratura ad esercitare un serio controllo sulla osservanza dei termini, egualmente, trent'anni or sono, De Litala, *Diritto processuale del lavoro*, cit., premessa, auspicò un severo controllo disciplinare fino alla destituzione.

(64) V. Petraccone, *Per una rifornita urgente del processo del lavoro*, cit.

(65) Per una impostazione in questi termini, v. Andrioli, *Riforma del processo civile*, cit.

(66) In tal senso già prevedeva il disegno di legge presentato nel 1960. La proposta è stata vista favorevolmente dagli autori che l'hanno considerata; si è osservato, in particolare, che nelle liti del lavoro, ove la parte attrice normalmente versa in stato di bisogno, « sovente il debitore fa pesare sulla bilancia dell'eventuale transazione proprio

dubitare della forma all'uopo solitamente proposta (67), ed anche se è prevedibile che la norma sarà in una certa misura svuotata con il favorire le contestazioni *ad hoc*. Altrettanto opportunamente si è proposto che il giudice possa determinare in via presuntiva l'entità della prestazione dovuta, nei casi frequentissimi, ad es., in tema di lavoro straordinario, nei quali la prova sul *quantum* sia stata solo parzialmente fornita (68). Ma sono, questi, accorgimenti marginali di contorno, mentre resta assai più

---

quella ingiusta ritenzione di somme che si riconoscono dovute »: TRIONI, *A proposito del progetto di riforma*, cit.

(67) V. CARNELUTTI, *Intervento*, cit., a ragione della differenza ravvisabile rispetto all'affine previsione dell'art. 263 c.p.c. in tema di rendiconto; nel caso, secondo l'a., tutto dipende dalla mancata contestazione, cioè da un atto omissivo, e quindi da una valutazione del contegno della parte nella quale il giudice può cadere in errore: pertanto il provvedimento dovrebbe essere adottato nella forma della sentenza parziale per consentire l'eventuale impugnazione. Secondo NICOLINI, *Prospettive per la trattazione delle controversie individuali di lavoro*, in *Temi gen.*, 1963, 277 ss. sarebbe più opportuno prevedere la soluzione in discorso per le somme risultanti dovute in modo certo, ad es., da atto scritto.

(68) La determinazione presuntiva della prestazione, espediente analogo a quello di cui all'art. 1226 c.c., venne prevista nel disegno di legge del 1960 e il CNEL accolse nel suo primo parere la proposta, pur dandosi atto che essa aveva incontrato tra i consiglieri molte e decisive opposizioni; nel secondo parere il Consiglio si è limitato ad affermare che l'innovazione suscita notevoli perplessità. A favore v. gli interventi, già citati, di GHEZZI e SMURAGLIA. Sostanzialmente favorevole, con notevoli considerazioni teoriche, CARNELUTTI, *Intervento*, cit. Del resto la valutazione presuntiva del *quantum* dovuto era caratteristica nella giurisprudenza probivirale: v. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, cit. Si è anche proposto (v. proposta di legge dell'on. Zoboli, cit.) che il giudice in ogni stato e grado del processo, allorchè sia raggiunta la prova sull'*an*, possa disporre, con ordinanza non impugnabile avente valore di titolo esecutivo, il pagamento di una provvisionale nei limiti della quantità che ritiene già provata. VENTURA, *Giudice del lavoro*, cit., si rende ben conto della gravità della soluzione, nell'ipotesi che, successivamente accertata l'erroneità del provvedimento, l'ingiunto non possa in fatto recuperare la somma; ma, per l'a., sta al legislatore scogliere « quale ingiustizia preferire », se in danno del datore di lavoro o del lavoratore. È, in sostanza, la stessa difficoltà che si pone rispetto alla proposta, ripetutamente sollevata, di dichiarare comunque provvisoriamente eseguibili le sentenze emanate in cause di lavoro. La Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori suggerì di dichiarare la provvisoria eseguibilità normale, fatta salva la sussistenza di gravi motivi in contrario. V. inoltre la proposta n. 1208 presentata alla Camera il 9 aprile 1984 dall'on. De Florio ed altri, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 263, nonché il saggio di FORESTI, *Esecuzione provvisoria nel processo del lavoro*, ivi, 1981, II, 472. In senso contrario si è pronunciato il CNEL, e il parere ha incontrato, a ragione, l'adesione dell'ANDRIOLI, *Riforma del processo civile*, cit., poiché, per l'a., la fantasia del candidato riformatore non può non incontrare un limite naturale nell'equilibrio del processo. Del resto non deve dimenticarsi quale singolare soluzione si accolse nella regolamentazione del 1934 per contemperare le opposte esigenze; v. JAEGER, *Corso di diritto processuale del lavoro*, cit., 252-253.

importante e decisivo che possa ottenersi un processo sufficientemente celere; e a questo fine sintetizzando quanto sono venuto finora dicendo, tre paiono le riforme più opportune: *a*) l'eliminazione di ogni defatigante o sovrabbondante particolarità di rito; *b*) il deferimento delle controversie, di lavoro e previdenziali, al pretore; *c*) l'accentuazione decisiva della funzione d'impulso del giudice nel processo, all'uopo prevedendosi l'inderogabilità della comparizione personale delle parti all'inizio della causa o nella prima udienza, per l'interrogatorio libero sui fatti e contemporaneamente ai fini della conciliazione; eventualmente disponendosi l'introduzione della causa con ricorso, anziché con citazione, proprio al fine di accentuare l'impulso d'ufficio. Che questi rimedi come tutti gli altri variamente proposti, possano risolvere appieno l'attuale crisi, è tuttavia da escludere proprio perché deve ribadirsi che le cause profonde della crisi si rinvengono in altro terreno e non, o solo, sul piano della regolamentazione. Potranno, tuttavia, attenuarla ed è appunto anche in considerazione di questa problematicità dei rimedi, nonché per altre giustificazioni delle quali dirò, che è da vedere se non convenga favorire, al di là del processo, la risoluzione stragiudiziale delle liti di lavoro.

4. È questa un'idea invero largamente accolta nell'opinione, con la sempre rinnovata proposta che il legislatore, rianimando in sostanza le norme, oggi quanto meno quiescenti, di cui agli artt. 430 ss. c.p.c., imponga obbligatoriamente, prima dell'instaurazione della causa, un tentativo di conciliazione da svolgersi, nell'attuale inesistenza di sindacati registrati, innanzi agli uffici del lavoro (69). Senonché molto spesso questa proposta è motivata con ragioni, per così dire, piattamente burocratiche, che non si possono assolutamente condividere; si dice, cioè, che l'espediente è opportuno per alleggerire il carico del contenzioso, quasi che in un siffatto ordine di idee non fosse imprescindibile, per la logica del ragionamento, invocare il medesimo espediente per la generalità delle liti, fatta eccezione per quelle in cui sono in giuoco diritti

(69) In questo senso si pronunciò, a maggioranza, la Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori, dovendosi il tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro esperire dopo quello eventualmente esperito in sede sindacale; la proposta venne accolta nel disegno di legge del 1960, riscuotendo poi il consenso del CNEL nei due pareri da questi espressi (ma ivi, comunque, interessanti notazioni sui rapporti tra questo tentativo obbligatorio e le procedure sindacali). Nello stesso ordine di idee e con interessanti svolgimenti sullo svolgimento della proposta, ove se ne accetti la premessa, v. Simi, *Poteri e limiti dellaa. nella soluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *Per una riforma della giustizia del lavoro*, cit., 63.

assolutamente indisponibili, altrimenti non comprendendosi come solo i cittadini parti di determinate controversie, e massimamente i lavoratori, debbano fare le spese di attivarsi stragiudizialmente per porre rimedio alla crisi della giustizia. In questo ordine di idee, la proposta non convince, al pari di qualche altra formulata nello stesso contesto, anche perché, come ben si è detto (70), ciò equivarrebbe ad una clamorosa ammissione d'impotenza dello Stato al compito fondamentale di rendere giustizia. Pertanto, non potendosi accogliere la logica discriminativa, non può ammettersi questa indicazione (71) così come, in linea di opportunità e quindi a prescindere dalle eccezioni formulabili sul piano di legittimità (72), non sarebbe male eliminare la norma in virtù della quale, in raccordo alle previsioni delle singole leggi speciali, in quasi tutte le controversie previdenziali è imposto, a pena d'improcedibilità, l'onere del previo ricorso amministrativo (73). Infatti queste coazioni preprocessuali giuocano, nella realtà, come una ingiustificata remora, ragione e fonte di tanti cavilli e di pretestuose eccezioni a favore delle parti o degli enti che ne risultano obiettivamente, in senso del tutto unilaterale, avvantaggiati. A parte il rischio che la coazione si risolva in una mera formalità, in quanto le procedure conciliative servono solo in quanto siano spontaneamente accettate e coltivate (74).

D'altro canto, la soluzione di commettere all'ufficio del lavoro

---

(70) Così Trioni, *A proposito del progetto di riforma*, cit.

(71) V. Ventura, *Giudice del lavoro*, cit., n. 2; nota redazionale della *Riv. giur lav.*, 1960, I, 153. In generale, per l'eliminazione di ogni condizione di proponibilità, v. Torrente, *Intervento*, cit. Tra le organizzazioni sindacali (v. risposte, cit.) contro il tentativo obbligatorio di conciliazione si è pronunciata la CGIL; a favore, ma con preferenza per la soluzione sindacale, la UIL; contraria la CISL, affermandosi che le procedure conciliative proficuamente operano se volontarie, altrimenti riducendosi ad una vuota formalià.

(72) V. Esposito, *Onere del previo ricorso amministrativo e tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Giur. cost.*, 1964, 590, a commento della sentenza della Corte cost. 16 giugno 1964, n. 47 che ritenne infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 460 c.p.c.

(73) V. Torrente, *Intervento*, cit. e, tra le confederazioni sindacali, la CGIL. Per la necessità di rivedere il problema, v. Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit. È interessante rilevare che anche il CNEL, nel secondo parere, cit., si sia espresso per l'opportunità di riordinare l'intera materia, poiché la decadenza dall'azione a ragione della mancata impugnazione dei provvedimenti in sede amministrativa sarebbe costituzionalmente discutibile.

(74) Per la mera facoltatività di questi espedienti pregiudiziali, v. Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit., nonché la relazione alla proposta di legge n. 1432 presentata il 3 giugno 1964 dall'on. Storti ed altri parlamentari della CISL per la conciliazione e l'arbitrato in sede sindacale, in *Riv. giur lav.*, 1964, III, 167.

l'espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione, giustificata per la mancanza allo stato di associazioni sindacali giuridicamente riconosciute, esautora, come si è ben rilevato (75), il sindacato da una delle sue essenziali e tradizionali funzioni che, come tale, è coperta dalla garanzia costituzionale della libertà sindacale (76); una soluzione, quindi, di dubbia legittimità. Ancor di più sono da deprecare gli svolgimenti della proposta delineati nel disegno di legge per la riforma del codice di rito presentato nel 1960 ivi prevedendosi che, in caso di mancata conciliazione, si indichino nel verbale le ragioni del perdurante dissenso, aggiungendosi altresì che il funzionario dell'ufficio dovrebbe suggerire la soluzione a suo parere più idonea della lite nonché, possibilmente, l'ammontare del credito spettante al lavoratore, su questa indicazione potendosi quindi ottenere decreto ingiuntivo. In tal guisa non solo si sarebbe commesso al funzionario dell'ufficio il compito — inammissibile — di emettere una sorta di pronuncia extragiudiziale (77), ma si sarebbe in effetti snaturata la stessa funzione conciliativa: giacché, come ben si è detto, la possibilità di ottenere la conciliazione delle parti esige che le stesse possano in quella sede parlare e trattare con tranquillità, senza temere che sulla base delle loro dichiarazioni si possano cacciare in una trappola quale è quella di un sommario parere che può influenzare il giudice e può giustificare il ricorso alla procedura monitoria (78).

---

(75) V. in questo senso, in *Dir. ec.*, 1960, 344, 375 e 395 gli interventi di Corrado, Vincenzi e Mazzoni ed inoltre Simi, *Poteri e limiti dellaa.*, cit. Onde, apparendo il monopolio dell'ufficio pubblico lesivo della libertà sindacale, si propone che l'esperimento del tentativo di conciliazione sia imposto, in funzione sostitutiva, solo ai non iscritti alle associazioni sindacali: v. Giugni, *Intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 341. Nello stesso ordine di idee v. Riva Sanseverino, *ivi*, 1964, I, 50; Id., *Ordinamento sindacale e controversie del lavoro*, cit.

(76) V. in particolare, tra gli autori citati *supra*, Mazzoni. Sulla portata del principio costituzionale di cui all'art. 39, comma 1, v. la particolare e originale impostazione di Flammia, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Milano, 1963.

(77) Sull'inconcepibilità di demandare siffatto compito ad un organo della pubblica amministrazione, v. Mazzarino, *Le controversie del lavoro*, cit.; Mazzoni, *Intervento*, cit., osservandosi che così praticamente si richiede all'ufficio un compito quasi giurisdizionale; Trioni, *A proposito del progetto di riforma*, cit., ove si parla, non a torto, di un vero *monstrum*. Analoghe perplessità espresse da Minoli, *Intervento*, in *Dir. ec.*, 1960, 387, con ulteriori notazioni d'ordine tecnico sugli svolgimenti della proposta.

(78) V. la relazione alla proposta di legge dell'on. Ruttè ed altri, in *Riv. dir. lav.*, 1964, III, 157, nonché Peschiera, *Brevi note in tema di conciliazione e di arbitrato con particolare riferimento a recenti proposte di legge*, in *Temi gen.*, 1961, 164. Sostanzialmente contrario alla proposta si dimostrò il CNEL nel primo parere. Adesivi: Ghezzi, *Intervento*, cit.; Rapelli, in *Dir. econ.*, 1960, 340, semplicisticamente perché con la previsione possono stroncarsi le mene di chi specula sulle lungaggini giudiziarie; Simi,

La soluzione stragiudiziale delle liti di lavoro non va quindi obbligatoriamente perseguita con una soluzione meramente formale, ma va viceversa favorita altrimenti, e non tanto e non solo per diminuire il carico delle cause pendenti, quanto per altre ben più sostanziali ragioni di merito, in corrispondenza a quella che è la vocazione naturale, nel nostro Paese purtroppo appena allo stato potenziale, del sindacalismo. Pertanto, anche se assai opportunamente la legge, come del resto già fa (79), potrà prevedere la facoltà delle parti di far ricorso all'ufficio del lavoro, in particolare esplicitamente stabilendo la piena impegnatività delle conciliazioni quivi raggiunte come la dottrina e la giurisprudenza già a ragione ritengono (80), la legge stessa dovrebbe soprattutto proporsi di favorire la soluzione stragiudiziale delle liti in sede sindacale. In particolare perché è solo in questa sede che può più convincentemente ottenersi la risoluzione di quelle liti che hanno un contenuto eminentemente tecnico, in quanto esigono una conoscenza piena e diretta degli ambienti di lavoro ed anche dei processi tecnici che assai difficilmente può conseguirsi da parte del giudice (81); e per rendersi conto della gravità dell'ostacolo, basta pensare a quanto siano ben poco significanti ed illuminanti per l'osservatore estraneo le descrizioni delle qualifiche operate nei contratti collettivi: descrizione che di per sé, con il loro incerto abbondare di comparativi e di superlativi, non consentono di

---

Poteri e limiti dellaa., cit. Per il Corrado, in *Dir. ec.*, 1960, 344, all'ufficio del lavoro dovrebbe essere commessa solo una valutazione tecnica sulla base dei dati forniti dalle parti, escludendosi del tutto una valutazione di merito comunque superflua. Il primo spunto della proposta si ritrova, a quanto mi consta, in Pergolesi, *Alcune osservazioni sulla fase attuale del processo del lavoro*, cit.; secondo l'a. l'ufficio dovrebbe redigere una memoria illustrativa avente valore orientativo per il giudice.

(79) Prevedendo la funzione conciliativa nelle controversie di lavoro nella legge regolatrice degli uffici in questione.

(80) V. da ultimo Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1963, 381-382 e ivi ulteriori riferimenti. In precedenza v. in particolare, Grassetti, *La conciliazione delle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, 239; Prosperetti, *La rinunzia e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1955, 261. Sulla funzione non meramente passiva dell'ufficio nella conciliazione, in particolare nel senso che non deve darsi corso ad accordi del tutto vessatori in danno del lavoratore, v. Jaeger, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 187; Simi, *Poteri e limiti della p.a.*, cit.

(81) Non a caso si è messo in rilievo come il diretto accesso da parte del giudice nei luoghi di lavoro sia essenziale, ad es., per apprezzare veramente le mansioni commesse al lavoratore ai finti dell'attribuzione della qualifica, deducendosene che, nell'ipotesi di concorde istanza delle parti, il giudice dovrebbe obbligatoriamente procedere all'ispezione: v. Fornario, *Esigenze dell'avvocatura*, cit. Ed è qui la giustificazione di fondo dello speciale collegio già previeto nell'art. 96 disp. att. c.c.

cavare un ragno dal buco alla più attenta lettura, viceversa acquisendo piena significazione nel vivo del processo produttivo.

Ma la preferibilità della soluzione sindacale va adeguatamente intesa per non cadere in un vuoto formalismo; in quel formalismo solitamente espresso nelle trattazioni giuridiche, quando, per spiegare la *ratio* dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. si dice che la norma fa salve le conciliazioni raggiunte in sede giudiziale e sindacale perché in queste sedi il lavoratore, convenientemente assistito, riacquista piena libertà di valutazioni che gli consente di reagire alla soggezione economico-sociale rispetto alla controparte (82). Certo storicamente è indubbio che il legislatore si è mosso in questo ordine di idee, così come in tal guisa è, positivamente, la *ratio legis* di cui si può parlare. Ma nella realtà delle cose, a prescindere dalla equiparazione che, ai fini di quella norma, rettamente si fa tra la conciliazione giudiziale, quella sindacale, quella raggiunta innanzi agli uffici del lavoro mettendo sullo stesso piano tutte queste ben diverse situazioni, ben altra è la ragione sostanziale per la quale ha da preferirsi la conciliazione sindacale, la giustificazione profonda dell'indicazione. Codesta conciliazione non vale socialmente, perché il lavoratore vi è stato benevolmente assistito da un funzionario sindacale, in funzione, appunto, vacuamente assistenziale anche perché, in codesto ordine di idee, non si vede perché non dovrebbe considerarsi anche l'intervento del legale di fiducia al pari di quello di una qualsiasi opera pia; né si vede in cosa si sostanzi questa assistenza ricostituente della libertà del lavoratore, la libertà socialmente concreta che è condizionata da un'adeguata appropriazione dei beni della vita, posto che non consta che giudici e funzionari pubblici e tanto meno quelli sindacali pongano solitamente la mano al portafoglio per concedere all'assistito quel respiro che permetta a costui di respingere le frequenti proposte di transazioni rovinose ed inique. L'equiparazione che positivamente, per legge, si impone tra codeste varie sedi è quindi, in buona sostanza, del tutto formalistica; rispetto alle altre situazioni, quella sindacale si distacca (o meglio, può distaccarsi) non già perché il sindacalista offre al lavoratore un ausilio meramente tecnico, e quindi opera come persona più o meno dotata di conoscenze e di competenze diplomatiche, ma perché, in linea di principio, il sindacato offre o dovrebbe offrire una ben altra garanzia, e precisamente una garanzia di forza. La conciliazione sindacale vale nella misura in cui il sindacato può mettere a disposizione del singolo tutta la sua forza associativa e farla duramente pesare sul

---

(82) V. in particolare Tilocca, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, in *Riv. dir. civ*., 1956, I, 69 ss., spec. n. 17.

piatto della bilancia, secondo quella logica dei rapporti di forza che è la legge immanente a tutto il contesto sociale. In sostanza questa indicazione opera soprattutto perché la controversia individuale è attratta sul piano collettivo, perché si versa in quella « amministrazione del contratto collettivo » che è ben ferma nelle esperienze anglosassoni, nelle quali, in questo ordine di idee, la stessa distinzione tra controversia collettiva e individuale, economica e giuridica, è alquanto approssimativa (83). In questo senso l'indicazione è valida, onde, disattendendo questa logica di fondo, a torto si disse che ben faceva la legge a prefigurare il tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi agli uffici del lavoro, ignorando i sindacati, quelli e non questi fornendo garanzie d'imparzialità (84), giacché è in giuoco ben altro che il disinteresse del mediatore, quando viceversa si tratta di confidare la tutela del soggetto più debole del contratto di lavoro a quelle entità che permettono di ristabilire la parità a livello collettivo. Del resto è interessante ricordare in quali termini uno degli studiosi più eminenti e più coerenti del diritto corporativo, Nicola Jaeger, spiegava la denuncia al sindacato della lite individuale di lavoro; egli ripetutamente scrisse (85) che codesto istituto doveva spiegarsi non già, come correntemente si dice, al fine di favorire la mera conciliazione extraprocessuale della lite, bensì semplicemente per rendere edotto il sindacato della pendenza della lite, affinché, rispetto alla medesima, l'associazione potesse eventualmente dar corso agli interventi previsti per la tutela dell'interesse collettivo, deducendone poi che, in considerazione di questa finalità, la norma poteva ben mutarsi, semplificando, imponendo la trasmissione al sindacato di una copia dell'atto introduttivo del giudizio (86). Costruzione che trova piena corrispondenza nella affermazione di uno dei più autorevoli studiosi della nuova generazione, secondo il quale « il regime corporativo, bene o male, aveva fatto salvo un certo equilibrio tra il sistema legislativo e quello delle norme collettive: lo spazio per queste ultime, anche dopo la codificazione, era stato

---

(83) V., soprattutto, Kahn Freund, *I conflitti tra i gruppi e la loro composizione*, in *Politica sind.*, 1960, 9 ss., nonché gli studi di Grandi, *La risoluzione delle controversie di lavoro in Gran Bretagna*, in *Riv. dir. lav.*, 1959, I, 42; *L'arbitrato delle controversie di lavoro nel sistema contrattuale nordamericano*, ivi, 1961, I, 86 ss.

(84) Così Carnelutti, *Intervento*, cit.

(85) V. in particolare, *Corso di diritto processuale del lavoro*, cit., 220 e 225. A questa interpretazione ha aderito Corrado, *Intervento*, cit.

(86) V. *Le controversie individuali del lavoro*, cit., 245.

mantenuto entro margini sufficientemente elastici, per offrire al sistema la possibilità di un'ordinata evoluzione » (87).

E proprio perché la soluzione sindacale è, *naturaliter*, una soluzione di forza utilizzata ai fini della giustizia almeno nella perdurante situazione d'inferiorità del singolo lavoratore, solo in essa e per essa può forse rimediarsi a quella che, assai più della esasperante lentezza dei procedimenti, è certo la nota più angustiante e più negativa del contenzioso in materia: la sua normale caratteristica di contenzioso insorto dopo la risoluzione del rapporto di lavoro, come risulta da insospettabili indagini ufficiali (88). Il che, appunto, si spiega agevolmente pensando che il singolo, isolato, normalmente è indotto a porre le sue pretese sol quando, con la risoluzione del rapporto, non ha comunque niente da temere dalla controparte. Orbene, solo sul piano sindacale, il singolo può acquisire la forza della immediata contestazione; e pertanto è solo su quel piano che può ottenersi effettiva e puntuale giustizia, nel confronto armato tra le organizzazioni contrapposte. La giustizia sindacale sarà quindi l'unica vera e piena giustizia.

Da tutto questo discendono ben precisi corollari che mi limito ad enunciare semplicemente, avendo ampiamente superati i limiti di questa lezione. In primo luogo è auspicabile che la legge esplicitamente ammetta la piena validità delle rinunce e delle transazioni eventualmente contenute nelle conciliazioni raggiunte in sede sindacale (89). In secondo luogo è bene che si preveda la piena validità ed impegnatività delle clausole, oggi ampiamente discusse, con le quali nei contratti collettivi di lavoro si prevede l'onere di esperire un tentativo di conciliazione in sede sindacale prima di far ricorso al giudice (90); disponendo, tuttavia, che

---

(87) Così Giugni, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, 3 ss., spec. 9.

(88) V. il volume della Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori, *Controversie individuali di lavoro*, cit., 66 ss.

(89) In tal senso si è pronunciato il CNEL, nel parere più recente, nonché la CISL nella risposta, cit. In conformità si è pronunciata anche la più qualificata dottrina; v. Riva Sanseverino, *Ordinamento sindacale e controversie del lavoro*, cit.; Ghezzi, *Intervento*, cit. *Contra*, opponendosi l'inderogabilità della regolamentazione e l'indisponibilità dei diritti, v. Trioni, *A proposito del progetto di riforma*, cit. Del resto una parte non trascurabile della dottrina ritiene che già oggi la conciliazione in sede sindacale sia comunque valida, argomentando dalla *ratio* dell'art. 2118, ult. comma, c.c.: v. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici di lavoro*, in *Dir. ec.*, 1959, 832 ss., spec. 853; Natoli, in *Riv. giur. lav.*, 1957, II, 321, ove l'a. fa naturalmente salva l'ipotesi che nel caso concreto non si tratti di vera organizzazione sindacale, ma di un sindacato « di comodo ».

(90) V. Riva Sanseverino, *Ordinamento sindacale e controversie del lavoro*, cit.

l'eccezione, importante l'obbligo del giudice di sospendere il processo, sia proponibile, a pena di decadenza, solo nella prima udienza (91) o anche limitandosi a stabilire che l'eventuale inosservanza dovrà normalmente importare la compensazione o la non ripetibilità delle spese processuali, con ciò comunque ponendosi un incentivo assai serio per l'osservanza dei patti collettivi sul punto. Infine, come è generalmente auspicato con marginali dissensi (92), è opportuno che si dia piena

---

Allo stato, l'opinione prevalente, in dottrina e in giurisprudenza, è nel senso che le clausole in questione non possono importare l'improponibilità della domanda, in quanto solo la legge può porre in essere presupposti processuali; per altra opinione, minoritaria, si tratterebbe nel caso di una condizione dell'azione, il mancato verificarsi della quale importerebbe l'impossibilità di una pronuncia nel merito, essendo quindi sufficiente che la condizione si verifichi prima della decisione. Ma è una tesi che comunque svuota la condizione delle clausole, visibilmente poste per evitare, possibilmente, il ricorso alla giurisdizione. Sul punto v. gli scritti essenziali di Traversa, *Contratti collettivi, tentativo di conciliazione, azione giudiziaria*, in *Mass. giur. lav.*, 1957, 116 ss.; *Tentativo di conciliazione sindacale e processo del lavoro*, ivi, 1961, 342 ss. Sul problema v. anche le notevoli osservazioni di Torrente, *Rassegna di giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, 632 ss.

(91) Come si prevedeva, a proposito del tentativo obbligatorio di conciliazione, nel disegno di legge del 1960, aderendo alla soluzione il CNEL nei suoi due pareri.

(92) Nel testo dell'art. 806 del codice di rito, quale risultava modificato secondo il disegno di legge del 1960, scomparve il riferimento alle cause di lavoro e la soluzione raccolse il plauso della *Riv. giur. lav.*, 1960, I, 153. Il CNEL, nel suo parere del 1960, si pronunciò in generale per la conservazione del divieto posto nel codice, ammettendo solo la validità delle clausole compromissorie contenute nei contratti collettivi; sostanzialmente nello stesso senso è il più recente parere. Da ricordarsi poi, in questo ordine di idee (ma con notevoli barbarismi teorici), le varie proposte di legge; oltre quelle degli onn. Buttè e Storti già ricordate, v. la proposta presentata alla Camera il 19 febbraio 1960, dall'on. Ferrarotti, in *Riv. dir. lav.*, 1960, III, 53. La CISL si è sempre risolutamente pronunciata per l'abrogazione del divieto. La CGIL (v. risposta, cit.) è, viceversa, per il mantenimento del divieto, fatti salvi gli arbitrati irrituali previsti nella contrattazione collettiva (ma è da ritenere che con la confusa formulazione si sia voluta sostanzialmente affermare la validità dell'arbitrato « sindacale »). Anche la UIL (v. risposta, cit.) ha dichiarato che occorre far salvo unicamente l'arbitrato irrituale previsto nella contrattazione collettiva, poiché un'abrogazione totale del divieto in una situazione di mancata attuazione dell'art. 39 Cost. pone il pericolo dei sindacati di comodo.

Per l'abrogazione pura e semplice del divieto si è pronunciato l'Ardau, *Rilievi critici sul progetto di riforma*, cit. Secondo Andrioli, *Riforma del processo civile*, cit., l'eliminazione, negli artt. 806 e 808 del codice di rito, del riferimento alle controversie di lavoro non esaurisce il problema, poiché resta, ostativa, l'indisponibilità dei diritti; pertanto, tolto quel riferimento, si può « confidare nella preziosa elasticità della formula del comma 2 dell'art. 1966 ». (Sul problema v. ampiamente Grandi, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963, 345 ss.). Gran parte della dottrina giuslavoristica si è comunque pronunciata per il riconoscimento pieno dell'arbitrato « sindacale »: v. gli interventi (cit.) di Riva Sanseverino, Ghezzi, Cessati, Giugni ed *amplius*, di questo a., v. *I limiti legali dell'arbitrato*, cit. Praticamente ammette la soluzione qui caldeggiata anche

possibilità di dar corso, in sede sindacale, all'arbitrato. In sostanza la legge dovrebbe permettere il più ampio sviluppo delle procedure conciliative e arbitrali di derivazione e di svolgimento sindacale, nel contempo garantendo i datori di lavoro che la conciliazione raggiunta in questa sede non è suscettiva di impugnazioni di sorta, prospettiva che per il momento, dato l'orientamento prevalente in giurisprudenza e in dottrina, gravemente ostacola la possibilità di risolvere stragiudizialmente le liti del lavoro (93).

Senonché, a questa indicazione e ai suoi corollari, solitamente si oppone una eccezione che, almeno *prima facie*, pare essere ostativa, affermandosi che tutto questo potrà aversi sol quando si avrà il sindacato registrato ai sensi dell'art. 39 Cost. (94). Ma è una eccezione, paralizzante, che conviene, se possibile, ribattere giacché, checché si pensi della inadempienza costituzionale, è ormai prevedibile che la previsione della superlegge sia destinata a rimanere permanentemente sulla carta, onde è bene cercare di risolvere, comunque, i problemi di fondo della situazione, prendendo atto di questa prospettiva che non può troncare i naturali sviluppi delle cose e tenendo altresì conto delle significative indicazioni che in proposito ci vengono da altre esperienze, ad es., da quella tedesca. D'altro canto, in quell'ordine sostanziale in cui qui si è riproposta la soluzione sindacale, la registrazione del sindacato non di per sé fatto tranquillante, giacché ben potrebbe darsi che si trattasse di un'associazione scarsamente rappresentativa e quindi mancante di sufficiente forza. Anche nell'ipotesi di attuazione dell'art. 39, la registrazione non dovrebbe automaticamente comportare gli effetti pretesi, sempre imponendosi quella indagine sostanziale di cui dirò. Infine, non a torto si è messo in rilievo (95)) che il significato attuale c.d. « di fatto »,

---

Marchetti, *Controversie individuali di lavoro*, cit., n. 23. In senso nettamente contrario, v. Scorza, *Considerazioni sul contratto collettivo nel nuovo disegno di legge sindacale*, in *Dir. lav.*, 1932, I, 320 ss., spec. 323-324.

(93) Il grave inconveniente venne rilevato dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori: v. *Controversie individuali di lavoro*, cit., 95; v. anche Grechi, *Intervento*, in *Dir. econ.*, 1960, 335.

(94) Solitamente infatti si afferma che la conciliazione in sede sindacale non può aver corso, ai fini dell'art. 2113, ult. comma, c.c., in quanto l'attuale sindacato non è giuridicamente riconosciuto; v., ad es., Grechi, *Intervento*, cit., nella nota che precede. Al contrario, nel senso che l'attuale condizione dei sindacato non è ostativa del naturale esplicarsi della funzione conciliativa, v. il primo parere, cit. del CNEL. E in generale, nel senso che la valorizzazione dell'organizzazione « di fatto » ben può aversi anche indipendentemente dall'attuazione dell'art. 39, v. Riva Sanseverino, *Ordinamento sindacale e controversie del lavoro*, cit.

(95) V. Jaeger, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 188. Inoltre si è acutamente

proprio perché libero da ogni pastoia e controllo, proprio perché effettivamente rappresentativo di coloro che organizzano o di coloro che possono mobilitare per l'azione diretta, offre assai più consistente garanzia del sindacato di diritto pubblico del passato; e non di rado il legislatore attuale ha in ripetute occasioni preso in considerazione le attuali associazioni c.d. « di fatto », perfino per dichiarare generalmente obbligatori, nella sostanza e con dubbio procedimento, i contratti collettivi stipulati dalle medesime (96).

Pertanto, l'unico problema serio è quello di poter misconoscere le attività poste in essere, eventualmente, da sindacati di comodo o gialli. E questo può ottenersi facendo esplicito riferimento alle associazioni sindacali più rappresentative, rappresentatività che, ai fini della validità delle conciliazioni sindacali, coane è stato proposto dal CNEL (97), ben potrebbe essere attestata con un'autenticazione dell'ufficio del lavoro, mentre in ogni caso ogni contestazione sarebbe demandata alla prudente valutazione del giudice, come pure è stato prospettato (98). Il giudice dovrebbe controllare il carattere rappresentativo di per sé, secondo tutti i dati all'uopo rilevanti, essendo tuttavia inconferente l'accertamento, da taluno preteso (99), circa la democraticità interna dell'associazione; che,

---

osservato che il sindacato è oggi relativamente debole rispetto alle possibilità potenziali, proprio perché la regolamentazione legale esistente ne impedisce la piena valorizzazione delle naturali funzioni: così Giugni, *I limiti legali dell'arbitrato*, cit.

(96) Come si è ricordato nel primo parere del CNEL, riferendosi anche alle numerose ipotesi nelle quali, per legge, esponenti degli attuali sindacati sono stati chiamati a far parte di organi della pubblica amministrazione in senso vasto.

(97) V. in tal senso il primo parere, cit.: « L'autenticazione del verbale attesterebbe la provenienza del medesimo da persone statutariamente autorizzate ad esercitare la funzione conciliativa per conto dei rispettivi sindacati. L'esperienza dimostra che non manca agli uffici del lavoro, di fatto quotidianamente a contatto con le esistenti organizzazioni sindacali, la possibilità di effettuare agevolmente gli accertamenti che tale attestazione suppone ». In realtà l'ufficio dovrebbe altresì attestare la rappresentatività dell'associazione, con una valutazione poi soggetta all'eventuale sindacato del giudice. Naturalmente non è da nascondere il margine di discrezionalità insito nella soluzione, che però è inevitabile se si deve marciare. D'altro canto la semplice registrazione del sindacato *ex* art. 39 Cost., come ho già detto nel testo, non garantisce affatto della rappresentatività dell'associazione.

(98) Sul punto v. Traversa, *Problemi e prospettive in tema di conciliazione sindacale*, in *Dir. ec.*, 1958, 1436 circa la valutazione in fatto, da parte del giudice, dei requisiti dell'associazione sindacale.

(99) Così Tilocca, *Il negozio di disposizione*, cit., che ritiene rilevante, oltre la democraticità, anche la consistenza numerica del sindacato. Il Traversa, *Problemi e prospettive*, cit. critica entrambi i riferimenti del Tilocca; ma non può certo negarsi l'importanza, pur di per sé non decisiva, della consistenza numerica, posto che non è

su questo piano, codesto requisito è indifferente, contando comunque la rappresentatività di fatto automaticamente genuina in un regime, quale è il nostro attuale, di democrazia.

Naturalmente, e con questo rilievo conclusivo termino, la soluzione sindacale, qui prescelta per la effettività che potenzialmente contiene, sarà quella che i lavoratori italiani e le loro organizzazioni vorranno in concreto che sia. Sarà una soluzione formale meramente assistenziale in senso deteriore, se i lavoratori non sapranno conferire alle loro associazioni, con l'operosa adesione rilevante anche in termini contributivi, la forza sufficiente per farne le decisive protagoniste della vicenda concreta dei rapporti di lavoro; sarà una soluzione reale se le cose volgeranno in altra direzione (100). L'esperienza insegna che, al di là delle formali premesse, la costruzione di un sistema serio e funzionale di democrazia industriale non è opera di un giorno e nemmeno di un ventennio di riconquistata libertà sindacale, sebbene dell'opera paziente e silenziosa di intere generazioni di militanti e di dirigenti, capaci di costruire, pezzo per pezzo, giorno per giorno, lasciando alle spalle la vana magniloquenza declamatoria caratteristica di tutti i vari avvenirismi (101).

---

determinante, ai fini specifici, il solo carattere sindacale dell'associazione, sibbene, come si è detto nel testo, la potenzialità del sindacato di garantire sul piano collettivo, con la sua stessa forza, un'adeguata tutela del singolo. Una esigenza, quindi, che ben si traduce con la qualificazione, ormai usuale, di « rappresentatività ».

(100) In sostanza, in una situazione nella quale di norma i singoli si ricordano dell'esistenza del sindacato solo in occasione della controversia di lavoro (così Jaeger, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 183), la funzione del sindacato rispetto alle controversie di lavoro scade sul piano deteriormente « assistenziale ». Purtroppo è questo il dato ancora dominante nel nostro Paese; e sentitamento ringrazio U. Romagnoli di avermi cortesemente consentito di leggere un suo importante saggio (successivamente pubblicato in *DL*, 1966, 1428 ss., col titolo *La tutela sindacale contro i licenziamenti individuali nella dottrina e nell'esperienza*) sull'esperienza compiutasi rispetto all'accordo interconfederale sui licenziamenti individuali nel 1950 nel quale si ha, per più versi, la piena conferma della constatazione critica con la quale termina questo mio lavoro.

(101) Sul tema della riforma del processo del lavoro si è tenuto in Sorrento, nei giorni 2 e 3 ottobre 1966, un convegno promosso dall'Associazione forense del lavoro di Napoli con tre relazioni rispettivamente affidate ai professori Napoletano (*Cause della crisi della giustizia del lavoro e possibili soluzioni transitorie in attesa della riforma del processo civile*), Scognamiglio (*Questionario del Ministero di grazia e giustizia sulla riforma del processo del lavoro*), Cessari, (*Trattazione extragiudiziale delle controversie del lavoro e disciplina delle controversie collettive*). Nelle more tra la stesura di questa lezione e la lettura della medesima, mi è stato possibile leggere, per la cortesia dell'a., la terza relazione del Cessari, lietamente constatando di una pressoché completa identità di vedute, in particolare sull'assunto di fondo che il sistema dovrebbe orientarsi mettendo nettamente l'accento sulle risoluzioni extraprocessuali delle liti del lavoro; la relazione

del Cessari contiene anche notevoli spunti originali sul tema della c.d. « indisponibilità » dei diritti del lavoratore nonché sulle controversie collettive. Interessanti notazioni sui problemi trattati in questa prolusione si trovano anche nella relazione del Falletti al Convegno sui problemi attuali di diritto del lavoro tenutosi in Como nei giorni 7-9 ottobre 1966 ad iniziativa del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale; per lo stesso convegno una specifica comunicazione è stata presentata dal Sindacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia. Mi duole di non aver potuto tenere adeguatamente conto di questi ultimi contributi dei quali sommariamente dico in questa nota; pur compiacendomi di questi svariati e contemporanei interventi, attestanti di come ormai gravissima sia la crisi della giustizia del lavoro e di come urgano le soluzioni appropriate.

Non a caso i « Comitati di azione per la giustizia » hanno deciso di dedicare al problema un apposito convegno da tenere nella primavera del 1967 e, al fine di precisare i temi specifici sui quali, nel contesto generale, merita richiamare pressantemente l'attenzione dei pubblici poteri, un preconvegno si è tenuto a Benevento nei giorni 4-6 novembre 1966; ivi la discussione, alla quale hanno partecipato parlamentari, magistrati, avvocati e studiosi, si è svolta sulla base di una pregevole relazione introduttiva dovuta per la prima parte (*Il giudice*) a Ventura e per la seconda (*Presupposti processuali. Il procedimento*) a Agostini.

7.

POSSIBILI SOLUZIONI D'URGENZA A FAVORE DEL LAVORATORE E DELL'ASSICURATO (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. — 3. Fallimento del tentativo extragiudiziale di conciliazione e decreto ingiuntivo. — 4. Utilizzabilità di uno speciale procedimento di convalida. — 5. Liquidazione immediata di somme non contestate. — 6. Una proposta in tema di provvisionale. — 7. La provvisoria esecuzione delle sentenze.

1. Ai fini di questo convegno, giacché ho avuto di recente modo di esprimere le mie personali vedute sul problema generale del processo in materia di controversie di lavoro e previdenziali (1), ho deliberatamente prescelto di riferire criticamente sulle possibili soluzioni, già configurabili allo stato nel nostro ordinamento o possibili *de iure condendo*, con le quali si potrebbe favorire, in tutto o in parte, l'immediata o più rapida soddisfazione delle pretese del lavoratore o dell'assicurato. E quindi, mentre da un lato qui siamo riuniti per cercare di configurare la strutturazione in generale di un processo del lavoro e previdenziale rapido e funzionale anche con la eventuale individuazione di soluzioni alternative extraprocessuali, dall'altro lato si tratta di vedere se è possibile, per altro verso e comunque, ridurre, a favore del soggetto degno di una particolare tutela, il costo dell'eccessiva durata dei procedimenti.

Indubbiamente, se sarà possibile in un prossimo domani ottenere risultati soddisfacenti in termini di celerità del processo, il problema particolare qui affrontato andrà, in larga misura, svuotandosi. Al contrario se quel risultato massimo ed ottimo non potrà conseguirsi, se anche per il futuro la società italiana sarà condannata a subire il danno gravissimo di un processo per definizione lento, esasperante e defati-

---

(*) Relazione al IV Convegno Nazionale dei Comitati di azione per la Giustizia, tenuto a Bologna dal 28 aprile al 1° maggio 1967.

(1) Nella prolusione pisana del 1° dicembre 1966, destinata agli studi in memoria di A. Torrente e di imminente pubblicazione, col titolo *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967.

gante, il problema specifico conserverà tutta la drammatica rilevanza che ha allo stato; che fare onde ridurre in concreto l'attesa di giustizia? Non è possibile far niente per ottenere che il lavoratore consegua quanto più celermente possibile ciò che gli spetta? Questo è il problema.

2. Allo stato, l'unica soluzione in teoria prospettabile è quella della possibilità o no del ricorso al provvedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. In concreto si tratta di vedere se il lavoratore o l'assicurato possono chiedere al giudice, nell'attesa della definizione della lite nei confronti del datore di lavoro o dell'ente previdenziale nelle forme ordinarie, l'emanazione di un provvedimento che, in via di urgenza e con sommaria delibazione, in fatto dia corso alla loro pretesa. Infatti, in questi ultimi anni, si è tentato, in varie circostanze, di percorrere questa strada. Nel 1961 venne inutilmente chiesto al pretore di Palermo, da parte di un gruppo di lavoratori bancari, un provvedimento col quale il giudice avrebbe dovuto ordinare alle imprese il rispetto di precedenti contratti collettivi in tema di distribuzione dell'orario di lavoro, per converso inibendo l'applicazione di successivi accordi sindacali in materia (2). Sempre nel 1961, a Firenze, i lavoratori addetti ad una impresa appaltatrice dalla società Selt-Valdarno dei lavori di posa dei cavi di revisione dell'illuminazione reclamando, ai sensi della legge 23 ottobre 1960, n. 1369 sugli appalti di manodopera, in luogo del trattamento praticato ai sensi della contrattazione collettiva dell'edilizia, il più favorevole trattamento praticato dalla società appaltante ai lavoratori direttamente di-

---

(2) V. Pret. Palermo, ord. 2 agosto 1961, in *Foro it.*, 1961, I, 1764 e, con nota redazionale adesiva, in *Mass. giur. lav.*, 1961, 270. Nel caso a contratti collettivi prevedenti in particolare l'orario unico estivo fece seguito un accordo sindacale, non sottoscritto da una organizzazione, col quale si eliminò l'orario unico estivo in contropartita dell'introduzione della settimana « corta » con orario spezzato. Il giudice, rilevato sotto diversi profili un vizio di legittimazione, affermò che nel merito non era ravvisabile un pregiudizio imminente ed irreparabile, poiché « .... il prestare un orario continuato o interrotto non costituisce un diritto la cui violazione possa creare pregiudizio irreparabile, trattandosi delle modalità di esecuzione di una prestazione, che non assurge ad un bene autonomo della vita: ma si tratta più semplicemente di comodità o convenienza, la cui mancanza si risolve in un fastidio ma non in un pregiudizio irreparabile che legittimi un intervento del magistrato in sede di urgenza ». In sostanza il pretore negò la configurabilità stessa di un diritto del lavoratore in materia di distribuzione dell'orario di lavoro, ma questa affermazione non può, in linea di principio, condividersi. Certo, ove manchino specifiche pattuizioni, collettive o individuali, in materia di orario, la distribuzione del medesimo è commessa alla valutazione discrezionale del datore di lavoro, nell'esercizio del potere direttivo, fermo il rispetto della disciplina di legge; ma la situazione radicalmente cambia quando sussistono specifiche pattuizioni.

pendenti secondo i contratti del settore elettrico, dopo uno sciopero durato diverse settimane chiesero al pretore di ordinare all'impresa, ai sensi dell'art. 700, il pagamento di una somma pari alla differenza tra la retribuzione in fatto percepita e quella che, a loro avviso, essi avrebbero dovuto percepire. Il giudice, dopo aver espletato indagini istruttorie invero assai accurate (3), emetteva il chiesto provvedimento d'urgenza rilevando, nelle diverse ordinanze (4), che i lavori espletati nel caso rientravano certamente nella previsione di cui all'art. 3 della legge n. 1369 e che « il prolungarsi oltre misura della *mora debendi* della impresa resistente (tale da poter integrare anche gli estremi di un comportamento penalmente rilevante per il cui accertamento pende separato procedimento) è il *factum debitoris* che fa concretare il pregiudizio imminente ed irreparabile del diritto del ricorrente », versando i ricorrenti, sia per la perdita della retribuzione in conseguenza dello sciopero (5), sia per le pesanti condizioni familiari, in precarie condizioni economiche; un ulte-

---

(3) Il Sermonti, nell'annotazione critica in *Mass. giur. lav.*, 1961, 356, vivacemente criticò il magistrato fiorentino anche per questo approfondimento delle indagini, muovendo il rilievo che in tal modo il giudice aveva chiaramente manifestato l'intento di voler risolvere *funditus* la lite in sede meramente cautelare. Ma la critica non coglie nel segno, in quanto l'approfondimento delle indagini è, viceversa, meritorio quando si discute di provvedimenti gravemente incisivi e risolutivi. In generale a me pare che dovrebbe comunque escludersi la possibilità di emettere provvedimenti cautelari, salvo situazioni gravissime, *inaudita altera parte* o sulla base di « sommarie informazioni » come pur la legge consente, sembrandomi conforme a sostanziale giustizia permettere sempre alla controparte, quale che sia l'urgenza allegata dal ricorrente, di esporre le sue eventuali ragioni.

(4) V. un'ordinanza in *Foro it.*, 1961, I, 1764. Altra ordinanza, con la citata annotazione critica di Sermonti, venne pubblicata in *Mass. giur. lav.*, 1961, 356.

(5) In realtà questa considerazione era del tutto controproducente, non apparendo corretto voler argomentare dalla situazione in fatto liberamente posta in essere dagli interessati col ricorso all'azione diretta. Se ne può avere la riprova, chiedendosi se si sarebbe concesso il provvedimento richiesto nell'ipotesi inversa, ove i lavoratori, invece di far ricorso allo sciopero, avessero continuato a prestare la loro attività, accingendosi però a convenire in giudizio i datori di lavoro e instando, nelle more, ai sensi dell'art. 700. Indubbiamente, in tale ipotizzabile situazione, la risposta sarebbe stata negativa, per la mancanza di un pregiudizio imminente ed irreparabile; si sarebbe detto, come mise in rilievo il Sermonti nella citata annotazione, che codesto pregiudizio mancava appunto perché, nell'attesa del riconoscimento giudiziale di maggiori diritti, gli interessati potevano contare su un trattamento previsto nel contratto collettivo dell'edilizia, recepito in legge delegata, senza trovarsi al limite di un incontenibile disagio. D'altro canto è dubbia ogni possibilità di interferenza tra l'azione diretta e il ricorso al giudice; ogni giuoco ha le sue naturali regole. Anche M. Rudan, *Provvedimenti d'urgenza in tema di retribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 362, n. 5, avverte il peso dell'eccezione nel caso così formulabile, pur ritenendo di poterla superare in definitiva perché « credo si debba

riore protrarsi dell'inadempienza dell'impresa — si scriveva in una delle ordinanze — « significherebbe compromettere la possibilità di realizzazione del diritto del ricorrente », apparendo indilazionabile la soddisfazione dell'interesse costituente l'elemento materiale del diritto, dovendosi anche tener conto del costo e della durata media dei processi ordinari nel nostro Paese (6), non essendo d'altro canto in questione il timore d'insolvenza del debitore. Secondo il pretore fiorentino, il pregiudizio richiesto dall'art. 700 potrebbe incombere anche su un oggetto diverso da quello del diritto deducibile nel giudizio di merito, onde potrebbe farsi ricorso alla speciale procedura « ogni qual volta il danno paventato stia per prodursi in altri settori dell'attività economica o addirittura in tutto il patrimonio, nel suo complesso, del soggetto attivo »; *a fortiori*, si osservò nelle ordinanze, ciò deve valere per la retribuzione del lavoratore, necessaria per soddisfare le più pressanti esigenze di vita, dovendosi, infine, anche tener conto dei danni non patrimoniali subiti dal lavoratore per il comportamento del datore di lavoro.

Queste decisioni del pretore toscano, accolte in dottrina o con reciso dissenso o con cauta adesione (7), anche se sono rimaste per intuibili ragioni isolate nella concreta esperienza giurisprudenziale (8), impongono all'attenzione il problema generale nei termini prospettati, indipendentemente dalle peculiari circostanze di fatto di quella controversia, anche perché autorevolmente si è detto (9) che la critica all'applicazione dell'art. 700 nelle controversie di lavoro, ove in particolare si consideri il precetto costituzionale della giusta retribuzione, è stata da altre parti

---

ammettere una certa larghezza nella valutazione delle condizioni personali e dell'interesse sottostante del richiedente ».

(6) Ma in una vivacissima nota critica il Satta, *Provvedimenti di urgenza e urgenza di provvedimenti*, in *Mass. giur. lav.*, 1962, 49, rilevò che il magistrato fiorentino meglio avrebbe fatto se avesse tradotto in termini subiettivi ed autocritici questa notazione, apprestandosi ad una celere definizione del processo di merito.

(7) V. M. Rudan, *Provvedimenti d'urgenza*, cit.: « unicamente aderendo a questa lata concezione, che trascende i confini di una prospettiva rigorosamente giuridica... si è in grado di giustificare la pronuncia dell'ordinanza in esame ».

(8) Di recente Pret. Firenze 13 febbraio 1963, in *Giur. tosc.*, 1963, 121 ha negato la possibilità di far ricorso all'art. 700 quando è in giuoco l'adempimento del contratto di lavoro e a ragione dell'infungibilità dell'obbligazione e perché il lavoratore può sempre richiedere il risarcimento dei danni, onde non sarebbe configurabile il pregiudizio irreparabile.

(9) V. Andrioli, *Riforma del processo civile e lineamenti del nuovo processo del lavoro*, nel volume dell'Istituto di scienze sociali di Genova, *Per una riforma della giustizia del lavoro in Italia*, Genova, 1965, II, spec. 20.

troppo radicale, niente opponendosi, invece, ad un prudente ricorso alla norma. Ed è un problema assai complesso, soprattutto perché non è affatto agevole intendere, di per sé, la portata e l'ambito del generico provvedimento cautelare innominato introdotto col codice del 1942, trattandosi di un istituto di difficile e tormentosa sistemazione dommatica, come risulta anche da una superficiale considerazione della dottrina.

È ben noto che nella pratica si è tentato di far ricorso alla speciale procedura cautelare nelle più varie occasioni (10); ciò facilmente si spiega considerando che la norma, nella sua generica formulazione, si presta ad essere invocata ogni volta che taluno adduca l'incombere di un pregiudizio imminente ed irreparabile. D'altro canto in sede dottrinale si tenta di delimitare piuttosto rigorosamente l'esperibilità del rimedio, al fine di contenere possibili deviazioni ed abusi e di evitare, nel contempo, lo sconvolgimento dei principi rispetto ai quali il processo è preordinato. Anche questo orientamento dottrinale limitativo ben si comprende, non potendosi ammettere, in linea di principio, che un uso discreto e prudente del provvedimento d'urgenza, evitando di dare, come ebbe ad ammonire P. Calamandrei (11), affrettatamente vittoria a chi abbia torto. Così, mentre da ogni parte si denuncia il pericolo di abusi (12), si è posto in rilievo che l'art. 700 non può essere utilizzato per pervenire a quei risultati che sono possibili in altri ordinamenti pel fatto che ivi la possibilità di eccezionale intervento del giudice è altrimenti configurata (13).

Ma non sembra che la dottrina (14), in questo sforzo comprensibilmente delimitativo, sia giunta a conclusioni del tutto appaganti rispetto a tutte le situazioni che possono presentarsi nella pratica e che spingono talora anche il magistrato più restio a concedere il richiesto provvedimento d'urgenza. Ad esempio, una prima difficoltà deriva dalla necessità di delimitare l'ambito dello speciale provvedimento rispetto alle altre misure cautelari, posto che, ai sensi dell'art. 700, può farsi ricorso al

---

(10) Per un esame critico della casistica, v. L. Montesano, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, 87 ss. e, più di recente, M. Dini, *I procedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile*, Milano, 1961, 401 ss.

(11) V. *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1950, I, 23, da ultimo in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1966, 537. Per una valutazione critica, in linea di opportunità, della innovazione introdotta con l'art. 700, v. P. D'Onofrio, *Commento al codice di procedura civile*, Torino, 1951, vol. II, 282.

(12) V. in particolare E. Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano, 1954, vol. III, 94.

(13) V. Montesano, *op. cit.*, 147.

(14) V. anche C. Sapienza, *I procedimenti d'urgenza*, Milano, 1957.

primo « fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo » e cioè quando non sia utilizzabile la via dei sequestri o quella delle denunce di nuova opera e di danno temuto. Ci si è chiesti (15) cosa significhi, in concreto, codesta previsione e si è scritto che « essa non può essere interpretata in senso strettamente letterale, senza perdere ogni valore giuridico e quindi ogni ragion d'essere nel sistema dell'ordinamento. Infatti, la dizione al di fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, sarebbe del tutto superflua e tautologica rispetto alla già delineata distinzione funzionale tra i provvedimenti d'urgenza e le altre misure cautelari... l'esclusione in discorso deve quindi intendersi nel senso che i provvedimenti d'urgenza non sono invocabili da chi deduce in giudizio uno dei rapporti sostanziali tutelabili con le altre forme di cautela ». In pratica, per il Montesano, non è ammissibile il provvedimento d'urgenza, quando si deduce, ad es., come fondamento della domanda, la proprietà o il possesso, dovendosi in tal caso far ricorso al sequestro giudiziario; mentre, in generale, lo speciale provvedimento cautelare sarebbe preordinato unicamente, e con certe logiche limitazioni, per le violazioni degli obblighi di fare o di non fare.

La tesi non convince. Egregiamente si è scritto (16), in polemica col Montesano, che « in presenza di rapporti giuridici sostanziali (diritti reali di godimento, proprietà, possesso, ecc.), per i quali siano stati stabiliti provvedimenti cautelari specifici, ove alcune circostanze determinino una situazione di fatto e di diritto che sia diversa da quella stabilita dall'ordinamento processuale per ottenere il provvedimento cautelare specifico, potrà invece essere concesso il provvedimento d'urgenza che il giudice ritenga idoneo e rispondente allo scopo ». Esemplificando, certo non potrà farsi ricorso all'art. 700, quando sostanzialmente si miri a conseguire una garanzia per la realizzazione del diritto di credito, poiché in questo caso c'è la via del sequestro conservativo; né è possibile richiedere il provvedimento d'urgenza, quando si vuole provvedere per la custodia e per la gestione provvisoria del bene, attorno alla proprietà o al possesso del quale si controverte. Ma se il giudice deve rifiutarsi a queste applicazioni traverse dell'art. 700, non è logico negare il provvedimento d'urgenza in tutti i casi nei quali, a prescindere dalla natura del rapporto sostanziale dedotto, il ricorso alle misure cautelari tipiche non serve. Ad es., a mio avviso, l'art. 700 può essere utilizzato, su richiesta del locatore, per l'immediato sgombero dell'immobile locato e pericolante, essendo in giuoco anche l'incolumità delle persone e l'eventuale respon-

---

(15) V. Monteano, *op. cit.*, 40 e 66.
(16) V. Dini, *op. cit.*, 149.

sabilità penale dell'istante. In tal senso va interpretata la limitazione enunciata nella norma, non potendosi in ogni caso restringere, per la lettera della stessa, l'utile campo di applicazione dell'istituto.

In realtà l'applicazione dell'art. 700 non incontra, in linea di principio, limitazioni di sorta in rapporto alla natura del diritto dedotto. Così, certamente, non può condividersi la tesi, pur autorevolmente sostenuta (17), secondo la quale solo per le violazioni dei diritti c.d. « assoluti » la via dell'art. 700 sarebbe esperibile. L'ampia formula dell'art. 700 non consente, in linea di nassima e praticamente con esclusione in quei soli casi nei quali si incontri l'ostacolo dell'assoluta infungibilità dell'obbligo dedotto (18), alcuna esclusione e per ogni diritto, più precisamente per ogni interesse direttamente tutelato dall'ordinamento (19), può esperirsi il procedimento d'urgenza, quando si alleghi e si comprovi, sia pure sommariamente, l'esistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile. E, a mio parere, dell'esistenza di questo pregiudizio il giudice deve fare una valutazione non in astratto, bensì in concreto, nell'economia di quel preciso e determinato rapporto dedotto, in quella specifica situazione che sotto vari profili gli è denunciata, con quei criteri di prudente relatività che sono inevitabili in accertamenti del genere, incensurabili in sede di controllo di legittimità. Certamente, nella normalità dei casi del comune commercio, non crolla il mondo ove la controparte non adempia alla sua obbligazione, ad es., di consegnare la merce venduta e di norma il creditore insoddisfatto agirà per il risarcimento dei danni e potrà, al massimo, profilarsi l'esigenza di garantire la realizzazione del diritto con l'idonea misura cautelare del sequestro conservativo. Ma non per questo può affermarsi, come si è scritto (20), che il procedimento d'urgenza può esperirsi sol quando si agisca per ottenere la disponibilità di un bene infungibile, poiché per i beni fungibili, « non può mai escludersi la

---

(17) V. in tal senso, S. Satta, *Limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, 132; Id., *Diritto processuale civile*, Padova, 1963, 503, nonché la nota *Provvedimenti d'urgenza*, cit., nella quale l'A. ribadisce che il provvedimento d'urgenza può chiedersi solo per le situazioni giuridiche esclusive precostituite, non per costituire un nuovo diritto o una nuova situazione, onde sarebbero esclusi i diritti potestativi e le obbligazioni « che sono, gli uni e le altre, situazioni strumentali rispetto alla situazione finale che si determina in seguito al giudizio o all'esecuzione ». Ovviamente la conclusione specifica dell'A. affonda le sue radici *in apicibus*, ponendo in giuoco lo stesso concetto di obbligazione e non è ovviamente possibile, nei limiti di questa relazione, portare il discorso su questo piano. Per la critica a questa concezione limitativa, v., tra i tanti, Montesano, *op. cit.*, 48 ss.

(18) V. Montesano, *op. cit.*, 69 ss.

(19) V. Montesano, *op. cit.*, 48.

(20) V. Sapienza, *op. cit.*, 123; Montesano, *op. cit.*, 79.

possibilità di procurarsi un altro ed equivalente mezzo di soddisfazione dell'interesse minacciato », onde farebbe difetto l'irreparabilità del pregiudizio. Infatti, nelle specifiche circostanze di fatto, ben può verificarsi che il creditore abbia interesse al regolare e puntuale adempimento dell'obbligazione gravante sulla controparte, potendo derivare dalla minacciata inadempienza un pregiudizio gravissimo rispetto, ad es., al programma di lavoro dell'impresa. Il fatto stesso che la parte, anziché comportarsi come di norma, insista per il rispetto del contratto ed invochi i provvedimenti all'uopo necessari, dovrebbe essere già di per sé un indizio eloquente, né può opporsi, alla denuncia di una situazione concreta, una risposta astratta rispetto all'economia del rapporto. Giustamente, pertanto (21), si è affermato che anche in queste situazioni è invocabile il provvedimento d'urgenza e si è fatto l'esempio del compratore che agisce per la consegna della merce già rivenduta prima della consegna. Non può quindi escludersi il provvedimento quando sia in discussione l'obbligo di consegnare cose indeterminate, ma determinabili, o di dare cose determinate (22).

In verità lo speciale procedimento si collega, sistematicamente, al principio degli effetti sostanziali della domanda giudiziale e si è detto (23) che mentre gli artt. 5 e 111 del codice di rito affermano codesto principio sul terreno ideale, l'art. 700 consente di attuarlo concretamente sul terreno dei fatti, attraverso modificazioni o conservazioni di situazioni materiali. È appunto questo principio, in coerenza al quale il processo non deve aggravare in linea di massima la posizione di chi ha ragione, che induce a consentire alla concezione più lata in tema di provvedimenti d'urgenza. Questo provvedimento può essere in linea di principio sempre utilmente invocato, per garantire la parte della realizzazione in concreto di quell'interesse precisamente identificabile che costituisce il contenuto del suo diritto, derivante dalla legge o da privata pattuizione; e il giudice deve avere unicamente riguardo a questo interesse, senza indulgere ad altre considerazioni attinenti alla fungibilità astratta del bene richiesto o all'eventuale proponibilità dell'azione risar-

---

(21) V. Dini, *op. cit.*, 175-176.

(22) V. Andrioli, *Commento*, Napoli, 1947, *sub* art. 700; l'A. fa l'esempio del venditore che si rifiuti di consegnare la merce venduta per speculare sulla differenza di prezzo nel frattempo verificatasi nel mercato. Il Montesano, *op. cit.*, 97, pur ammettendo, in certi limiti, il provvedimento d'urgenza per assicurare l'adempimento specifico di consegnare la merce prodotta dal debitore, e cioè sol quando inerisce un fare o un non fare del debitore e il diritto garantisce al creditore un bene infungibile, esclude che col provvedimento in questione si possa anticipare la consegna della merce.

(23) V. Andrioli, *Commento*, Napoli, 1964, *sub* art. 700.

citoria. Si è giustamente osservato, del resto (24), che lo stesso fatto che possa configurarsi solo l'eventuale risarcimento dei danni, è indice eloquente dell'esistenza del pregiudizio imminente ed irreparabile considerato nell'art. 700 c.p.c., poiché, quando si indica questa eventuale soluzione succedanea, con ciò stesso si nega tutela al diritto accampato e che delimita all'origine la controversia.

Ma tutto quanto si è detto non può significare, certamente, che la via del procedimento d'urgenza possa essere sempre agevolmente battuta. Infatti, la possibilità di far ricorso all'art. 700 è, in larga misura, ristretta, in teoria e in concreto, per il fatto stesso che si invoca un provvedimento cautelare, qualche cosa che è, comunque, strumentale, accessorio, preordinato rispetto alla decisione definitiva della controversia e che deve adottarsi, d'urgenza, sulla base di accertamenti sommari. Il limite all'applicabilità dello speciale provvedimento è quindi insito e connaturato alle caratteristiche stesse dell'istituto, con la conseguenza che col provvedimento d'urgenza non si deve pregiudicare, *in teoria*, la soluzione definitiva della controversia; il che significa, *sempre in teoria*, che il provvedimento dovrebbe essere tale da non pregiudicare le ragioni dell'avversario e quindi la massima efficacia pratica, astrattamente concepibile, della sentenza negatrice, in ipotesi, dell'azione accampata dal ricorrente. Indubbiamente, nella concreta esperienza, vi sono situazioni chiare nelle quali la pretesa del ricorrente è, *prima facie*, fondata e l'eccezione è pretestuosa o dilatoria e viceversa saranno riscontrabili situazioni opposte o comunque dubbie. Ma quali che siano le specifiche evenienze di fatto, resta indubbio che, *in teoria*, col provvedimento d'urgenza la decisione definitiva non dovrebbe essere pregiudicata in un senso o nell'altro, ed è qui che emerge la delicatezza dello strumento concesso al giudice, dovendo il magistrato tener presente non tanto che « il segreto sta nel contemperare equamente gli interessi delle due parti opposte » (25), quanto che non si può escludere una soluzione finale della lite che risulti agli antipodi rispetto a quanto si profila in sede meramente cautelare.

Non può esservi dubbio sul fatto che questo limite intrinseco, connaturato al provvedimento d'urgenza, sussiste per definizione per ogni misura cautelare, ogni volta che, nella ricorrenza di speciali circostanze, il giudice è chiamato a pronunciarsi per qualche verso sulla controversia

---

(24) V. C. Mandrioli, *Funzione anticipatrice e natura cautelare nei procedimenti presidenziali e nei provvedimenti d'urgenza*, in *Giur. it.*, 1953, 4, 113.

(25) Così A. Coniglio, *Sui provvedimenti cautelari innominati*, in *Studi per Redenti*, Milano, 1951, vol. I, 317.

prima della decisione definitiva. Mi sembra illuminante, in proposito, il disposto dell'art. 1171 c.c.; il giudice adito con la denuncia di nuova opera, può vietare la continuazione della stessa oppure permetterla, ma in ogni caso, vieti o permetta, deve disporre per le « opportune cautele ». Precisamente, ove si decida per la sospensione dell'opera, deve in qualche modo cautelarsi la parte gravata dall'ordine di sospensione, per il risarcimento dei danni conseguenti alla sospensione stessa, nell'ipotesi che la domanda del ricorrente sia respinta con la decisione di merito; nel caso contrario, corrispondenti cautele devono essere predisposte a favore del ricorrente per i danni conseguenti alla continuazione dell'opera, « se questi ottiene sentenza favorevole nonostante la permessa continuazione ». In sostanza, comunque si decida nell'ambito dello speciale provvedimento cautelare e sulla base della sommaria cognizione del fatto, il giudice deve tener presente l'ipotesi che la decisione definitiva di merito possa rovesciare la posizione delle parti, quale è emersa in *limine litis*, e deve adottare gli opportuni accorgimenti per salvaguardare, rispetto a questa definitiva risoluzione della lite, le ragioni della parte sulla quale incide sfavorevolmente la decisione adottata in sede cautelare.

Conclusivamente può dirsi che il provvedimento d'urgenza non deve pregiudicare nella misura dell'umanamente possibile, le ragioni e gli interessi della parte che ne risulta gravata, prospettandosi logicamente l'ipotesi che la decisione di merito risulti favorevole per la stessa. Tutto il segreto e la delicatezza dei procedimenti cautelari sta, a mio parere, proprio qui, nella necessità di dimensionare le decisioni prese in questa sede rispetto alla definitiva decisione in merito. Da una parte si afferma il principio che il meccanismo predisposto dalla legge per consacrare le ragioni di una parte (e cioè il processo) non deve pregiudicare concretamente le ragioni e gli interessi della parte attrice e a tal fine sono predisposte, secondo le varie ipotesi, le misure cautelari; dall'altra queste misure non dovrebbero essere inversamente tali da pregiudicare le ragioni e gli interessi della parte gravata dalla misura cautelare, onde deve esserci come una cautela rispetto alla cautela, secondo quanto testualmente si ricava dal capoverso dell'art. 1171 c.c.

Ma una misura cautelare perfetta, una misura che salvaguardi nel contempo ed integralmente gli interessi delle parti contrapposte è, per definizione, impossibile, giacché ogni decisione anche interinale sul rapporto controverso non può non risultare favorevole a Tizio e sfavorevole a Caio. Nel tentativo di sistemazione dogmatica dei provvedimenti d'urgenza rispetto alle altre misure cautelari, si è affermato in

dottrina (26), che i primi si distinguono per il loro carattere innovativo, anticipatore per qualche verso sulla decisione di merito, rispetto alle altre misure che sarebbero, appunto, meramente cautelari, poiché preordinate a non pregiudicare in un senso o nell'altro, per ambedue le parti contrapposte, la soluzione della lite. Non mi propongo certamente di approfondire qui questa contrapposta qualificazione; può tuttavia osservarsi che questa contrapposizione, se ha un senso nell'ambito di una ricostruzione sistematica formale delle misure cautelari considerate nel loro complesso, non illumina coerentemente il giuoco e la sorte dei contrapposti interessi nel rapporto tra le misure cautelari e la decisione di merito, e nel rapporto tra la complessiva vicenda processuale e la sua concreta incidenza sulle posizioni sostanziali delle parti. Non a caso un autore che intende mantenere ferma questa contrapposizione sistematica (27), la fonda su un criterio assolutamente formale (« puramente giuridico », egli scrive), non potendosi confondere, a suo giudizio, i provvedimenti d'urgenza che anticipano in una determinata direzione la decisione finale, sacrificando l'uno o l'altro degli interessi in conflitto, e gli altri provvedimenti cautelari ancor quando, con questi provvedimenti, si dispongano misure materialmente innovative del mondo esterno. Certamente, nell'ambito di una ricostruzione puramente formale, i provvedimenti cautelari in generale sono « diretti a far sì che l'evolversi di una situazione di fatto non venga a frustrare in concreto la soluzione giuridica di un conflitto di interessi » (28), in tal senso essendo preordinati finalisticamente dal legislatore; ma, al di là della ricostruzione e della contrapposizione dommatica, e precisamente al fine di intendere la concreta portata di tutte le misure genericamente cautelari in funzione di quella delicata valutazione comparativa degli interessi contrapposti che il giudice deve compiere a seguito della sommaria cognizione, non può dimenticarsi che tutte queste misure, indipendentemente dalla materiale innovazione del mondo esterno che eventualmente implicano, hanno per qualche aspetto, nessuna esclusa, carattere innovativo nell'ambito dei rapporti sostanziali dedotti in giudizio. Non a torto si è detto (29) che perfino il sequestro conservativo innova, in quanto spossessa il debitore dei suoi beni e li affida ad un custode; ancor di più il sequestro concretamente priva il debitore colpito (art. 2906 c.c.) della disponibilità del

---

(26) V. in particolare F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, vol. III, 168.

(27) V. Montesano, *op. cit.*, 36.

(28) Così Montesano, *op. loc. cit., supra*.

(29) V. A. Coniglio, *In tema di provvedimenti d'urgenza*, in *Foro civ.*, 1948, 23.

bene ai fini del commercio giuridico, tale essendo la situazione nella realtà delle cose, anche se tecnicamente gli atti di disposizione sono considerati relativamente inefficaci.

D'altro canto anche le misure cautelari tipiche, contrapposte al provvedimento d'urgenza, hanno spesso *di fatto*, una funzione anticipatrice sotto certi profili. Ad esempio, il sequestro conservativo anticipa in concreto la decisione di merito, favorevole in ipotesi all'istante, per quanto attiene alla esecuzione forzata, convertendosi il sequestro in pignoramento (art. 686 c.p.c.), allorché il creditore ottenga sentenza esecutiva di condanna. Indubbiamente, sotto un aspetto, i beni sequestrati sono tenuti fermi, posti da parte, per l'eventualità che su di essi si debba procedere esecutivamente allorché sopravvenga una decisione definitiva favorevole all'istante, e in questo senso nessun rapporto logico di anticipazione del giudizio vi è in teoria tra la decisione presa in sede cautelare e quella definitiva; ma, sotto altro aspetto, non è men vero che agli effetti della esecuzione, lo spossessamento dei beni, vengono anticipati.

In realtà, in ogni provvedimento cautelare, c'è logicamente una anticipazione rispetto alla decisione definitiva, per il semplice fatto che l'adozione del provvedimento implica di necessità una valutazione, sia pure sommaria, delle contrapposte ragioni e in particolare del *fumus boni iuris* rispetto alla parte istante. Può, infatti, ritenersi pacifico (30) che questa valutazione, pure approssimativa, delle ragioni accampate dall'istante, sia imprescindibile rispetto ad ogni misura cautelare, per il carattere stesso di queste misure e per gli effetti, gravissimi, ch'esse possono avere nella realtà di fatto e giuridica. A me sembra che il nucleo centrale, intrinsecamente distintivo, di ogni misura cautelare e sia pure in varia misura in relazione all'entità degli effetti potenzialmente insiti nel provvedimento per la controparte (è chiaro che in linea di diritto e di fatto il pregiudizio è minimo per i procedimenti questi di istruzione preventiva, comunque questi siano classificati), stia in questa imprescindibile valutazione sommaria degli interessi in conflitto operata con riserva della decisione definitiva. In questo senso i provvedimenti cautelari sono tali in rapporto alle plausibili ragioni della parte istante,

---

(30) V. Dini, *op. cit.*, 169 ss. E nel senso che lo speciale provvedimento presuppone che la domanda sia fondata, v. Andrioli, *Commento*, 1964, cit., 248; e l'A., pur ribadendo l'applicabilità dell'art. 700 nella ipotesi di cui all'ordinanza fiorentina (v. 257), parla della « esigenza di non spezzare, in dipendenza di una cognizione per la sua sommarietà non tranquillante, l'equilibrio delle parti in danno del convenuto o a favore dell'attore in misura che ecceda la presumibile soccombenza del primo » (*ivi*, 264).

servono a garantire per qualche verso questa parte circa la possibilità di appagare al massimo le sue aspettative una volta consacrate nella sentenza definitiva. Per questo le misure in questione spesso contestualmente si accompagnano all'adozione di accorgimenti cautelari in senso inverso per la controparte, come la cauzione (art. 674 c.p.c.) e quegli espedienti che la legge generalmente indica (art. 1171 c.c.) per la denuncia di nuova opera; in sostanza si mira a conseguire, provvisoriamente, una situazione che sia, al massimo possibile, di garanzia per le contrapposte ragioni in attesa della decisione finale e tutto questo sulla base di una valutazione comparativa delle stesse che, per il momento, si risolve favorevolmente per l'una o l'altra parte. Appunto in questo senso, estremamente illuminante è il capoverso dell'art. 1171 c.c.; per questa norma, quale che sia la valutazione sommaria del giudice per questa o quella parte, l'avversario deve poter contare sull'adozione di idonee misure cautelari. A prescindere, quindi, dall'adozione o no di misure specifiche di « controcautela » (cauzione od altro), il giudice deve mettere nel conto della decisione provvisoria la necessità di salvaguardare, per qualche verso, le ragioni della parte gravata; ad esempio, perché, nelle specifiche circostanze, questa può contare sulla solvibilità per i danni dell'istante.

A questa conclusione sembra, apparentemente, che non possa giungersi nel caso che ai sensi dell'art. 700 c.p.c. si disponga in materia di assegno provvisorio all'alimentando, nei limiti in cui un ricorso allo speciale provvedimento è, in questi casi, configurabile (31). Infatti, potrebbe osservarsi che nella ipotesi è impossibile, per definizione, adottare accorgimenti cautelativi per la parte gravata dalla decisione del giudice e costituirebbe certamente un non senso subordinare l'operabilità del provvedimento alla prestazione di una cauzione. Ma l'obiezione non mi pare pertinente, perché nel caso, risolvendosi in generale il contenuto della controversia di merito nella determinazione quantitativa dell'assegno, pur nella fase della sommaria cognizione il giudice può agevolmente

---

(31) V. Montesano, *op. cit.*, 91-92. Da questa situazione ha ampiamente argomentato anche M. Rudan, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., *supra*, n. 4, osservando l'A. che, a ragione di questa conclusione largamente ritenuta, in realtà nella concessione o no del provvedimento d'urgenza non si ha solo riguardo alla minaccia in sé per il diritto obiettivamente considerato, ma soprattutto alla situazione di pericolo per la persona del presunto titolare; ed è appunto in questo contesto che la Rudan giunse a giustificare la conclusione ritenuta dal pretore fiorentino. A parte la prospettabilità formale dell'assunto, a mio avviso, la situazione specifica è in tal guisa eccezionale ed irripetibile, nonché estremamente facilitata come ho detto nel testo, che solo apparentemente rappresenta una deroga.

risolvere ogni dubbio e in ordine alla identificazione della parte obbligata, a favore della quale resta in ogni caso l'azione di regresso (art. 446 c.c.), e per quanto attiene all'accertamento dello stato di bisogno; nel caso cioè o *prima facie* o con un minimo di accertamenti può eliminarsi ogni incertezza per quanto si riferisce agli elementi costitutivi del diritto, mentre la determinazione quantitativa dell'assegno provvisorio sarà presumibilmente contenuta in limiti ristretti non pregiudizievoli rispetto alla determinazione definitiva. In sostanza è una situazione specialissima rispetto alla quale le osservazioni fatte non risultano, a mio parere, infirmate.

È sulla base delle considerazioni generali che necessariamente precedono che può fondatamente esprimersi più di un dubbio circa la possibilità di far ricorso, nelle controversie di lavoro e previdenziali, al provvedimento d'urgenza. A mio avviso, in linea di principio, niente si oppone alla esperibilità in materia della speciale procedura, in considerazione della particolare natura del diritto accampato, appunto perché a me non paiono accettabili le concezioni restrittive in proposito elaborate in sede dottrinale. All'opposto ritengo consentita dalla lettera della legge e dalla *ratio* chiaramente espressa nei lavori preparatori, la tesi più lata. Senonché, nella materia specifica, il dubbio sulla concepibilità del provvedimento deriva da quanto ho ritenuto di poter sostenere in tema di caratteristiche intrinseche di ogni provvedimento cautelare. Ogni provvedimento cautelare, se implica di necessità una valutazione anticipata del giudice sulla lite, una scelta, in definitiva, della parte in danno della quale maggiormente deve incidere la parentesi litigiosa in rapporto a tutti i possibili pregiudizi di fatto che il processo determina, non può pregiudicare interamente le ragioni della parte avversa. Quel giuoco bilanciato di cautele e di controcautele che costituisce in definitiva, anche se non è facilmente esprimibile, la sostanza dei provvedimenti cautelari secondo la prudente valutazione del giudice, è difficilmente traducibile nelle nostre controversie, specialmente quando, rivendicando il lavoratore o l'assicurato l'immediata disponibilità di somme di danaro, il provvedimento d'urgenza consentirebbe di fatto al ricorrente di realizzare compiutamente o in parte la sua pretesa, senza potervisi accompagnare alcuna contestuale garanzia in senso inverso per l'ipotesi che la domanda di merito venga poi respinta. Il Sermonti (32), criticamente commentando le ordinanze fiorentine del 1961, ha fatto in proposito notazioni non trascurabili, osservando che « le difficoltà economiche del

(32) V. in *Mass. giur. lav.*, 1961, 356.

richiedente potrebbero venire in considerazione come controspinta a concedere il provvedimento, per l'irripetibilità di quanto sia versato in esecuzione del provvedimento stesso, in caso di soccombenza del richiedente nel giudizio di merito », mentre in materia di lavoro generalmente la provvisoria eseguibilità della sentenza è esclusa per l'A. « anche per non trasformare il diritto dell'imprenditore soccombente ad esercitare il controllo su una sentenza a lui sfavorevole in una specie di diritto a proporre ricorso nell'interesse della legge! ». In definitiva, pur se è amaro il constatarlo, è la stessa ristrettezza economica della parte richiedente che rende problematico il ricorso al provvedimento d'urgenza, se non si vuole con la misura cautelare pregiudicare la sorte della pronuncia finale in termini concreti. Il fatto stesso che assai raramente i nostri giudici abbiano avuto possibilità d'essere richiesti di dar corso in materia all'art. 700 è quanto mai eloquente; è segno che comunemente si avverte, al livello della consapevolezza media degli operatori, la discutibilità del rimedio. Di qui la conclusione che, allo stato, l'ordinamento non può consentire una indicazione adeguata nella direzione voluta nonché la spinta a ricercare se siano possibili, per avventura, altre indicazioni eventualmente introducibili con apposite leggi di riforma.

3. *De iure condendo*, un primo rimedio d'urgenza a favore del lavoratore è stato proposto all'uopo volendosi utilizzare le risultanze del tentativo di conciliazione innanzi agli uffici del lavoro che, secondo una opinione largamente diffusa ma discutibile, dovrebbe imporsi a pena d'improcedibilità della domanda. Più precisamente, secondo il nuovo testo dell'art. 432 c.p.c. formulato nel disegno di legge n. 1933 del 2 gennaio 1960 (33), nell'ipotesi di insuccesso di codesto tentativo dovrebbe redigersi un processo verbale di mancata conciliazione nel quale l'ufficio non solo potrebbe indicare la soluzione più idonea della controversia, ma determinare, se possibile, l'ammontare del credito che può

(33) V. in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, 153; nello stesso senso v. anche la proposta di legge n. 1057 presentata alla Camera il 3 marzo 1964 dall'on. Amatucci ed altri, come generale riproposizione del disegno di legge governativo del 1960 (v. in *Riv. dir. lav.*, 1964, 3, 149). La Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori (v. vol. IX, *Controversie individuali di lavoro*, Roma, 1959, 98) lamentò che nella prassi attuale degli uffici del lavoro si ometta di indicare nel verbale di mancato accordo le ragioni del fallimento del tentativo nonché di verbalizzare il parere dell'ufficio. Già il Pergolesi, *Alcune osservazioni sulla fase attuale del processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1950, I, 1, scrisse: « Di più ancora io propenderei a rendere obbligatoria la estensione di una succinta memoria sulla vertenza redatta dall'ufficio... da servire come prima guida di orientamento per la precisazione delle questioni e delle norme da applicare ».

spettare alla parte istante, cioè di norma al lavoratore (34); in questo caso il verbale costituirebbe documento idoneo per ottenere decreto ingiuntivo. Ovviamente mi soffermo su questa previsione che qui particolarmente interessa, sorvolando su quella indicazione della soluzione più idonea che non a torto ha allarmato una parte non trascurabile dell'opinione (35), anche se tra le due indicazioni vi è un nesso evidente in ragione del quale molte delle critiche possono ripetersi per entrambe, specie su un piano di valutazione generale di cui dirò (36). A parte il rilievo che è di per sé assai discutibile l'attribuzione di un potere così rilevante ad un organo della pubblica amministrazione (37), giustamente si è osservato che la previsione è « certamente sproporzionata alle funzioni del potere esecutivo e alle possibilità, anche tecniche, dell'attuale composizione degli uffici » (38). Non si vede, infatti, come i funzionari dell'ufficio possano, sulla base di un tentativo di conciliazione nel contesto del quale sarà per definizione impossibile procedere ad accurati accertamenti attingendo a fonti imparziali al di là delle versioni e delle asserzioni di parte, indicare la soluzione più idonea; né pare possibile una valutazione quantitativa della pretesa del lavoratore, tolta l'ipotesi eccezionale di risolutive ammissioni della controparte aventi sostanziale valore confessorio, mentre è del tutto inaccettabile che si chieda a codesti funzionari una « valutazione presuntiva della prestazione in ipotesi dovuta » (39). Egregiamente si è scritto (40) che « nonostante le intenzioni certamente lodevoli degli estensori, questa norma — se non è proprio un

---

(34) Ma si è detto che alla lettera per « parte istante » può intendersi sia la parte che ha promosso il tentativo di conciliazione sia la parte che ha promosso l'accertamento: v. E. Minori, *Intervento*, in *Dir. econ.*, 1960, 387.

(35) V. infatti le perplessità emerse nel dibattito al CNEL: parere sul disegno di legge del 1960, in *Riv. dir. lav.*, 1961, 3, 56.

(36) In difesa della soluzione proposta, con interessanti notazioni, v. in particolare V. Simi, *Poteri e limiti della P.A. nella soluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *Per una riforma della giustizia del lavoro*, cit., n. 7, 61. Sul problema v. anche V. Andrioli, *Riforma del processo civile e lineamenti del nuovo processo del lavoro*, cit., 22-23. Pienamente adesivo, al fine di stroncare lungaggini e pretestuose eccezioni, v. G. Rapelli, *Intervento*, in *Dir. econ.*, 1960, 340.

(37) Così A. G. Mazzarino, *Le controversie del lavoro e la riforma del diritto*, in *Rass. lav.*, 1964, 861.

(38) Così G. Mazzoni, *Intervento*, in *Dir. econ.*, 1960, 395.

(39) In tal senso si espresse G. Ghezzi, *Intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 159. Sugli eventuali problemi d'ordine tecnico in rapporto alla previsione, in particolare per l'ipotesi che la valutazione dell'ufficio e quindi il ricorso alla procedura monitoria si verifichino a seguito di un tentativo di conciliazione provocato dal giudice già adito con la sospensione del processo a questo fine e quindi in una situazione di litispendenza, v. l'accurata analisi di E. Minoli, *Intervento*, cit.

monstrum giuridico — lascia profondamente perplessi: una specie di giudizio preliminare affidato a chi non è giudice, un precedente che può compromettere l'esito del vero giudizio anche quando le opinioni espresse dall'ufficio (poiché non d'altro si tratta) siano negative, in tutto o in parte, per il lavoratore; per non parlare dell'assoluta mancanza d'istruttoria, peculiare della fase conciliativa, la cui principale caratteristica di utilità risiede appunto nella totale assenza di formalità e di conseguenze giuridiche: ove dall'incontro all'ufficio del lavoro potessero derivare così decisive conseguenze, non basterebbe più al lavoratore l'assistenza del rappresentante sindacale e occorrerebbe l'intervento — comunque costoso — di un difensore tecnico ».

In realtà una ipotetica previsione di questo tipo si rivelerà inutile nella massima parte dei casi, pericolosa spesso nelle ipotesi in cui ad essa voglia darsi concreto svolgimento. Generalmente inutile perché, di norma, il funzionario onesto e scrupoloso non sarà in grado di darvi corso, in assenza di elementi incontrovertibili; pericolosa se, sulla base delle dichiarazioni raccolte e di norma del tutto inappaganti, qualche operatore avventato o dalla testa calda riterrà di dover « forzare » la situazione. E pertanto si disporrebbe con sano realismo, se ci si limitasse a porre l'obbligo di redigere il processo verbale di mancata conciliazione, dallo stesso dovendo risultare le tesi di parte e le loro dichiarazioni, con l'ulteriore eventuale indicazione da parte dell'ufficio del *quantum* dovuto al lavoratore sulla base delle ammissioni della controparte (41); aggiungendosi che siffatto verbale può costituire, secondo la prudente valutazione del giudice conforme ai principi della speciale procedura monitoria, prova scritta ai fini della concessione del decreto ingiuntivo. In sostanza, non un problematico e pericoloso potere dell'ufficio nei termini finora prospettati, ma una norma imperniata sull'obbligo di redazione del verbale di mancata conciliazione ed elasticamente formulata in termini tali da facultizzare eventualmente l'ufficio ad esprimere su basi incontrovertibili una precisa valutazione quantitativa, il tutto subordinato, ai fini della esperibilità della procedura monitoria, alla cauta

---

(40) V. G. Trioni, *A proposito del progetto di riforma del processo del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1963, I, 173.

(41) Sostanzialmente il suggerimento fatto nel testo corrisponde alla indicazione del CNEL, in *Parere*, cit.; secondo il Consiglio, infatti, la procedura monitoria dovrebbe ammettersi solo per le somme non contestate, mentre, nell'ipotesi di tentativo di conciliazione in sede sindacale, varrebbbe decisivamente l'accordo delle contrapposte associazioni in analogia a quanto già previsto nell'ordinamento corporativo. Secondo il Corrado, *Intervento*, in *Dir. econ.*, 1960, 344, l'ufficio del lavoro dovrebbe limitarsi ad una mera valutazione tecnica della pretesa sulla base dei dati forniti dal lavoratore.

decisione del magistrato. Questa è l'idea generica che mi pare di poter formulare in alternativa; idea che richiederebbe un preciso svolgimento tecnico.

Sennonché, dopo aver tradotto questa proposta largamente caldeggiata negli unici termini che paiono seriamente prospettabili, la conclusione seria è che assai raramente una siffatta norma sarà di pratica utilità nei casi concreti per gli inconvenienti e gli ostacoli che ho riepilogato, mentre di certo la previsione astratta avrà per contropartita, di per sé, un danno sul piano dell'istituto complessivamente auspicato — il tentativo obbligatorio di conciliazione. Si è ottimamente osservato (42) che « se si vuole che le parti si accostino al mediatore con affidamento e con sincerità, occorre garantire alle stesse che il mediatore resterà tale per tutto il corso del procedimento e che le affermazioni fatte nel corso del tentativo di conciliazione non avranno influenza sulla decisione finale. È per tale ragione che all'estero, per esempio in Francia e in Inghilterra, le funzioni del conciliatore sono sempre rigorosamente distinte da quelle dell'arbitro ». Ed infatti, quello che assai problematicamente potrà conseguirsi in qualche raro caso cavando dal fallito tentativo di conciliazione una prova tranquillante ai fini della più rapida soddisfazione delle pretese del lavoratore (43), sarà in soverchiante misura annullato dalla previsione astratta giusta la quale il tentativo di conciliazione in discorso potrebbe snaturarsi, a guisa di un trabocchetto; la parte, lungi dal parlare liberamente così facilitando il compito conciliativo dell'ufficio, ponendo in essere le premesse di un accordo realisticamente di reciproco vantaggio, soprattutto si preoccuperebbe di non rilasciare dichiarazioni compromettenti e utilizzabili nei

---

(42) Nella relazione alla proposta di legge n. 1377 presentata alla Camera il 14 maggio 1964 dall'on. Buttè ed altri per la trattazione extragiudiziale delle controversie di lavoro, in *Riv. dir. lav.*, 1964, 3, 157. V. anche F. Peschiera, *Brevi note in tema di conciliazione e di arbitrato con particolare riferimento a recenti proposte di legge*, in *Temi gen.*, 1961, 164: « ... il dibattito, le argomentazioni, le stesse posizioni assunte dalle parti in sede conciliativa, si sviluppano in funzione di una soluzione transattiva; se questa non riesce sembra equo consentire alle parti la ripresa della più ampia libertà ». Ed anche il CNEL, nel citato, *Parere*, osservò che l'indicazione nel verbale delle ragioni del mancato accordo appesantisce inutilmente i compiti dell'ufficio, col rischio di alimentare in partenza la polemica sulle ragioni del disaccordo, così rendendo più difficile la riuscita del tentativo.

(43) Ma il verbale di mancato accordo varrà per la concessione del decreto ingiuntivo, dovendosene escludere l'idoneità ai fini dell'esecuzione provvisoria *ex* art. 642 c.p.c.: E. Minoli, *Intervento*, cit. E se il lavoratore da una parte farà ricorso alla procedura monitoria sulla base della valutazione dell'ufficio del lavoro e dall'altra agirà in sede ordinaria per il residuo della pretesa, ne verranno fuori grosse complicazioni.

suoi confronti. È dubbio, pertanto, che convenga intorbidare la logica della può auspicata soluzione conciliativa.

4. È da ricordare che l'ANDRIOLI (44) ha delineato una singolare applicazione del procedimento di convalida: « Mi spiego e preciso: quante volte il fondamento di pretese creditorie del lavoratore, rese esigibili in dipendenza del licenziamento e, in genere, della cessazione del rapporto di lavoro, è documentabile in scritture, che l'imprenditore deve tenere, il lavoratore lo cita a comparire avanti al pretore o al conciliatore perché questi, in difetto di comparizione o di opposizione, convalidi l'ordine di pagamento, che il lavoratore sollecita; in caso di opposizione dell'intimato che comparisce all'udienza fissata, il giudice pronuncia sentenza sulla base dei documenti esibiti e nei limiti in cui sulle registrazioni non sorgono contestazioni, mentre, in difetto di esibizione dei documenti, deferisce giuramento d'ufficio al lavoratore; altrimenti, il processo prosegue avanti il giudice competente ». Sennonché a me francamente pare che la proposta, alla quale ha fatto forse riferimento anche il CNEL in un recente parere (45), sia nel complesso di scarsa utilità. Infatti chiunque abbia esperienza della realtà dei rapporti di lavoro, specialmente in quella vasta zona delle piccole imprese e delle imprese pseudo-artigianali che segna le punte più alte dell'evasione alle leggi sociali e ai contratti collettivi in danno dei lavoratori spesse volte qualificati subdolamente come apprendisti, sa bene come, di norma, i libri obbligatori siano formalmente tenuti in regola, con registrazioni però false o con omissioni dolose, fatte specialmente per ridurre il carico previdenziale, sovente con la piena collusione del lavoratore che miopemente preferisce talora una maggiore retribuzione acconsentendo in contropartita alla frode in danno degli enti di previdenza. Ne deriva che il contenzioso del lavoro, in questa amplissima area patologica (nella media e nella grande impresa la situazione è assai diversa), trae quasi di norma origine da pretese per le quali nei libri obbligatori non vi è traccia (ad es., in tema di lavoro straordinario) oppure addirittura vi si trovano dati formalmente contrari che si tratta, appunto, di superare. Per questo

---

(44) V. *Riforma del processo civile e lineamenti del nuovo processo del lavoro*, cit., *supra*, 21.

(45) Dico forse perché il CNEL nel suo più recente *Parere*, sui problemi in esame (v. in *Riv. dir. lav.*, 1965, 3, 411) ha richiamato, senza però pronunciarsi nel merito, una recente proposta di uno speciale procedimento « monitorio » quando invece l'ANDRIOLI ovviamente chiarì (v. *loc. cit., supra*) che intendeva riferirsi ad « una nuova versione del procedimento (non d'ingiunzione, per il quale difetterebbe ai lavoratori la disponibilità dei documenti), ma di convalida di sfratto ».

non mi pare che la pur interessante proposta si appalesi di consistente utilità (46).

5. Secondo la nuova formulazione dell'art. 440 del codice progettata nel disegno di legge del 1960 e ripetuta nella proposta di legge Amatucci, il giudice potrebbe, anche in sede istruttoria, sia in primo grado che in appello, disporre con ordinanza, avente valore di titolo esecutivo, il pagamento delle somme non contestate dal datore di lavoro. La proposta è stata generalmente accolta con favore (47), osservandosi che è opportuno soddisfare immediatamente il lavoratore di quella parte della pretesa sulla quale non v'è contestazione, mentre sarebbe assurdo permettere a chi si dichiari parzialmente debitore di potersi esimere dal pagamento di quanto spontaneamente riconosciuto per tutta la durata del processo e approfittando dello stato di bisogno del lavoratore, così facendo « pesare sulla bilancia dell'eventuale transazione proprio questa ingiusta ritenzione di somme che si riconoscono dovute » (48). Ed in genere si aggiunge che la soluzione si ispira, in definitiva, allo schema già previsto nel codice di rito per il rendimento dei conti (art. 263 c.p.c.). Sennonché si è autorevolissimamente osservato (49) che l'analogia con il giudizio di rendiconto non convince del tutto; infatti, mentre la presentazione del conto rileva in definitiva come una confessione (come tale incontrovertibile), la mancata contestazione si risolve in un comportamento meramente omissivo; pertanto la previsione innovativa implica una valutazione del contegno delle parti che esige una decisione ad opera del giudice, decisione per la quale, secondo i principi, sarebbe imprescindibile far ricorso alla forma della sentenza parziale. Infatti, ove la parte si ritenga lesa dalla valutazione del giudice assumendosi un erroneo apprezzamento del contegno processuale, non si vede in quale forma possa impugnarsi l'ordinanza. Questo rilievo del Carnelutti è, a mio avviso, del tutto centrato, se non ci si vuole discostare da taluni elemen-

---

(46) È da ricordare che D. Luzzatto, *Intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 1956, I, 31 suggerì un tipo di processo del lavoro sostanzialmente orale « con larga possibilità di decisioni immediate, a somiglianza di quanto avviene alle udienze di verifica dei crediti nell'ambito della procedura fallimentare ». Ma sulla concretezza di questa e di assai simili proposte è da dubitare fortemente, così come ho cercato di dire nella mia prolusione pisana.

(47) V. in tal senso i due *Pareri* del CNEL, cit.. La proposta venne anche dalla Commissione d'inchiesta sulle condizioni di lavoro (v. volume cit., 220). In adesione v. G. Ghezzi e C. Smuraglia, *Interventi*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 160 e 55.

(48) Così G. Trioni, *A proposito del progetto di riforma*, cit., *supra*.

(49) V. F. Carnelutti, *Intervento*, in *Dir. econ.*, 1960, 320.

tari principi del processo. E pertanto sarebbe opportuno prospettare un più convincente svolgimento tecnico della proposta di per sé assai apprezzabile nella sostanza. Forse l'emanazione del provvedimento potrebbe essere condizionata da un lato alla formale richiesta di parte e dall'altro ad una sorta di esplicita ammissione di non contestazione *ex adverso* e per l'*an* e per il *quantum*; oppure, accentuando il potere del giudice secondo il senso della proposta così come è stata finora formulata, l'esigenza messa in rilievo dal grande Maestro potrebbe essere appagata ammettendo comunque, a prescindere dalla forma del provvedimento del giudice istruttore (50), la possibilità di gravame innanzi al collegio al momento della decisione della causa, previa riserva in tal senso nella prima udienza successiva all'emanazione dell'ordine di pagamento. Non può tuttavia tacersi che la previsione è anch'essa problematica, giacché essa forse indurrà a contestare *in toto* le pretese dell'attore (51), essendo d'altro canto opinabile considerare di per sé vessatorio ed iniquo il comportamento di chi, innanzi alle maggiori pretese della controparte, si rifiuta comunque di dar corso a quanto egli riconosce pacificamente dovuto in limiti più ristretti. Infatti, su questo piano, è corretto porre allo stesso livello, nel giuoco contrapposto, quella che si è detta « ingiusta ritenzione » e la minaccia, dall'altro lato, di insistere in una pretesa che si ritiene esorbitante. L'uno e l'altro comportamento si pongono, in linea di principio, nella stessa linea logica e non si vede

---

(50) Secondo L. Ventura, *Giudice del lavoro, processo del lavoro e crisi della giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, n. 4, 237-238 è da chiedersi se la progettata norma faccia riferimento al giudice istruttore o, in caso di giudice collegiale, al collegio, in quanto, nella seconda ipotesi, ben scarso sarebbe il vantaggio del lavoratore costretto ad attendere a lungo la decisione. In realtà credo che la progettata norma faccia riferimento al giudice istruttore; ed infatti il disegno di legge del 1960 adoperava le parole « anche in sede istruttoria ». Ma la formulazione è assai scorretta, in quanto la previsione, riferita alla fase decisoria della causa, non ha senso, potendosi quivi provvedere, com'è logico, con la provvisionale. D'altro canto se la norma dovesse riferirsi al collegio « anche in fase istruttoria » intendendosi che anche prima della decisione della causa il giudice collegiale possa emettere lo speciale provvedimento, dovrebbe dirsi in quali forme e ad iniziativa di chi possa provocarsi questa decisione collegiale che, collocandosi nel bel mezzo dell'istruttoria, rappresenterebbe un ulteriore intralcio, ragione di grave ritardo. Pertanto la progettata norma dovrebbe far riferimento, *sic et simpliciter*, al g.i.

(51) L. Ventura, *op. loc. cit.*: « Per questo è da chiedersi se dopo la sua eventuale approvazione (della norma, n.d.r.) seguiteranno ancora ad esistere delle "somme non contestate" nei giudizi di lavoro ». E varrà qualsiasi contestazione, anche l'eccezione di compensazione: G. Nicolini, *Prospettive per la trattazione delle controversie individuali di lavoro*, in *Temi gen.*, 1963, 277, n. 25; secondo questo A. meglio si farebbe prevedendo il provvedimento in questione per le somme risultanti in modo certo, ad es., da atto scritto: ma nell'ipotesi la strada è aperta alla procedura monitoria.

perché, economicamente parlando, chi è disposto a dare cento senza ulteriori indugi non possa umanamente attendersi che l'altra parte rinunci in contropartita ad insistere per avere mille.

6. Secondo la proposta di legge n. 847 presentata il 18 dicembre 1963 alla Camera dei Deputati dall'on. Zoboli ed altri (52), sotto la rubrica « ordinanza di condanna per il pagamento di somme », si propone che « in ogni stato e grado del giudizio quando è sommariamente accertata la sussistenza di un diritto ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il giudice su istanza di parte ordina al debitore il pagamento di una provvisionale nei limiti della quantità in cui ritiene già raggiunta la prova. L'ordinanza, non impugnabile, costituisce titolo esecutivo ». Credo che sia sufficiente spendere poche parole, ad un esame sereno, per mettere in rilievo il carattere veramente aberrante della proposta. Preferisco, anzi, farlo riproponendo all'attenzione del convegno le sensate notazioni del Ventura (53); ha infatti osservato questo A., che tra il potere di assegnazione di una provvisionale conferito al giudice nel comma 2 dell'art. 278 e la proposta in questione vi è una differenza fondamentale. Nel codice, com'è logico, quel potere può esercitarsi contestualmente al riconoscimento, con sentenza, del diritto preteso, rimanendone controversa la quantità; secondo questa proposta, invece, il potere è commesso anche al giudice istruttore, nelle forme dell'ordinanza per giunta non impugnabile! Col possibile risultato che la successiva sentenza, negatrice *in toto* della pretesa, non potrebbe travolgere codesta ordinanza! Effettivamente siamo così assai avanti nella sbrigliata fantasia del candidato riformatore (54), a prescindere dal rilievo che la proposta, con quell'inciso « in ogni stato e grado », apre sensazionali prospettive nel giudizio di cassazione. E se è vero, come rileva ancora il Ventura, che ben si comprende la proposta considerando la situazione di grave crisi della giustizia in cui è maturata, crisi in ragione della quale specialmente nei grossi uffici sovraccarichi di lavoro « molti magistrati... considerano giustamente come una profonda ingiustizia il fatto di poter emanare una sentenza di accoglimento solo dopo mesi (od anni) da quando, al di fuori di ogni formalismo, hanno acquisito la convinzione che il diritto del lavoratore-attore sussiste effettivamente, sia pure in parte », ciò non toglie che « l'ordinanza prevista nella propo-

---

(52) V. in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 71.

(53) *Op. cit.*, 238-239.

(54) V. in proposito le ripetute ammonizioni di V. Andrioli, *Riforma del processo civile e lineamenti del nuovo processo del lavoro*, cit., *supra*.

sta Zoboli potrebbe essere emanata erroneamente e che ciò potrebbe dar luogo ad altra ingiustizia, probabilmente irrimediabile data l'immediata esecutività del provvedimento », non essendo per altro verso tranquillante l'osservazione che « in tale situazione, è evidente che nell'esaminare la proposta Zoboli il legislatore sta discutendo, in buona sostanza, quale ingiustizia preferire, se cioè una ingiustizia a danno del lavoratore che, pressato dal bisogno, si rivolge inutilmente al magistrato, oppure una ingiustizia a danno del datore di lavoro, che rischia di essere condannato frettolosamente al pagamento di somme non dovute ».

Naturalmente queste osservazioni non escludono che in questa discutibile proposta possa esservi un nucleo apprezzabile, da svolgere eventualmente in forme tecnicamente adeguate, nel rispetto di ovvi principi processuali e sempre secondo valutazioni d'ordine politico del legislatore. E precisamente, ferma restando per la fase decisoria della causa la previsione generale di cui al comma 2 dell'art. 278 del codice, eventualmente con l'esplicita previsione di una norma *ad hoc* per il processo del lavoro (55), si tratta di vedere se è possibile conferire al giudice un siffatto potere nel bel mezzo dell'istruttoria. E qui gli svolgimenti possono essere i più vari, con un minimo di equilibrio tra gli interessi contrapposti e con un minimo di strutturazione tecnica; e cioè il conferimento del potere in questione al giudice istruttore, su istanza di parte versata nel contraddittorio proponibile *ex adverso*, con la possibilità, comunque, di impugnare il provvedimento innanzi al collegio immediatamente o con la spedizione della causa a sentenza, previa riserva (con ulteriori prospettive in tema di esecutività immediata e di eventuale inibitoria) oppure con la possibilità di provocare in via anticipata la decisione del collegio, nell'ipotesi di processo pendente innanzi al giudice collegiale. Insomma, comunque sia, una sorta di processo nel processo, una parentesi interlocutoria di per sé difficilmente congegnabile e certo destinata ad operare come occasione di ulteriori complicazioni, croce e delizia del raffinato tecnicismo dei processualisti. E qui c'è veramente da chiedersi se il giuoco valga la candela; se non sia per avventura miglior partito quello di battere decisamente la strada maestra di un processo rapido e funzionale che permetta con ciò stesso di

---

(55) Già la Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori (v. volume, cit., *supra*, 220) propose che nel processo del lavoro, sussistendone i presupposti, la provvisionale doveva essere di norma concessa, salvo la ricorrenza di gravi motivi in contrario. Nello stesso senso si è sostanzialmente espresso il CNEL nel suo secondo *Parere*, cit.

superare il problema, all'occorrenza essendo a disposizione l'istituto della provvisionale quale è configurata oggi nel codice.

7. Da ultimo, tra le questioni che, in un'accezione assai larga, rientrano nell'ambito di questa relazione, è da considerare il problema della provvisoria eseguibilità delle sentenze pronunciate a favore del lavoratore ed in particolare dell'assicurato, nella seconda situazione specialmente quando sono in questione le prestazioni a seguito di infortunio sul lavoro e la pensione d'invalidità. Anche questo è, in realtà, un vecchio problema agitato dalle origini di questo contenzioso, ed è ben noto come nella vigenza dell'ordinamento corporativo, con la regolamentazione del 1934 (56), si inventò una soluzione, quella dell'ammissibilità della provvisoria esecuzione però con deposito delle somme dovute in banca o in conto postale, tanto visibilmente bislacca che non merita alcuna considerazione (57). Allo stato, la situazione della nostra esperienza è altrettanto nota; malgrado la tesi talora valorosamente prospettata (58), generalmente si nega la provvisoria esecuzione ai sensi del capoverso dell'art. 282, contestandosi, non a torto, la natura alimentare della retribuzione. Né consta che vi sia una frequente concessione del beneficio sotto il profilo del pericolo nel ritardo, ai sensi dell'alinea della norma in questione (59). In realtà i nostri giudici sono restii ad impostare la questione in questi termini, giacché è dominante la preoccupazione che, avendosi a che fare con un soggetto socialmente sprovveduto, la riforma della sentenza con il rigetto della pretesa avanzata dal lavoratore incontri nei fatti l'eloquente irripetibilità di quanto versato sulla base della sentenza soggetta a gravame. In definitiva questo indirizzo giurisprudenziale si basa su quelle stesse ragioni per le quali in molte sedi, anche qualificate, ci si oppone ad una riforma del dato legislativo esistente e come sopra interpretato (60). Il problema è, in chiare parole,

---

(56) V. N. Jaeger, *Corso di diritto processuale del lavoro*, Padova, 1936, 252 ss.

(57) Così giustamente D. Napolitano, *Diritto processuale del lavoro*, Roma, 1960, 345 ss.

(58) V. A. Foresti, *Esecuzione provvisoria nel processo di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1961, 2, 472.

(59) Per lo stato della questione v. D. Napolitano, *op. loc. cit.*, nonché, rispetto alle liti previdenziali, *ivi*, 572.

(60) Il CNEL, nel suo primo *Parere*, cit., del 1960 si pronunciò di massima contro la generalizzazione del beneficio nell'ordine di idee esposto nel testo. Egualmente contro la generalizzazione (« chi è stato dichiarato debitore e costretto a prestare in forza di sentenza non definitiva, non deve essere troppo leggermente esposto al rischio di non recuperare quel che successive pronunce del magistrato, *re melius perpensa*, affermano

squisitamente politico, senza pregiudiziali formali di sorta (61). Forse potrebbe suggerirsi di distinguere tra le controversie previdenziali e quelle vere e proprie di lavoro. Rispetto alle prime non vedo generalmente ostacoli alla soluzione più favorevole agli assicurati, posto che questo nostro scombinato, coatico e in altre direzioni ben largamente e parassitariamente lucrativo « sistema » previdenziale ben potrebbe sostenere, nella ridda di miliardi che così malamente amministra, il costo di una radicale riforma, certo non travolgente e comunque sulla base di una pronuncia giudiziaria. Per le controversie di lavoro vere e proprie potrebbe introdursi, come del resto si è di recente proposto (62), una norma elasticamente formulata per la quale il beneficio fosse normalmente da riconoscersi, avendo però riguardo alle circostanze specifiche (63) e salvo la ricorrenza di particolari, gravi motivi che consiglino nel caso concreto di rifiutarlo, secondo la prudente valutazione del magistrato.

---

non dovuto »). V. Andrioli, *Riforma del processo civile e lineamenti del nuovo processo del lavoro*, cit., tuttavia aggiungendo che « non si deve mancare di richiamare l'attenzione dei magistrati, cui compete il delicato compito di apprezzare il pericolo nel ritardo, quale concessione della esecuzione provvisoria, sulle componenti dell'art. 36 ». A questa equilibrata impostazione si è attenuto in sostanza il CNEL nel secondo *Parere*, cit.

(61) Così G. Trioli, *A proposito del progetto di riforma*, cit. *supra*.

(62) V. la proposta di legge n. 1208 presentata alla Camera dei Deputati il 9 aprile 1964, dall'on. De Florio ed altri, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, 265.

(63) Ed infatti si è giustamente osservato da A. Foresti, *Esecuzione provvisoria*, cit., *supra*, che talora il problema, nella sua dimensione umana e sociale, non si presenta affatto, ad es., nell'ipotesi di una causa promossa da un lavoratore fruente di un buon trattamento per talune secondarie voci retributive. Anche per questo una proposta di generalizzazione astratta è da respingersi, perché in definitiva contrastante con la spinta che muove la proposta innovativa medesima.

8.

LA RIFORMA DEL PROCESSO DEL LAVORO NELLO SCORCIO DELLA QUARTA LEGISLATURA (*)

Nello scorcio convulso della quarta legislatura si è fatto un tentativo disperato per la riforma del processo del lavoro, cercando di appagare, almeno parzialmente, le aspirazioni coltivate da sempre nell'opinione dei più vari ambienti interessati al problema (v., per riferimenti, la mia prolusione pisana *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 190), certo anche perché, in questi ultimi tempi, il movimento per la riforma si è insistentemente accentuato: in particolare, nella primavera del 1967, su questo tema che si trascina in pratica da decenni, si tenne a Bologna il quarto convegno nazionale promosso dai Comitati di azione per la giustizia (v. gli Atti pubblicati di recente, col titolo *Crisi della giustizia in materia di controversie del lavoro e della previdenza sociale nel quadro della crisi generale della giustizia*). Così, presso la Camera, si procedette al raggruppamento delle sei proposte di legge presentate (o ripresentate in qualche caso) nel corso della legislatura (la n. 847 dell'on. Zoboli e altri; la n. 1057 dell'on. Amatucci e altri; la n. 1208 dell'on. Buttè e altri; la n. 1377 dell'on. De Florio e altri; la n. 1432 dell'on. Storti e altri; la n. 2620 degli onn. Breganze e Pennacchini), e le due commissioni permanenti riunite per la giustizia e per il lavoro approvarono la riforma in data 10 marzo 1968: il disegno di legge (n. 2848) venne trasmesso al Senato il 5 marzo e qui subì, con la chiusura della legislatura, la malinconica sorte di tante proposte. Poiché è prevedibile che il nuovo Parlamento vorrà riaffrontare il problema, merita dar conto, con qualche osservazione critica, di questo ennesimo tentativo giunto quasi in porto sia per l'intrinseca rilevanza della questione sia perché è altrettanto prevedibile che, nell'ulteriore

---

(*) Riprendo qui una parte della conversazione tenuta a Bari, alla Scuola di perfezionamento in *Diritto del lavoro e previdenza sociale* il 7 maggio u.s., sul tema « Analisi delle tendenze evolutive del processo del lavoro » e nell'ambito di un seminario su « Le controversie di lavoro » promosso dal prof. Giugni, direttore della Scuola, con l'intervento dei prof. Romagnoli, Montesano e Giorgio Branca.

lavoro legislativo, si prenderanno le mosse o comunque si terrà conto di quanto si è veramente cercato di fare nella precedente legislatura.

È da premettere che col disegno di legge si intendeva provvedere solo per il processo del lavoro, lasciandosi da parte la materia previdenziale, per questa dettandosi una unica disposizione di cui dirò, probabilmente perché, in quella situazione di corsa nell'imminenza dello scioglimento delle Camere, non c'era tempo per prendere in considerazione anche questa connessa materia che pur interessa larga parte dei cittadini italiani. È da sperare che nella quinta legislatura testé iniziata si abbia tempo e modo per una integrale riforma, non essendo meno urgente la necessità di consentire anche per chi invoca le prestazioni previdenziali un processo rapido e funzionale.

Nel nuovo testo dell'art. 429 del codice di procedura, quale risulta dal disegno di legge, si precisa per quali controversie va applicato il rito speciale del lavoro. Il n. 3. è modificato nel senso che questo rito si applica nelle controversie relative a « rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti di enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica », così risolvendosi la ventennale diatriba sulla competenza giurisdizionale per i rapporti d'impiego con gli enti pubblici economici, con l'accoglimento della tesi consolidata della Cassazione. Senonché la formula lascia impregiudicato il problema della « esclusività » o no della competenza del giudice ordinario, rispetto alla tesi, pur ripetutamente accolta nelle sentenze della Cassazione, secondo la quale in talune eccezionali situazioni il diritto (ad es., alla stabilità) dell'impiegato degraderebbe in interesse per l'incidenza di un provvedimento d'autorganizzazione dell'ente, di guisa che qui dovrebbe viceversa adirsi il giudice amministrativo; forse non sarebbe male che la legge in gestazione risolvesse anche questo non lieve interrogativo. Il n. 1 è modificato nel senso che ora si parla di « rapporti di lavoro e di impiego tra privati, anche se non inerenti all'esercizio di una impresa »; scompare così, opportunamente, il vecchio riferimento all'assoggettabilità del rapporto alla contrattazione collettiva *et similia*, con la conseguenza che con la nuova formula tutti i rapporti di lavoro subordinato, regolati o regolabili o no per contratto collettivo, vengono attratti nel rito del lavoro, ad es., il lavoro domestico. Ma non si fa cenno di quei rapporti, non — *stricto iure* — di lavoro subordinato, ma che però a questo schema sono in larga misura avvicinabili, soprattutto per la prevalente fonte regolatrice che è spesso l'accordo (economico) collettivo, cioè per quei rapporti che, con una dizione ormai entrata nell'uso, i giuslavoristi definiscono di « parasubordinazione »; tipico il caso dell'agenzia. In questo più ampio senso si è pronunciata, non a torto, una larga parte dell'opinione, anche se non è

tecnicamente facile tradurre questo voto in una formula onnicomprensiva. Il n. 2 si riferisce ancora ai « rapporti di mezzadria, di colonia parziaria e di affitto a coltivatore diretto, salvo disposizioni di legge speciali », rigettando così la proposta, dettata dal buon senso, di prescegliere in materia una soluzione organica, tutto demandandosi alle speciali sezioni agrarie e con ciò stesso scalzandosi il terreno ai non infrequenti conflitti di competenza tra queste sezioni e il giudice del lavoro (nel senso della « unificazione » della competenza, demandata però al giudice ordinario, si pronunciò, all'unanimità, ma per le sole liti in materia di contratti agrari con coltivatori diretti, il convegno bolognese dei Comitati per la giustizia, accogliendo la mozione presentata dall'avv. Aiello: v. *Atti*, cit., 505). Il n. 4 (rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici che dalla legge non sono devoluti ad altro giudice) resta invariato. (Ed è una previsione che allo stato può valere anche per rafforzare la tesi giustamente sostenuta — v. Trib. Lucca 9 febbraio 1968, in *RIDL*, 1968, I, 821, nonché l'osservazione di Andrioli, *ivi*, III, 134 — che i pubblici dipendenti, ora in concreto impossibilitati ad adire le inesistenti giunte provinciali amministrative, ben possono ricorrere al giudice ordinario, giacché, per il momento e di fatto, quei rapporti non sono devoluti ad altro giudice). Pertanto si è implicitamente respinta la proposta, caldeggiata da Napoletano nella relazione al convegno bolognese (v. *Atti*, cit., 48) e ivi purtroppo accolta per assenza di dibattito su un progetto di tanta portata eversiva e rovinosa (v. *ivi*, mozione finale, 514-515), di devolvere *in toto* il contenzioso per il pubblico impiego e in materia di diritti subiettivi al giudice ordinario « ferma restando la competenza del giudice amministrativo per la cognizione degli interessi dei dipendenti stessi », in tal guisa scardinando quella giurisdizione esclusiva che quarantacinque anni or sono si volle per dare ai pubblici impiegati certezza sul loro giudice, eliminando i conflitti che in precedenza erano quotidianamente all'ordine del giorno giusta la contrapposizione diritto-interesse.

Nel disegno di legge si è giustamente rinunciato all'idea di risolvere la crisi della giustizia in materia di lavoro, imponendo ai lavoratori l'onere, già previsto nel codice del 1942, di tentare la conciliazione della controversia in sede pregiudiziale, *olim* con la denuncia « obbligatoria » della lite all'associazione sindacale di diritto pubblico, oggi, come molti vorrebbero, agli uffici del lavoro o in altre sedi, dimenticando, in particolare, che nel sistema conciliativo ha senso e spazio concreto, senza il rischio di ridursi spesso ad un vano incombente defatigatorio, solo se vi si può ricorrere liberamente e spontaneamente; onde il vero problema è semmai quello se convenga o no in linea di principio prevederlo, in una

materia in cui pare che sia in giuoco una relativa indisponibilità dei diritti, nonché l'altro di disciplinare gli effetti della conciliazione positivamente conclusasi. Di conseguenza, nel nuovo testo dell'art. 430 elaborato nel disegno di legge, si prevede il tentativo *facoltativo* di conciliazione, esperibile in sede sindacale avvalendosi delle procedure previste nei contratti collettivi o innanzi ad una commissione provinciale di conciliazione costituita (art. 20 del disegno, inserente un art. 145-*bis* nelle disposizioni di attuazione al codice) in ogni provincia, presso l'ufficio del lavoro, e composta dal direttore dell'ufficio stesso quale presidente e da quattro rappresentanti dei datori di lavoro e da quattro dei lavoratori designati dalle organizzazioni sindacali.

Innanzi alla commissione, il tentativo di conciliazione deve essere promosso con lettera raccomandata « che può essere inoltrata anche a mezzo di un organismo sindacale prescelto dall'istante » (art. 430, comma 3); nel tentativo le parti possono farsi assistere dal sindacato o da un avvocato o da un procuratore legale (art. 430, comma 4). Nell'art. 431 si dispone circa il verbale della conciliazione positivamente conclusasi: questo verbale, sottoscritto dalle parti e dal presidente della commissione che certifica l'autografia delle sottoscrizioni delle parti o l'impossibilità di sottoscrivere, è depositato, a cura delle parti o dell'ufficio del lavoro, nella cancelleria della pretura e, sempre su istanza di parte, acquista forza di titolo esecutivo con decreto del pretore che ne accerta la regolarità formale. Eguale possibilità, ai sensi del comma 3 dell'art. 431, è prevista per il verbale di avvenuta conciliazione in sede sindacale, « autenticato » dal direttore dell'ufficio del lavoro, per il resto seguendosi le formalità già indicate (deposito in pretura e decreto del pretore). Ai sensi dell'art. 432, « se la conciliazione non riesce, si forma processo verbale dal quale devono risultare le ragioni del mancato componimento »; l'ufficio del lavoro deve rilasciare copia del verbale alla parte richiedente entro cinque giorni. Secondo l'art. 433, la « rilevanza processuale del tentativo di conciliazione » è precisata nel senso che la parte che lo ha promosso può proporre la domanda giudiziale ove il tentativo abbia avuto esito negativo e dopo che siano decorsi venti giorni dalla presentazione della denuncia (?). Poi, nel nuovo testo dell'art. 438, si dispone nel senso che l'attore in giudizio deve depositare copia del verbale di mancata conciliazione « o, in mancanza, il documento che prova la denuncia della controversia. Il deposito di tali atti può essere fatto anche dal convenuto ».

Nella regolamentazione così congegnata del tentativo facoltativo di conciliazione vi sono alcune inutili sovrabbondanze nonché taluni aspetti discutibili o per l'infelice formulazione o perché ne derivano alcuni

problemi di capitale rilevanza. Ad es., l'art. 433 sulla rilevanza processuale del tentativo di conciliazione è del tutto sovrabbondante, data la facoltatività del tentativo, dal quale carattere dovrebbe discendere che la parte, così come è libera di proporlo, è anche libera di coltivarlo o no, anche se è nella normalità che dia pieno corso all'espediente; perché mai, quindi, sarebbe necessario dettare che chi ha promosso il tentativo deve attendere, per la proposizione della domanda giudiziale, che se ne constati l'insuccesso « *e* dopo che siano decorsi venti giorni dalla presentazione della denuncia »? (dove è strana anche quella congiunzione, *e*... E se, ipotesi teorica, l'insuccesso del tentativo si constata prima dei venti giorni?). Opportunamente si è abbandonata la singolare e barbarica proposta giusta la quale, secondo molti, nel verbale di mancata conciliazione il funzionario dell'ufficio del lavoro dovrebbe anche indicare quella che dovrebbe essere, a suo avviso, la giusta soluzione della lite, specificando anche quanto, sempre a suo avviso, spetterebbe al lavoratore che su questa base potrebbe ottenere decreto ingiuntivo. È rimasta la più limitata previsione della specificazione, nel verbale, delle ragioni del mancato componimento; di qui (ma, a stretto rigore, indipendentemente da questa previsione) la configurabilità in concreto di uno spazio per eventuali dichiarazioni aventi valore confessorio e quindi utilizzabili in giudizio. Ma se questa, e solo questa, può essere l'utilità della produzione in giudizio del verbale di mancata conciliazione, non si comprende perché con l'art. 438 questa produzione sia configurata come un obbligo della parte (e meno che mai si comprende l'obbligo di documentare, in alternativa, la promozione del tentativo, qui emergendo un residuo, ormai sovrabbondante, della disciplina dell'istituto, « obbligatorio », nel codice del 1942), posto che la medesima ben potrà premurarsi di versare in causa quel verbale, se ritiene che ne siano ricavabili utili elementi per la prova, di quanto pretende: di guisa che la coerenza impone che codesto obbligo sia cancellato perché inutile.

Ma la sostanza è ben altra. Col disegno di legge si ammette la conciliazione stragiudiziale delle liti di lavoro e innanzi alla speciale commissione costituita presso l'ufficio del lavoro e in sede sindacale; con la implicazione che in queste sedi (art. 2113, ult. comma, c.c.) ben sarà possibile transigere sui diritti solo « relativamente indisponibili » e, come di norma si dice con formula concettuale problematica, del lavoratore. Ma la conciliazione sindacalc non è da ammettersi, nella situazione attuale, a cuor leggero, in ragione, proprio, di codesta implicazione: si esige, in un ordine di idee che è qui impossibile riepilogare (v. ancora la mia prolusione pisana), che la conciliazione abbia corso solo quando il lavoratore sia convenientemente assistito da sindacati effettivamente

seri, responsabili, rappresentativi, togliendosi cittadinanza agli eventuali sindacati di comodo vuoi per la loro intrinseca inconsistenza vuoi perché compiacentemente proni agli interessi del padronato. Di qui l'inevitabilità che si faccia riferimento, con tutti i rischi certo insiti nella soluzione (ma bisogna pur marciare, visto che non vi sono altre prospettive in giro), solo ai sindacati (dei lavoratori) più rappresentativi nella categoria interessata. In proposito il disegno di legge è del tutto muto, perfino per quanto concerne la composizione della commissione provinciale di conciliazione (eppure, di associazioni sindacali più rappresentative si parla ormai in numerose leggi, ovunque sia in giuoco la composizione di commissioni e organi di vario tipo). È invece necessario che tutto ruoti su questa nozione cardine; ciò dicasi della stessa ammissibilità della conciliazione sindacale (in quanto prevista in contratto collettivo stipulato da associazioni più rappresentative) e, soprattutto, della validità della conciliazione raggiunta in questa sede, nel senso che l'ufficio del lavoro dovrebbe accertare la provenienza del verbale di conciliazione sempre da sindacati aventi il carattere richiesto. Altrimenti non vi sarà alcuna garanzia sostanziale per la tutela, pur relativa, della parte più debole del rapporto di lavoro. Infine non può tacersi di una « perla » contenuta nell'art. 430, comma 1, ove si dice che il tentativo di conciliazione può essere promosso innanzi alla commissione « nella cui circoscrizione si trova la sede dell'azienda o una qualsiasi dipendenza di questa, alla quale è addetto il lavoratore al momento dell'insorgere della controversia »; e quando la lite insorge, come di norma, a rapporto di lavoro estinto?

In materia di competenza, nel disegno di legge, si è confermata, contro l'opinione espressa dal rappresentante del Governo, l'esclusione di quella del conciliatore, con una scelta che appare plausibile ove si consideri l'attuale stato di declassamento e di inidoneità della minore magistratura onoraria, ma che potrebbe essere rivista in futuro e in generale nel contesto di una completa riforma dell'amministrazione giudiziaria, come da più parti è caldeggiato. Per quanto attiene alla competenza per territorio, il foro dell'azienda e della dipendenza è previsto come concorrente, ma questo nella sola ipotesi che la causa sia promossa dal lavoratore (cosicché, nell'ipotesi, pur teorica, di causa promossa dal datore di lavoro, questi si trova avvantaggiato), col foro generale *ex* art. 18; da notare poi che i tre mesi, dal trasferimento o dalla cessazione dell'azienda o della dipendenza, di cui all'ultimo inciso dell'art. 434, capov., diventano sei. Per l'appello (art. 450), viene rimossa la speciale competenza della magistratura del lavoro, tornandosi alla regola

ordinaria (così come — art. 18 — si dispone per l'abrogazione della norma sull'intervento obbligatorio delm. in appello).

Si prevede la soppressione dell'art. 435 sulla rappresentanza in giudizio da parte dei « sindacalisti »; egualmente per il capoverso dell'art. 436 sulla normale attribuzione al procuratore del potere di consentire la conciliazione della lite. Pure abrogato è l'art. 440 onde resta inibito al giudice di chiedere informazioni ai sindacati e di disporre la comparizione personale di coloro che hanno partecipato al tentativo di conciliazione. Identica sorte è riservata agli artt. 444 (sospensione della controversia individuale nella pendenza di un processo collettivo) e 443 (intervento in causa dei sindacati), essendo inevitabile la prima soluzione almeno *rebus sic stantibus*, ma francamente discutibile la seconda, quando sarebbe stato preferibile consentire, al contrario, l'intervento speciale anche agli attuali sindacati « di fatto ». Si prevede pure l'abrogazione dall'art. 449, sulla limitazione della deducibilità delle spese di avvocato nelle cause di minor valore. Dal nuovo testo dell'art. 441 risulta l'abrogazione della norma che prevede l'intervento del consulente tecnico in camera di consiglio; per il resto, si ribadisce in sostanza che il giudice può fare ricorso alla consulenza quando, secondo il principio, ne ravvisi l'opportunità (per questo verso la previsione è superflua), aggiungendosi, come unica particolarità, quella già prevista della scelta in albi speciali e l'altra, nuova di zecca, secondo la quale, ove il consulente chieda di presentare per iscritto il suo parere, « il giudice fissa un termine di trenta giorni, non prorogabili ». In sostanza si è voluto operare largamente con la scure nelle norme del codice; ma la soppressione di molte di queste disposizioni in pratica non costituisce un grosso problema, in ragione della generale loro disapplicazione, derivata in parte anche dal venir meno dell'ordinamento sindacale corporativo.

Assai importante è la modifica prevista dall'art. 439, ove, in sostanza, all'attuale testo si aggiunge che il giudice deve obbligatoriamente procedere, all'inizio della causa, al tentativo di conciliazione *ex* art. 185, procedendo subito dopo, altrettanto inderogabilmente, all'interrogatorio non formale delle parti *ex* art. 117. Questa è l'innovazione più seria, per chi ritiene, come il sottoscritto, che la peculiarità del rito del lavoro deve far centro sul potere istruttorio del giudice, potere il cui esercizio può essere meglio garantito imponendo al magistrato il contatto diretto con le parti e l'interrogatorio delle medesime, così ponendosi in concreto le possibili premesse per l'impulso d'ufficio in materia probatoria.

Diverse disposizioni sono dettate nell'intento vuoi di assicurare la massima celerità nel processo del lavoro vuoi di garantire al lavoratore la pronta acquisizione di quanto *prima facie* paia incontestabilmente spet-

targli. Sotto il primo profilo, si prevede in generale la riduzione alla metà dei termini di comparizione (art. 437-*bis*), così come si dispone che il giudice, nel rimettere la causa al collegio, per la discussione fissi la relativa udienza entro trenta giorni (e resta anche la disposizione, mai applicata, secondo la quale nelle cause in materia di cottimi, la sentenza deve essere pubblicata all'udienza di discussione). Sotto il secondo profilo, nel disegno di legge si introducono alcune radicali innovazioni, in sostanziale accoglimento di un voto dell'opinione sul quale altra volta mi sono diffuso (v., anche per i necessari riferimenti, *Possibili soluzioni d'urgenza a favore del lavoratore e dell'assicurato*, in *Atti convegno Bologna*, cit., 131, nonché in *Dir. lav.*, 1967, I, 164). Si tratta di tre innovazioni: ordinanza di pagamento delle somme non contestate, una speciale provvisionale, la normale eseguibilità della sentenza appellabile.

Nell'art. 439-*bis* si prevede in primo luogo che il giudice, su istanza di parte, in ogni stato e grado del giudizio di merito, disponga (quindi il magistrato « deve », ove sussistano i presupposti, senza avere, almeno in teoria, alcun potere discrezionale) con ordinanza il pagamento delle somme non contestate; avverso l'ordinanza può proporsi impugnazione nella forma di reclamo al collegio *ex* art. 177 o allo stesso pretore emanante; le ordinanze non opposte o confermate costituiscono titolo esecutivo. È da riconoscere che si è proceduto con maggior cautela rispetto alle precedenti proposte di legge, ammettendosi comunque la possibilità, per il datore di lavoro gravato, di impugnare l'ordinanza con reclamo, possibilità prima non riconosciuta. Ovviamente, se la disposizione deve avere un senso, con la « impugnazione » è deducibile solo l'errore nel quale sia eventualmente incorso il magistrato nel ritenere per non contestato quello che al contrario risultava dagli atti come contestato, cioè dovrebbe essere in giuoco la valutazione di una circostanza storica obiettivamente rintracciabile nel processo. Dopo di che, tralasciando i non scarsi interrogativi che questa previsione pone, è possibile che almeno nelle comparse di risposta dei datori di lavoro si diffonda l'espediente tuzioristico di contestare globalmente e punto per punto le varie pretese del lavoratore, per scongiurare l'emanazione dell'ordinanza. La norma, se verrà, è affidata alla decisione e alla prudenza del giudice, nella misura in cui questi, avanzata la relativa istanza, saprà ben leggere le carte del processo per discriminare il contestato dal non contestato. Questo per quanto concerne il presupposto del provvedimento, poiché sono prospettabili altri non trascurabili interrogativi. Se il magistrato, non essendovi contestazione sulla « voce » tra le tante solitamente elencate nelle cause di lavoro, erra o si ritiene che erri nella valutazione del *quantum* e se l'errore resti nel provvedimento di rigetto

dell'impugnazione sul punto, come è possibile che sia chiusa la possibilità di gravame con l'appello? Questo è sufficiente per comprendere che, oltre all'impugnativa « interna » nel grado del giudizio, è indispensabile trovare un aggancio tra questo provvedimento « anticipatore » e la sentenza, per lasciare aperta la possibilità della impugnativa ulteriore.

In secondo luogo nel disegno di legge (art. 439-*bis*, penultimo e ultimo comma, e art. 448-*bis*/1) si prevede una speciale provvisionale in via anticipatoria. Più precisamente, ai sensi del comma 1 dell'art. 448-*bis*, « il giudice, su istanza di parte, condanna il debitore al pagamento di una provvisionale nei limiti della sussistenza del diritto o della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova »; il penultimo comma dell'art. 439-*bis* recita: « il giudice istruttore, su istanza di parte, in ogni stato del giudizio di primo grado (sottolineo, perché in una proposta di legge, quella presentata dall'on. Zoboli ed altri, si diceva semplicemente « in ogni stato e grado », così aprendosi sensazionali prospettive pel giudizio di cassazione), quando si ritenga provata in tutto o in parte la sussistenza del diritto, dispone la remissione della causa al collegio per i provvedimenti di cui all'art. 448-*bis*. Con lo stesso provvedimento assegna alle parti un termine non superiore a dieci giorni per la presentazione di memorie. Il collegio decide in camera di consiglio nei dieci giorni successivi ». (Una corrispondente previsione è dettata, nell'ultimo comma, per il giudizio pretorile). Se deve darsi un senso al giuoco combinato delle due previsioni, è da ritenere che l'art. 448-*bis* si riferisca al giudice ormai investito della decisione della causa, mentre l'art. 439-*bis* qui prevede la possibilità di una provvisionale *anticipata* quando il giudice istruttore, richiesto dalla parte, ritenga provata in tutto o in parte la sussistenza del diritto. Ma se è così, la prima disposizione è in definitiva superflua rispetto a quanto dispone in generale sul punto il capoverso dell'art. 278 del codice. Resta, quindi, in senso veramente innovativo, l'altra disposizione che potrebbe intendersi nel senso che il giudice istruttore può, con prudente valutazione, stringere i tempi e sottoporre la causa alla decisione del collegio, quando si ritenga che sia ormai raggiunta, in tutto o in parte (per tutte le pretese o per alcune), la prova della sussistenza del diritto, al fine di provocare, con la condanna generica per il tutto o per parte della pretesa, la condanna contestuale ad una provvisionale, sempre nell'ordine di idee che il processo del lavoro deve procedere in modo che al lavoratore sia, nella misura del possibile, immediatamente riconosciuto il massimo di quanto pretende, se sussiste almeno la prova dell'*an*. In sostanza avremmo qui un altro caso di possibile rimessione al collegio per la decisione della causa, in aggiunta alle ipotesi di cui all'art. 187 del codice; caso speciale che si caratteriz-

zerebbe per la circostanza che qui è sufficiente che la causa venga ritenuta matura per la decisione non *in toto*, ma anche solo in parte, in termini di prospettabilità di una condanna generica riferentesi alla pretesa nella sua integrità o per alcune voci, con conseguente possibilità di una provvisionale immediata. In altre parole ancora: se il giudice istruttore, in svolgimento della scelta di politica legislativa qui sottostante, ritiene comunque che vi sia quanto è sufficiente per l'emanazione di una provvisionale pur « parziale » a favore del lavoratore, deve dar corso alla relativa istanza di parte e provocare, da parte del collegio, la decisione. Ma se questa è l'interpretazione logicamente proponibile, è da ritenersi, giusta i principi, che il giudice, collegiale o monocratico, debba provvedere con sentenza; di questo non si dice niente nel disegno ed è una grave lacuna, così come non si dice niente dei modi e dei tempi di impugnazione del provvedimento. Il punto va sottolineato, affinché nell'eventuale ripresa della proposta vi si ponga attenzione, dettando un congruo svolgimento tecnico della medesima.

Per il capoverso dell'art. 448-*bis*, « il comma 2 dell'art. 282 si applica, senza cauzione, anche nel caso di sentenze che pronuncino condanna al pagamento di somme per crediti di lavoro »; l'art. 21 del disegno estende la soluzione ai crediti di previdenza (è questa, come ho detto, l'unica previsione in materia di liti previdenziali). Ciò significa che l'esecuzione provvisoria delle sentenze appellabili deve essere normalmente concessa, senza cauzione, tranne che il giudice ritenga la sussistenza di particolari, gravi motivi per rifiutarla. Inutile sottolineare l'importanza dell'innovazione.

L'art. 448-*ter* dispone circa la « valutazione presuntiva della prova » (*rectius*, della prestazione, come più pertinentemente si diceva nelle precedenti proposte di legge): « quando non sia possibile determinare l'entità delle somme dovute e sia certo il diritto, il giudice lo determina nella misura che ritiene equa, tenendo anche conto degli usi del luogo ». Opportuna disposizione perché molte volte, nelle cause di lavoro, v'è certezza nell'*an*, ma incertezza nel *quantum*, ed è sennato affidarsi, in tale contingenza, alla prudente valutazione equitativa del giudice.

Del tutto criticabile è la regolamentazione prevista nel disegno di legge per il passaggio dal rito ordinario al rito speciale e viceversa, disponendosi, in ambedue i casi, per la sospensione del processo, con contestuale fissazione di un termine perentorio (non superiore a quindici giorni nel primo caso e a trenta nel secondo) per la riassunzione della causa. A prescindere dall'assurda brevità del termine per la riassunzione, la sospensione del processo non ha più senso, posto che si è reso facoltativo il previo tentativo di conciliazione extragiudiziale della lite.

Ed infatti, nel codice del 1942, la sospensione del processo, nell'ipotesi di passaggio dal rito ordinario al rito speciale, discendeva dalla necessità di dar corso alla denuncia della lite al sindacato (art. 445), mentre nell'ipotesi inversa, di passaggio dal rito speciale a quello ordinario, tutto si risolveva logicamente con l'ordinanza disponente per la regolarizzazione fiscale degli atti. Per un legislatore mosso dall'intento di preordinare un processo rapido e funzionale, la svista è veramente clamorosa ed inescusabile.

Per quanto concerne specificatamente l'appello (a parte l'eliminazione della speciale competenza della magistratura del lavoro), è da rilevare che, ai sensi dell'art. 452 modificato, divengono inappellabili le sentenze che hanno deciso una controversia di valore inferiore a lire centomila, con una soluzione politica fortemente discutibile. Per quanto attiene al procedimento in questo grado, si inserisce un art. 451-*bis* sui « poteri istruttori in appello »: « L'istruttore, davanti al quale le parti debbono comparire, ove non ritenga di esperire il tentativo di conciliazione, fissa l'udienza per le conclusioni entro venti giorni e l'udienza collegiale per la decisione entro quaranta giorni ». Inoltre con il nuovo testo dell'art. 453 si elimina l'obbligo di rinnovazione della consulenza tecnica « quando l'appello riguarda decisioni fondate su accertamenti compiuti da consulenti tecnici », dicendosi che nell'ipotesi può darsi corso alla nuova consulenza ove l'istruttore lo ritenga opportuno (e perché, allora, non abrogare semplicemente l'attuale art. 453?), nel qual caso il consulente deve depositare il parere almeno dieci giorni prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni; il capoverso aggiunge che, ove si proceda a nuova consulenza, i termini di cui all'art. 451-*bis* (venti giorni per l'udienza di conclusioni e quaranta per l'udienza collegiale di decisione) sono raddoppiati. A parte l'opportuna eliminazione dell'obbligo di rinnovazione della consulenza tecnica, qui ha dominato il pur lodevole intento di accelerare al massimo il corso processuale; ma è lecito che ciò possa ottenersi solo con prescrizioni normative, quando non si provveda in termini di adeguatezza numerica del personale della giustizia, complessivamente inteso, almeno in quelle sedi in cui per questa ragione la crisi è drammatica. Inoltre, stando alla lettera dell'art. 451-*bis*, non si comprende perché le parti debbano in ogni caso comparire innanzi all'istruttore, se poi il magistrato ha un potere discrezionale circa l'opportunità o no di procedere al tentativo di conciliazione: dovendosi poi rilevare che, nel nuovo testo dell'art. 439, si dice, più genericamente, che nel giudizio di appello il tentativo di conciliazione può essere rinnovato fino alla precisazione delle conclusioni. Infine, soppressa la norma che oggi impone la rinnovazione della consulenza

tecnica in appello ove il medesimo riguardi decisioni fondate su accertamenti compiuti da consulenti tecnici, parrebbe più congruo commettere la decisione sull'opportunità della rinnovazione al collegio anziché all'istruttore.

Per quanto attiene al giudizio per cassazione, con l'art. 17 del disegno si è soppresso l'art. 454 del codice, eliminandosi la possibilità di proporre ricorso anche per violazione o falsa applicazione delle disposizioni dei contratti collettivi (generalmente obbligatori) e delle norme equiparate. Pertanto, verrebbe meno anche la possibilità di denunciare in cassazione la violazione dei contratti collettivi corporativi (nei pur rari casi in cui i medesimi sono invocabili) nonché dei contratti che saranno stipulati ai sensi dell'art. 39 Cost. nell'ipotesi, problematica, di attuazione della norma costituzionale. Siamo veramente agli antipodi rispetto alla tesi di chi (Torrente) prospettava l'opportunità di prendere in considerazione anche i contratti collettivi c.d. « di diritto comune », in ragione del loro sostanziale porsi come fonte regolatrice generale ed astratta.

Riassumendo, con questo disegno di legge si è tentata una riforma del solo processo in materia di lavoro, limitata e parziale, in ogni caso non prendendo in considerazione talune alternative radicali sovente prospettate nell'opinione, quale, ad es., l'istituzione di sezioni specializzate. Ma, anche rimanendo ferma la premessa della devoluzione delle controversie di lavoro alla magistratura ordinaria, il legislatore, in questo scorcio di legislatura, ha dimostrato di non essere consapevole della necessità di scelte organiche, funzionali e semplificatrici. Ad es., si è dimenticato che, con la legge del 1966 sui licenziamenti individuali, si è stabilita la competenza per materia del pretore, con una soluzione limitata che, restando invariato per il resto il criterio della ripartizione della competenza per valore, complica e non semplifica le cose, costringendo il lavoratore a adire il pretore per l'impugnativa del licenziamento e nel contempo il tribunale per le pretese economiche esorbitanti rispetto al limite di competenza per valore del giudice monocratico. Cioè, soluzioni limitate aggravano e non risolvono. E quindi c'è da augurarsi che nella quinta legislatura, si abbia la consapevolezza per una scelta netta: o competenza per materia del pretore in tutte le liti di lavoro o eliminazione di ogni ipotesi di competenza per materia. Inoltre, è pure da sperare che il legislatore prenda una decisione chiara sul punto dell'arbitrato in materia di lavoro, quanto meno ammettendo, secondo una distinzione ormai ferma nella dottrina giuslavoristica, quello « sindacale » ed escludendo quello « individuale » (quello, cioè, in cui non vi è alcuna garanzia di tutela per il lavoratore); l'accoglimento di una soluzione congegnata in questi termini discende del resto pienamente

dall'ammissione della conciliazione sindacale. In ogni caso è da augurarsi che, nell'indecisione che dura purtroppo da anni nella scarsa chiarezza di idee, non si voglia aggirare il problema, miopemente ricercando una inesistente terza soluzione subordinata, riconoscendo la possibilità dell'arbitrato irrituale « individuale » come si è fatto nella legge sui licenziamenti, senza rendersi conto di aver così scelto nella maniera peggiore, ove il problema si consideri in termini di effettiva tutela del lavoratore (sul punto v., anche per riferimenti, la mia relazione al seminario fiorentino di diritto del lavoro, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. proc.*, col titolo *L'arbitrato irrituale previsto dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966 n. 604*).

Così il legislatore si trova nella necessità di compiere talune scelte radicali, di fondo. Detto questo, nel disegno di legge qui riferito e come risulta dalla trattazione che precede, vi sono buone indicazioni, mentre altre sono discutibili in qualche punto, ad es., in tema di conciliazione sindacale, la formulazione è pericolosa per quanto si è detto. In ogni caso questo disegno è assai manchevale sotto il profilo dello svolgimento prettamente tecnico-giuridico, certo perché esso è maturato in un clima di affannosa urgenza nella corsa al tempo, dopo anni e anni di deplorevole inerzia. Ed è ben noto come, essendo la fretta cattiva consigliera, negli scorci di legislatura e nelle commissioni che lavorano a ritmo frenetico anche perché incombe ossessivo il giudizio del popolo sovrano, nascono in genere dei mostriciattoli disperanti e non leggi serie, organiche, tecnicamente buone. Ora le Camere hanno innanzi a sé cinque anni; speriamo che si sappia ben lavorare, conciliando l'urgenza che deriva, qui e altrove, da anni di sostanziale immobilismo, con l'esigenza di una buona legislazione nei limiti dell'umanamente possibile.

9.

L'ARBITRATO IRRITUALE PREVISTO DALL'ART. 7 DELLA LEGGE 15 LUGLIO 1966, N. 604 (*)

Secondo il programma di questo seminario debbo riferire sulla singolare previsione dell'ultimo comma dell'art. 7 della legge sui licenziamenti individuali 15 luglio 1966, n. 604, mentre il prof. Aranguren, incaricato di riferire in generale sull'arbitrato intersindacale nella disciplina collettiva delle controversie individuali di lavoro, certo affronterà anche il tema dell'arbitrato previsto nell'accordo interconfederale dell'industria per i licenziamenti. Come rilevai in un primo commento alla legge n. 604 (1), la disposizione in esame è veramente singolare e tale da portare un vero sconvolgimento teorico poiché, se è vero che già prima nel nostro ordinamento l'arbitrato irrituale o libero era stato velatamente previsto in una norma, l'art. 619 c. nav., come ricordò il prof. Carnacini nella lezione introduttiva a questo Seminario del 17 febbraio (2), è questa la prima volta che si registra un aperto e conclamato riconoscimento dell'arbitrato in questione. E se è del tutto comprensibile, come ebbe a dire il prof. Furno in una riunione di un precedente seminario (3), che finalmente una legge, certo per l'incontenibile pressione della realtà, abbia fatto espresso riferimento ad una pratica consolidata da decenni specialmente nei rapporti commerciali ed ormai da un ventennio nell'esperienza sindacale, il rivoluzionamento degli schemi teorici, o quanto meno di taluni schemi teorici, non è meno radicale; per

---

(*) È la relazione svolta il 30 marzo 1968 presso l'Istituto di diritto del lavoro dell'Università di Firenze diretto dal prof. Mazzoni per il consueto « Seminario di preparazione per dirigenti sindacali e aziendali » dedicato quest'anno ai « Problemi in tema di arbitrato nelle controversie di lavoro ».

(1) Nel saggio *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del licenziamento individuale*, destinato agli Studi in memoria di C. Esposito e già pubblicato in *Quaderni scienze sociali*, 1966, 165, spec. 216-218.

(2) V. G. Giugni, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, 3, spec. 90.

(3) V. Ist. dir. lav. Firenze, *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Milano, 1967, 303.

quel largo filone della dottrina che, nella diatriba fervidissima sviluppatasi nell'ultimo cinquantennio sul tema, ha concepito l'arbitrato irrituale come un fenomeno sostanziale di giurisdizione privata come tale non sussumibile negli schemi dell'ordinamento generale dello Stato, posto che quivi la sostanza giurisdizionale filtra di necessità nella forma angusta e certo, ma altrettanto inevitabilmente, mortificante della realtà della privata convenzione, i conti ora rischiano di non tornare più. Mi riferisco, soprattutto, ad un'opera essenziale di Widar Cesarini Sforza che non a caso oggi può leggersi in una collana di classici del diritto (4). Naturalmente la discussione teorica continua, essendo ancora in contestazione la premessa di partenza, la qualificazione sostanziale della situazione in termini di giurisdizione privata; e per la negazione della premessa, secondo l'assunto che di giurisdizione in senso proprio può parlarsi solo nel contesto dell'ordinamento generale in quanto la giurisdizione si caratterizzerebbe per la presenza di poteri strumentali-coercitivi, si pronunciò proprio, nella ricordata lezione introduttiva, il prof. Carnacini così sollevando una problematica di fondo nel quale qui non desidero addentrarmi e per non alterare il carattere e le dimensioni della relazione e perché, dove è di casa l'insegnamento del prof. Salvatore Romano, la pretesa sarebbe del tutto esorbitante. In ogni caso, la disposizione in discorso è teoricamente importante sotto altro aspetto, come pure rilevò ancora il prof. Carnacini e come altri ha notato (5), nel senso che la medesima dà il colpo di grazia, se così posso dire, a quella pur antica concezione, secondo la quale l'arbitrato irrituale o libero si sostanzierebbe in un arbitraggio della transazione, posto che qui è visibilmente chiaro che l'arbitro o gli arbitri liberi sono chiamati a risolvere una controversia giuridica quale è quella in cui si discute della giustificazione o no del licenziamento del lavoratore, applicando le disposizioni sostanziali contenute nella legge n. 604 in tema di giusta causa e di giustificato motivo (6).

---

(4) V. *Il diritto dei privati*, n. 5 della Collana « Civiltà del Diritto », Milano, 1963, con introduzione di S. Romano. Per completi riferimenti, v. M. Grandi, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963.

(5) V. R. Ricci, *Conciliazione e arbitrato nella legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Rass. arb.*, 1966, 127; L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, 416; G. Trioni, *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, I, 27 e 111, spec. 133; A. Zanini, *Incidenza della legge per i licenziamenti individuali sull'accordo interconfederale*, 29 aprile 1965, in *Dir. lav.*, 1966, I, 375.

(6) V. A. Aranguren, *Limiti di efficacia e di applicabilità delle procedure collettive nella disciplina legislativa dei licenziamenti*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, I, 489, spec. 24 dell'estratto; Riva Sanseverino, *op. cit.*, 412.

Sennonché, premesso questo fugace cenno alle implicazioni teoriche e generali della previsione, qui mi propongo l'obiettivo assai più modesto, ma impegnativo in termini di concretezza, di esaminare il reale significato, l'effettiva portata della medesima. Tuttavia non è possibile un esame della norma isolatamente considerata, per poterla intendere appieno; si esige, al contrario, una disamina che la consideri nell'intero contesto delle previsioni procedurali contenute nella legge n. 604, previsioni che sono molteplici e di non facile coordinamento. Quindi sono costretto a non rispettare per qualche verso la ripartizione di competenza disposta tra il prof. Aranguren e me, trattando in certi limiti di quegli stessi problemi che egli affronterà nella prossima seduta. Lo farò, scusandomene, per quanto mi pare strettamente indispensabile.

Schematicamente, la legge dapprima (art. 6/3) prevede in materia la competenza del pretore; poi nell'art. 7, dopo un enigmatico riferimento iniziale « alle procedure previste dai contratti collettivi e dagli accordi sindacali », prevede un tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro ed infine, in caso di insuccesso di questo tentativo, l'eventuale risoluzione della lite per arbitrato irrituale (7).

Al cospetto di queste quattro indicazioni della legge, ferve già, con radicali dissensi, la disputa su punti essenziali; in particolare ci si chiede se il lavoratore iscritto al sindacato abbia l'obbligo di esperire le procedure, conciliative ed arbitrali, eventualmente previste negli accordi sindacali oppure se viceversa abbia piena facoltà di scegliere tra queste procedure e il ricorso al giudice (8). Inoltre è sorto il dubbio radicale circa la sopravvivenza o no dell'accordo interconfederale sui licenziamenti del 1965, in quanto — si dice — nel comma 1 dell'art. 7 le procedure sindacali poste in alternativa al tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro sarebbero ovviamente solo quelle concilia-

---

(7) Per un quadro d'insieme v. il mio volumetto *La nuova disciplina del licenziamento individuale*, Genova, Istituto di scienze sociali, 1967, 89 ss.

(8) Le due tesi, quella della « obbligatorietà » della procedura sindacale e quella della libera scelta, sono svolte ampiamente, la prima da Aranguren, *Limiti di efficacia e di applicabilità*, cit. e la seconda da M. Grandi, *La risoluzione delle controversie in tema di licenziamenti individuali*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, I, 368. Sempre nel senso della libertà di scelta, v. Trioni, *Contributo all'esegesi*, cit. Dubitativamente nello stesso senso v. C. Grassetti, *Lo statuto dei lavoratori e i limiti al potere di recesso da parte del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1967, I, 3. Sempre per la tesi della libertà di scelta v. U. Romagnoli, *La tutela sindacale contro i licenziamenti individuali nella dottrina e nell'esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1428. (Ora introduzione al volume del gruppo di studio sulla formazione extra-legislativa del diritto del lavoro dell'Università di Bari e Bologna, *I licenziamenti nell'industria italiana*, Bologna, 1967).

tive, mentre l'ultimo comma dello stesso articolo riferisce la possibilità di dar corso all'arbitrato irrituale alle parti della controversia individuale, datore di lavoro e lavoratore, donde la facoltà assoluta di costoro di decidere nel caso concreto senza che possa prospettarsi la vincolatività pregiudiziale di certe procedure in ragione dell'affiliazione sindacale, con la conseguenza ultima che sempre per costoro la soluzione contenuta nell'ultimo accordo interconfederale si porrebbe solo come uno strumento eventualmente a disposizione secondo una libera scelta (9).

In un primo momento (10), mi pronunciai per la tesi secondo la quale i soggetti che ne hanno titolo debbono far ricorso alle procedure sindacali in alternativa obbligata rispetto alla competenza del pretore; successivamente (11) mi posi alquanto problematicamente innanzi alla intera questione. Ora desidero riesaminare il punto serenamente, in sede rigorosamente interpretativa del complesso e contorto dettato legislativo, abbandonando l'impostazione corrente in dottrina e che ci deriva dai lavori preparatori alla legge; in questa sede, infatti, in relazione alla formulazione del disegno di legge, la questione si volle porre in termini del tutto peculiari, non espressamente tradotti nella formula, contrapponendosi indicazioni che così hanno intorbidato le acque pesando negativamente sul successivo lavoro interpretativo. La maggioranza parlamentare, certo per « assorbire » la pregiudiziale opposizione della CISL all'intervento legislativo in materia, siccome ritenuto lesivo dell'autonomia sindacale, concepì la legge con carattere « istituzionalmente sussidiario e suppletivo » (12); pertanto si muoveva nell'ordine di idee che mentre ai soggetti sindacalmente affiliati restava solo aperta la procedura sindacale, agli altri venivano offerte altre strade nell'ordinamento generale; la minoranza, viceversa, dando in sostanza una valutazione negativa dell'esperienza compiuta in sede sindacale, avrebbe voluto stabilire la piena libertà di scelta del lavoratore tra le varie procedure. Della portata della legge, così intesa, si fece anche una questione di legittimità costituzionale (13).

Ma lasciando da parte il peso e il condizionamento di quella discus-

---

(9) Così A. Zanini, *Incidenza della legge per i licenziamenti individuali*, cit., nonché nella nota *L'impugnazione del licenziamento per giusta causa secondo la nuova legge*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, 352.

(10) V. *Prime riflessioni*, cit., 210 ss.

(11) V. *La nuova disciplina del licenziamento individuale*, cit.

(12) Così Trioni, *Contributo all'esegesi*, cit.

(13) Per notizie in proposito, v. *Prime riflessioni*, cit.; in particolare venne respinto un emendamento presentato dagli onn. Sulotto e Sacchi nel quale veniva espressamente prevista la libertà di scelta del lavoratore.

sione preparatoria, vediamo piuttosto cosa sta scritto nella legge, dove, come ognuno può constatare, non si legge certo che i soggetti sindacalmente affiliati sono obbligati a far ricorso alle procedure sindacali, con inibizione di ricorso al giudice e quindi ponendo un limite alla competenza di questi. La legge non dice questo (anzi, afferma nel comma 1 dell'art. 7 che il lavoratore *può* esperire le procedure sindacali) e la questione è visibilmente male impostata in termini di una pretesa ripartizione di competenza, direttamente rilevante nell'ordinamento statuale, tra il pretore e le procedure di diverso ordine.

Ma è altrettanto vero che la legge prevede, accanto alla competenza del pretore, le procedure sindacali, il tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro e perfino l'arbitrato irrituale « individuale », cioè deciso nel caso concreto dalle parti in lite, datore di lavoro e lavoratore. Si tratta ora di intendere il giuoco, in pratica, tra queste varie indicazioni. Il punto essenziale dal quale occorre partire, rovesciando l'impostazione corrente ed anche se *prima facie* può apparire inconferente il ragionamento, è proprio questo, che la legge esplicitamente ammette l'arbitrato irrituale, con una previsione certo dubbia e sorprendente se si ricordano i punti di partenza nei lavori preparatori. Poiché, all'inizio, ponendosi il problema procedurale in tanta tormentata materia nella quale pesano negativamente i divieti di compromesso e di clausola compromissoria previsti per le liti di lavoro negli artt. 806 e 808 c.p.c., da un lato si volevano far salve le procedure sindacali (ove la tutela sostanziale del lavoratore è garantita dalla presenza del sindacato) e dall'altro rimuovere in certi limiti e a certe condizioni il divieto di compromesso, rendendosi possibile l'arbitrato rituale. Da ultimo, invece, la maggioranza, non convinta dell'opportunità di rimuovere almeno in questa materia il divieto dell'art. 806 (14), ha formalmente almeno mantenuto il medesimo, però ha consentito l'arbitrato irrituale « individuale »; onde si è giustamente scritto che il legislatore « ... in una timida reazione all'infelice normativa del codice di procedura civile, ha infilato la strada sbagliata, che è quella di ammettere la legittimità del compromesso tra parti individuali (art. 7 u.c.). E questa, invece, è proprio la figura di compromesso di cui deve essere mantenuto il divieto (a meno che il compromesso non venga stipulato in una sede atta a favorire le adeguate garanzie, per es., con l'assistenza dell'ufficio del lavoro), perché esso non

(14) V. M. Grandi, *La risoluzione delle controversie*, cit., 1, n. 2.

offre alcuna seria garanzia al lavoratore, o può addirittura consentire accordi fraudolenti ... » (15).

Ma se la legge consente l'arbitrato irrituale « individuale », ciò logicamente presuppone, quali che siano state le contorte intenzioni del legislatore in concreto, che la materia dei licenziamenti individuali è demandata alla piena disponibilità delle parti del contratto di lavoro, che sono pienamente libere senza remore o ostacoli di sorta, tanto che possono far risolvere la lite nell'ambito della controversa giurisdizione privata, senza possibilità alcuna di impugnazione del lodo per lesione dei diritti del lavoratore (16). Ma se tanto è concesso alle parti individuali, senza alcuna garanzia sostanziale per il soggetto più debole, è nella logica di tutto il complesso normativo in questione che i soggetti interessati possano del tutto liberamente, sul piano dell'ordinamento generale, disporre per la soluzione di queste liti, salvo che non siano configurabili specifici limiti; è altrettanto nella logica che questi soggetti possano, in via indiretta, disporre secondo gli svolgimenti contrattuali delle associazioni sindacali alle quali i medesimi hanno, del tutto liberamente, commesso la tutela dei loro interessi. È quanto la legge espressamente ammette nel primo inciso del comma 1 dell'art. 7, ivi disponendosi, soprattutto, che i contratti collettivi e gli accordi sindacali possono prevedere apposite procedure per la soluzione delle controversie. La legge, adunque, in corrispondenza all'arbitrato irrituale aperto alle parti individuali, consente le varie procedure previste e preordinate nei patti collettivi; ne discende coerentemente sul piano dell'ordinamento generale, che le procedure eventualmente esistenti, in quanto giuridicamente possibili, impegnano in linea di principio. Altrimenti il primo inciso dell'art. 7 non avrebbe senso, ed esso va inteso, *in primis*, non tanto come possibilità del singolo di avvalersi delle procedure predisposte, così come la lettera recita, bensì come ammissibilità delle soluzioni sindacalmente concordate. In questo sta, appunto, il senso proprio, direttamente emergente, della previsione.

Naturalmente ci si deve intendere sulla concreta portata di questa *impegnatività* delle procedure sindacali, pienamente risolvendo il problema secondo le indicazioni generali invocabili e così dissipando l'equivoco di quella impostazione che ci deriva dalla discussione preparatoria.

---

(15) Così G. Giugni, *Controversie di lavoro: la composizione stragiudiziale*, nel volume dei Comitati di azione per la giustizia, *Crisi della giustizia in materia di controversia del lavoro*, (Atti del IV Convegno nazionale, Bologna, aprile 1967), 198.

(16) Così esattamente D. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966, 85 ss.

Impegnatività non vuol certo dire che qui la legge abbia disposto una sorta di inderogabilità assoluta delle scelte sindacali, di guisa che compiute le medesime sia indeclinabilmente obbligatorio darvi corso per le parti della lite; in questo senso né la lettera né il buon senso consentono di costruire un obbligo che si risolverebbe in una pregiudiziale e assoluta ripartizione di competenza tra giudice ordinario e no. Ma impegnatività nel senso comunemente ritenuto per tutte le private pattuizioni del genere, certo v'è, se non si vuol distruggere la norma nella sua concreta portata. Così non potrà il giudice sollevare la questione d'ufficio, ma se il datore di lavoro convenuto in giudizio la eccepisca, dovrà il magistrato, se sia fornita la prova del fatto che la giustifica (l'esistenza di una procedura sindacale vincolante), darvi corso, emettendo una pronuncia di rigetto nel merito (17). La situazione è, quindi, nella disponibilità delle parti.

Pertanto la tesi secondo la quale il lavoratore avrebbe piena libertà di scelta, ancor quando sindacalmente vincolato, tra l'adire il giudice e il rispetto del patto collettivo, non ha fondamento; né è da consentirsi nemmeno alla tesi secondo la quale, dovendosi intendere la « possibilità » di cui al primo inciso dell'art. 7 non nel senso corretto di possibilità giuridica bensì in quello di mera possibilità di fatto, praticamente sarebbe sufficiente per il lavoratore lasciare decorrere i termini previsti per l'esperimento della procedura sindacale per poter dar corso tranquillamente all'azione innanzi al pretore (18). Se i contratti collettivi obbligano, *imputet sibi*, chi ha fatto vanamente scattare i termini ivi contemplati. Per accogliere queste tesi (sostanzialmente coincidenti) sarebbe necessario dimostrare che la legge n. 604, nell'atto stesso in cui ha reso giuridicamente possibile la previsione delle procedure sindacali, ne ha nel contempo pregiudizialmente e contraddittoriamente negato l'impegnatività, come se, ad es., fosse concepibile una norma che contestualmente ammettesse e negasse valore alla clausola compromissoria. Questo nessuno lo ha provato, né mai potrà provarlo.

---

(17) V. Aranguren, *Limiti di efficacia e di applicabilità*, cit., 41 ss. Il problema della qualificazione dell'eccezione è diffusamente esaminato anche da Grandi, *La risoluzione delle controversie*, cit., 1, n. 7, nota 31; per l'A., posto che la legge determini una giurisdizione speciale, potrebbe configurarsi un difetto di giurisdizione.

(18) In tal senso v. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, cit., 400-401. Nel senso che la possibilità va intesa in senso rigorosamente giuridico, v. Aranguren, *Limiti di efficacia e di applicabilità*, cit., 26; A. Buggè, *Considerazioni sulla speciale disciplina processuale nella materia dei licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1967, I, 89. Sul problema v. A. Sermonti, *La legge sui licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1967, I, 343, n. 3.

Cadono così le obiezioni di recente diffusamente proposte (19) contro la tesi della obbligatorietà delle procedure sindacali ove ne sussista titolo; obiezioni la cui proponibilità può solo spiegarsi, almeno nel calore delle prime polemiche interpretative e per la suggestione derivante dai lavori preparatori, forse per una inadeguata formulazione, tecnicamente non corretta, di quella tesi, nella sostanza esatta una volta che si sia chiarita la portata del vincolo. Più precisamente non è vero che la legge abbia configurato, per i lavoratori sindacalmente obbligati, un arbitrato obbligatorio o una giurisdizione speciale, violando, in riferimento alla seconda qualificazione, il disposto dell'art. 102 Cost.; né può configurarsi una lesione del principio d'eguaglianza giuridica (20) o dei principi di cui agli artt. 24 e 25 Cost.; né è prospettabile una violazione della libertà sindacale del singolo, costretto a scegliere tra l'appartenenza al sindacato in ipotesi preclusiva dell'azione in giudizio e il pieno esercizio del diritto di azione costituzionalmente garantito nonché della libertà dei sindacati, ai quali sarebbe imposto per converso l'obbligo di dar corso alle procedure previste nei patti collettivi. Nel caso non c'è né arbitrato obbligatorio né giurisdizione speciale, sibbene la normale impegnatività di clausole dei contratti collettivi esplicitamente consentite dalla legge; dopo di che cadono anche i rilievi *ex* artt. 24 e 25, anche perché la nostra Corte Costituzionale ritiene del tutto legittimo l'istituto dell'arbitrato (21). Indubbiamente, *di fatto* l'ammissibilità e quindi l'impegnatività di quelle procedure comporta che il singolo debba scegliere tra la soluzione sindacale eventualmente preclusiva dell'azione in giudizio e quest'ultima, secondo una libera scelta che non comporta però lesione o elusione, in diritto, del bene giuridico riconosciuto nell'art. 39 Cost. Del resto lo stesso Grandi, a mio avviso, in contraddizione con tutto l'ulteriore svolgimento del suo pensiero sul punto, ha scritto, in riferimento alla contestazione che si fece nel corso dei lavori preparatori sulla legittimità o no della obbligatorietà (in senso proprio) delle procedure sindacali per gli iscritti, che questa questione era « manifestamente viziata da infondate preoccupazioni, non sussistendo possibilità di comparazione, al fine di stabilire una eventuale disparità di trattamento, tra due tipi di procedure qualitativamente diversi » (22). Più in generale, e in

---

(19) V. Grandi, *La risoluzione delle controversie*, cit., 1, n. 3.

(20) Nello stesso senso v. V. Di Nubila, *Questioni processuali e sostanziali in ordine all'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, 2, 305.

(21) V. Corte cost. 12 febbraio 1963, n. 2, in *Mass. giur. lav.*, 1963, 95, con nota di V. Andrioli, *L'arbitrato rituale e la Costituzione.*

(22) V. *La risoluzione delle controversie*, cit., 1, n. 2.

particolare sul punto della pretesa violazione della libertà in danno delle associazioni sindacali, questo A. erra, a mio parere, quando ritiene di poter trasferire qui le considerazioni fatte da gran parte della dottrina per la ben diversa situazione determinatasi, a carico dei sindacati, a seguito della traduzione in legge *ex* legge delega 14 luglio 1959, n. 741 degli accordi interconfederali del 1950, ove veramente dai decreti legislativi formalmente derivava per le organizzazioni un obbligo di attivarsi per i non soci, in ipotesi costituzionalmente discutibile (23); le due situazioni sono radicalmente diverse, nel nostro caso tutto risolvendosi sul piano della impegnatività convenzionale. Né, infine, la tesi della non obbligatorietà può suffragarsi con la considerazione che altrimenti non si spiegherebbe perché il comma 2 dell'art. 7 prevede che il lavoratore, in sede di tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro, possa farsi assistere dall'associazione sindacale alla quale è iscritto o alla quale rilascia mandato (24), in quanto per questa assistenza vi è uno spazio concreto altrimenti comprensibile: si pensi alla ipotesi che le procedure sindacali siano inesperibili per la non affiliazione sindacale del datore di lavoro.

In definitiva la tesi della piena libertà di scelta del lavoratore tra le procedure sindacali e l'azione in giudizio, molto sbrigativamente accolta in una sentenza (25), si risolve veramente nell'assunto che, sopravvenuta la legge n. 604, in pratica è venuta meno l'impegnatività dell'accordo interconfederale; cioè, *de iure condito*, va affermandosi la tesi per la quale la minoranza parlamentare si era vanamente battuta, così veramente svuotandosi di concreta rilevanza l'autonomia sindacale (26). Svuotamento che ha nella sua logica ulteriore l'assunto che certo, se è dato al lavoratore di poter liberamente porre in non cale gli obblighi derivatigli dall'affiliazione sindacale, di altrettanta libertà deve poter

---

(23) V. la mia nota *Le sentenze della Corte Costituzionale sulla recezione in legge degli accordi interconfederali per i licenziamenti*, in *Foro it.*, 1967, I, 15.

(24) V. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, cit., 400. L'assunto è ripreso dal Grandi, *op. cit.*, III, n. 3 sul punto dei rapporti tra le procedure sindacali e il tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro; sennonché l'A. poi rileva che la previsione può valere per i lavoratori iscritti nell'ipotesi che la procedura sindacale non possa esperirsi o per scadenza dei termini o per mancanza nel contratto collettivo di regolamentazioni procedurali: rilievo che comprova della non decisività della previsione.

(25) V. Pret. Milano 15 febbraio 1967, in *Riv. giur. lav.*, 1967, 2, 100.

(26) Ed infatti v. M. Vais, *Iter formativo e interpretazione della legge sui licenziamenti individuali*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, 285, spec. 288 ss.

fruire la controparte, che così potrà sempre opporsi all'espletamento della procedura conciliativa e arbitrale di cui all'accordo del 1965 (27).

Ammessa l'obbligatorietà delle procedure sindacali, è da stabilire chi sia in concreto obbligato tra i lavoratori, naturalmente nei confronti di un datore sindacalmente iscritto. Ove si accolga la tesi, sulla quale qui non mi soffermo, secondo la quale il contratto collettivo opera in concreto non già semplicemente tra gli iscritti alle opposte associazioni stipulanti, ma obbligando le imprese associate nei confronti di tutti i loro dipendenti, entrando a far parte le clausole dei patti collettivi del contenuto dei singoli contratti individuali di lavoro (28), ne deriverebbe che tutti i lavoratori di una impresa, iscritti o no ch'essi siano alle contrapposte associazioni sindacali, sarebbero obbligati (29).

È sulla base della premessa sulla quale ho dovuto di necessità diffondermi, che vanno esaminati gli ulteriori problemi che derivano dall'art. 7 della legge, in particolare per quanto attiene all'arbitrato irrituale, oggetto specifico di questa relazione. In primo luogo, discende come mero corollario che, promosso dal lavoratore il tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro, ben può il datore di lavoro eccepire l'inesperibilità del medesimo a ragione dell'obbligo gravante sul lavoratore di dar corso alla procedura sindacale; e se si insisterà nell'eccezione, la situazione avrà pienamente sbocco in un verbale di mancata conciliazione, sia pure per una mera opposizione pregiudiziale (30).

Per quanto attiene alla specifica previsione dell'arbitrato irrituale (ultimo comma dell'art. 7) si è giustamente osservato che « la norma in questione ha avuto dietro di sé un retroterra di discussioni e di controversie » (31), in tema di assetto in prospettiva del nostro contenzioso in materia di lavoro ed in particolare l'estenuante diatriba sull'opportunità o no di conservare il divieto di arbitrato. Più particolarmente la disposizione è, nella cronaca complicata ed irrisolutiva dei conati verso un nuovo processo del lavoro, un residuo di un residuo storico. All'origine si trovano quelle proposte di legge secondo le quali l'arbitrato avrebbe

---

(27) Così Zanini, *Incidenza della legge per i licenziamenti individuali*, cit. Ma segnatamente Trioni, *Contributo all'esegesi*, cit., n. 4, 43 ha rilevato che in pratica il datore di lavoro ha scarso interesse ad opporsi all'arbitrato sindacale, posta la possibilità del lavoratore di agire in giudizio.

(28) Mi permetto di rinviare in proposito al mio studio *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in *Studi in memoria di Calamandrei*, Padova, 1958, V, 133.

(29) Sul problema v. Aranguren, *op. cit.*, 29 ss.

(30) *Contra* la tesi qui sostenuta v. Grandi, *op. cit.*, 111, n. 3.

(31) V. Grandi, *op. cit.*, 111, n. 1.

dovuto ammettersi solo a certe condizioni o in certe sedi, onde assicurare una salvaguardia del lavoratore, nello spirito, del resto, del divieto ancora formalmente contenuto nel codice di rito; ricordo specificatamente la proposta di legge degli onn. Butté, Colombo e altri presentata alla Camera il 14 maggio 1964 (32) ove (artt. 8 e 9) si prevedeva che, fallito il tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro, l'ufficio stesso poteva proporre alle parti di risolvere la controversia per arbitrato rituale, ricorrendo ad arbitri scelti in un apposito elenco tenuto presso l'ufficio e compilato secondo requisiti fissati in un decreto ministeriale, sentite le associazioni sindacali. In sostanza la garanzia stava nel fatto che gli arbitri venivano scelti con una certa cautela (33). Di tutto questo, nel disegno di legge per la disciplina dei licenziamenti, rimase ben poco: « In caso di esito negativo del tentativo di conciliazione, il direttore dell'ufficio del lavoro propone alle parti di deferire consensualmente la controversia ad un collegio arbitrale, il quale decide ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c. »; rimaneva, cioè, la sola garanzia che la proposta di arbitrato (rituale) doveva partire dal funzionario pubblico (ma, alla lettera, senza alcuna valutazione discrezionale e quindi con una garanzia vieppiù ridotta). Nel corso dei lavori preparatori, respinta l'idea di abrogare sia pure nella limitata materia il divieto di arbitrato rituale, si giunse alla formulazione definitivamente approvata: « In caso di esito negativo del tentativo di conciliazione di cui al comma 1, le parti possono definire consensualmente la controversia mediante arbitrato irrituale », così scomparendo anche la dubbia « garanzia » della proposta proveniente dall'ufficio e ammettendo così proprio quel tipo di arbitrato che, secondo l'esatto rilievo del Giugni, il legislatore dovrebbe in ogni caso proscrivere, ragionando in termini di garanzie obiettive per il lavoratore.

Ne è venuta fuori una situazione per più versi curiosa. Secondo la lettera, il ricorso all'arbitrato irrituale è possibile solo dopo l'esito negativo del tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro; una precedenza materiale o cronologica, visto che ora non c'è più alcun collegamento vero e funzionale, tra la procedura conciliativa e il ricorso all'arbitrato, di guisa che, fallito il tentativo, le parti ben possono usufruire di questa facoltà del tutto liberamente, come e ove vogliono, utilizzando una norma che implica, come si è visto, l'assenza di qualsiasi remora alla sostanziale disponibilità della materia. Ben si comprende, quindi, come taluni autori, proprio in considerazione di questa sostanza delle cose, optino per la non

(32) V. in *Riv. dir. lav.*, 1964, 3, 157.

(33) Sempre secondo l'art. 9 della proposta, le parti potevano scegliere gli arbitri fuori dell'albo, a condizione che la scelta fosse ratificata dall'ufficio del lavoro.

indispensabilità del previo tentativo, giacché in concreto l'intervento dell'ufficio del lavoro è congegnato così avaramente da toglierne ogni rilevanza cautelatrice (34). Consento col succo del rilievo; tuttavia a me pare che la lettera sia qui veramente preclusiva, onde concluderei per l'essenzialità del previo tentativo (35), non trascurando che una qualche sia pur tenue rilevanza protettiva può riconoscersi alla preliminare delibazione della lite innanzi al pubblico ufficiale, soprattutto se nella prassi questi saprà uscire da un ruolo meramente burocratico; se non altro nel senso di far eloquentemente intendere al lavoratore lo spazio concreto che v'è per le sue ragioni e l'esigenza di una idonea difesa, nella rara ipotesi che costui si presenti del tutto ignorante ed isolato.

Ovviamente il ricorso all'arbitrato irrituale è possibile comunque fallisca il tentativo di conciliazione; anche in ipotesi, per la pregiudiziale eccezione del datore di lavoro circa l'inesperibilità del medesimo tentativo a ragione dell'obbligo di utilizzare le procedure sindacali. Egualmente il ricorso è possibile, a mio avviso, nella ipotesi che di comune accordo datore di lavoro e lavoratore, obbligati in linea di principio al rispetto della procedura sindacale, decidano di avvalersi dell'ultimo comma dell'art. 7; fermo che essi dovrebbero *in primis* dar corso al tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro, se non altro per cautelarsi circa la validità del lodo irrituale, sgombrando il terreno dalla eccezione successiva della inammissibilità dell'arbitrato a ragione della omissione del tentativo medesimo. Le due parti sindacalmente vincolate potrebbero dar corso a questo arbitrato individuale anche dopo il fallimento del tentativo di conciliazione in sede sindacale, ad es., ai sensi dell'accordo del 1965, senza necessità di ricorrere prima all'ufficio del lavoro, se si accetta la tesi, ampiamente svolta in una recente dissertazione di laurea da un mio allievo, Ugo Tolaini, che il primo inciso dell'ultimo comma dell'art. 7 (« in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione di cui al comma 1 »), con l'integrale riferimento al comma 1, ricomprende quanto quivi sta eventualmente in alternativa, il tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro e quello in ipotesi esperito in svolgimento di una procedura già prevista nei patti sindacali (e con questa tesi sarebbe per altro verso fatto salvo l'arbitrato irrituale previsto nell'accordo interconfederale, essendo riconducibile l'intera procedura,

---

(34) V. Buggè, *op. cit.*; R. Ricci, *La nuova disciplina del licenziamento nella legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Dir. econ.*, 1966, 758, spec. 774, ponendo l'A. l'accento sulla disponibilità della materia; Grandi, *op. cit.*, III, n. 5, rilevando l'A. che l'esperimento del tentativo di conciliazione è il precedente pratico, non logico del compromesso.

(35) In conformità v. Aranguren, *op. cit.*, 29; Napoletano, *op. cit.*, 92.

prima conciliativa e poi arbitrale ivi contemplata, al combinato disposto del primo e dell'ultimo comma dell'art. 7). Infine ben potrebbe essere possibile, forse, la clausola compromissoria in arbitrato irrituale nel contratto individuale di lavoro, ove la stessa fosse consegnata in modo da prevedere il ricorso all'arbitrato, fallito il tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro (36).

Infine, del tutto personalmente, non vedo perché debba negarsi la possibilità dell'arbitrato rituale nella particolare materia. Rifacendomi a quanto dissi in una nota ormai lontana (37), in linea di principio le ragioni sostanziali che hanno dettato il divieto di arbitrato rituale non possono non ritenersi preclusive, in linea di massima, anche dell'arbitrato irrituale, in quanto questo rappresenta certo una minore garanzia per l'interesse tutelato. Ora, in corrispondenza all'esatto rilievo che se la legge n. 604 non avesse formalmente ammesso la possibilità delle « procedure sindacali » e dell'arbitrato irrituale si sarebbe trovato l'ostacolo del divieto contenuto nel codice (38), pare assurda la conclusione che quivi sia ammesso l'arbitrato libero e non quello rituale che certo più garantisce il lavoratore. Pertanto, se è da disattendersi formalmente il rilievo che l'ultimo comma dell'art. 7 è impropriamente espresso dovendosi intendere la norma come remozione nel campo particolare del divieto del codice (39), essendo chiaro il senso della parola « irrituale » (40), è tuttavia nella logica sostanziale che ove è ammesso di arrivare al gradino più alto (o più basso, secondo i punti di vista), ci si possa fermare a mezza strada. Una interpretazione non aridamente letterale dovrebbe comportare tanto. Con l'augurio finale che, chiamato il popolo alle urne, il nuovo legislatore superi l'inattività, le remore, le perplessità di quello testé defunto e sappia darci una regolamentazione organica e coerente per la risoluzione delle controversie di lavoro, superando nel generale la soluzione parziale, monca e problematica della legge n. 604.

---

(36) *Contra*, v. F. Falletti, *Cenni generali sulla disciplina processuale della nuova legge sui licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1967, I, 85.

(37) V. *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 2, 39.

(38) V. Napoletano, *op. cit.*, 85. Sul problema della rilevanza della indisponibilità dei diritti, onde la semplice rimozione dei divieti del codice di rito non sarebbe sufficiente per consentire del tutto l'arbitrato, v. Andrioli, *Riforma del processo civile e lineamenti del nuovo processo del lavoro*, nel volume dell'Istituto di Scienze Sociali di Genova, *Per una riforma del processo del lavoro in Italia*, Genova, 1965.

(39) Così F. Falletti, *op. cit.*

(40) V. Vais, *op. cit.*, spec. 314.

10.

DISPOSIZIONI PROCESSUALI DELLO « STATUTO » DEI LAVORATORI

SOMMARIO: 1. Premessa. Installazione di impianti audiovisivi e visite personali di controllo. — 2. Controllo delle assenze per malattia. — 3. Controversie in tema di sanzioni disciplinari. — 4. Controversie sui licenziamenti. — 5. Trattamenti economici collettivi discriminatori. — 6. Repressione della condotta antisindacale.

1. La legge 20 maggio 1970, n. 300 dettante « norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento » e conosciuta nella più vasta opinione come « statuto » dei lavoratori (1), contiene diverse disposizioni processualmente rilevanti. In primo luogo sono previsti procedimenti *ad hoc* istituiti *ex novo* per garantire con estrema celerità il raggiungimento delle finalità perseguite. Altre disposizioni, a contenuto estremamente complesso e con dizioni in verità non perspicue, ripropongono problemi di fondo già in precedenza discussi. Infine talune situazioni della vicenda del rapporto di lavoro sono regolamentate in guisa tale che ne derivano degli interrogativi latamente processuali di notevole peso. Si aggiunga che questa legge, secondo una caratteristica ormai purtroppo comune della più recente normativa di lavoro e no, non costituisce certo un modello di chiarezza, ma è zeppa di formulazioni tecnicamente discutibili, a parte il lessico non brillante. Taluni dettati, poi, difettano di un adeguato svolgimento, con una carenza che è particolarmente grave in materia processuale dove, come ogni modesto operatore sa, la completezza della regolamentazione anche per quanto attiene ai modi, alle forme e ai tempi è indispensabile,

---

(1) Sui precedenti della legge v. il mio saggio *Sullo statuto dei lavoratori nelle imprese*, a *Dir. lav.*, 1965, I, 143, nonché la relazione di Mancini per le giornate di studio indette a Perugia, nei giorni 22 e 23 maggio c.a., dall'Associazione di diritto del lavoro sul tema *La rappresentanza professionale e lo statuto dei lavoratori*, già pubblicata in *Politica del dir.*, 1970, n. 1, 57 col titolo *Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*.

nella misura dell'umanamente possibile, soprattutto se si vuole un processo funzionale e certo a garanzia del diritto sostanziale, evitandosi che questo venga sommerso sotto un eccesso patologico di questioni di rito e di forme. È purtroppo prevedibile, quindi, che la nuova regolamentazione darà molto filo da torcere anche sotto questo profilo. Auguriamoci che col concorso volenteroso di tutti, e specialmente con quello decisivo della giurisprudenza, sia possibile pervenire, in tempi sufficientemente ristretti, a conclusioni che consentano di razionalizzare adeguatamente la normativa, a porre, con equilibrio e prudenza, dei punti fermi fissati i quali sia ragionevole attendersi che lo « statuto » possa veramente operare nell'esperienza, col conseguimento, in termini sostanziali, di quegli obiettivi di civiltà e di rispetto di certi valori essenziali che sono stati, lodevolmente, nelle intenzioni.

L'art. 4 della legge dispone circa la possibilità di installare *impianti audiovisivi* nei luoghi di lavoro. Una disciplina sostanzialmente analoga è posta, nell'art. 6, per le *visite personali di controllo* dei lavoratori, rispetto alla quale però, come si è detto (2), si pone, non apparendo manifestamente infondato il dubbio, il quesito pregiudiziale della legittimità, rispetto all'art. 13 Cost., di una norma che comunque consente, in certi limiti e a certe condizioni, perquisizioni personali ad opera di privati. Per l'art. 4 è vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori; gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali previste nell'art. 19 o, in mancanza delle rappresentanze, con accordo con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso degli impianti in questione. Per gli impianti già esistenti, sempre in difetto di accordo con le rappresentanze del personale indicato, l'ispettorato deve provvedere entro un anno, dettando le opportune disposizioni per adeguare le installazioni preesistenti alle finalità perseguite dal legislatore sul punto. Contro i provvedimenti dell'ispettorato è dato ricorso, entro trenta giorni dalla comunicazione, al Ministero del Lavoro, ad iniziativa o del datore di lavoro o delle rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste rappresentanze, della commissione

(2) V. Mancini, *Relazione*, cit. *supra*, nota 33, nonché Natoli, *Luci ed ombre del disegno di legge n. 738 sui diritti dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1969, I, 317, spec. n. 7.

interna o dei sindacati dei lavoratori di cui all'art. 19 della legge (sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale o altri sindacati firmatari di contratti collettivi nazionali o provinciali applicati in concreto nell'unità di lavoro in questione). Secondo l'art. 6 le visite personali di controllo sul lavoratore sono vietate, fuorché nei casi in cui siano indispensabili ai fini della tutela del patrimonio aziendale, in relazione alla qualità degli strumenti di lavoro o delle materie prime o dei prodotti; le visite consentite possono essere eseguite solo all'uscita dai luoghi di lavoro, a condizione che siano salvaguardate la dignità e la riservatezza del lavoratore e che avvengano con l'applicazione di sistemi di selezione automatica riferiti alla collettività o a gruppi di lavoratori. I casi nei quali può procedersi alle visite nonché le modalità delle medesime debbono essere concordati dal datore di lavoro con le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste, con la commissione interna; in difetto di accordo, su istanza del datore, provvede ancora l'ispettorato e contro il provvedimento è data possibilità di ricorso al Ministero secondo una previsione del tutto analoga a quella dettata in tema di installazione di impianti audiovisivi.

In sostanza, in mancanza di accordo tra il datore di lavoro e le rappresentanze del personale, la decisione circa l'installazione degli impianti audiovisivi e circa le visite personali di controllo, in termini di giustificazione obiettiva, tenendo conto della *ratio legis* sul punto, è rimessa, anche per quanto attiene alle concrete modalità di svolgimento, all'autorità amministrativa. Ma la legge non dice niente circa l'efficacia immediata del provvedimento dell'ispettorato soggetto ancora a ricorso o in concreto impugnato; la questione va, ovviamente, risolta secondo i principi, cioè secondo il principio della normale esecutorietà del provvedimento amministrativo. Quindi la decisione dell'ispettorato che consenta l'installazione degli impianti o l'effettuazione di visite di controllo, facultizza senz'altro il datore di lavoro a darvi corso, anche se, dal lato dei soggetti legittimati ad agire per il personale, ci si intenda dolere o per la decisione in sé o in ragione dell'entità e delle modalità delle concessioni. Inoltre non si è fissato un termine per la decisione ministeriale sul ricorso, trascorso vanamente il quale fosse senz'altro possibile adire in via giurisdizionale, così come si è spesso previsto nella più recente legislazione in tema di previ ricorsi amministrativi in materia previdenziale. Pertanto per gli interessati resta, in caso di prolungato silenzio del Ministero, solo la possibilità di ricorrere al rimedio generale,

provocando il silenzio-rifiuto (3). In particolare questa è la via obbligata per i datori di lavoro, nell'ipotesi che l'ispettorato abbia negato in radice la possibilità di installazione degli impianti o di procedere alle visite di controllo oppure se ci si dolga della misura delle concessioni in ragione della loro inadeguatezza rispetto a pretese giustificate esigenze aziendali.

Competenza giurisdizionale del giudice ordinario o di quello amministrativo? La risposta al quesito è condizionata alla qualificazione, in termini sostanziali, delle situazioni giuridiche contrapposte secondo le concrete disposizioni. Dal lato dei datori di lavoro la possibilità di installazione degli impianti e delle visite di controllo è condizionata come ho detto, in mancanza di accordo con la controparte, al provvedimento amministrativo; tutto dipende, per il se e per il quanto, dalla decisione amministrativa e ove questa sia negativa o non accolga l'istanza nella misura desiderata o vien meno *in toto* la possibilità o questa sussiste nei soli limiti in concreto determinati. Ammesso che si tratti di una situazione di diritto soggettivo, si tratta, secondo una dottrina accreditata (4), di un diritto solo potenziale, in attesa di espansione o fievole *ab origine*, cioè, in concreto, di un interesse legittimo. *Ex adverso*, dal lato dei lavoratori, è certo che la legge garantisce in linea di principio a costoro il diritto di non essere soggetti a visite di controllo o a controlli nascosti a distanza secondo le possibilità consentite dalla tecnica moderna ed illustrate in una abbondante letteratura sociologica (ricordo Packard). Ma questa situazione giuridica di principio, in sé qualificabile come diritto soggettivo generante una obbligazione negativa a carico del datore di lavoro, vien meno se e nella misura in cui in sede amministrativa si accolga l'istanza della controparte; anche qui, quindi, a seguito del provvedimento abbiamo, se non erro, un diritto che in concreto si affievolisce nella misura del consentito dalla decisione, cioè, un interesse legittimo per il se e per il quanto, interesse azionabile non dai singoli, ma solo dalle entità chiamate a rappresentare, in termini di rappresentanza politica, il personale. Se la premessa è esatta, ne consegue la competenza giurisdizionale amministrativa. È chiaro che, di norma, le doglianze saranno, *hinc et inde*, in termini di eccesso di potere, imputandosi alle autorità amministrative di non aver saputo equamente contemperare le

---

(3) Il problema si è spesso presentato in materia previdenziale, in relazione alla regola della necessità del previo ricorso amministrativo *ex* art. 460 c.p.c.; v. *Rass. giur. cod. proc. civ.*, diretta da Stella Richter, Libro Secondo, Milano, 1967, *sub* articolo citato.

(4) V., per tutti, Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1966, n. 36 e n. 42.

obiettive esigenze aziendali, nei limiti in cui queste possono aver corso secondo la legge, con le garanzie che si sono volute assicurare, in linea di principio, ai lavoratori. Mi pare che la conclusione processuale corrisponda appieno, secondo una valutazione di opportunità, alle caratteristiche di fondo della situazione. Con questo ho voluto prospettare, con un primo tentativo di risposta, solo alcuni dei problemi discendenti dai due articoli.

2. Per l'art. 5 della legge di qui innanzi è inibito al datore di lavoro di procedere direttamente, attraverso sanitari di sua fiducia, all'accertamento della veridicità dello stato di malattia allegato dal lavoratore a giustificazione dell'assenza, dovendo egli rivolgersi all'uopo al servizio ispettivo degli enti previdenziali competenti che sono dichiarati tenuti a dar corso alla richiesta. Visibilmente si è voluto impedire che acquisisca decisività *di fatto* la valutazione del medico di fiducia del datore di lavoro, eventualmente difforme da quella del sanitario del lavoratore.

L'innovazione esige che, in pratica, il servizio ispettivo sanitario degli enti previdenziali sia potenziato in dimensioni tali da poter agevolmente dar corso, con la tempestività indispensabile nella situazione, alle richieste di controllo inoltrate dai datori di lavoro. Non a caso la legge dichiara, come ho detto, gli enti tenuti a provvedere perché non può essere certo mortificata la giustificata esigenza dei datori di lavoro di poter controllare se il dipendente sia o no effettivamente malato; oltre tutto, questo corrisponde anche all'interesse pubblico di non disperdere vanamente, per non infrequenti situazioni di frode, il patrimonio che la collettività destina ai fini della tutela contro le malattie. Può nutrirsi un serio dubbio circa l'effettiva possibilità, per gli enti, di attrezzarsi in vista di questo nuovo ed impegnativo servizio; purtroppo non è infrequente che l'amministrazione sia caricata di compiti e di oneri, versando nella pratica impossibilità, per ragioni finanziarie, di procurarsi i mezzi e gli strumenti, anche umani, necessari oppure dovendo trascorrere del tempo prima di poter predisporre le necessarie misure organizzative. *Quid*, pertanto, nell'ipotesi che l'ente non sia di fatto in grado di provvedere o possa intervenire quando ormai i buoi sono scappati dalla stalla? L'inosservanza dell'obbligo imposto per legge giustifica forse un'azione di risarcimento verso l'ente, a parte l'intrinseca difficoltà di determinazione del danno? D'altro canto, innanzi all'inerzia dell'ente, è assai dubbio che si possa provocare un accertamento sanitario in via di istruzione preventiva ricorrendo al giudice *ex* art. 696 c.p.c., perché la letterale formulazione della norma del codice (« lo stato di luoghi o la qualità o la condizione di cose ») pare deporre nel senso dell'inammissibilità di

ispezioni su persone (5), malgrado l'autorevole, ma non motivata, opinione di Carnelutti (6).

Sennonché il problema essenziale è quello della qualificazione, *id est* del valore dell'accertamento compiuto dal sanitario dell'ente previdenziale, dovendosi pensare la soluzione adottata dalla legge nel contesto della lite, quanto meno potenziale, tra le parti del rapporto di lavoro in ordine alla veridicità dell'allegato stato di malattia come impeditivo della prestazione di lavoro, con tutte le conseguenze del caso. Occorre ricordare che, in codesta lite, l'onere della prova sullo stato impeditivo della prestazione grava, secondo i principi, sul lavoratore; ma la prova, com'è noto, può essere facilmente procurata stragiudizialmente col certificato rilasciato da un medico compiacente, giudizialmente chiamando il medico a confermare come teste le resultanze del certificato. Per questo si era instaurata la prassi del controllo da parte dei datori di lavoro a mezzo di sanitari di loro fiducia, tutto essendo poi, in definitiva, demandato alla prudente valutazione del giudice in termini di attendibilità degli elementi contrastanti forniti dalle parti contrapposte. Ora la legge impedisce al datore di lavoro il controllo sanitario diretto; alla lettera l'art. 5 pare imporre un accertamento preclusivo, demandato ad un sanitario di ente pubblico. Ma si tratterebbe di un accertamento preclusivo, in definitiva, per entrambe le parti, anche per il lavoratore. E si è anche omesso, come pure era possibile al pari di come è disposto in altre leggi per situazioni consimili, di assicurare alle parti, rispetto a questo accertamento, la facoltà di farvi assistere sanitari di loro fiducia, senza alcuna garanzia, quindi, di contraddittorio in ordine all'acquisizione di quello che pare sia configurato come un mezzo decisivo di prova.

Se le cose fossero veramente così, se si trattasse di un accertamento preclusivo, è lecito dubitare, per più versi, della legittimità della disposizione, tenendo conto di quanto si è affermato nella giurisprudenza costituzionale in ordine a norme di legge, quale, ad es., quella che un tempo demandava all'ufficio del genio civile la valutazione insindacabile circa lo stato degli immobili locati con contratti soggetti a proroga legale, prefiguranti specie di accertamenti pregiudiziali commessi ad autorità amministrative e preclusivi. Nella sostanza verrebbe lesa la garanzia del contraddittorio in ordine alla raccolta dei mezzi di prova, col sovvertimento di ovvi principi processuali. Il dubbio, innanzi alla formulazione

---

(5) V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, *sub* art. 696, 240.

(6) V. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, III, Roma, 1956, n. 893, 164.

della norma, è non manifestamente infondato ove si tenga presente la problematica presentatasi nella giurisprudenza costituzionale e in ordine agli accertamenti preventivi in materia di frodi alimentari (v. Corte Cost. 3 dicembre 1969, n. 149, in *Foro it.*, 1970, I, 8) e in tema di decadenza della proroga legale dei contratti agrari (v. Corte Cost. 15 dicembre 1967, n. 147, *ivi*, 1968, I, 340); quanto meno ne discende l'inevitabilità di una scelta interpretativa giusta la quale quell'accertamento non può affatto ritenersi preclusivo, potendo al massimo valere come un elemento, pur qualificato, di prova, da valutarsi nel contesto globale di tutte le risultanze di causa. D'altro canto, e più in generale, quell'accertamento non potrebbe nemmeno intendersi come una via obbligata per il datore di lavoro, come l'unica strada offertagli per cercare di contestare la denuncia di malattia del lavoratore (7). La legge, secondo una ragionevole interpretazione, inibisce solo il controllo sanitario diretto, cioè l'ispezione della persona, che può aversi solo provocando l'intervento dei sanitari dell'ente pubblico. Non pare inibito, allorché si prescinda dall'ispezione della persona ad opera di propri sanitari, contrastare altrimenti la veridicità dell'allegata malattia, fornendone adeguatamente la prova. Si faccia il caso che il lavoratore denunci una malattia sussistendo la quale, secondo i più elementari dettami della scienza medica applicabili al caso, sia rigorosamente imposta la degenza in letto e che, viceversa, il datore di lavoro sia in grado di fornire la prova che il c.d. « malato » in realtà si aggirava per strada e attendeva, come spesso si è verificato, ad altre attività o di lavoro o dilettevoli, ma comunque obiettivamente smententi il preteso stato di malattia: a che pro, nel caso, provocare l'inutile accertamento da parte dei medici previdenziali? Ne deriva che l'accertamento di cui all'art. 5 né costituisce via obbligata né sottrae comunque al giudice la valutazione libera degli elementi di fatto rilevanti, commettendo, senza alcuna garanzia di contraddittorio, al sanitario previdenziale funzioni che sarebbero inammissibilmente giurisdizionali (è inutile ricordare come in materia l'ispezione della persona sia il mezzo decisivo di prova, di norma assorbente l'intero contenuto della lite nella massima parte dei casi) (8).

---

(7) D'altro canto non pare inibito al datore di lavoro raccogliere elementi (che possono anche risultare casualmente, a prescindere da qualsiasi iniziativa investigativa) sulla base dei quali, ove insorga dubbio sulla veridicità della malattia, si può poi provocare l'ispezione della persona da parte del medico dell'ente previdenziale; questo e gli altri problemi accennati nel testo sono praticamente importanti, poiché la violazione dell'art. 5 è penalmente sanzionata ai sensi dell'art. 38 della legge.

(8) Per il comma 3 dell'art. 5 « il datore di lavoro ha facoltà di far controllare la

3. L'art. 7 dello « statuto » innova radicalmente in materia di sanzioni disciplinari, con complesse disposizioni d'ordine procedurale. Posto che i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa, il lavoratore « al quale sia stata applicata una sanzione », « salvo analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro e ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria », può promuovere, nei venti giorni successivi, la costituzione di un

---

idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto pubblico », facendosi così riferimento ai numerosi casi nei quali, o in ragione della particolare pericolosità delle lavorazioni specie se favoritive dell'insorgere di malattie professionali o al fine di specifica tutela di soggetti meritevoli di particolare protezione come i giovani, la varia regolamentazione dei rapporti di lavoro condiziona l'occupazione del soggetto ad accertamenti, iniziali e/o periodici, in ordine alle condizioni di salute. La norma va intesa nel senso che anche qui, in linea di principio, non può procedersi ad accertamenti demandati a sanitari di fiducia del datore di lavoro, dovendo questi rivolgersi ad enti pubblici operanti *super partes*, ad es., ad ospedali di diritto pubblico. Mentre la cosa è pacifica per le visite periodiche in costanza di rapporto, sorge il problema se la disposizione valga egualmente e tassativamente anche per gli accertamenti sanitari anteriori all'assunzione al lavoro, spesso previsti anche nella contrattazione collettiva. Probabilmente deve distinguersi tra le situazioni di assunzione sostanzialmente libera (assunzione diretta o assunzione nominativa tramite il collocamento) e le situazioni di assunzione vincolata, con richiesta numerica nel sistema del collocamento. Nella prima situazione, proprio perché è in giuoco un'assunzione « libera » senza alcuna possibile pretesa da parte dell'aspirante, pare che non vi sia campo per l'applicabilità dell'art. 5/3. Nella seconda situazione la conclusione può essere diversa, specie se il sistema del collocamento è costruito in modo da poter ritenere che l'avviamento al lavoro da parte dell'ufficio di collocamento faccia insorgere una pretesa tutelata nel lavoratore avviato (v. sulla questione il mio *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965, 211 ss.): qui l'applicabilità del comma 3 dell'art. 5 costituisce un'ulteriore garanzia per il soggetto protetto. La stessa previsione dovrebbe incontrare minori difficoltà di svolgimento, poiché, in ragione della genericità del riferimento agli enti ai quali è demandato di provvedere, sarà assai più facile per i datori di lavoro provvedere con tempestivo ricorso ad una delle numerose istituzioni agenti nella zona nella quale opera l'unità di lavoro. L'impossibilità pare veramente teorica; che se questa dovesse verificarsi eccezionalmente di fatto, quanto meno come impossibilità di provvedere tempestivamente alla visita medica secondo le scadenze predeterminate, specie ove venga in questione una normativa d'ordine pubblico volta alla tutela della salute dei lavoratori, sarebbe inevitabile la conclusione che il datore di lavoro dovrebbe astenersi dall'utilizzare l'opera del lavoratore fin quando non è possibile procedere all'accertamento sanitario, senza obbligo di corrispondere alcunché al dipendente; né questi né il datore di lavoro potrebbero agire per i danni nei confronti dell'ente, tanto più che significativamente, e per comprensibili ragioni, qui la legge si è astenuta dal porre un obbligo corrispondente a quello addossato, nel comma 2, all'ente previdenziale. Sorvolo su altri profili d'ordine sostanziale, qui esorbitanti.

collegio di conciliazione e di arbitrato, rivolgendosi all'uopo all'ufficio del lavoro; il collegio è composto di due rappresentanti di parte e da un terzo arbitro scelto di comune accordo tra le parti o, in difetto di accordo, nominato dal direttore dell'ufficio. Se il datore di lavoro non provvede alla nomina del proprio arbitro nel termine di dieci giorni dall'invito rivoltogli dal direttore dell'ufficio del lavoro, la sanzione disciplinare « non ha effetto. Se il datore di lavoro adisce l'autorità giudiziaria, la sanzione disciplinare resta sospesa fino alla definizione del giudizio »; la sanzione disciplinare resta egualmente sospesa in pendenza del giudizio arbitrale.

In primo luogo la formulazione della norma è letteralmente contraddittoria in ordine ai tempi di applicazione e di sospensione della sanzione. Infatti nel comma 5 si afferma che la sanzione può essere applicata, cioè irrogata, dal datore di lavoro trascorsi cinque giorni dalla contestazione scritta; nel comma 6 si ripete che il lavoratore « al quale sia stata applicata una sanzione », può reagire provocando una delle molteplici procedure previste. Al contrario, nel comma 6 è detto che la sanzione resta sospesa in pendenza della procedura arbitrale, così come egualmente si dispone nel comma 7 per l'ipotesi di azione giudiziaria promossa dal datore di lavoro (letteralmente la sospensione è prevista in questi due soli casi, non negli altri due di ricorso da parte del lavoratore o alle procedure sindacali o al giudice ordinario). In luogo di una soluzione organica nel senso della sospensione della sanzione in pendenza d'impugnativa (soluzione per la quale sarebbe stato però indispensabile fissare anche un termine di decadenza per l'eventuale promozione del giudizio ordinario da parte del lavoratore ed altrettanto nel caso di ricorso alle procedure sindacali), c'è nell'articolo un *rebus* letteralmente insolubile, parlandosi della sospensione di una sanzione già irrogata ed applicata e magari interamente eseguita, come nel caso della multa. Forse una soluzione adeguata può essere questa: la sospensione, a seguito di pendenza di giudizio, può aver corso nella misura e nei limiti in cui vi è spazio per sospendere l'applicazione di una sanzione già legittimamente irrogata e in parte applicata; si pensi, ad es., all'ipotesi che l'impugnativa del lavoratore sopravvenga quando è in corso la sospensione dal servizio e dalla retribuzione (sanzione irrogabile nella misura massima di dieci giorni). Non può evidentemente sospendersi quello che ha ormai avuto corso. Naturalmente ove l'impugnativa abbia esito favorevole per il lavoratore, ne deriveranno, caso per caso, le conseguenze logiche rispetto a sanzioni già applicate (9).

---

(9) V. Riva Sanseverino, in *Commentario al codice civile*, di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969, *sub* art. 2106, n. 4, 342-343.

Il punto essenziale da porre in rilievo, anche, a mio avviso, per le implicazioni che ne derivano rispetto al problema del rapporto tra le varie procedure in tema di controversie sui licenziamenti (v. n. 4), è che la legge qui stabilisce chiaramente la piena libertà di scelta del lavoratore tra le tre possibili impugnative, in sede sindacale, con l'arbitrato presso l'ufficio del lavoro, con l'azione in giudizio: « ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria ». Ne deriva che non c'è affatto obbligo di seguire le procedure sindacali, sussistendone naturalmente i presupposti, ma tutto è rimesso alla scelta libera dell'interessato; per la legge le procedure eventualmente previste nei contratti collettivi sono esperibili del tutto facoltativamente, anche se le medesime fossero per avventura obbliganti sul piano ed in sede di interpretazione dei contratti.

Ancor di più, del tutto coerentemente, la legge fa salva una corrispondente libertà di scelta del datore di lavoro, nel senso che dall'intero contesto dei commi 6 e 7 dell'art. 7 si ricava che, in definitiva, e la procedura sindacale e quella arbitrale presso l'ufficio del lavoro possono aver corso sol quando entrambe le parti concordino in tal senso. In sostanza, una corrispondente libertà di scelta, con la priorità dell'eventuale ricorso preclusivo da parte di una delle due parti al giudice ordinario. Ciò si ricava, a mio avviso, dal secondo periodo dell'art. 7, comma 7: « Se il datore di lavoro adisce l'autorità giudiziaria ». L'inciso va inteso nel senso, direi ovvio, che, malgrado la promozione da parte del lavoratore della procedura sindacale o dell'arbitrato presso l'ufficio del lavoro, il datore di lavoro può sottrarsi a queste procedure proponendo l'azione in giudizio, in sostanza un'azione di accertamento in ordine alla legittimità dell'irrogazione della sanzione. Forse si è voluta questa previsione, per evitare che, altrimenti, in ragione della scelta del lavoratore, la procedura arbitrale presso l'ufficio del lavoro si risolvesse in un arbitrato obbligatorio nei confronti del datore di lavoro, con una soluzione a mio parere elusiva e quindi costituzionalmente illegittima rispetto al disposto dell'art. 102 Cost. (10); con l'aggravante che, qui, in ragione della libertà di scelta del lavoratore chiaramente affermata, avremmo avuto un arbitrato solo unilateralmente obbligatorio *ad libitum* della controparte.

Piuttosto il ricorso al giudice è, per il datore di lavoro, inevitabile nel caso che il lavoratore abbia promosso l'arbitrato presso l'ufficio del lavoro, e inevitabile in termini ristretti ove naturalmente non si desideri

---

(10) V. il mio studio *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 190, n. 2.

la procedura arbitrale. Infatti, poiché il primo periodo dell'art. 7 recita che la sanzione disciplinare non ha effetto ove il datore di lavoro non provveda alla designazione del suo arbitro nel termine di dieci giorni dall'invito rivoltogli dal direttore dell'ufficio del lavoro, tale conseguenza del venir meno della sanzione già applicata (v. *supra* per il possibile senso della disposizione) può essere evitata solo se in quel termine di dieci giorni il datore di lavoro provvede a notificare la citazione introduttiva del giudizio. Questo mi pare il giuoco tra le varie strade, secondo l'incontro o no delle scelte dei contrapposti soggetti interessati; a cosa si riduca l'effettività del potere disciplinare in siffatto contesto, con la prospettiva ultima eventuale di una sanzione, poniamo di una multa, applicata ad anni di distanza allorché si sia ottenuto il giudicato, costituisce altro problema di valutazione politico-legislativa di questo assetto e su questo sorvolo.

Resta da dire sulla natura dell'arbitrato posto in essere presso l'ufficio del lavoro. Nel silenzio della legge la soluzione più convincente pare quella di ritenere che sul punto tutto è rimesso, in definitiva, alla volontà delle parti, potendo le medesime decidere nel compromesso di dar corso, in ipotesi, all'arbitrato rituale di cui al codice (11), naturalmente nel pieno rispetto della relativa normativa.

4. L'art. 18 (« reintegrazione nel posto di lavoro ») innova radicalmente, su punti decisivi, rispetto alla disciplina dei licenziamenti individuali di cui alla legge n. 604 del 1966, sia in termini sostanziali che procedurali. E qui debbo dar conto anche dell'innovazione sostanziale perché anche la considerazione di questo aspetto della normativa è rilevante ai fini della soluzione del quesito processuale relativo all'impegnatività o no delle procedure, conciliative ed arbitrali, sindacalmente previste, almeno considerando in quali termini questo specifico problema venne impostato in un largo settore della dottrina. L'art. 18, cambiando radicalmente rispetto alla legge n. 604 sul punto delle conseguenze del licenziamento non giustificato (alternativa tra riassunzione e corresponsione di una penale), unifica nel trattamento le varie ipotesi di licenziamento illegittimamente disposto (licenziamento inefficace per mancata intimazione per iscritto o per omessa comunicazione della motivazione; licenziamento, nell'art. 18 detto annullabile, non assistito da giusta causa o da giustificato motivo; licenziamento nullo

(11) Questa tesi venne già prospettata da Giugni, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, Milano, 1954, n. 9, 34, in relazione alla procedura arbitrale prevista nell'accordo interconfederale del 18 ottobre 1950.

perché di rappresaglia *ex* art. 4 legge n. 604), disponendo che la sentenza obbliga il datore di lavoro a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, conseguendone, in caso di inosservanza della pronuncia, l'obbligo di corrispondere la retribuzione dalla data della sentenza fino all'effettiva reintegrazione, mentre per il periodo corrente tra il licenziamento e la sentenza, con evidente soluzione compromissoria equamente apprezzabile, il lavoratore ha diritto al risarcimento dei danni quanto meno nella misura di un minimo parificato all'importo di cinque mensilità di retribuzione. In sostanza il legislatore ha optato per il regime dell'efficacia reale della limitazione del recesso.

Processualmente, nel primo inciso del comma 1 dell'articolo viene fatta salvezza delle procedure previste nell'art. 7 della legge n. 604: procedure sindacali, tentativo di conciliazione innanzi all'ufficio del lavoro, arbitrato irrituale in caso d'insuccesso di codesto tentativo (12). Nei commi 4, 5, 6 e 7 è disposto che in caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'art. 22 della legge (dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali, membri di commissione interna e candidati alle elezioni della medesima), il giudice « quando ritenga irrilevanti o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro », può, in ogni stato e grado del giudizio di merito, disporre con ordinanza l'immediata reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro; l'ordinanza è revocabile con la sentenza che decide la causa mentre, in caso di non ottemperanza o all'ordinanza o alla sentenza, il datore di lavoro è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo nel provvedere alla reintegrazione, a pagare al fondo adeguamento pensioni dell'INPS una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore.

Si ripropone così il problema, già postosi rispetto alla legge n. 604, della obbligatorietà o no delle procedure conciliative e sindacali, previste soprattutto nell'accordo interconfederale per i licenziamenti individuali nell'industria del 1965, per i soggetti convenzionalmente tenuti in tal senso. In proposito si ebbe in dottrina un vario schieramento (13), con corrispondente divisione della giurisprudenza (14). La questione è stata spesso, discutibilmente, impostata, in riferimento all'art. 12 della

---

(12) V. il mio studio *L'arbitrato irrituale previsto dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. dir. processuale*, 1968, 334.

(13) V., con completi riferimenti, Offeddu, *La legge sui licenziamenti individuali e il suo campo di applicazione*, in *Riv. dir. lav.*, 1968, I, 404, n. 7.

(14) V. da ultimo, nel senso dell'impegnatività delle procedure sindacali, Pret. Torino 30 aprile 1969, in *Foro it.*, 1970, I, 346, con nota di riferimenti.

legge n. 604, in termini di confronto tra la disciplina legale e quella convenzionale alla stregua del criterio della identificazione della fonte più favorevole, quasi che una siffatta valutazione sia obiettivamente possibile tra procedure, quella sindacale e quella giudiziale ordinaria, ognuna delle quali presenta reciprocamente vantaggi e svantaggi non comparabili. Oppure, anche qui discutibilmente a mio avviso, si è invocata, di recente (15), la clausola d'inscindibilità (16) posta nell'art. 21 dell'accordo del 1965, come se la medesima potesse valere, a parte l'intrinseca dubbia riferibilità alla materia delle procedure, rispetto ad un problema sul quale appariva decisiva l'interpretazione sistematica della legge n. 604. Ora, a mio avviso (17), quella legge, ammettendo, con l'ultimo comma dell'art. 7, l'arbitrato irrituale « individuale » e non sindacale, per decisione, cioè, delle parti in lite, praticamente comportava l'assoluta disponibilità in materia, derivandone coerentemente e *a fortiori* l'impegnatività delle procedure sindacalmente obbliganti. Può accogliersi ancor oggi questa conclusione? Il primo inciso dell'art. 18 (« ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604 ») potrebbe essere subito richiamato come conferma che, per l'esplicito disposto, la normativa processuale resta invariata, non toccata dalla modifica di cui alla nuova norma. Naturale la conseguenza che per la parte sostanziale, relativa al trattamento del licenziamento non giustificato, non potrebbe non venir meno la disciplina di cui all'accordo, con l'alternativa tra riassunzione e penale (efficacia meramente obbligatoria della limitazione del recesso), dovendo aver corso ora la disciplina innovativa dell'art. 18, da rispettarsi e da applicarsi da parte dei collegi arbitrali. Il rispetto della nuova normativa sostanziale da parte degli arbitri sarebbe anche favorito dalla disciplina che l'accordo interconfederale del 1965 contiene in ordine alle modalità della pronuncia, ivi essendo disposto che in un primo momento il collegio deve limitarsi a pronunciare sulla giustificazione o no del licenziamento, comportando la decisione nel primo senso l'obbligo del datore di lavoro di procedere al ripristino del rapporto entro il termine di tre giorni, trascorso vanamente il quale il collegio deve riunirsi di nuovo per determinare l'importo della penale; in tal senso i collegi potrebbero limitarsi alla prima pronuncia tenendo conto della normativa di legge mentre, in caso di inosservanza, trattandosi di arbitrato

---

(15) V. Offeddu, *La legge sui licenziamenti*, cit., n. 7.

(16) Su questa clausola, in generale, v. Cessari, *Il* favor *verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1966, 158 ss.

(17) V. *L'arbitrato irrituale*, cit.

irrituale, sarebbe possibile il rimedio dell'impugnativa per elusione della disciplina inderogabile di legge (art. 18) in riferimento all'art. 2113 c.c. (18). Ma, rispetto a questa prima conclusione *prima facie* prospettabile, può addursi un primo inconveniente allorché sia in questione il licenziamento dei sindacalisti « interni » di cui all'art. 22 (v. *supra*), poiché, certamente, il rimedio dell'ordinanza immediata di reintegrazione nel posto di lavoro non può chiedersi al collegio arbitrale e poiché d'altro canto, non può essere comunque negata a questi lavoratori la facoltà di ricorrere al giudice ordinario proprio in considerazione della possibilità di un provvedimento anticipatore degli effetti della pronuncia favorevole. Ne verrebbe la situazione assurda di dover distinguere tra posizione e posizione di lavoratori.

A mio avviso, il problema del rapporto tra procedure innanzi al giudice e procedure diverse non può non essere risolto oggi che nel senso della non impegnatività delle procedure sindacali e quindi della libertà di scelta per le parti, ferma la poziorità condizionante del ricorso al giudice da parte di una. Cioè vale, a proposito delle controversie sui licenziamenti, la soluzione esplicitamente accolta nell'art. 7 della legge in tema di controversie in materia di sanzioni; in termini di interpretazione sistematica dei vari disposti della legge, mi parrebbe assurdo giungere alla irrazionale conclusione che per un certo tipo di controversie l'impegnatività delle procedure sindacali visibilmente viene meno, dovendosi viceversa ritenere il contrario rispetto a controversie di altro tipo. Né varrebbe opporre il vecchio ditterio, *ubi lex voluit* ecc., in quanto è da presumere ragionevolmente, in difetto di espliciti disposti ostativi, che il legislatore sia stato ispirato da una valutazione necessariamente generale, almeno rispetto a tutte le controversie prese in considerazione in questa legge, sul punto della scelta più opportuna circa i rapporti tra le varie procedure. Altrimenti dovremmo ritenere un legislatore bizzarramente incoerente, dettante soluzioni del tutto occasionali ed episodiche. Credo, quindi, che si debba concludere nel senso che l'impegnatività delle procedure sindacali non è più sostenibile e che le medesime sono esperibili solo nel consenso delle due parti interessate espresso magari tacitamente, per mancata eccezione, da parte di quella convenuta. Così oggi mi pare esatta la tesi di Offeddu (19), secondo la quale quelle procedure sono a disposizione delle parti, queste liberamente di volta in volta consentendo. Libertà di scelta, naturalmente, delle due parti, poiché non può certo ammettersi che solo una di queste sia

---

(18) Sul problema v. Grandi, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963, 367 ss.

(19) V. *La legge sui licenziamenti*, cit., spec. 439.

arbitra della procedura da seguire; sostanzialmente, quindi, è da trasportarsi qui la soluzione delineata nell'art. 7, secondo quanto ho detto in precedenza (v. n. 3).

Certo, in termini di scelta politica, può ravvisarsi, se è esatta la conclusione sopra ritenuta, una patente contraddizione in questa legge sullo « statuto » che, da una parte (art. 19), in tema di rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro privilegia gli apparati sindacali preesistenti con una soluzione rispetto alla quale la questione di legittimità rispetto all'art. 39 Cost. non è manifestamente infondata (20), e, dall'altra, comporta la non impegnatività delle procedure sindacalmente previste per la soluzione delle controversie di lavoro, così allentando le ragioni della costante adesione tra sindacati e masse rappresentate, cioè riducendo uno dei più incisivi punti di forza di un sistema imperniato sulla decisiva presenza delle organizzazioni. Ma questo è un discorso prettamente politico di principio, qui inconferente. D'altro canto, rispetto alla grande diatriba che si è fatta negli anni decorsi su questo problema, non si capisce perché le organizzazioni sindacali orientate nel senso della preferibilità della procedura innanzi al giudice ordinario in ragione della valutazione negativa dell'esperienza compiuta in sede di applicazione dei successivi accordi interconfederali (21), non abbiano a suo tempo risolto il problema denunciando l'accordo del 1965; anche questo è un mistero destinato a non essere svelato ai non iniziati.

Come ho detto, la conclusione della non impegnatività delle procedure sindacali vale certo almeno per le controversie considerate nella recente legge; dico *almeno*, in quanto la zona del possibile contenzioso del lavoro toccata da questa legge è tale, per qualità e per quantità, da rendere plausibile l'interrogativo della necessaria, logica e coerente estensibilità della conclusione a tutta la zona di questo contenzioso,

---

(20) La questione è stata variamente sollevata nel convegno perugino di cui ho detto alla nota 1, in particolare da Mazzoni, da Simi e dal sottoscritto; il mio intervento è in corso di pubblicazione in *Boll. dir. lav. Univ. Trieste*.

(21) In tal senso si espressero, in sede di elaborazione della legge sui licenziamenti, i parlamentari dell'estrema sinistra; v., per riferimenti, il mio studio *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Quaderni di scienze sociali*, 1966, 165, n. 8. Sull'esperienza compiuta vigente l'accordo interconfederale del 1950, v. l'indagine compiuta dai Gruppi di studio sulla formazione extralegislativa del diritto del lavoro delle Università di Bari e Bologna, raccolta nel volume *I licenziamenti nell'industria italiana*, Bologna, 1968, con introduzione di Romagnoli; di questa indagine e delle sue implicazioni si discusse in un convegno ad Ancona nel maggio 1968: gli atti sono pubblicati nel quaderno del *Foro it., La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana*, 1970.

ancora una volta perché in materia la scelta politica di un legislatore razionale non può non essere univoca ed onnicomprensiva; ma conviene per il momento limitarsi ad enunciare questo ulteriore dubbio.

Ma il giudice competente è o no ancora il pretore, così come disposto nell'u.c. dell'art. 7 della legge n. 604? Il problema sorge perché, nel comma 5 dell'art. 18, è detto che l'ordinanza di reintegrazione immediata dei sindacalisti « interni », « può essere impugnata con reclamo immediato al giudice medesimo che l'ha pronunciata. Si applicano le disposizioni dell'art. 178, commi 3, 4, 5, 6, c.p.c. ». Tutti sanno (tranne, forse, i patri legislatori) che l'art. 178 del codice di rito è dettato pel procedimento innanzi al tribunale, ivi prevedendosi il reclamo immediato innanzi al collegio avverso le ordinanze istruttorie del g.i.; reclamo che, per intuitive ragioni, non ha concretamente spazio nel procedimento pretorile (22). Ed allora delle due l'una: o, restando la competenza del pretore, questa disposizione è stata dettata per mera, grossolana svista oppure dalla medesima disposizione deve ricavarsi la conclusione che, con previsione così incidentale e scarna, il recente legislatore ha voluto abrogare la norma sulla competenza del pretore e non già per riaffermare la distribuzione di queste liti tra pretore e tribunale secondo il valore e giusta la normativa generale del codice di rito, sibbene per introdurre, surretiziamente, la competenza per materia del tribunale. Io scelgo decisamente nel primo senso, non solo perché pare assurda la tesi che un'innovazione così radicale sia stata introdotta per via traversa, ma anche perché la nuova ipotizzabile competenza per materia del tribunale nelle controversie attinenti al licenziamento risulterebbe priva di ogni giustificazione razionale, specie ove si consideri tutto il movimento d'opinione auspicante la competenza del giudice monocratico quanto meno nel campo del lavoro; movimento cui il recente legislatore ha dato corso non solo con la legge n. 604 del 1966, ma anche e proprio con lo « statuto ». Infatti, la competenza del pretore è in questa legge prevista sia per le liti in tema di trattamenti economici collettivi discriminatori (art. 16; v. *infra*, n. 5) sia per lo speciale procedimento previsto per la repressione dei comportamenti antisindacali (art. 28; v. *infra*, n. 6): in tutto questo contesto come è possibile ritenere che il disposto del comma 5 dell'art. 18 valga secondo l'interpretazione che qui si respinge? In conclusione quel disposto costituisce una grossolana svista, cioè ha da ritenersi come non scritto. Certo la conclusione può turbare, implicando la medesima che l'interprete possa tranquillamente disattendere la let-

(22) V. Andrioli, *Commento*, cit., II, 1956, *sub* art. 311, 350.

tera delle leggi ed io condivido appieno la preoccupazione in una stagione nella quale, a causa dell'assenza sistematica di organici e precisi interventi del legislatore, cioè nel vuoto del potere politico, molti giuristi operano con eccessiva disinvoltura rispetto ai canoni tradizionali del mestiere, quando talora non teorizzano esplicitamente di « politica del diritto ». Ma, preoccupazione giustificata a parte, la più recente legislazione presenta talora mende così grossolane, contraddizioni testuali, incoerenze di fondo, sviste vere e proprie, di guisa che, pur con la massima cautela, è giocoforza giungere in qualche situazione pur eccezionale alla conclusione radicale prospettata della legge che deve ritenersi come non scritta. Un caso si ebbe proprio, come ho detto altrove (23), per una previsione dell'art. 7 della legge n. 604; quanto affermai è stato vivacemente criticato da Simi (24) che mi ha opposto, secondo un assunto certo condivisibile in linea di principio, che l'interprete non può comunque pretermettere la lettera della legge. Abbiamo ora un altro caso rispetto al quale la posta in giuoco è di gran lunga più importante: anche qui, chiedo al caro amico e collega, varrà la lettera pur con le implicazioni irrazionalmente sconvolgenti?

L'art. 18 pone diversi altri interrogativi. Ad es., per il comma 2, l'obbligo di corrispondere al lavoratore illegittimamente licenziato la retribuzione, in caso e per il tempo della mancata reintegra nel posto di lavoro, decorre, alla lettera, dalla data della sentenza: è veramente così o non piuttosto dalla notifica, quanto meno, della pronuncia? È da tenere inoltre presente che, per il comma 3, la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva. Se il datore di lavoro si asterrà, nelle more dell'impugnazione, dalla reintegrazione del lavoratore, questi potrà intanto agire per l'equivalente della mancata retribuzione, equivalente che dovrà essere restituito (almeno in teoria!) in caso di accoglimento del gravame. Ove si abbia la reintegrazione, in ossequio alla sentenza provvisoriamente esecutiva, *quid* nell'ipotesi di successivo accoglimento dell'impugnazione? A parte il dubbio circa la qualificazione della decisione del datore di lavoro di dar corso alla sentenza estromettendo il lavoratore, nel senso che nel caso parrebbe esulare un recesso in senso tecnico, par chiaro che non è dovuto al dipendente il preavviso. Ma spetta l'indennità di anzianità in ragione del periodo di lavoro al quale si è dato corso unicamente in ottemperanza della sentenza? Più in generale codesto rapporto giudizialmente imposto è rapportabile alla previsione

---

(23) V. *Nota*, in *Foro it.*, 1969, I, 2708 a commento di Pret. Napoli 8 febbraio 1969.

(24) V. *Sul termine di decadenza della legge 15 luglio 1966, n. 604: impugnazione o reclamo?*, in *Dir. lav.*, 1970, 2, 38.

normativa dell'art. 2126 c.c. della prestazione c.d. « di fatto » sulla base di un contratto nullo o annullabile? Cosa consegue, comunque, all'estromissione del lavoratore in questo contesto?

Sennonché, in relazione all'ultimo periodo del comma 2, può verificarsi che il lavoratore, invitato a riprendere servizio, non lo faccia nel termine di trenta giorni dall'invito, con la conseguenza che « il rapporto si intende risolto »; è una ipotesi molto probabile in quanto la prospettiva di lasciare un posto di lavoro conseguito dopo il licenziamento per riprendere servizio nella precedente unità di lavoro, non è certo tranquillante nella pendenza dell'impugnazione. Comunque, risolto il rapporto *ope legis*, cessa la materia del contendere? Certo no, quanto meno in relazione all'interesse del datore di lavoro di ottenere la riforma della sentenza di primo grado ai fini della responsabilità risarcitoria prevista per il periodo corrente tra il licenziamento e la sentenza (v. *supra*). Ma tutta questa problematica va attentamente studiata.

Particolari problemi si pongono, nel processo conseguente al licenziamento dei sindacalisti « interni » (v. *supra*), in relazione alla possibile ordinanza di reintegrazione immediata. Il provvedimento è condizionato, come dissi, ad una valutazione d'irrilevanza o di insufficienza degli elementi di prova forniti dal datore di lavoro; veramente, un magistrato prudente, acquisita questa convinzione, meglio farà a disporre senz'altro la spedizione della causa a sentenza, evitando di emanare un provvedimento anticipatorio determinante ulteriori complicazioni processuali e sostanziali, tanto più che anche in appello la competenza è certo del collegio e non già del consigliere istruttore. Il provvedimento può essere adottato solo « su istanza congiunta del lavoratore e del sindacato cui questi aderisce o conferisca mandato », non comprendendosi la *ratio* della previsione (forse, anche qui, l'intento politico di privilegiare l'apparato sindacale, tanto che taluno ha detto che la legge si risolve in parte in uno statuto dei diritti, non già dei lavoratori, ma dei sindacati). Ma come ha corso, processualmente, questa istanza congiunta? Posto che il provvedimento è possibile in ogni stato e grado del giudizio di merito, è ben possibile che il sindacato intervenga in qualsiasi momento proprio al fine di proporre, congiuntamente al lavoratore, l'istanza di reintegrazione immediata. Avremmo, quindi, un intervento speciale *sui generis*, possibile anche in appello; così come nel codice (art. 443) per i sindacati, su altri presupposti ed in altro contesto, era possibile un intervento speciale, diverso da quello ordinario (25). Nel silenzio dell'art. 18 è da risolvere il problema delle

---

(25) In proposito v., da ultimo, Romagnoli, *Le associazioni sindacali nel processo*, Milano, 1969, cap. II.

forme specifiche nelle quali può aversi questo intervento *ad hoc*, per la proposizione, in unione col lavoratore, di una specifica istanza e solo ai fini di questa istanza, senza che si richieda all'associazione così intervenuta altro rispetto alla causa complessivamente considerata. Varrà o no la normativa di cui all'art. 267 del codice di rito?

Ulteriori interrogativi si pongono, sempre in caso di licenziamento di sindacalisti « interni », in relazione al disposto dell'u.c. dell'articolo, ponente al datore di lavoro, non ottemperante all'obbligo di reintegrazione del lavoratore, l'obbligo ulteriore di versare al fondo adeguamento pensioni dell'INPS, per ogni giorno di ritardo nella reintegrazione, una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore. In sede di svolgimento concreto della previsione, è necessario che vi sia una formale declaratoria nel provvedimento oppure si tratta di una conseguenza legale automatica discendente dalla pronuncia e azionabile da parte dell'ente interessato?

5. Secondo l'art. 16 della legge è vietato ai datori di lavoro concedere a parte del personale trattamenti economici di maggior favore aventi carattere discriminatorio, cioè destinati ad operare, per il modo in cui è eventualmente congegnata l'erogazione di queste somme, in funzione antisindacale o al fine di costituire un incentivo per l'assiduità al lavoro e quindi per la non partecipazione allo sciopero. Su domanda dei lavoratori nei confronti dei quali è stata attuata la discriminazione o delle associazioni sindacali alle quali i medesimi hanno dato mandato, il pretore, ritenuto il fondamento della doglianza, deve condannare il datore di lavoro a pagare al fondo adeguamento pensioni dell'INPS una somma pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corrisposti nel periodo massimo di un anno. In sostanza abbiamo una sorta di reazione sanzionatoria di non facile qualificazione e svolgimento, reazione che si concretizza in un obbligo di pagare ad un ente previdenziale terzo su impulso dei lavoratori danneggiati, con azione diretta o tramite un'associazione sindacale. Non è facile comprendere per quali ragioni si sia preferito questo espediente, in questi precisi termini. In particolare, posto che in definitiva niente deve venire in tasca ai lavoratori danneggiati, sarebbe stato preferibile conferire senz'altro la legittimazione solo alle associazioni sindacali o ad altre entità rappresentative, in termini politici, del personale interessato. Al contrario, con questa formulazione, il sindacato può agire solo su mandato dei lavoratori disinteressatamente interessati. La spiegazione formale del tutto non è agevole.

6. Nell'art. 28 (« repressione della condotta antisindacale ») è previsto un procedimento particolarmente rapido ed incisivo la cui utilizzazione potrà avere effetti incalcolabili sulla nostra situazione sindacale. Qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà o dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, il pretore del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, nei due (*sic*!) giorni successivi, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. Contro il decreto è ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione, opposizione innanzi al tribunale; l'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza del tribunale, la quale è immediatamente esecutiva. Il datore di lavoro che non ottempera al decreto o alla sentenza incorre in responsabilità penale *ex* art. 650 c.p., dovendosi procedere alla pubblicazione della pronuncia di condanna nei modi stabiliti nell'art. 36 stesso codice.

La formula della previsione è talmente ampia da consentire ogni possibile, grave interferenza nelle decisioni dei datori di lavoro a seguito di un procedimento così sommario, comunque sia prospettabile un comportamento in funzione antisindacale o antisciopero. Il tutto va valutato nel generale contesto della nostra situazione sindacale, largamente caratterizzata dalla spinta estremistica che talora opera in forme spontanee, con l'aggiramento a sinistra delle stesse organizzazioni tradizionalmente rappresentative. Né si deve dimenticare che questa spinta può essere incentivata, con prospettazioni di almeno apparente liceità, per la stessa generale ambivalenza dello « statuto » tra il reale riconoscimento di effettivi poteri al tradizionale apparato sindacale e la formale proclamazione di situazioni garantite imputate direttamente alla generalità dei lavoratori, come, ad es., avviene con l'art. 14 della legge attribuente il diritto di svolgere attività sindacale complessivamente intesa « a tutti i lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro » (26). Aggiungasi che, in mancanza di una regolamentazione per quanto attiene all'esercizio del diritto di sciopero, non c'è praticamente, nell'opinione, alcun punto fermo in ordirie alla legittimità o no di svariate forme di attuazione dell'azione diretta. Né deve omettersi di considerare quali

(26) Sull'impostazione dello « statuto » v. la relazione di Mancini, cit. *supra*, nota 1.

siano oggi i concreti orientamenti politici di un non indifferente settore della più giovane magistratura, proprio di quella che, di massima, è chiamata a dar corso a questo eccezionale e decisivo potere; è prevedibile l'uso che sarà fatto di questa norma da parte di quei magistrati che militano nella corrente di Magistratura Democratica e che fanno capo a *Quale Giustizia* (27). Non c'è, praticamente, decisione che possa sfuggire a sindacato in questo ordine d'idee e secondo gli orientamenti di un giudice « impegnato ». In teoria è formalmente prospettabile una sovrapposizione rispetto alla stessa tutela assicurata *aliunde* al lavoratore; si pensi al caso che, in sede di questo procedimento sommario, il pretore ritenga che un determinato licenziamento sia stato adottato per motivi antisindacali: potrà ordinare con decreto, appellandosi alla necessità di rimuovere gli effetti del comportamento illegittimo, la reintegrazione immediata del lavoratore? Come si può constatare c'è almeno in teoria un largo campo di interferenza tra la possibile zona di questo speciale procedimento e tutto il resto della normativa ed è questo un aspetto che merita più di ogni altro di essere attentamente studiato.

Certo la previsione di uno strumento rapido ed efficace per garantire l'effettività di una normativa posta per la garanzia di valori essenziali secondo una valutazione equa e serena nella contrapposizione tra le parti sociali, è comprensibile. Ma il termine di due giorni è veramente eccessivo, sol che si pensi alla intrinseca difficoltà di impadronirsi di situazioni aziendali talora complesse ed esigenti spesso conoscenze precise anche delle caratteristiche tecniche della lavorazione (28). Per questo il magistrato prudente non mancherà, se del caso, di raccogliere le pur sommarie informazioni con l'ispezione *in loco*, valendo comunque la natura ordinatoria del termine.

Il procedimento può essere promosso, come ho detto, su ricorso « degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse ». Potranno agire, ad es., sindacati provinciali, leghe, camere del lavoro ecc., purché si tratti di entità facenti capo ad associazioni sindacali nazionali (anche qui ha operato l'intento politico di privilegiare in pratica l'apparato delle grandi centrali esistenti). Si tratta di una legittimazione conferita direttamente dalla legge, ancor quando,

---

(27) Come sentenza particolarmente significativa dei nuovi orientamenti di parte della magistratura v., a proposito dell'occupazione di fabbrica, Trib. Prato 19 dicembre 1969, in *Mass. giur. lav.*, 1970, 73, con nota di Santoro.

(28) Circa la frequente indispensabilità di questi accertamenti v., lodevolmente (a parte i dubbi che la conclusione di merito solleva nella valutazione di una serrata c.d. « di ritorsione »), Pret. Avezzano 17 ottobre 1969, in *Mass. giur. lav.*, 1970, 23.

per statuto, le entità locali non abbiano autonomia giuridica all'esterno, essendo ivi configurate come mere ripartizioni organizzative dell'associazione nazionale (29). Naturalmente, a parte la legittimazione conferita dalla legge all'entità locale *ex se* considerata, la normativa statutaria resta decisiva per accertare quali persone, come preposte all'entità locale, possano effettivamente agire e da questo potranno derivare contestazioni nei casi concreti. Ma si richiede che vi sia interesse ad agire. La formula ha, visibilmente, portata limitativa, nel senso che non è sufficiente l'azione di una entità nazionalmente affiliata, ma occorre ulteriormente uno specifico interesse alla rimozione della situazione lamentata. Non è facile indicare secondo quali criteri o in base a quali situazioni di massima si possa discriminare tra entità interessate o no. Probabilmente, nel contesto dello « statuto », l'interesse ad agire prende corpo dalla presenza nelle unità di lavoro nelle quali si verifica la lamentata condotta antisindacale; presenza che così potrebbe risultare dal fatto che in quella unità sono costituite, ai sensi dell'art. 19, « rappresentanze sindacali aziendali » cioè, conclusivamente, raggruppamenti di lavoratori costituiti, nei luoghi di lavoro, nell'ambito delle associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale o nell'ambito di associazioni sindacali, non affiliate alle confederazioni, ma firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali applicati nell'unità produttiva. Se questo è esatto, non era più semplice legittimare senz'altro le rappresentanze sindacali aziendali e/o le entità locali delle confederazioni maggiormente rappresentative o delle associazioni comunque firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità di lavoro considerata?

---

(29) In proposito v. Treu, *L'organizzazione sindacale*, I, Milano, 1970.

11.

LE CONTROVERSIE IN TEMA DI SANZIONI DISCIPLINARI E DI LICENZIAMENTO SECONDO LO STATUTO DEI LAVORATORI (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le controversie in materia di sanzioni disciplinari. — 3. ... e di licenziamento. — 4. L'ordinanza d'immediata reintegra dei sindacalisti « interni ».

1. A prescindere da quanto si pensa, in una larga parte dell'opinione, in ordine al modello al quale dovrebbe ispirarsi chiunque abbia avuto l'incarico d'introdurre un dibattito, con la rilevazione critica dello stato delle questioni e con l'individuazione dei punti meritevoli di rimeditazione e di approfondimento, questa relazione avrà, al di là delle intenzioni dell'autore e cioè per necessità di cose, e non per indulgere ad un vezzo tipico ed eccessivo della moda corrente, un carattere accentuatamente problematico. Infatti, riprendendo qui, in parte, un tema già considerato (1), per una prima sbozzatura, non appena il legislatore ebbe concluso, con un parto politicamente travagliato (2), la sua fatica, debbo introdurre il discorso su alcune centrali disposizioni di un testo normativo, quello contenuto nella legge 20 maggio 1970, n. 300, detta comunemente « statuto dei lavoratori », rispetto alla quale è unanime il riconoscimento, ormai risolventesi in una sorta di dichiarazione di stile, di non buona fattura in termini strettamente tecnico-giuridici, risultandone, alla lettera, notevoli incoerenze e discrepanze, con ricorrenti

---

(*) Questo scritto riproduce il testo della relazione presentata al IX Convegno promosso a Sorrento (30 ottobre - 1° novembre 1971) dall'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile.

(1) V. *Disposizioni processuali dello « Statuto » dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 362.

(2) V. *La rappresentanza professionale e lo statuto dei lavoratori*, Atti delle Giornate di studio promosse a Perugia, nel maggio 1970, dall'Associazione italiana del diritto del lavoro e la sicurezza sociale, Milano, 1971 e ivi, soprattutto, la relazione introduttiva di MANCINI.

proposizioni di dubbia intelligibilità e con soluzioni che, per quanto interessa in questa sede, talora non quadrano con la sistematica e con la logica del processo civile. Nella valutazione concordano anche quei colleghi che, sul diverso piano degli opinamenti politici, del tutto consentono, a differenza del sottoscritto (3), con la piattaforma politico-legislativa della legge (4). Così poco soccorrendo la lettera (art. 12 prel.), chi si ponga innanzi al testo nei modi tipici del giurista tradizionale, incontra grosse difficoltà. Ed anche chi, come il sottoscritto, è, in linea di principio, alieno dall'accettare i postulati delle correnti modernistiche in punto di metodologia, si vede talora costretto, innanzi all'assoluta immodellabilità del materiale, a suggerire, ad es., la conclusione spiccia di considerare come non scritte talune proposizioni della legge. Questo rimedio, da me recidivamente prospettato a proposito di un inciso contenuto nella norma dello statuto relativo alle mansioni del lavoratore (« alle ultime effettivamente svolte »: art. 13), mi è stato autorevolmente (5) rimproverato, ma a torto, giacché nella mia mente la soluzione è, per così dire, innocentemente dichiarativa, posto che le proposizioni verbali, se non sono suscettive di acquisire un senso concreto, non esistono, sono praticamente « cancellate » nell'operatore, vivendo ed operando solo quello che entra effettivamente nella mente degli uomini e la critica ha un senso solo in quanto si proponga una spiegazione autentica (6).

Né si dispone di documenti probanti per quanto attiene all'intenzione del legislatore. Infatti, se si prescinde dalla generica finalità della legge nel suo complesso, quale è malamente compendiata nella chilome-

---

(3) V. *Risposta al professor Gino Giugni*, in *Boll. Ist. dir. lav. Univ. Trieste*, n. 49, marzo-luglio 1971, 15.

(4) V. Giugni, *I tecnici del diritto e la legge « malfatta »*, in *Pol. dir.*, 1970, 479, nonché, del medesimo a., le ripetute affermazioni in Confindustria, *Atti del seminario sullo statuto dei diritti dei lavoratori*, Rapallo 4 luglio 1970, s.d., ma Genova, 1970, specie p. 63, per quanto concerne l'origine di talune disposizioni relative al collocamento della manodopera.

(5) Da Prosperetti, nel dibattito al quarto congresso di diritto del lavoro tenutosi a Saint Vincent, nel giugno 1971, sul tema « I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori »; gli atti sono in corso di pubblicazione a cura dell'Associazione italiana del diritto del lavoro e la sicurezza sociale, promotrice del congresso.

(6) Ed infatti, pare che la dottrina vada orientandosi nel senso della sostanziale « cancellazione » di quelle parole: v., da ultimo, Romagnoli, *La disciplina del mutamento di mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 331, spec. n. 3. Per un precedente tentativo di spiegare quella dizione, v. Persiani, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1971, I, 11.

trica intitolazione, ben poco risulta, ad es., dai lavori preparatori per quanto riguarda la *ratio* specifica dei singoli istituti, delle singole disposizioni. Al Senato della Repubblica, esaurita la discussione generale (cioè la logomachia sull'impostazione di principio che ben potrebbe contenersi, sempre, in scarne dichiarazioni per gruppi parlamentari), la discussione per i ben 41 articoli della legge ebbe svolgimento nella sola giornata dell'11 dicembre 1969; furono « discussi » in aula tutti gli articoli in ordine ai quali v'era un sufficiente accordo politico, dovendosi respingere gli emendamenti, di norma su aspetti marginali, dell'opposizione di destra e di sinistra. Di guisa che, ad es., rispetto alla norma sulle sanzioni disciplinari, tutto si risolse in una breve discussione per respingere un emendamendo dell'on. Palazzeschi del Pci sul punto dei limiti massimi della multa e della sospensione, niente dicendosi dei grossi problemi di svolgimento di cui in prosieguo (onde, leggendo quegli atti, si ha la conferma del totale divorzio tra sedi di elaborazione normativa e mondo degli operatori giuridici). Viceversa i pochi articoli rispetto ai quali permanevano contrasti sostanziali, vennero accantonati di volta in volta e ripresentati per l'approvazione con nuova formulazione elaborata, evidentemente, nel lavoro di corridoio; tra questi vi è l'art. 18 sulla disciplina del licenziamento (7). Quindi se, rispetto a certe scelte fondamentali, il legislatore ha avuto, com'è presumibile, delle intenzioni, queste non risultano documentate e manca, pertanto, il materiale indispensabile per potersi rendere conto delle ragioni di certe importanti proposizioni.

L'interprete si trova, così, in un grande imbarazzo. Unica àncora di salvezza può essere la lettera quand'essa, ma non sempre avviene, sia oggettivamente inequivocabile. Di qui la spinta a porre l'accento sulla problematicità di tutto il discorso e delle soluzioni di volta in volta, con molta cautela, prospettate.

D'altro canto il contributo finora registrabile della giurisprudenza è assai scarso, vuoi perché troppo poco tempo è trascorso dall'entrata in vigore della legge (poco più di un anno), vuoi perché la straordinaria utilizzazione, per la comprensibile spinta dei sindacati dei lavoratori (8),

---

(7) V., per l'art. 7, *Atti Senato*, seduta 11 dicembre 1969, p. 12088; per l'art 18, *ivi*, p. 12113 ss. nonché p. 12192.

(8) Ma si consiglia di ricorrere al pretore con prudenza, sol quando si può contare ragionevolmente nell'accoglimento del ricorso, per non fornire occasioni di formazione di una giurisprudenza contraria; v. la presentazione di P. Boni, al volumetto *Prima rassegna di giurisprudenza sullo Statuto dei lavoratori*, Roma, 1970, a cura di Vais, nonché quanto questi scrive *ivi*, 10.

del procedimento sommario di repressione dell'attività antisindacale dei datori di lavoro, previsto nell'art. 28 della legge, ha, in un certo senso, pregiudicato, per comprensibili ragioni di contesto, la formazione di una giurisprudenza meditata su punti essenziali dello statuto. Checché si pensi di questa eccezionale utilizzazione dell'art. 28 in termini di valutazione complessiva, anche politico-sindacale rispetto alle finalità essenziali dello statuto (la mia opinione è, moderatamente, positiva), è certo che le conclusioni ritenute nel contesto di vicende giudiziali « di assalto » (9) sono assai meno probanti di quelle che, presumibilmente, si sarebbero avute, con sentenza, a conclusione di procedimenti normali svoltisi con pienezza di svolgimenti probatori e di contraddittorio. Questa è la contropartita inevitabilmente negativa della giurisprudenza, per altro verso positiva e comunque d'estremo interesse, formatasi *ex* art. 28; aspetto negativo che, certo, sarà, superato nel tempo, sia col progressivo formarsi di una giurisprudenza elaborata in sede di procedimenti ordinari sia con l'accumularsi e dei decreti pretori e delle sentenze emanate in sede d'opposizione ai medesimi decreti. Per il momento, le pronunce, sia pure di primo grado, emanate a conclusione di normali procedimenti contenziosi sono scarsissime.

Naturalmente, nell'esposizione problematica che segue, terrò conto, di volta in volta, delle indicazioni che ci vengono dal nuovo ordinamento del processo del lavoro, già approvato dalla Camera dei deputati e in corso di esame da parte del Senato, proprio perché le medesime non possono essere ignorate ove si voglia far piena luce sui punti presi in esame, anche perché l'esperienza, confusa e contorta, della più recente legislazione ci induce a considerare, qui e altrove, ogni singolo intervento come una tappa, provvisoria, nel processo di gestazione di un nuovo diritto sistematicamente considerato. D'altro canto non è da escludere che le soluzioni accolte nella nuova legge relativa al processo siano probabilmente e talora destinate a sovrapporsi e a superare quelle accolte nello « statuto ». Quanto meno, in ipotesi di irriducibile divergenza nella successione di una legge generale ad una normativa anteriore eventualmente da considerarsi speciale con quanto ne può conseguire, vi saranno eloquenti motivi per far appello al canone di coerenza imprescindibile nei propositi di buona legislazione nell'identica materia.

Questa relazione, secondo il piano di ripartizione del lavoro tra il collega Romagnoli e me, tratterà essenzialmente delle controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento, cioè dei problemi pro-

---

(9) Ha efficacemente parlato dei pretori, come degli ufficiali di prima linea, Prosperetti, in *Intervento*, cit. *supra*, nota 5.

cessuali che derivano dagli artt. 7 e 18 dello statuto. Un semplice cenno, quindi, in questa premessa introduttiva ad un altro importante interrogativo, quello relativo all'identificazione del giudice competente, ordinario o amministrativo, per l'impugnativa del provvedimento ministeriale definitivo in tema di installazione di impianti audiovisivi (art. 4) e di visite personali di controllo (art. 6). A questo punto, nello studio precedente già citato (10), ritenni di dovermi pronunciare per la competenza del giudice amministrativo, essendo in questione o interessi legittimi o diritti soggettivi affievoliti. Viceversa, nel primo commento per articoli di Freni e Giugni (11), ci si è pronunciati per la competenza del giudice ordinario rispetto ad una situazione di conflitto tra interessi individuali, non emergendo secondo gli autori un interesse pubblico comportante l'affievolimento di diritti soggettivi. La mia conclusione è stata ripresa da Suppiej, nella relazione svolta al quarto congresso nazionale di diritto del lavoro del giugno scorso (12) nonché, con altra motivazione alla quale rimando, nel commento di Romagnoli (13) agli articoli in discorso.

2. In materia di sanzioni disciplinari, l'art. 7 della legge, pur riaffermando al limite, cioè nell'ipotesi fino a poco tempo fa eccezionale (14) della non regolamentazione della materia nei contratti collettivi, il discutibile potere unilaterale del datore di lavoro di determinazione della normativa e, quindi, di applicazione (15), introduce fondamentali garan-

---

(10) V. *Disposizioni processuali*, cit., n. 1.

(11) V. Freni e Giugni, *Lo statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, *sub* art. 4, 11-12.

(12) V. *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, in corso di pubblicazione (v. *supra*, nota 5).

(13) V. *Osservazioni sugli artt. 4 e 6 dello statuto dei lavoratori*, in *Giur. it.*, 1971, IV, c. 129.

(14) Ho detto fino a poco tempo fa, perché in alcuni dei più recenti contratti collettivi, stipulati all'incirca nello stesso periodo di elaborazione della legge, è scomparsa l'elencazione, prima spesso minuta, dei fatti rilevanti in via disciplinare. Sorprende che questo sia avvenuto proprio nel tempo in cui il legislatore ha posto, col comma 1 dell'art. 7, il principio dell'inderogabile predeterminazione in materia. Ha accusato i sindacati dei lavoratori d'insensibilità al problema, Napoletano, *Intervento* al recente congresso di diritto del lavoro (v. *supra*, nota 5).

(15) Con siffatta scelta il legislatore ha respinto la tesi, già prospettata in termini d'interpretazione dell'art. 2106 c.c. (v. Assanti, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963), giusta la quale il potere disciplinare avrebbe dovuto intendersi come mero potere di applicazione della normazione contenuta nelle fonti collettive. In tal modo, il recente legislatore ha, in pratica, fatto omaggio alla concezione istituzionale dell'impresa. Si legge, significativamente, nella relazione al disegno di legge Brodolini (v. in appendice a Freni e Giugni, *op. cit.*, 173): « Vi è convergenza di opinioni sulla inerenza di questa pena privata alle istituzioni organizzate, il cui regolare funzionamento deve

zie a favore del lavoratore, in primo luogo con la regola della necessaria predeterminazione dei fatti disciplinarmente rilevanti nonché delle misure corrispondentemente irrogabili (16). In secondo luogo, sono dettate le linee essenziali del procedimento d'irrogazione delle sanzioni, a garanzia del diritto di difesa dell'incolpato: previa contestazione del fatto, di norma per iscritto, fatta salva l'ipotesi marginale della sanzionabilità con rimprovero verbale; obbligo di consentire al lavoratore d'essere sentito a sua difesa, eventualmente con l'assistenza di un rappresentante sindacale; impossibilità d'irrogare le sanzioni più gravi del rimprovero verbale prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione, evidentemente per consentire all'interessato e a chi l'assiste di poter profittare di questo lasso di tempo per controdeduzioni e difese (17). In sostanza la legge ha portato innanzi l'evoluzione registrata a suo tempo da Carnacini (18), imponendo per il momento il rispetto del principio del contraddittorio in un procedimento *ad hoc*, ma astenendosi, sempre per il momento, dal compiere l'ulteriore passo che è ancora nella logica di questa evoluzione, indicato come traguardo dall'autore ora citato e ripetutamente sottolineato nei lavori del recente quarto congresso di diritto del lavoro: la sottrazione al datore di lavoro, che ancora cumula ingiustamente in sé le posizioni di parte e di giudice (19), del potere d'irrogazione delle sanzioni, per commetterlo ad organi esterni indipen-

---

essere garantito mediante l'attribuzione di un potere che consenta la repressione ... con un procedimento il più possibile sollecito ». E. Ghezzi, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, voce in corso di pubblicazione in *Noviss. dig. it.*, n. 3, scrive: « ... anche se non può dirsi che ne esca seriamente vulnerata quella posizione di supremazia di tipo non contrattuale, ma istituzionale ». Sennonché, a parte il riconoscimento di principio, da molte parti si lamenta che il potere disciplinare sia stato poi praticamente vulnerato nella sua sostanza con il condizionamento procedurale imposto e, soprattutto, per l'effetto sospensivo attribuito, almeno in un caso, all'impugnazione; in questo senso ripetute valutazioni critiche nel recente congresso di diritto del lavoro, in particolare da parte di Scognamiglio e di Simi.

(16) *Contra*, ma a mio parere a torto, nel senso che l'art. 7, comma 1, mentre imporrebbe il rispetto del principio *nulla poena sine lege*, non altrettanto esigerebbe in ordine al principio *nullum crimen sine lege*, L. Spagnuolo Vigorita, *Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, relazione al congresso di diritto del lavoro di S. Vincent.

(17) V. Montuschi, *Il potere disciplinare e l'art. 7 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 72, n. 4. In giurisprudenza v. Pret. Milano 6 aprile 1971, in *Orient. giur. lav.*, 1971, 371.

(18) V. *L'istituto dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, nel volume dell'Istituto di diritto del lavoro di Firenze, *Problemi in tema di arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1969, n. 3.

(19) V. Montuschi, *Il potere disciplinare*, cit.

denti come è già previsto, da quarant'anni, nella speciale normativa per gli autoferrotramvieri. Tutto questo esorbita rispetto all'oggetto specifico della relazione; in particolare non interessa qui il problema di quale sia la sorte di sanzioni eventualmente irrogate in difetto di predeterminazione e di adeguata pubblicità della normativa disciplinare ai sensi del comma 1 dell'art. 7, né interessa, in sé, precisare le conseguenze dell'irrogazione delle sanzioni avvenuta non rispettando il procedimento delineato nella norma; né interessa, infine, l'affascinante problematica interna di siffatto procedimento che è prospettabile anche ad una prima osservazione (ad es., nel senso che deve esservi corrispondenza tra contestazione e provvedimento, applicativo della sanzione, onde, nell'ipotesi che, a seguito dell'istruttoria, il fatto emerga in termini diversi, e si imponga il mutamento di rubrica, dovrà procedersi a nuova contestazione). Probabilmente, rispetto alla prima situazione ipotizzata, deve dirsi che l'omessa predeterminazione e l'omessa pubblicità comportano l'inesercitabilità, cioè l'inesistenza, del potere sanzionatorio, con quanto ne consegue (20), mentre il rispetto delle regole procedurali vale a pena di nullità (21) delle sanzioni, secondo una conclusione che si impone a garanzia d'effettività dei principi posti nell'art. 7.

Qualcosa va invece detto, sotto il profilo delle implicazioni processuali, in ordine alla questione, vivacemente dibattuta, dell'applicabilità o no dell'art. 7 al licenziamento (ovviamente per giusta causa o per giustificato motivo c.d. « subiettivo », *ex* art. 3 legge n. 604 del 1966); questione che, anch'essa, non va approfondita in questa sede. Mi limito a dire che tra le due tesi estreme, quella della totale inapplicabilità sulla premessa, discutibile perché avvolta in una prospettazione che oggi pare inconferente, della natura intrinsecamente non disciplinare del licenziamento (22), e quella della totale applicabilità (con la conseguenza che, per l'impugnativa, sarebbero esperibili le procedure di cui agli ultimi commi dell'art. 7, in particolare lo speciale arbitrato appo l'ufficio del lavoro, avente effetto sospensivo) (23), io propendo per la tesi mediana della logica applicabilità del procedimento interno *ante* applicazione (commi 2, 3, 5) e non di quanto è disposto nel comma 6 per le

---

(20) Parla di decadenza dalla possibilità di irrogare sanzioni, Napoletano, *Lo statuto dei lavoratori*, Napoli, 1971, 35.

(21) V. Montuschi, *Il potere disciplinare*, cit., n. 3.

(22) V. Zangari, *Potere disciplinare e licenziamento*, Milano, 1971.

(23) V. Montuschi, *Il potere disciplinare*, cit., spec. n. 4 ss. Sostanzialmente, nel senso ritenuto nel testo, v. Mazzoni, *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*, relazione introduttiva al XV seminario fiorentino di diritto del lavoro, 1971, in corso di pubblicazione, n. 9.

impugnative successive. Infatti la tesi estrema della totale applicabilità contrasta col primo inciso del comma 1 dell'art. 18 che richiama, *in toto*, le procedure (quattro complessivamente) già previste nella legge n. 604 del 1966 e non credo che ci si possa discostare da una delle poche proposizioni inequivocabili contenute in una legge di così non buona fattura. E ho già detto che laddove la lettera è chiara, non mi sento di andare oltre.

Piuttosto, la ritenuta inderogabilità del procedimento preliminare interno, pare debba avere logiche conseguenze, incidendo l'assunto, come è stato rilevato (24), sul disposto relativo alla forma e alla motivazione del licenziamento ai sensi dell'art. 2 della legge del 1966. Se anche in caso di licenziamento deve esservi la previa contestazione dell'addebito ai sensi dell'art. 7, comma 2, st., non vi è più spazio per l'obbligo del datore di lavoro di comunicare, a richiesta del lavoratore, dopo l'intimazione per iscritto del licenziamento, la motivazione del medesimo. D'altro canto, ritenuta la tesi mediana, per il combinato disposto degli artt. 2 legge n. 604 e 18, comma 1, st. ne risulterebbe, ancora alla lettera, l'inefficacia del licenziamento disposto senza previo rispetto del procedimento interno rilevante in punto di formalità e di procedura. Ma è ben noto (25) che, secondo una larga parte dell'opinione, l'inefficacia affermata nell'art. 2 e ribadita ora nell'art. 18, comma 1, equivale, più rigorosamente ed in conformità di quanto dettava il disegno di legge originario (26), a nullità (ma una nullità che ha, ora, il peculiare trattamento, divergente dal diritto comune, del medesimo art. 18, essendosi così verificato, secondo il rilievo di molti (27), un passo indietro, in danno del lavoratore, rispetto a quanto poteva altrimenti ricavarsi dall'anteriore normativa intesa in conformità a quanto si può dedurre in proposito dalla sistematica del codice civile).

Le impugnative delle sanzioni, escluso il licenziamento, sono considerate nei commi 6 e 7 dell'art. 7: il lavoratore, ferma la possibilità di adire il giudice ordinario, può promuovere uno speciale arbitrato incardinato presso l'ufficio del lavoro oppure può esperire procedure « analoghe » eventualmente previste nel contratto collettivo che regola il

---

(24) V. Zangari, *Potere disciplinare*, cit., 85.

(25) V. Riva Sanseverino, in *Commentario al codice civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969, *sub* art. 2118, n. 11, 475.

(26) Per la storia della vicenda v. il mio saggio *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Quaderni scienze sociali*, 1966, 165, n. 7.

(27) V., ad es., Converso, *Lo statuto dei lavoratori*, in *Quale giustizia*, 1970, n. 2, 102.

rapporto. A sua volta, il secondo inciso del comma 7 prevede il ricorso al giudice ordinario da parte del datore di lavoro.

Deve essere chiarito pregiudizialmente il rapporto tra queste varie procedure. L'inciso « ferma restando la facoltà di adire l'a.g. » dimostra chiaramente che il legislatore ha voluto far comunque salva, per il lavoratore, la possibilità di ricorso al giudice anche nell'ipotesi che il contratto collettivo preveda determinate procedure, eventualmente dichiarandole obbliganti; in sostanza ne deriva la non impegnatività delle procedure sindacalmente poste. Il punto è importante perché, a mio avviso e per una perentoria esigenza di coerenza sistematica, ne risulta ormai risolto il problema, eguale, dibattutosi prima dello statuto, sulla base della legge del 1966, in ordine all'impegnatività o no delle procedure previste per i licenziamenti nell'accordo interconfederale della primavera 1965 (28); non può, infatti, accettarsi che il medesimo problema sia diversamente risolto a seconda del contesto in cui si pone. Quindi, mentre prima dello statuto, l'impegnatività della procedura sindacale per i licenziamenti poteva ritenersi per le ragioni che cercai di mettere in rilievo (29), oggi, sulla base dello statuto e specificatamente di questo inciso del comma 6 dell'art. 7, si impone la conclusione opposta (30). Naturalmente coloro che, prima dell'ultima legge, accettavano la contraria tesi, ravvisano nella recente normativa sul punto una mera conferma e non un radicale mutamento (31). Ne deriva che il legislatore del 1970 ha fatto sostanzialmente suo il giudizio negativo sull'esperienza svoltasi nel contesto dell'autonomia collettiva in materia di arbitrato (32).

Il lavoratore può, quindi, liberamente scegliere tra le varie procedure sia in materia di sanzioni in senso stretto sia in materia di licenziamento. Ma, certo, non può accettarsi ch'egli sia sovranamente arbitro del ter-

---

(28) V., per le opposte tesi, Aranguren, *Limiti di efficacia e di applicabilità delle procedure collettive nella disciplina legislativa dei licenziamenti*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, I, 489; Grandi, *La risoluzione delle controversie in tema di licenziamenti individuali*, ivi, 1967, I, 368, spec. n. 4.

(29) V. *L'arbitrato irrituale previsto dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966 n. 604*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 334.

(30) V. Foglia, *Il licenziamento alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1971, I, 42.

(31) V. Grandi, *Intervento* al quarto congresso di diritto del lavoro.

(32) V. Romagnoli, *Introduzione* ora vol. Gruppi di studio sulla formazione extralegislativa del diritto del lavoro delle Università di Bari e Bologna, *I licenziamenti nell'industria italiana*, Bologna, 1968 e, in proposito, il dibattito raccolto in *Foro it.*, gennaio 1970, *La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana*.

reno di giuoco nei confronti del datore di lavoro; non può ritenersi che il datore di lavoro sia costretto a difendersi nella sede che il lavoratore ritiene di dover prescegliere. Una sola scelta è, ovviamente, preclusiva, quella del ricorso al giudice ordinario; le altre procedure potranno aver corso solo in quanto entrambe le parti vi consentano (onde l'impegnatività delle procedure sindacali non sussiste nemmeno per il datore di lavoro). Questo assunto, di elementare buon senso, ha dalla sua l'esplicita previsione della legge. Infatti quanto è disposto nella seconda proposizione di cui al comma 7 dell'art. 7, in ordine alla possibilità che il datore di lavoro adisca direttamente il giudice ordinario in materia di sanzioni, trova spiegazione solo in quest'ordine di idee. Non si sa come e perché si volle includere questo inciso; tanto che l'ufficio legislativo del Ministero del lavoro, in vista della possibilità che la Camera volesse approvare la legge con emendamenti (questo non avvenne, malgrado i numerosi spunti critici contenuti nella relazione dell'on. Mancini, prevalendo la volontà politica d'immediata approvazione), ne suggerì la soppressione (33), muovendo dalla sennata considerazione che è ben peregrina l'ipotesi che il datore di lavoro-giudice domestico (34), si faccia attore in un'azione d'accertamento in ordine alla legittimità della sanzione irrogata. Al contrario, l'inciso è fortunatamente restato: in sua mancanza avrebbe potuto sostenersi, a torto, la libertà di scelta del lavoratore in senso impositivo per la controparte, con un assunto che avrebbe comportato intuibili perplessità in ordine alla legittimità costituzionale di siffatta conclusione. Ora quella proposizione ha un posto e un senso precisi nella complicata previsione dei commi 6 e 7 dell'art. 7 ed in ordine al problema dei rapporti tra le varie procedure: essa significa, in pratica, che il datore di lavoro può sottrarsi alla speciale procedura arbitrale ricorrendo egli al giudice, in alternativa e nel termine previsto (dieci giorni dall'invito dell'ufficio del lavoro) per la nomina del suo arbitro, a pena d'inefficacia della sanzione. In sostanza, nessuna delle due parti è, almeno formalmente, pregiudicata in ordine alla facoltà di sottoporre al magistrato la lite e questo vale, ancora una volta, vuoi nello specifico contesto delle previsioni dell'art. 7, vuoi in generale per tutte le situazioni in cui si ponga un problema di rapporto tra varie procedure. Registro per il momento questa che parmi una notazione non controvertibile, salvo riprendere poco oltre il discorso in ordine ad altri profili problematici già emersi in dottrina.

---

(33) V. *Storia interna dello statuto dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1970, 322, spec. 335-336.

(34) V. Montuschi, *Il potere disciplinare*, cit.

Vediamo intanto, nei particolari, lo speciale arbitrato previsto nei commi 6 e 7 dell'art. 7, con una regolamentazione per più versi scarna ed insufficiente. Specificatamente si prevede la costituzione, tramite l'ufficio del lavoro, di un collegio di conciliazione e di arbitrato, « composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro scelto di comune accordo o, in difetto di accordo, nominato dal direttore dell'ufficio del lavoro ». La costituzione del collegio, con apposita istanza rivolta all'ufficio, può essere promossa dal lavoratore o direttamente o « anche per mezzo dell'associazione (evidentemente sindacale) alla quale sia iscritto ovvero conferisca mandato »; in pratica le due situazioni di possibile promozione da parte del sindacato si equivalgono, poiché la formulazione è tale, nel complesso, da escludere che l'associazione alla quale l'interessato sia iscritto possa agire di sua iniziativa, prescindendo dal mandato del medesimo. La formula è, infatti, diversa da quella contenuta nel comma 1 dell'art. 6 della legge sui licenziamenti, ai fini dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, quest'ultima essendosi intesa, non a torto, nel senso che qui il sindacato potrebbe agire direttamente, senza previa investitura (35). D'altro canto, in ipotesi di contestazione, varranno i principi che il mandato può essere conferito anche oralmente e che il conferimento si presume (36) con la conseguenza che chi vorrà eccepire dovrà farsi carico di smontare questa presunzione. Si è anche detto ragionevolmente, per impedire l'eccessivo procrastinarsi della procedura, che nell'istanza dovrà contestualmente indicarsi l'arbitro di parte (37) (ma niente è disposto in ordine al punto dell'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri). Qualora il datore di lavoro non provveda, entro dieci giorni dall'invito rivoltogli dall'ufficio del lavoro (ma non è stabilito un termine — come si è rilevato (38) — entro il quale l'ufficio debba fare questo invito), a nominare il proprio rappresentante nel collegio, la sanzione non ha effetto; con la conseguenza, già accennata e da molti rilevata (39), che il datore di lavoro, ove voglia nel contempo sottrarsi alla procedura arbitrale e tener ferma la sanzione, dovrà, nel termine di dieci giorni, proporre azione d'accertamento innanzi al giudice ordinario nei modi processualmente richiesti.

---

(35) V. Trioni, *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, I, spec. 131-132.

(36) V. la mia nota *Sul reclamo presentato al datore di lavoro dal sindacato per mandato del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1966, 2, 146.

(37) V. Freni e Giugni, *op. cit.*, *sub* art. 7.

(38) V. L. Spagnuolo Vigorita, *Il potere disciplinare*, cit.

(39) V., ad es., Freni e Giugni, *op. loc. cit.*

La legge non stabilisce, come si è messo in rilievo (40), alcun termine per l'esaurimento della procedura da parte del collegio. Il comune accordo, previsto nel comma 6, per la designazione del terzo arbitro presidente, è riferito, letteralmente, alle parti contrapposte; evidentemente, dopo la designazione dei due arbitri « di parte », l'ufficio, cui tutto è commesso in ordine alla costituzione e, direi, al funzionamento del collegio, dovrà operare per provocare, se possibile, questo accordo, mentre questo passaggio sarà facilitato se potrà conferirsi reciprocamente agli arbitri di parte il potere di procedere alla designazione del presidente.

Il lavoratore deve promuovere la procedura arbitrale « nei venti giorni successivi », successivi, cioè, alla « applicazione » della sanzione di cui si parla nel precedente comma 5. In realtà si discute sul significato di « applicazione », affermandosi che il termine allude all'irrogazione della misura disciplinare, mentre l'esecuzione in senso materiale si pone in un momento successivo rispetto a quello della formale adozione del provvedimento (41). Sennonché, a parte l'esattezza di questa distinzione tra adozione della sanzione ed esecuzione della medesima, pare convincente la tesi giusta la quale l'intera normativa dell'art. 7 implica, sia pure per implicito, che il procedimento interno all'azienda si concluda con la comunicazione al lavoratore del provvedimento adottato, da questa comunicazione decorrendo il termine di venti giorni (42). Ma, come si è rilevato da diverse parti (43), qui la normativa è per altro verso difettosa, non essendosi determinato un termine entro il quale il datore di lavoro debba provvedere, a conclusione del procedimento interno (i cinque giorni tra la contestazione e l'irrogazione di cui al comma 5 si risolvono, come si è visto, in un termine minimo a garanzia della difesa); così come, all'estremo opposto, la legge ha omesso di porre la ragionevole regola dell'immediatezza, sia pure relativa in ragione della conoscenza dei fatti come è consolidato nella giurisprudenza in tema di giusta causa, della contestazione dell'addebito. La prima lacuna non è trascurabile in rela-

---

(40) V. L. Spagnuolo Vigorita, *Il potere disciplinare*, cit.; Freni e Giugni, *op. loc. cit.*, che affrontano, in particolare, il problema dei rimedi esperibili in caso di prolungata inerzia del collegio.

(41) V. Freni e Giugni, *op. loc. cit.*, all'uopo richiamandosi la distinzione penalistica tra applicazione ed esecuzione della pena.

(42) V. Assanti, *Studio sull'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *Orient. giur. lav.*, 1971, 299. La comunicazione per iscritto è prevista, del resto, in diversi contratti collettivi; v., ad es., l'art. 9 del contratto 22 maggio 1970 per l'industria cotoniera.

(43) V. Assanti, *Studio*, cit.; Montuschi, *Il potere disciplinare*, cit.; Freni e Giugni, *op. loc. cit.*, per i quali, tuttavia, in ragione della natura e della finalità della sanzione disciplinare, l'applicazione dovrebbe essere immediata.

zione al disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 7 che collega il biennio oltre il quale non può tenersi conto della recidiva all'applicazione della sanzione (44). Qui vi è largo spazio per l'intervento integrativo della contrattazione collettiva, al fine di saldare coerentemente i vari momenti della procedura; in questo senso possono già positivamente apprezzarsi quelle disposizioni dei contratti collettivi giusta le quali, ove sia trascorso un certo termine dall'inoltro delle giustificazioni da parte del lavoratore al datore senza che questi abbia disposto alcunché, le medesime si intendono per accolte, derivandone l'impossibilità di provvedere successivamente (45).

È dubbia, a mio avviso, la natura del termine di venti giorni previsto per la promozione dell'arbitrato. Non credo che l'ufficio del lavoro possa rilevare l'eventuale tardività, rifiutandosi, di conseguenza, di dar corso alla costituzione del collegio; una siffatta scelta contrasterebbe con la stessa previsione di questa procedura, certo voluta come un ambito nel quale, in alternativa al processo ordinario, può sollecitamente provvedersi in ordine alla soluzione delle liti in materia. Viceversa non può negarsi l'interesse del datore di lavoro ad eccepire la tardività, respingendo così la conseguenza della sospensione della sanzione ed eliminando l'onere di dover promuovere egli l'azione in giudizio (avente eguale effetto sospensivo), in conclusione riversando sul lavoratore l'onere ben più gravoso e problematico del necessario ricorso al giudice ordinario. Pertanto dovrebbe ritenersi la non rilevabilità d'ufficio.

La promozione dell'arbitrato sospende, alla lettera, la sanzione. In quale momento si verifica la sospensione? Non certo, come si è detto (46), nel momento in cui il lavoratore o il sindacato si rivolgono all'ufficio del lavoro, ma nel momento in cui il datore di lavoro ha legalmente notizia della promozione dell'arbitrato, pervenendogli dall'ufficio del lavoro l'invito a designare il suo arbitro (47). In ogni caso, impostare in questi termini il problema comporta una precisa conseguenza in ordine alla portata della sospensione della sanzione, nel senso che, in caso che la materiale esecuzione sia in corso (si pensi alla sospensione), si avrà sospensione per quanto ancora possibile, non per

---

(44) Per Freni e Giugni, *op. loc. cit.*, deve aversi riguardo, ancora una volta, al momento d'irrogazione della sanzione, pertanto non incidendo l'eventuale sospensione a seguito dell'impugnativa.

(45) Come giustamente mette in rilievo Montuschi, *Il potere disciplinare*, cit.; v., ad es., l'art. 20, parte comune, del contratto collettivo per l'industria metalmeccanica in mano pubblica dell'8 gennaio 1970.

(46) V. L. Spagnuolo Vigorita, *Il potere disciplinare*, cit.

(47) Così Napoletano, *op. cit.*, 37.

quanto di fatto abbia avuto in concreto applicazione; con la conseguenza che, per quanto applicato, si porrà eventualmente, come in precedenza, il problema delle restituzioni ove la decisione finale risulta favorevole al lavoratore (48). In altre parole, la materiale eseguibilità della sanzione non è condizionata alla necessità di attendere il vano trascorrere del termine previsto per l'impugnativa: una regola siffatta non è posta per niente nella legge. In questo senso deve nettamente dissentirsi da quanto è stato ritenuto in una sentenza di un pretore milanese (49) che, con diffusa e pregevole motivazione, ha tentato encomiabilmente di razionalizzare tutta la normativa, ma con conclusioni che non quadrano con la chiara portata della legge. Infatti, per questo pretore: *a*) il termine di venti giorni vale per tutte le possibili forme d'impugnativa (arbitrato presso l'ufficio del lavoro, procedure sindacali, azione in giudizio ordinario); *b*) tutte le impugnative avrebbero effetto sospensivo; *c*) l'eseguibilità della sanzione sarebbe in ogni caso condizionata alla mancata impugnazione. Una sistemazione così armonicamente razionalizzatrice non è possibile. Infatti, e basta all'uopo una semplice lettura del comma 6 dell'art. 7, il termine di venti giorni è stabilito solo per la promozione dell'arbitrato, tanto che si afferma (50), l'azione innanzi al giudice ordinario resterebbe promovibile nel termine ordinario di prescrizione o, eventualmente e eccezionalmente, di decadenza. E la seconda proposizione del comma recita che la sanzione resta sospesa « fino alla pronuncia da parte del collegio », cioè da parte del collegio di conciliazione e di arbitrato. Questi sono punti rispetto ai quali la lettera è inequivocabile e ripeto, ancora una volta, che non merita discostarsi dalle chiare formulazioni dei disposti, ove esistano.

Oltre tutto l'interpretazione del pretore milanese comporterebbe la singolare conclusione che pressoché tutta la dottrina avrebbe preso un madornale abbaglio nella valutazione della posizione dello speciale arbitrato nel contesto della varia gamma delle impugnative previste. È, infatti, generalmente riconosciuto che, nell'art. 7, l'arbitrato in questione è stato deliberatamente posto in posizione privilegiata, con incentivi favoritivi rispetto alle altre strade, in partitolare proprio perché solo il ricorso all'arbitrato comporta la sospensione nell'applicazione della sanzione (51): sospensione che d'altra parte, ma si tratta di una valutazione

---

(48) V. il mio studio *Disposizioni processuali*, cit.; Freni e Giugni, *op. loc. cit.*; Napoletano, *op. loc. cit.*

(49) Pret. Milano 6 aprile 1971, in *Orient. giur. lav.*, 1971, 371.

(50) Freni e Giugni, *op. loc. cit.*

(51) V. Assanti, *Studio*, cit. *Contra*, ammettendo l'effetto sospensivo anche in caso

politica qui inconferente da molti, è reputata eccessiva (52), tale, si dice, da distruggere nei fatti il potere disciplinare (53). Anzi, secondo taluno, si tratterebbe in pratica, di una procedura rispetto alla quale la scelta delle parti non sarebbe sostanzialmente libera, al contrario indotta, se non coatta, tanto da potersi prospettare, rispetto ad un arbitrato sostanzialmente obbligatorio (e certo, se veramente tale, elusivo del disposto di cui all'art. 102 Cost.), una questione di legittimità costituzionale (54). All'uopo si mette in rilievo che il lavoratore è spinto ad avvalersi dell'arbitrato per ottenerne l'effetto sospensivo, mentre il datore di lavoro è indotto a fare acquiescenza alla scelta della controparte se vuole evitare che la sanzione irrogata non diventi automaticamente inefficace. Sennonché più cautamente si osserva da altre parti (55) che, se è vero che il legislatore ha fatto il massimo possibile per orientare la scelta degli interessati, l'arbitrato non può dirsi propriamente obbligatorio e la soluzione, al massimo, lambisce la vera e propria obbligatorietà, nell'intento, certo positivamente apprezzabile, di far precipitare la sollecita definizione della lite; infatti il lavoratore può scegliere per le altre impugnative, perdendo il vantaggio della sospensione e il datore può, come si è visto, sottrarsi alla procedura col ricorso al giudice. In definitiva, la questione di legittimità, se può apparire non manifestamente infondata, è estremamente opinabile nel merito (né riesco ad immagi-

---

di azione innanzi al giudice ordinario, ma con discutibile ricorso all'analogia, Zangari, *op. cit.*, 62.

(52) V. Freni e Giugni, *op. loc. cit*. In quest'ordine d'idee Giugni (v. Confindustria, *Atti del seminario*, cit., 52) ha anche prospettato una sorta d'inoperatività pratica della norma sulla sospensione nonché la possibilità che la medesima sia accantonata nella contrattazione collettiva in contropartita e un trattamento per altro verso più favorevole per i lavoratori. Ma è dubbio che possa aver giuridicamente corso quest'ultima indicazione rispetto a quello che è l'effetto legale di una procedura prevista per legge.

(53) In effetti un giudizio più meditato potrà darsi solo sulla base dell'esperienza, nel probabile contesto di un più generale assestamento del conflitto sindacale nei rapporti di lavoro. Per il momento, e nell'ambito di una valutazione della previsione normativa nel suo complesso, mi pare di poter esprimere un'opinione moderatamente positiva: l'art. 7 riduce l'area dell'autoritarismo imprenditoriale di stampo antico, impone il superamento di vecchie abitudini e mentalità, induce a determinare un clima nuovo. Certo le direzioni aziendali e tutta la trafila dei capi intermedi non può non fare i conti anche con questa nuova realtà normativa; gli scompensi psicologici sono insiti, poi, in tutti i mutamenti.

(54) V. soprattutto Simi, *Intervento* al quarto congresso di diritto del lavoro.

(55) Secondo Montuschi, *Il potere disciplinare*, cit., si ha nel caso una coazione indiretta e neppure larvata, ma, essendo formalmente rispettata la libertà di scelta, non può dirsi violata la norma costituzionale. Nello stesso senso Grandi, *Intervento* al quarto congresso di diritto del lavoro; L. Spagnuolo Vigorita, *Replica*, nella stessa sede.

nare, in ipotesi, quali rimedi potrebbe escogitare la Corte costituzionale in via manipolativa-emendativa).

Il punto più delicato, non a fini di mera qualificazione teorica, ma come premessa indispensabile per l'individuazione della normativa applicabile, attiene alla discussa natura di questo speciale arbitrato. A questo proposito, a parte una voce isolata secondo la quale si tratterebbe di arbitrato rituale (56), qualcuno genericamente affermando che la procedura è di tipo amministrativo (57) o nell'ambito pubblico (58), la tesi più diffusa pare quella dell'arbitrato irrituale o libero (59). In particolare, nel commento di Freni e Giugni, la natura irrituale è dedotta da queste circostanze: *a*) dal fatto che l'arbitrato in questione è in alternativa a quello eventualmente previsto nei contratti collettivi, questi contratti potendo solo prevedere, in ragione del divieto contenuto nel codice di rito e che non può ritenersi travolto, l'arbitrato irrituale; *b*) dal fatto che gli arbitri sono definiti rappresentanti; *c*) perché qui è prevista una diversa regolamentazione, rispetto al codice, in ordine alla costituzione del collegio; *d*) perché il collegio è definito di conciliazione e di arbitrato come nella contrattazione collettiva; *e*) perché, infine, è improbabile che si sia voluto innovare rispetto al codice con una legge tanto ambigua, tanto più che la recente legislazione del lavoro ha talora espressamente previsto l'arbitrato irrituale, come è avvenuto con l'art. 7, comma ult., della legge del 1966 sui licenziamenti. Ma io nutro diversi dubbi e circa l'argomentazione e circa la conclusione. Intanto, comunque si spieghi la singolare previsione della legge del 1966 sull'arbitrato irrituale anche col richiamo pressoché di rito all'art. 619 c. nav., proprio per quelle ragioni sostanziali che solitamente si invocano a giustificazione del divieto del codice (la particolare protezione dei diritti soggettivi in giuoco), è da ritenere che l'ammissione dell'arbitrato irrituale a maggior ragione valga come ammissione di quello rituale, nella misura in cui quest'ultimo in certi limiti più garantisce il lavoratore. E in questo senso mi pronunciai (60). Giustamente si è detto (61) che tanto l'art. 7 della legge sui licenziamenti quanto le disposizioni che qui interessano dello statuto

---

(56) V. Assanti, *Studio*, cit.

(57) V. Gentile, *Appunti sull'esercizio del potere disciplinare nello statuto dei lavoratori*, in *Foro nap.*, 1970, 138.

(58) V. Angiello, *Le sanzioni disciplinari nello statuto dei lavoratori (prime osservazioni)*, in *Dir. lav.*, 1971, I, 92.

(59) V. Freni e Giugni, *op. loc. cit.*; Napoletano, *op. cit.*, 37; L. Spagnuolo Vigorita, *Replica* al quarto congresso di diritto del lavoro. Si è pronunciato problematicamente per l'irritualità Grandi, *Intervento*, ivi.

(60) V. *L'arbitrato irrituale*, cit.

hanno inferto un duro colpo al divieto del codice, divieto per la rimozione del quale non è certo indispensabile una formale abrogazione, essendo sufficiente il sopravvenire di una normativa che, per la sua portata, ne imponga logicamente il superamento. Soprattutto, quale teoria si professi in ordine all'arbitrato libero, è alquanto strano che per tale si qualifichi un arbitrato che certo non viene fuori come manifestazione dell'autonomia privata e nella forma, il contratto, secondo la quale questa si pone nell'ordinamento generale dello Stato, ma, al contrario, è previsto e regolato nella legge, è incardinato presso un pubblico ufficio, deve con ciò stesso presumibilmente sfociare in una decisione in quanto tale impegnativa nell'ordinamento generale medesimo. Francamente non riesco a capacitarmi che senso abbia, a questo punto e a questo livello, parlare di arbitrato irrituale. Per me è assai più semplice dire che si tratta di un arbitrato facoltativamente esperibile dagli interessati, previsto per legge e quindi, in ipotesi, ritualissimo. Ciò posto, il problema serio è quello di vedere se il lodo di questo collegio abbisogni o no dell'*exequatur* del pretore, conseguendone poi, in ipotesi, l'esperibilità dei gravami previsti nel codice avverso il lodo degli arbitri ivi consentiti; quesito al quale dovrebbe rispondersi positivamente, se è vero che negli stessi termini deve risolversi il problema anche per l'arbitrato obbligatorio, ove la legge che di volta in volta lo prevede non disponga altrimenti o, come spesso avviene, taccia sul punto, essendo d'altro canto noto che, secondo una diffusa opinione, la necessità o no del decreto d'omologazione è una delle implicazioni distintive tra arbitrato obbligatorio e giurisdizione speciale (62). Inoltre potrebbe giungersi alla conclusione che i diversi problemi derivanti dalla lacunosa normativa di cui all'art. 7, alcuni dei quali sono stati sopra enunciati, dovrebbero essere risolti facendo ricorso, con gli opportuni adattamenti, alla regolamentazione dell'arbitrato contenuta nel codice. Se questa impostazione è accettabile avremmo, con l'incardinamento della normativa del codice specie per quanto attiene alle possibili impugnative del lodo, non trascurabili garanzie sostanziali per le parti contrapposte. Questo è un punto rispetto al quale è assai importante, se possibile, avere idee chiare,

---

(61) V. Fazzalari, *Relazione* (in corso di stampa) al XV° seminario fiorentino di diritto del lavoro, 8 maggio 1971.

(62) Per quanto attiene alla disciplina applicabile agli arbitrati previsti per legge, in caso di silenzio della legge speciale, v. Biamonti, voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, n. 43; Vasetti, voce *Giurisdizione speciale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1961, n. 16 e, ivi, riferimenti.

poiché l'opinione consolidata della dottrina può essere effettivamente generatrice di diritto in senso corposo.

L'art. 7, comma 6, consente, infine, la risoluzione delle controversie in materia disciplinare avvalendosi delle procedure eventualmente previste nei contratti collettivi, purché « analoghe ». Intanto merita chiarire il senso generico di questa previsione. Per il legislatore vale, come idonea risoluzione della lite nell'ordinamento generale, anche l'eventuale ricorso, nel consenso di entrambe le parti (v. *supra*), a procedure sindacalmente previste, purché si tratti di procedure che abbiano di massima, rispetto alle altre possibili vie, eguale portata decisoria. Quindi, com'è ovvio, le procedure alle quali si fa riferimento non sono quelle meramente conciliative spesso previste nei contratti collettivi, l'iniziale esperimento delle quali non impedisce poi o il ricorso al giudice o la promozione dell'arbitrato (63). In altre parole, la legge consente all'autonomia collettiva di prefigurare procedure definitorie a carattere arbitrale, si tratti, secondo gli svolgimenti in concreto, di arbitrato irrituale o rituale; cosicché ne emerge appunto, almeno in questa materia, il superamento del divieto del codice. Del resto, il progetto di processo del lavoro in cantiere consente, in certi limiti e ferma la libera scelta del singolo a favore dell'a.g.o., tanto l'arbitrato rituale che quello irrituale; ancora una volta il teorico, a seconda dell'opinione generale professata, può trovare la duplice previsione di scarso costrutto, ma di fatto l'intenzione del più recente legislatore è nel senso indicato.

Piuttosto, a parte la pur importante premessa sopra fissata, merita vedere quand'è che la procedura sindacalmente prevista possa ritenersi « analoga » (evidentemente avendo come termine di confronto l'arbitrato presso l'ufficio del lavoro), per poterne derivare l'impegnatività nell'ordinamento generale. In proposito sono in circolo diverse tesi. A mio avviso è da escludere che, nel giudizio di comparazione, si debba richiedere, come taluno afferma (64), la sospensione nell'esecuzione della sanzione. Come ho detto in precedenza, la legge attribuisce portata sospensiva solo alla promozione dell'arbitrato direttamente previsto, in funzione incentivante della speciale procedura. Naturalmente ben pos-

---

(63) Sul punto v. Montuschi, *Il potere disciplinare*, cit., n. 5. Nel senso che la procedura prevista nel contratto collettivo per le imprese metalmeccaniche in mano pubblica, in ragione del suo carattere conciliativo, è cumulabile con quella arbitrale prevista nell'art. 7, onde il lavoratore ben può provocare l'arbitrato presso l'ufficio del lavoro dopo aver esperito la procedura di cui al contratto, si espresse una nota di commento alla legge emanata, nel luglio 1970, dall'associazione sindacale Intersind.

(64) V. Freni e Giugni, *op. loc. cit. Contra*, Napoletano, *op. cit.*, 38.

sono i contratti collettivi esplicitamente disporre in tal senso (65). Non è nemmeno necessario, secondo l'esatto rilievo di Grandi (66) e contrariamente a quanto sostenuto da Freni e Giugni (67), che il giudizio sia rimesso ad un organo collegiale; ben potrebbe aversi un arbitrato demandato ad una sola persona, certo con adeguate garanzie per entrambe le parti in ordine alla nomina. Quello che conta è che si tratti di un organo decisorio. Ma oltre questo, conta qualcosa di più e di diverso che non sta letteralmente scritto nell'art. 7, ma che può ritenersi ormai acquisito, con varia motivazione, nella giurisprudenza e nella dottrina più recenti; conta cioè, si tratti di arbitrato rituale o no, che la procedura sia improntata al rispetto, in concreto, della garanzia fondamentale del contraddittorio (68). Penso che ci si sia mossi in quest'ordine di idee, allorché si è detto che le procedure sindacali possono aver corso solo in quanto esse assicurino una posizione veramente paritetica per le parti contrapposte sia in ordine alla costituzione dell'organo decisorio sia per quanto attiene allo svolgimento procedurale (69). È questa elementare esigenza che, quali che siano le asperità d'ordine strettamente tecnico di svolgimento, merita insistere, specie quando ci si trovi innanzi a tipi di arbitrato irrituale. Si rientra, per questo verso, in una problematica generale. Che poi, nella nostra materia, rimosso per implicito o formalmente il divieto del codice, convenga alle parti sindacali, specie a quelle rappresentative dei lavoratori, insistere nell'esperienza (prima del superamento del divieto, forzosa) dell'arbitrato irrituale, anziché imboccare la strada maestra dell'arbitrato rituale, con le maggiori garanzie ch'essa offre se non altro in termini di certezza in ordine alle impugnative possibili, è altro discorso in tema di autentica politica per il diritto.

3. L'art. 18 della legge innova con soluzione radicale in ordine al regime del licenziamento comunque qualificabile in senso vasto come illegittimo. Rispetto al licenziamento non assistito da giusta causa o da giustificato motivo, situazione in cui la sentenza è formalmente definita di annullamento, è abbandonata la soluzione compromissoria già prevista nell'art. 8 della legge del 1966 e mutuata dall'accordo interconfede-

---

(65) Secondo Assanti, *Studio*, cit., in caso di silenzio del contratto collettivo sul punto, dovrebbe esserci un'applicazione integrativa della legge in ordine alla sospensione.

(66) *Intervento* al quarto congresso di diritto del lavoro.

(67) *Op. loc. cit.*

(68) V. Fazzalari, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 459, spec. n. 5.

(69) V. Freni e Giugni, *op. loc. cit.*

rale sui licenziamenti; il datore di lavoro non è più posto nell'alternativa, già ritenuta di dubbia legittimità (70), tra la riassunzione effettiva del lavoratore e la corresponsione al medesimo di una penale, in quanto la pronuncia obbliga senz'altro alla reintegrazione nel posto di lavoro. Quindi, come in genere si afferma (71), dopo l'art. 18 la mancanza di giusta causa o di giustificato motivo inficia veramente il recesso e si è passati, come si dice, da un sistema di stabilità c.d. « obbligatoria » ad un sistema di stabilità c.d. « reale ». In effetti questo vale solo per una delle tre situazioni previste nell'art. 18, comma 1, mentre per le altre due (declaratoria d'inefficacia del licenziamento per inosservanza delle prescrizioni di forma di cui all'art. 2 della legge del 1964 di cui *supra*; nullità, ai sensi dell'art. 4 della medesima legge, trattandosi di licenziamento di rappresaglia), se si considera l'effettivo regime posto nella norma, si è verificato, come da più parti si è rilevato (72), un passo indietro. Infatti l'art. 18 unifica nel trattamento (e questo rende in un certo senso superfluo il discorso in termini di rigorosa qualificazione dommatica) le tre ipotesi: in tutti i casi la pronuncia del giudice si conclude con l'ordine di reintegra nel posto di lavoro, ordine che se inosservato comporta, in ragione della continuità giuridica del rapporto quanto meno dopo la parentesi litigiosa, l'obbligo di corrispondere al lavoratore la normale retribuzione come se avesse effettivamente prestato la sua opera, verificandosi una situazione di *mora accipiendi* col trattamento peculiare previsto per i rapporti di lavoro nell'art. 6 della legge impiegatizia del 1924 (73); ma, per il primo periodo che va dal licenziamento alla sentenza, il datore di lavoro è unicamente obbligato al risarcimento dei danni, da liquidarsi almeno nella misura minima di cinque mensilità di retribuzione, salvo la prova di maggior danno (74). Questa soluzione transattiva si spiega correntemente per ragioni equitative; in particolare, si dice, per non far gravare sul datore di lavoro il fatto, indipendente dalla sua volontà, dell'eccessiva durata dei processi (75). Ma la soluzione vale, appunto, per tutte le ipotesi, anche per quelle (nullità del licenziamento, inefficacia, *rectius* ancora nullità per vizio di forma) rispetto alle

---

(70) V. Corte cost. 28 dicembre 1970, n. 194, in *Foro it.*, 1971, I, c. 3.

(71) 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, I, 67; Ghezzi, *I licenziamenti dalla « penale » alla « reintegra » dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1971, 297.

(72) V. Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo tratt. dir. del lav.*, II, Padova, 1971, 698 ss.

(73) V. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965.

(74) V. Ghezzi, *I licenziamenti dalla « penale »*, cit., n. 4.

(75) V. Ghezzi, *Statuto*, cit., n. 3.

quali ben avrebbe potuto sostenersi, secondo i principi, la tesi dell'assoluta inidoneità del recesso a rompere la continuità giuridica del rapporto, derivandone la pretesa all'equivalente integrale della retribuzione perduta senza distinzione di periodi. A questo punto è più coerente dire che abbiamo nullità con trattamento di diritto speciale, divergente dal diritto comune e forse merita parlare, *tout court*, di pronuncia d'illegittimità del licenziamento genericamente intesa, con le implicazioni peculiari poste nella norma.

Nel complesso, è tuttavia esatto che il legislatore ha voluto fare un passo innanzi per la tutela del lavoratore, non facendosi impressionare, come si è detto in una pronuncia (76), dal dogma dell'incoercibilità delle obbligazioni di fare. Ma certo, tutela reale nei limiti del possibile, non certo prefigurando l'esecuzione forzata dell'obbligo di reintegra in servizio, con una soluzione diretta che è inimmaginabile fin quando le imprese siano rette secondo le regole del diritto privato e non da funzionari *de facto et de iure* di Stato. L'art. 18 lo conferma *per tabulas* vuoi perché esplicitamente prevede come conseguenza dell'inosservanza l'obbligo (e per altro verso la misura d'esecuzione indiretta o per coazione) della retribuzione vuoi perché solo a tutela di taluni lavoratori, cioè dei sindacalisti « interni » (v. *infra*, n. 4), è prevista un'ulteriore misura d'esecuzione per coazione, e cioè l'obbligo di pagare per ogni giorno di ritardo l'equivalente della retribuzione al fondo previdenziale dell'INPS. Il che conferma che non vi è spazio per quell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare disciplinata nell'art. 612 ss. c.p.c.; esecuzione che più pertinentemente, ed argutamente (in senso demistificatorio di una rubrica che promette verbalmente assai di più di quanto è veramente concesso), un Maestro costruì come diritto ad agire *in executivis* per costruire o per demolire (77). Ma non va oltre i limiti dell'esecuzione per coazione (78); in quali forme possa aver corso l'obbligo della retribuzione si vedrà in prosieguo. Viceversa, per il primo periodo che va dal licenziamento alla sentenza, tutto si risolve nei termini indicati e tutto può determinarsi nella pronuncia del giudice che nel contempo ordina la reintegrazione. Va precisato che il risarcimento, nella misura minima di cinque mensilità, spetta in ogni caso, senza che il

---

(76) V. Pret. Milano 12 febbraio 1971, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 180.

(77) Redenti, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1954, 301.

(78) Sul problema, in generale, v. anche i necessari riferimenti a Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, spec. 126 ss. Sulla portata sostanziale dell'innovazione, v. Prosperetti, *Sull'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 177.

lavoratore sia costretto a fornire alcuna prova in ordine all'effettività e all'entità del danno (79), in quanto qui s'impone la chiara lettera della legge, nell'ordine d'idee di una valutazione presuntiva e forfettaria del danno che in ogni caso il licenziamento illegittimo ha arrecato (ed invero, un minimo di danno è intrinseco nella vicenda). Al contrario, per questo primo periodo solo i danni sono dovuti nella misura minima legale e in quella ulteriore che eventualmente il lavoratore può comprovare; è da respingere la tesi secondo la quale oltre i danni sarebbero dovute anche le retribuzioni, come si è sostenuto in qualche pronuncia, talora estremamente confusa e contraddittoria nella motivazione (80), mentre in altri casi si è fatto corretto governo del disposto della legge (81). È chiaro poi che la pretesa dei danni, nella misura minima legalmente prevista, può aver corso solo in ipotesi di esito giudiziale dell'impugnazione del licenziamento; faccio questa precisazione perché, nel corso di un dibattito, appresi di un caso in cui, risolta la lite a pochi giorni dal licenziamento con un accordo in sede di ufficio del lavoro comportante la reintegrazione in effetti seguita, si pretendeva poi il minimo di cinque mensilità di retribuzione per i danni.

È chiaro che l'art. 18 lascia immutata la competenza per materia del pretore, nelle controversie relative ai licenziamenti, già stabilita nella legge del 1966; il dubbio derivante dall'invero singolare previsione, nel comma 5, del reclamo avverso l'ordinanza d'immediata reintegra del sindacalista « interno » e che costituì uno dei pezzi forti della polemica tra Giugni e me (82), può superarsi comunque si motivi la conclusione, specie considerando che tutta la legge, al pari del progetto di riforma del processo del lavoro in cantiere, è basata sul principio della competenza del giudice monocratico. Piuttosto è prospettabile la tesi che per qualche verso l'innovazione sostanziale dell'art. 18 debba comportare l'esten-

---

(79) Pret. Milano 12 febbraio 1971, cit. *Contra*, nel senso che si avrebbe una liquidazione forfettaria minima, però sempre sul presupposto dell'effettività del danno, onde niente spetterebbe al lavoratore in caso di reperimento immediato di nuova occupazione a condizioni migliori, v. FOGLIA, *Il licenziamento*, cit.; ma l'assunto contrasta con il chiaro disposto della legge.

(80) Pret. Mestre 29 dicembre 1970, in *Riv. giur. lav.*, 1970, II, 805; Pret. Monza 1° aprile 1971, in *Orient. giur. lav.*, 1971, 479, con una motivazione, in questo secondo caso, del tutto incomprensibile in punto di filo logico.

(81) Pret. Milano 3 marzo 1971, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2062; Pret. Milano 12 febbraio 1971, cit., quivi parlandosi d'imposizione legale di una clausola penale; secondo questo giudice, il legislatore avrebbe tenuto conto del danno che comunque consegue all'ingiustificato licenziamento, « in relazione al continuo processo di unificazione dei valori »(?).

(82) V. gli scritti citati *supra*, alle note 3 e 4.

sione della competenza in discorso a situazioni che prima, sotto il solo governo della legge del 1966, ne erano escluse. È questo, a mio avviso, il caso dei rapporti di lavoro già esclusi dalla legge del 1966 in quanto fosse garantito al lavoratore il più favorevole regime di stabilità (art. 1, legge n. 604) derivandone, in caso d'ingiustificata risoluzione, la possibilità di pretendere assai di più rispetto al regime di cui all'art. 8 di quella legge (riassunzione o penale in un limite massimo di mensilità) e cioè l'integrale risarcimento dei danni ragguagliati, di massima, al tempo per il quale, altrimenti, il dipendente sarebbe rimasto in servizio (si pensi ai dipendenti delle casse di risparmio). Ora non può negarsi l'applicabilità, nel caso, del regime, astrattamente più favorevole, di cui all'art. 18 e quindi la rivendicabilità, in sé e in via esclusiva, dell'effettiva reintegra in servizio, cioè della pronuncia per la quale è competente il pretore; onde lo spostamento di competenza che l'innovazione sostanziale dovrebbe comportare per implicito (83).

Per il comma 3, la sentenza è provvisoriamente esecutiva e si pone il problema se sia concesso al giudice d'appello concedere la inibitoria. L'appello fiorentino (84) ha ritenuto di poter rispondere positivamente al quesito, affermando che la conclusione s'impone in ragione dei principi generali posti in materia nel codice che prevede sempre la possibilità della sospensione o della revoca della clausola di provvisoria esecuzione concorrendo gravi motivi, anche laddove, come nella situazione contemplata nel capoverso dell'art. 282, il beneficio va obbligatoriamente concesso; secondo questa ordinanza, che distingue inoltre tra l'ordine di reintegra e le disposizioni patrimoniali della sentenza su questa base contrapponendo controllo di mera legittimità o anche, per il secondo aspetto, di opportunità, non può ritenersi che l'art. 18 abbia voluto derogare a princìpi in tal guisa ritenuti, poiché sarebbe stata necessaria un'espressa deroga. Sennonché la tesi è discutibile. A parte l'errore di aver attribuito vincolo d'obbligatorietà alla previsione di cui al capoverso dell'art. 282, in quanto nel codice, a parte le situazioni particolari di cui agli artt. 642, comma 1, e 648, comma 2, la concessione della clausola non è mai automatica, ma sempre è demandata alla valutazione del magi-

---

(83) Ho sviluppato il punto nello scritto *La decorrenza della prescrizione per i diritti dei lavoratori: alla ricerca di una regola di diritto*, in corso di pubblicazione in *Giur. tosc*.

(84) App. Firenze (ord.) 19 aprile 1971, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 200, con nota di Papaleoni.

strato con diverse sfumature, invero, di discrezionalità (85), ivi compreso, secondo la letterale dizione, il caso di cui all'art. 282 cpv., qui siamo innanzi ad una pronuncia esecutoria per legge, di guisa che pare che venga meno il presupposto per l'inibitoria da parte del giudice *ad quem*. Mi pare, pertanto, condividibile la tesi di Freni e Giugni (86). Piuttosto è da ricordare che il problema dell'esecutorietà della sentenza pronunciata nelle controversie di lavoro sta per essere risolto, in generale, con l'art. 448-*ter* della legge approvata nel luglio scorso dalla Camera, quivi disponendosi che le sentenze sono provvisoriamente esecutive, in ogni caso fino alla somma di lire 500.000, potendo l'esecuzione essere sospesa, anche parzialmente, con ordinanza non impugnabile del giudice d'appello quando « possa derivare all'altra parte grave ed irreparabile danno », con una soluzione intimamente contraddittoria in quanto è veramente strano che il potere del giudice d'appello operi come contrappeso all'esecutività *ex lege* della sentenza di primo grado, quando sarebbe stato più logico conformarsi *in toto* al modello di cui all'art. 282 del codice, lasciando spazio anche alla valutazione discrezionale del giudice di primo grado. Può porsi il problema se la disciplina in cantiere, una volta approvata, possa reagire sulla previsione di cui all'art. 18, comma 3, dello statuto; in senso contrario potrebbe dirsi che la legge generale successiva non travolge la legge speciale anteriore, a parte il fatto che l'art. 448-*ter* fa riferimento alla sentenza che pronuncia condanna a favore del lavoratore per crediti, mentre nel nostro caso abbiamo una pronuncia il cui contenuto tipico e caratteristico è l'ordine di reintegra in servizio. Allo stato, può solo dirsi che la previsione di cui al comma 3, dell'art. 18, conferendo automaticamente esecutorietà alla pronuncia di primo grado, è del tutto eccezionale rispetto al sistema del codice e pare, quindi, impossibile inserirla nel medesimo, secondo quanto ha preteso il giudice fiorentino.

Ma è da vedere come può operare la pronuncia di primo grado immediatamente esecutiva, considerando la previsione nella dinamica delle possibili situazioni. È evidente che l'immediata esecutorietà della sentenza è, in sé, un beneficio di cui il lavoratore può non volersi avvalere, così come può non volersi avvalere nemmeno della sentenza di secondo grado egualmente esecutiva *ope legis*, ov'egli abbia trovato nel frattempo una buona occupazione altrove e sia restio a riprendere servizio in un rapporto che è ancora *sub iudice* per l'impugnabilità della

---

(85) V., anche per i riferimenti, LANCELLOTTI, voce *Esecuzione provvisoria*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, n. 4.

(86) *Op. cit.*, 72.

pronuncia. In tale situazione si notificherà solo la sentenza unicamente per accelerare la eventuale impugnazione e non con la formula esecutiva, per impedire che il datore di lavoro, proprio speculando sulla circostanza sopra ipotizzata, rivolga l'invito a riprendere servizio al fine di provocare la risoluzione automatica, per *fictio legis*, del rapporto di lavoro ai sensi della quarta proposizione del comma 2 dell'art. 18. Può avvenire che il datore di lavoro rivolga *sponte* l'invito, prospettandosi, se ne sussistono gli estremi, una situazione di acquiescenza per comportamento concludente, impeditiva della proponibilità dell'impugnazione (art. 329 c.p.c.); ma tale conclusione dovrebbe escludersi ove, appunto, l'invito sia rivolto a seguito della notifica della sentenza con formula esecutiva. Né può escludersi che variamente, nelle diverse ipotesi prospettabili, il lavoratore possa rispondere all'eventuale iniziativa della controparte con una *interpellatio ad hoc*, al fine di condizionare la ripresa del servizio all'accettazione espressa della sentenza, sempre ai fini dell'art. 329 c.p.c. Quindi l'operabilità dell'ordine di reintegra in servizio, pena, in caso d'inosservanza, l'obbligo di corrispondere la retribuzione, implica che del medesimo l'interessato intenda avvalersi; il datore di lavoro, esclusa l'ipotesi di un'iniziativa del tutto spontanea da valutarsi con le precisazioni sopra indicate, deve ritenersi facultizzato a rivolgere l'invito di ripresa del servizio, eventualmente con la conseguenza legalmente stabilita nell'ipotesi che il lavoratore non vi dia corso nel termine di trenta giorni, solo dopo ed in quanto la controparte abbia manifestato la volontà, in forme giuridicamente idonee, di avvalersi della pronuncia (87). D'altro canto, nell'ipotesi che il lavoratore non si avvalga delle pronunce di volta in volta esecutive vuoi *ex* art. 18 vuoi per i princìpi generali del codice, da questo non può trarre pretesto per rivendicare alcunché a titolo di risarcimento dei danni. Quindi, in conclusione, il periodo rispetto al quale c'è spazio per i danni, nella misura minima di cinque mensilità stabilita dalla legge o in quella di maggiore entità che risulterà eventualmente provata, è solo quello che corre tra il licenziamento e la sentenza di primo grado, favorevole o no ch'essa sia al lavoratore (88).

Si tratta di vedere, poi, come possa aver processualmente corso l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere la retribuzione ove ometta di dare attuazione alla reintegra in servizio, premettendo, come ho detto,

---

(87) Rettifico così quanto prospettai in *Interrogativi sullo « statuto » dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1970, I, 188, n. 5.

(88) Sugli aspetti previdenziali conseguenti alla sentenza accertativa dell'illegittimità del licenziamento, v. lo studio di Bellini, in *Foro it.*, 1970, V, c. 191.

che il problema può porsi a notevole distanza di tempo dalla sentenza di primo grado, nell'ipotesi che il lavoratore si ponga a disposizione in una situazione del tutto tranquilla, avendo a suo favore il giudicato pieno. In questa prospettiva, è dubbio che si possa o si debba provvedere in sentenza, con un capo specifico da qualificarsi sul punto, non si sa bene, se come condanna in futuro o condizionata. In verità, come si è rilevato (89), l'art. 18, comma 2, letteralmente configura l'obbligo della retribuzione come una conseguenza automatica dell'inosservanza dell'ordine di reintegra, donde un'ulteriore e successiva pretesa che dovrebbe, in ipotesi, azionarsi innanzi al giudice competente, nel rispetto delle regole della competenza per valore (allo stato, perché se la riforma del processo andrà in porto avremo, beneficamente, la soluzione unitaria della competenza per materia del pretore in tutte le controversie di lavoro). Oltre tutto, c'è da considerare che il *quantum* della retribuzione rivendicabile non è fisso, ma varia nel tempo: si pensi al caso che nella regolamentazione del rapporto siano previsti scatti retributivi per mera anzianità. In effetti, qui il legislatore ha detto poco per una congrua tutela del lavoratore. Ed è interessante ricordare che il problema era stato lucidamente sollevato nel corso dei lavori preparatori. Ad es., nell'art. 13 della proposta di legge dell'on. Zuccalà era prevista la possibilità d'ottenere, sulla base della busta paga o di altro documento equipollente, decreto ingiuntivo avente efficacia per ogni mese successivo nell'inottemperanza all'ordine di reintegra. E a un rimedio di tipo monitorio fece cenno un componente della commissione di giuristi a suo tempo costituita dal ministro on. Brodolini (90). Penso che, sulla base della sentenza ordinante la reintegra e dai dati risultanti dalla medesima in ordine all'entità della retribuzione ai fini della condanna ai danni di cui sopra, eventualmente producendo le fonti dalle quali può in ipotesi ricavarsi che nelle more la retribuzione di riferimento avrebbe subito un incremento in ragione dell'anzianità di servizio o di altri fattori, possa aversi il ricorso alla procedura monitoria, naturalmente aggredendo ogni tanto l'inottemperante. Nel caso, poi, che si prospetti una determinata situazione, v'è spazio, sulla base del recente orientamento della giurisprudenza (91), per un provvedimento d'urgenza *ex* art. 700. Per qualche verso, instaurata una normale causa, potrà contarsi sui provvedimenti anticipatori largamente previsti nella riforma in corso. Credo anche che, oltre l'obbligo

---

(89) V. Fazzalari, *Relazione*, cit., alla nota 61.

(90) V. *Storia interna dello statuto dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1970, 322.

(91) V., da ultimo, Pret. Monza 29 gennaio 1971 e Pret. Firenze 25 settembre 1970, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1080 con nota.

della retribuzione in senso stretto, possa esservi spazio, eventualmente, per un'ulteriore azione di danni; si pensi (e valga questo come un semplice cenno ad una prospettiva interessante), all'ipotesi che la mancata reintegra comporti di per sé l'esclusione, *a priori*, da ulteriori possibilità di avanzamento nella carriera professionale, però non di tipo automatico, demandandosi al giudice la valutazione in ordine all'ipotetica probabilità dell'avanzamento in questione come premessa logica della domanda di risarcimento.

Infine è da dire che il primo inciso dell'art. 18 fa salva l'esperibilità delle diverse procedure già previste nella legge del 1966 (procedure sindacali, conciliazione in sede di ufficio del lavoro e, in caso d'insuccesso in questa sede, eventuale arbitrato irrituale per decisione delle parti individuali). È possibile, in particolare, l'arbitrato irrituale di cui ho detto da ultimo, previsto in una singolare vicenda, da me riepilogata a suo tempo (92), che prese le mosse dal rifiuto dei parlamentari di accogliere la soluzione più lineare, adottata nel disegno di legge, di rimuovere per queste controversie il divieto del codice, così preferendosi un'alternativa suicida, senza garanzie di sorta per il lavoratore, sol che si pensi alle implicazioni che logicamente ne deriverebbero in tema di qualificazione del diritto sostanziale in giuoco. A parte la questione di sostanza, per quanto attiene all'indisponibilità, relativa o no, del diritto (qui in sé esorbitante), un qualche rimedio potrà cavarsi domani dalla norma del progetto di riforma generale che, disponendo come ho detto in tema di arbitrato irrituale, afferma però l'invalidità del lodo ove vi sia stata violazione di disposizioni inderogabili. Ma, rispetto ancora alla questione di principio, vuoi in termini di coerenza nel sistema protettivo vuoi in punto di stretta qualificazione dommatica, resta la possibilità di conciliazione della controversia innanzi all'ufficio del lavoro ai sensi dell'art. 7 della legge n. 604, possibilità conservata in generale nel progetto di riforma (nuovo art. 430) a lato, anche, della conciliazione in sede sindacale (nuovo art. 431) (penso, ma il progetto non lo precisa, con l'intervento di organizzazioni autenticamente rappresentative, a prescindere dal fatto che si tratti o no di sindacati di comodo *ex* art. 17 statuto, in tal modo riproponendosi ancora una volta il problema di fondo dell'assetto del nostro sindacalismo). E l'esperienza insegna che, in sede conciliativa, l'accordo di norma si raggiunge, adoperando un'espressione del gergo sindacale, « monetizzando ».

Sono possibili, in particolare, procedure sindacali. A mio avviso,

---

(92) *L'arbitrato irrituale*, cit.

come ho detto, anche nel senso, eventualmente, dell'arbitrato rituale, posta l'ammissibilità, per legge, dell'arbitrato irrituale individuale (ma anche qui siamo forse alla vigilia di un'innovazione espressa e generale). Si è ancora una volta riproposto il problema, già dibattuto sulla base della legge del 1966 (93), della sorte dell'accordo interconfederale del 1965 (basato sull'alternativa tra ripristino del rapporto e penale) nonché, sul punto, dell'accordo relativo alle commissioni interne, riaffacciandosi le più varie tesi. Così, per l'accordo del 1965, si sostiene la totale caducazione ai sensi dell'art. 40 dello statuto (94), mentre altri (95) più cautamente prospettano il superamento del patto solo per quanto attiene alla normazione sostanziale del licenziamento illegittimo, di guisa che, come altro autore sostiene (96), il collegio di conciliazione di arbitrato dovrebbe applicare la disciplina sostanziale di cui all'art. 18. Rispetto all'accordo sulle commissioni interne, si afferma egualmente la tesi della caducazione, ferma restando la procedura per quanto attiene al preventivo nulla-osta da parte delle organizzazioni sindacali (97).

A mio avviso, fermo il punto che oggi (v. *supra*, n. 2) il lavoratore anche sindacalmente vincolato ha, per legge, piena facoltà di scelta tra le varie procedure, il problema si pone nel senso di accertare se possa avere rilevanza, nell'ordinamento generale, un lodo emesso, a conclusione di una procedura liberamente prescelta da entrambe le parti, sulla base di una normativa convenzionale ferma all'alternativa tra ripristino del rapporto e pagamento di una penale. Ma non posso tacere la sensazione di fastidio che la questione suscita in me giacché, invero, non si vede perché la dottrina e la giurisprudenza debbano ancora baloccarsi con un problema che gli interessati, per questo verso petulanti, ben avrebbero potuto risolvere. Non riesco a capire, infatti, come e perché i signori del nostro sindacalismo non abbiano sgombrato il terreno da questa questioncella, denunciando, nel breve periodo di cinque anni, l'accordo del 1965 e eventualmente adoperandosi per la previsione di una nuova procedura, facoltativa per gli interessati, conforme alla nuova disciplina di legge di volta in volta sopravvenuta. Non si capisce perché le grandi

---

(93) V., con un esauriente riepilogo della questione, Offeddu, *La legge sui licenziamenti individuali e il suo campo di applicazione*, in *Riv. dir. lav.*, 1968, I, 404 ss.

(94) Freni e Giugni, *op. cit.*, *sub* art. 40.

(95) Ventura, *Lo statuto dei diritti dei lavoratori: appunti per una ricerca*, in *Riv. giur. lav.*, 1970, I, 497, n. 8.

(96) Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1971, 465. Nel senso che è venuta meno l'impegnatività dell'accordo, v. Zangari, *Statuto dei lavoratori e procedura arbitrale* ex *accordo interconfederale 29 aprile 1965*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, I, 24.

(97) Freni e Giugni, *op. cit.*, *sub* art. 40; Napoletano, *op. cit.*, 71.

confederazioni del lavoro manchino di una bussola per la politica del diritto!

Detto questo, è dubbio che il collegio, eventualmente costituito sulla base dell'accordo del 1965 per decisione libera delle parti individuali, possa dar corso ad una normativa sostanziale diversa da quella prevista nel medesimo accordo, nel quale figura la clausola d'inscindibilità (98) e ai sensi del quale sono stati investiti del mandato. Nel silenzio delle parti individuali nel caso (potrebbe, invero, aversi un patto specifico nel senso dell'applicabilità della normativa di legge), mi par dubbio che il collegio, che ripete dall'accordo interconfederale il titolo d'investitura, possa direttamente applicare l'art. 18. Semmai si porrà questione di validità del lodo nell'ordinamento generale; di un lodo, si badi bene, irrituale, invalido già oggi nella misura in cui l'invalidità si ritenga proponibile, nell'attesa dell'esplicita previsione contenuta nel progetto di riforma. Mi conviene lasciare queste osservazioni a livello problematico, anche perché, a rendere dubbia la conclusione, resta l'altra circostanza che l'ipotizzata invalidità non si armonizza bene con la conciliabilità della lite, oggi in sede amministrativa, domani anche in sede sindacale, cioè, in definitiva, con la composizione in termini economici anche della vertenza che tragga origine da un licenziamento rispetto al quale si prospetti questione in cui sono in giuoco situazioni, quale la nullità dei recessi ideologicamente ispirati, in cui stanno alle spalle beni costituzionalmente garantiti. E non si capisce bene come e perché le parti, cui la legge del 1966 concede di poter liberamente compromettere in arbitrato irrituale una volta lasciato l'ufficio del lavoro, nella prudente valutazione delle rispettive probabilità attorno alla *res litigiosa* non possano anche decidere di dar corso a quell'arbitrato irrituale rispetto al quale il lavoratore è, almeno relativamente, più garantito nella misura in cui si tratta di una procedura sindacalmente incardinata (99).

4. Negli ultimi quattro commi dell'art. 18, dal quarto in poi è prevista una speciale procedura di favore nel caso di licenziamento dei lavoratori sindacalmente impegnati nell'unità di lavoro e che possono riassuntivamente e convenzionalmente dirsi sindacalisti « interni ». In sintesi: su istanza congiunta del lavoratore e del sindacato cui il primo aderisce o conferisca mandato, il giudice può, in ogni stato e grado del

---

(98) Circostanza sulla quale insiste Rossi, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Notiziario giur.*, 1970, 649.

(99) Così Zanini, *Transazione e arbitrato nelle controversie per i licenziamenti dopo la legge n. 300 del 1970*, in *Dir. lav.*, 1970, I, 377.

giudizio di merito, disporre con ordinanza l'immediata reintegra nel posto di lavoro, quando ritenga irrilevante o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro. L'inosservanza dell'ordine, contenuto sia nell'ordinanza sia nella sentenza conclusiva del giudizio, comporta una notevole conseguenza, una misura di esecuzione per coazione sulla quale si è giustamente insistito (100): l'obbligo di pagare al fondo adeguamento pensioni dell'INPS, per ogni giorno di ritardo, una somma pari all'importo della retribuzione. Si tratta di una previsione complessiva di notevole rilievo quanto meno teorico, anche di qui potendosi argomentare in ordine all'ambito delle possibilità processuali concesse dallo statuto al sindacato. Insisto sull'importanza teorica, perché di questo rimedio non c'è, almeno per il momento, traccia applicativa consistente in giurisprudenza, certo anche per l'ampiezza di applicazioni che ha avuto, notoriamente, l'ancor più spiccio procedimento sommario di repressione dell'attività antisindacale dei datori di lavoro ai sensi dell'art. 28 della legge.

Vediamo intanto a favore di chi può essere emessa l'ordinanza: alla lettera per i lavoratori presi in considerazione nell'art. 22, qui ai fini del trasferimento dall'unità produttiva solo previo nulla-osta del sindacato, e cioè i dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19 della legge, i componenti della commissione interna fino alla fine dell'anno successivo alla scadenza del mandato, i candidati alle elezioni della medesima commissione sino alla fine del terzo mese successivo alla consultazione elettorale. Ciò posto, il rimedio non pare esperibile in favore di altri lavoratori sindacalmente impegnati, quali delegati di reparto o componenti delle nuove forme di rappresentanza operaia, come i consigli di fabbrica, contrariamente a quanto ha ritenuto un pretore milanese (101) argomentando semplicemente dalla *ratio* della disposizione, non tenendo conto della tassatività dell'elencazione derivante dalla natura vieppiù impositiva del disposto. Sorvolo poi, perché qui il punto non interessa, sulla difficoltà d'identificazione dei dirigenti delle r.s.a., essendo ben noto che la legge, pur in diverse norme imponendo la distinzione tra rappresentanza e dirigenti della medesima, né definisce la prima né fornisce elementi probanti di svolgimento dell'in-

---

(100) V. Mancini, *Intervento*, nel volume *Lo Statuto dei lavoratori*, Atti del convegno della CGIL dell'Emilia-Romagna, Budrio, giugno 1970, Roma, 1970, 13.

(101) Pret. Milano 21 aprile 1971, in *Orient. giur. lav.*, 1971, 487. Nel senso che la garanzia di cui all'art. 22 della legge non opera a favore del lavoratore sindacalista « esterno », v. Pret. Napoli (dec.) 30 settembre 1970, in *Foro it.*, 1970, I, c. 2969.

dicazione (102). L'esperibilità del rimedio dovrebbe, inoltre, essere condizionata al fatto che il licenziamento sia stato disposto essendo a conoscenza il datore di lavoro del conferimento del mandato sindacale, eventualmente con regolare comunicazione inoltrata ai sensi di un accordo aziendale; in tal senso si sono pronunciati due pretori (103).

Le difficoltà ricostruttive derivano dalla circostanza che si richiede l'istanza congiunta del lavoratore e del sindacato che, all'uopo, deve intervenire in causa in forme processualmente adeguate. Le spiegazioni in giro sono le più varie. Si parla genericamente di speciale legittimazione congiunta, giustificandosi l'intervento del sindacato per la tutela dell'interesse collettivo (104); si dice che l'intervento del sindacato è del tutto peculiare, non classificabile nelle figure accolte nel codice di rito (notazione condivisibile), specie perché esso non sarebbe destinato ad influire sull'ulteriore corso del procedimento (105), proposizione quest'ultima che non pare accettabile sulla base di quanto dirò. Si afferma, poi, che abbiamo qui una sorta di litisconsorzio necessario (106), con una notazione che è ripresa da altri (107) sull'esatta premessa che il sindacato non può essere considerato parte meramente interveniente, posto che da solo il lavoratore non può chiedere l'ordinanza. Altri (108) aggiunge che il sindacato, oltreché intervenire volontariamente *ad hoc*, può essere chiamato in causa dal lavoratore, ma l'affermazione è dubbia posto che non si rinvengono nel caso gli estremi di cui all'art. 107 del codice. Infine taluno ha prospettato la tesi, invero *prima facie* suggestiva, che la necessità dell'intervento del sindacato si spieghi per una sorta di ritenuta incapacità del lavoratore, attribuendosi all'organizzazione il compito di confermare la tesi dell'attore, di dargli credito (109).

In verità, nessuna di queste spiegazioni convince appieno; ma nemmeno io presumo di avere la ricetta in tasca innanzi ad una previsione così singolare, certo irriducibile negli schemi del codice. Come ipotesi di

---

(102) Sul punto v., genericamente, Freni e Giugni, *op. cit.*, 106. Sulla nozione di r.s.a., v. Mancini, *Le rappresentanze sindacali aziendali nello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 766 ss.

(103) Pret. Trento 21 maggio 1971, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2004; Pret. Milano 12 maggio 1971, in *Orient. giur. lav.*, 1971, 483.

(104) V. Freni e Giugni, *op. cit.*, *sub* art. 18.

(105) V. Napoletano, *op. cit.*, 70.

(106) V. Aranguren, *A proposito di una peculiare interpretazione dell'art. 28 dello « statuto dei lavoratori »*, in *Mass. giur. lav.*, 1970, 538.

(107) V. Alleva, *L'evoluzione della disciplina*, cit., n. 11.

(108) V. Ghezzi, *I licenziamenti dalla « penale »*, cit., n. 5.

(109) V. Fazzalari, *Relazione*, cit., *supra*, nota 61.

lavoro, io sarei indotto a concepire la previsione specifica come una sorta di proiezione delle facoltà processuali che la legge conferisce al sindacato a tutela della libertà sindacale sulla base dell'art. 28 della legge. Dico subito, a conferma di quanto già scrissi nel primo commento alla legge (110) e senza voler invadere la zona, asprissima tecnicamente, nella quale deve arare Romagnoli, che io sono fermo sostenitore della tesi giusta la quale il sindacato può fare ricorso all'art. 28 comunque vi sia una condotta antisindacale del datore di lavoro, con una sanzione, un licenziamento di rappresaglia ecc. Del resto nel difendere questa tesi, di cui sono nel suo nucleo centrale fermamente convinto, si sfonda oggi una porta aperta, visto l'orientamento della giurisprudenza consolidato sull'affermazione di principio; resta solo da affrontare il problema dei rapporti tra l'azione del sindacato e quella dei singoli ed è appunto su questo problema, tecnicamente arduo, che attendiamo al varco Romagnoli. Ora, in quest'ordine di idee, è agevole ravvisare nell'art. 18, comma 4, non una smentita, sibbene una conferma della tesi amplissima affermatasi in ordine all'utilizzabilità dell'art. 28; nel senso che il legislatore ha considerato come eventualmente inerente alla lite individuale l'interesse del sindacato, tanto che consente al medesimo di intervenire nel processo promosso dal singolo per chiedere, unitamente a costui, un provvedimento sostanzialmente anticipatorio della pronuncia finale, giacché l'immediata reintegra del sindacalista « interno » nel posto di lavoro è nell'interesse dell'organizzazione.

In sostanza, l'art. 18, comma 4, si spiegherebbe come un'ulteriore possibilità data al sindacato di tutelare gli interessi di cui è processualmente posto a tutela ai sensi dell'art. 28, approfittando della pendenza del processo promosso dal singolo. Ma è altrettanto indubbio che, in tal modo, il sindacato viene ad interferire e ad operare nel processo che è del singolo, *in primis* nell'interesse e a tutela del diritto di costui. Di qui la regola che l'utilizzabilità sindacale del processo individuale al fine di ottenere il rimedio energico dell'ordine di reintegra in servizio ancor prima della definizione della causa, è condizionata al consenso del lavoratore. Questa regola si esprime in due indicazioni, delle quali la seconda è, in un certo senso, ripetitiva della portata pratica della prima e, sotto un certo profilo, sovrabbondante. In primo luogo l'istanza va proposta insieme, congiuntamente, (anche se, forse, non è indispensabile un'unica manifestazione formale) dal lavoratore e dal sindacato: l'interesse del secondo non pur avere svolgimento senza il consenso del primo.

---

(110) V. *Disposizioni processuali*, cit., spec. 382-384.

È vero che, pur nell'ipotesi che il legislatore avesse concesso direttamente al solo sindacato di richiedere l'ordinanza, il lavoratore sarebbe stato ovviamente libero di avvalersene o no secondo le sue privatissime ragioni (così come è libero, si è visto *supra*, n. 3, di avvalersi o no del beneficio della immediata esecutorietà della sentenza), ma tuttavia ha ritenuto che comunque l'interferenza sindacale nel processo individuale non dovesse essere ammessa se non col consenso del *dominus*. La seconda indicazione rafforzativa consiste in questo: che non ogni sindacato avente interesse ai sensi dell'art. 28 può operare nel processo *ex* art. 18, ma solo quel sindacato cui il singolo sia affiliato o conferisca mandato. Di guisa che, mentre per l'art. 28 deve ritenersi interessata ogni associazione che si ponga in funzione rappresentativa della categoria dei lavoratori cui appartengono i dipendenti della specifica unità di lavoro, tanto che, come si è ammesso nella giurisprudenza pretorile (111), il sindacato può esperire il procedimento sommario anche, in concreto, nell'interesse di un lavoratore iscritto ad altra organizzazione, qui deve trattarsi del sindacato prescelto dal lavoratore: ancora una volta questi è arbitro della scelta del sindacato (per cui abbiamo una situazione *prima facie* bizzarra: ti conferisco potere per poi andare insieme a richiedere il provvedimento). Naturalmente, di fatto ogni questione in ordine all'affiliazione sindacale o al conferimento del mandato si svuota, specie ove si segua la tesi rigorosa che l'istanza debba versarsi in un unico atto sottoscritto da ambedue i protagonisti o in un'istanza congiunta in udienza: giacché la circostanza di per sé attesta che il singolo ha, quanto meno, conferito al sindacato mandato *ad hoc*.

Ma resterebbe che il rimedio è, a parte le regole poste a difesa dell'appartenenza del processo al lavoratore, sostanzialmente nell'interesse del sindacato o a tutela della normalità sindacale ai sensi dello statuto. Se ne trova una testuale conferma nel comma 6 dell'art. 18 laddove è detto che « l'ordinanza può essere revocata con la sentenza che decide la causa ». La previsione è in sé singolare, se non abnorme, perché in contrasto con l'ovvia considerazione che ogni provvedimento anticipatore della pronuncia resta travolto dalla sentenza, quale ne sia la portata rispetto alla pretesa di accoglimento o di rigetto. La tentazione di proporre per la terza volta la cancellazione delle parole della legge, attirandomi i rimproveri di Prosperetti, potrebbe essere forte. Sennonché, e ciò valga a dimostrare quale sia nella mia mente il senso di quella operazione meramente dichiarativa dello spirito, la disposizione mi pare

(111) V., ad es., Pret. Milano 13 marzo 1971, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2058.

che abbia un senso e uno spazio concreti. Certo, la sentenza che eventualmente dichiari del tutto legittimo il licenziamento non può non travolgere l'ordinanza. Ma non altrettanto necessario è per la sentenza che ritenga illegittimo il licenziamento; ben può accadere che il licenziamento sia ritenuto illegittimo (ad es., perché il fatto accertato non riveste, in termini di gravità, gli estremi della giusta causa), ma che il giudice ne escluda nel contempo il carattere antisindacale, nel qual caso il magistrato può (anzi direi: deve) revocare l'ordinanza anticipatoria. Di guisa che, escluso il carattere antisindacale del licenziamento, la revoca dell'ordinanza comporterebbe una sorta di riconoscimento, sia pure teorico per quanto dirò, che non vi sono ragioni per il particolare e speciale trattamento previsto a favore dei sindacalisti « interni » (*rectius*, a favore del sindacato), dovendosi considerare la controversia come una normale lite sul licenziamento. Certo, può rilevarsi che il giudice revoca l'ordinanza con una sentenza che è però di per sé immediatamente esecutiva, cosicché il succo pratico della spiegazione in pratica parrebbe annullato. Può rispondersi che ben altra è la portata dell'immediata esecutorietà della sentenza rispetto a quella dell'ordinanza: questa si pone sul piano dei rapporti sindacali, quella è un beneficio per il singolo e di cui il singolo può liberamente avvalersi o no. Infatti l'inosservanza dell'ordinanza (certo nel senso che il datore di lavoro è obbligato ad invitare il lavoratore a riprendere immediatamente servizio, libero costui di accettare o no, anche per un ripensamento all'ultimo minuto), comporta la misura di coazione di cui all'ultimo comma (pagamento dell'importo della retribuzione dell'INPS, mentre non pare che il lavoratore non immediatamente reintegrato possa avanzare pretese patrimoniali, salvo l'eventuale ricorso al provvedimento d'urgenza). In linea di teoria, la previsione di cui al comma 6 dell'art. 18 è per altro verso importantissima: proprio perché la procedura speciale si inserisce nel processo relativo alla legittimità del licenziamento come una sorta di subprocedimento avente ad oggetto la lite, d'interesse sindacale, sull'antisindacabilità o no del recesso, con un grado di relativa autonomia che trova conferma nel possibile esito autonomo ed indipendente (sentenza accoglitiva della pretesa con contestuale revoca dell'ordinanza), di qui emerge un forte argomento contrario alla tesi, svolta con encomiabile impegno in un recente saggio (112), giusta la quale, allorché il sindacato esperisce il procedimento *ex* art. 28 in caso di licenziamento, si avrebbe un'ipotesi di sostituzione processuale. L'art. 18, comma 6, pare smentire

---

(112) V. Lanfranchi, *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 388.

la tesi a conferma del fatto che il singolo lavoratore agisce per un diritto, quello alla conservazione del posto, che non può dirsi azionato dal sindacato *ex* art. 28, questa norma dovendosi spiegare in termini assai diversi.

Alla spiegazione qui, con largo margine di dubbio, proposta, può alla lettera opporsi che l'ultimo comma dell'art. 18 prevede la misura di coazione del pagamento dell'equivalente della retribuzione all'INPS anche in caso di inottemperanza alla sentenza che ordini la reintegra in servizio del sindacalista « interno »; alla lettera prescindendo dal fatto che alla sentenza si accompagni o no la contestuale revoca dell'ordinanza ai sensi del comma 5 e nell'ordine d'idee suggerito. Sennonché dell'ultimo comma sul punto può offrirsi un'interpretazione coerente, in termini di sistematica, con quanto si è detto: nel senso che vale la sentenza alla quale non si accompagni la revoca dell'ordinanza in ragione del carattere antisindacale del licenziamento. Ancora una volta, poi, l'inottemperanza si risolve nel mancato invito al lavoratore di riprendere servizio, libero costui di darvi corso o no.

Se regge quanto ho detto finora, resta da vedere come possa qualificarsi questo intervento del sindacato. Ma, come ho accennato, ho il dubbio che non si trovi collocazione nei tipi elaborati sulla base della normativa del codice; il dato essenziale consiste nel fatto che l'organizzazione può certo intervenire nel processo, ma quivi può chiedere al giudice un provvedimento solo in quanto vi consenta la parte individuale. Il problema si prospetta diversamente per la proponibilità di istanze istruttorie. È anche da ritenere che, nell'ipotesi di sentenza di primo grado che accolga la pretesa del lavoratore nel contempo revocando l'ordinanza, il sindacato possa intervenire nell'eventuale giudizio d'appello o in qualsiasi altra vicenda processuale di merito, al fine di riproporre l'istanza d'ordinanza (113).

Il giudice può emettere l'ordinanza « quando ritenga irrilevanti o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro ». Anche qui il problema di dare un convincente senso di massima alla proposizione, non è agevole. Conviene partire dai lavori preparatori e da alcune elementari considerazioni di buon senso. Com'è noto, col disegno di legge Brodolini si intendeva provvedere non per il regime del licenziamento illegittimo in genere, ma solo per il trattamento del licenziamento nullo ai sensi dell'art. 4 della legge del 1966, rafforzando sotto questo

---

(113) Nel senso che la disposizione può trovare applicazione anche nel giudizio di rinvio e nella fase rescissoria del giudizio di revocazione, v. Freni e Giugni, *op. cit.*, *sub* art. 18.

aspetto la tutela del lavoratore. In quest'ordine d'idee si poneva la presunzione, a favore dei lavoratori sindacalmente impegnati, della nullità del licenziamento perché di rappresaglia, ove il datore di lavoro non fornisse la prova della giusta causa o del giustificato motivo (114). Il provvedimento anticipatorio veniva poi previsto « quando la domanda è sufficientemente provata », cioè, come si diceva nella relazione, « quando sia stata, sia pure sommariamente, provata la presenza del motivo politico ». Successivamente si passò alla formula che ora figura nell'art. 18, comma 4, che è variamente intesa. Secondo Freni e Giugni (115), l'ordinanza deve concedersi « sulla base di una ponderata valutazione degli elementi di prova forniti dal datore di lavoro. Tali elementi sono meno della prova, e perciò il giudice non deve attendere né l'inizio e, *a fortiori*, neppure la chiusura dell'istruttoria per pronunciare l'ordinanza; ma sono qualcosa di più delle semplici deduzioni della parte, onde queste da sole, qualora non siano sorrette da un principio di prova, non hanno rilevanza alcuna ». Per Alleva (116), l'ordinanza si impone « anche quando, escluso il motivo di rappresaglia, sussista incertezza sulla plausibilità del motivo di licenziamento ». In giurisprudenza, in un caso (117) si è ritenuta sufficiente la prova, pur sommaria, del motivo ideologico come fattore determinante del licenziamento; in altro caso (118) si è ritenuta sufficiente l'esistenza di validi elementi presuntivi per ritenere il licenziamento antisindacale; per il pretore di Trani (119) non si richiede la prova positiva dell'antisindacalità, ma la constatazione dell'insufficienza degli elementi forniti dal datore di lavoro; per un pretore milanese (120) pare che sia stato sufficiente il semplice fatto che, nelle prime battute del processo, il datore di lavoro, pur allegando l'esistenza di un giustificato motivo, non abbia specificato la prova; infine un pretore triestino (121) ha esaminato nell'ordinanza, uno per uno, i cinque addebiti prospettati dal datore di lavoro e li ha ritenuti insufficienti, non comprendendosi, invero, perché non abbia preferito, potendo accampare tanta sicurezza, spedire senz'altro la causa a sentenza. Dico questo perché un valente magistrato, al di sopra d'ogni sospetto, se così si può

---

(114) Per tale impostazione v. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, cit., 374.

(115) *Op. cit.*, 74.

(116) *L'evoluzione della disciplina*, cit., n. 11.

(117) Pret. Oderzo 13 maggio 1971, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2011.

(118) Pret. Firenze 29 settembre 1970, in *Riv. giur. lav.*, 1970, II, 651.

(119) Pret. Trani 15 dicembre 1970, in *Riv. giur. lav.*, 1970, II, 782.

(120) Pret. Milano 21 aprile 1971, in *Orient. giur. lav.*, 1971, 487, con ampia dissertazione circa la natura dell'ordinanza « allo stato degli atti ».

(121) Pret. Trieste 28 agosto 1970, in *Riv. giur. lav.*, 1970, II, 616.

dire, nella temperie dei tempi, in quanto milita nell'ala « democratica » del terzo ordine (mentre il sottoscritto non è, purtroppo, più giudice né è democratico almeno in quella accezione), il Converso (122) imputò la previsione di demagogia perché « in un solo momento il giudice può seriamente apprezzare la irrilevanza o insufficienza delle prove: al momento della sentenza, quando cioè il quadro delle prove è completo », ponendosi poi il quesito di come debba comportarsi il magistrato nell'ipotesi che le prove offerte dal datore di lavoro siano irrilevanti o insufficienti, mentre quelle eventualmente raccolte d'ufficio *ex* art. 439 c.p.c. comportino di dover ritenere giustificato il licenziamento.

A mio avviso, giova partire da una constatazione ovvia: ai fini della pronuncia finale, con sentenza, e almeno sul piano della controversia individuale di lavoro, quello che conta è la mancata prova della giusta causa o del giustificato motivo, in ragione del fatto che l'art. 18 ha parificato nel trattamento tutte le situazioni di licenziamento illegittimo. La diversità tra situazione e situazione conta solo ai fini dell'ordinanza di reintegra immediata, la quale è, almeno *prima facie*, un provvedimento anticipatorio della sentenza e, in quanto tale, può adottarsi sulla base di un materiale probatorio in sé, ancora per definizione, meno completo rispetto a quello che può giungere alla valutazione finale del giudice. La *ratio* specifica della previsione, nell'ipotesi di licenziamento di lavoratori sindacalmente impegnati, sta nell'intento di evitare che la durata del processo vada in danno del sindacalista, o meglio della situazione di normalità sindacale e d'interesse sindacale che il legislatore vuole nel complesso garantire. Il legislatore ha voluto che, nei limiti del possibile, l'incertezza temporanea, costo inevitabile del processo in vista dell'accertamento definitivo sulla base di piena istruttoria, non ricada in danno della normalità sindacale nelle unità di lavoro; per questa si è prevista la possibilità di reintegra immediata. In un certo senso quello che formalmente, *prima facie*, è un provvedimento anticipatorio, è, in effetti, un provvedimento provvisorio che garantisce nel frattempo la presenza nell'unità di lavoro dei sindacalisti in attesa dell'esito finale della lite; tanto più che la sentenza può accogliere la pretesa individuale, riconoscere il diritto alla conservazione del posto, revocandosi però l'ordinanza in quanto consti il carattere non antisindacale del licenziamento. La formula della legge, nella sua genericità, si spiega in questo ordine d'idee: nelle more, il legislatore ha deciso o scelto tra i due interessi contrap-

(122) *Lo statuto dei lavoratori*, cit., *supra* nota 27.

posti, quello del datore di lavoro e quello collettivo-sindacale, dando interinalmente la prevalenza a questo secondo.

Viceversa l'interesse del datore di lavoro può avere la meglio anche su questo piano, rimbalzando il costo del processo sulla controparte, solo in quanto egli riesca vittoriosamente a superare, fin dalle prime battute, il sospetto d'antisindacalità, la presunzione che, in un certo senso, il licenziamento sia da attribuirsi a ragioni di rappresaglia sindacale. E sia chiaro che, in questo contesto, pur parlarsi di presunzione in senso del tutto generico e atecnico, restando pur vero che deficienza probatoria per quanto attiene alla giustificazione obiettiva del licenziamento e antisindacalità del medesimo sono in reciproca funzione. Ne deriva che il datore di lavoro può sperare di evitare l'ordinanza nella misura in cui si premura di comprovare con la massima sollecitudine la giustificazione del licenziamento; il ritardo, la negligenza non lo pregiudicano definitivamente, ma possono fargli perdere la partita nelle more del processo. In questo senso sussiste, oltre l'onere della prova della giusta causa o del giustificato motivo, un ulteriore onere, in senso atecnico, di attiva, diligente, sollecita difesa.

Sennonché si tratta di accertare più in concreto la portata della formula. Di per sé, la legge si riferisce sia ad elementi di prova irrilevanti sia ad elementi insufficienti, dove, evidentemente, l'irrilevanza sta per non pertinenza, inconferenza in assoluto al fine di comprovare la giustificazione del licenziamento, mentre l'insufficienza allude, per contrapposizione ad elementi di per sé pertinenti, ma non adeguatamente comprovati, con ciò alludendosi ad una valutazione di merito sul materiale istruttorio. Ma si parla di elementi di prova « forniti », dove, com'è logico, « forniti » sta, soprattutto, per elementi di prova in concreto versati in atti, assunti dal giudice, e quindi obiettivamente valutabili, ove trattasi di prova per testi. Pare indubbio che se il datore di lavoro allega di aver licenziato per aver constatato la ruberie del dipendente (in realtà la motivazione dovrebbe già risultare, a seconda della tesi accolta in tema di applicabilità dell'art. 7 st. al licenziamento, o dalla motivazione *ex post* di questo eventualmente richiesta dal lavoratore o dalla contestazione iniziale; v. *supra*, n. 2), indicando testi, una valutazione d'insufficienza è possibile solo a testimoniale espletato. Ma direi, la formula copre, nel suo complesso, svariate situazioni, secondo la prudente valutazione del magistrato. C'è la situazione estrema in cui l'espletamento della prova è indispensabile in relazione alle allegazioni. C'è il caso in cui il datore di lavoro deduce come motivo di licenziamento un addebito che, anche se provato, al massimo integrerebbe gli estremi di una minore sanzione disciplinare secondo il contratto collettivo, donde l'irrilevanza della

prova offerta. C'è, infine, anche il caso limite in cui il datore di lavoro tiri il cane per l'ala, sottraendosi a quell'onere di sollecitudine che implicitamente la norma gli impone; e non v'è dubbio che anche in questo caso il magistrato possa provvedere in corrispondenza allo spirito della previsione legislativa (e qui potranno influire, tra poco, le draconiane previsioni in tema di *iter* processuale del nuovo ordinamento in cantiere). Come si può constatare, la gamma delle ipotesi è assai varia. Il punto di sbilanciamento si trova laddove l'andamento del processo convince il giudice che non sono emersi validi elementi per poter ritenere — allo stato — plausibilmente giustificato il licenziamento, ragion per cui gli è concesso, con una valutazione certo largamente discrezionale, di imporre, nelle more della causa, la reintegra del lavoratore nel posto di lavoro, in attesa del definitivo accertamento. Tutto è demandato, ancora una volta, alla prudente valutazione del giudice che, nelle situazioni dubbie, meglio farà fissando l'udienza di precisazione delle conclusioni. Ancora una volta, come per l'art. 28, tutto sta nelle applicazioni in concreto; dico questo perché molte volte, leggendo le decisioni dei pretori, si ha la netta sensazione che il giudice si sia indotto a scelte che appaiono assai precipitose, unicamente in ragione del suo, del resto oggi spesso pubblicizzato, orientamento ideologico.

Avverso l'ordinanza, non modificabile o revocabile dal giudice di sua iniziativa (123), è possibile reclamo immediato, trovando applicazione, con gli adattamenti del caso trattandosi di norma dettata per il procedimento innanzi al tribunale, le disposizioni di cui ai commi 3, 4, 5 e 6 dell'art. 178 del codice. Nella pendenza del termine per il reclamo e nelle more della decisione del medesimo, l'ordinanza non è esecutiva; ciò si ricava dal comma 7 dell'art. 18 dove è scritto che l'obbligo di corrispondere all'INPS l'equivalente della retribuzione deriva dall'inottemperanza all'ordinanza « non impugnata o confermata ». Poiché questa misura trova la sua giustificazione nell'inosservanza dell'ordine del giudice, giustamente si è detto che la revoca, possibile ai sensi del comma 6, non comporta restituzioni (124); egualmente dicasi per l'ipotesi che in sentenza sia accertata la legittimità del licenziamento.

Infine, in appello competenza dell'istruttore o del collegio? Freni e Giugni (125) rispondono nel secondo senso, ma per l'ipotesi che della causa sia, nella contingenza, investito il collegio, facendo il caso di cui al

---

(123) V. Freni e Giugni, *op. cit.*, *sub* art. 18.

(124) V. Freni e Giugni, *op. loc. cit*. Per Alleva, *op. cit.*, n. 12, la sanzione non ha origine dal rapporto di lavoro, ma si spiega nell'ambito delle relazioni intersindacali.

(125) *Op. cit.*, 74.

n. 4 dell'art. 279 c.p.c. Ma la risposta è episodica, non risolve *funditus*. Si tratta di vedere se sia possibile far capo alla regola di cui all'art. 701 del codice (competenza dell'istruttore). Sennonché è dubbio questo ipotizzabile riferimento, perché nel nostro caso siamo, come ho detto, in un ordine d'idee assai diverso rispetto al modello di cui all'art. 700. Non si tratta di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito, bensì di evitare che, nelle more, risulti pregiudicato l'interesse cui il legislatore ha ritenuto di dover attribuire prevalenza, secondo una valutazione comparativa delle contrapposte prospettazioni. Conviene enunciare il problema, senza tentare di risolverlo prima di adeguata meditazione.

12.

LA LEGITTIMAZIONE NEL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI REPRESSIONE DELL'ATTIVITÀ ANTISINDACALE

Questa decisione del pretore milanese è veramente esemplare per far vedere con quanta disinvoltura molti magistrati stanno dando applicazione al c.d. « statuto dei lavoratori », certo con molta ed encomiabile sensibilità sociale, con elogiabile consapevolezza dei valori costituzionalmente garantiti, ma talora del tutto allegramente dimentichi del filtro attraverso il quale è inevitabile che, tecnicamente, le varie e complesse questioni poste da questa legge debbono essere considerate ed eventualmente dedotte (1). Secondo l'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, lo specialissimo procedimento sommario d'urgenza innanzi al pretore, previsto per la repressione dell'attività antisindacale dei datori di lavoro, può essere promosso « su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse ». Nel caso, si era costituito nell'azienda un gruppo autonomo di lavoratori, non aderenti ad alcuna delle associazioni sindacali tradizionali di categoria, con l'intenzione di presentare alle elezioni per la costituzione della commissione interna una « lista unitaria di base »; insorte contestazioni, il gruppo promosse il procedimento *ex* art. 28 nei confronti e del datore di lavoro e del comitato elettorale costituito ai sensi dell'accordo interconfederale sulle commissioni interne, chiedendo al magistrato un provvedimento disponente per l'inclusione di un esponente del gruppo medesimo nel predetto

---

(1) Si è così ritenuto (v. Pret. Milano 28 ottobre 1970, in *Foro it.*, 1971, I, 280; Pret. Firenze 21 settembre 1970, in *Mass. giur. lav.*, 1970, 434, con nota contraria di Palermo; *contra*, rettamente, Pret. Latina 6 agosto 1970, in *Foro it.*, 1970, I, 2628) che l'assemblea del personale, *ex* art. 20 « statuto », ben può essere promossa dal sindacato allorché non possa aversi nell'unità di lavoro la costituzione della rappresentanza sindacale aziendale per il clima d'intimidazione determinato dalla direzione. Ma anche qui la lettera della legge è ostativa e il sindacato può solo attivarsi col procedimento *ex* art. 28 per la remozione del clima lamentato e, quindi, per favorire indirettamente la costituzione delle rappresentanze interne, con tutti gli ostacoli che certo si pongono. Nel senso della legittimazione esclusiva dei sindacati ai fini dello speciale procedimento, v. le note di Simi, in *Mass. giur. lav.*, 1970, 445 e di Zangari, *ivi*, 1970, 451.

comitato nonché per l'accettazione della lista, con conseguente affissione della stessa negli appositi albi predisposti per la consultazione. *Ex adverso* si eccepì il difetto di legittimazione attiva del gruppo ricorrente nonché il vizio di legittimazione passiva del comitato elettorale, essendo il procedimento esperibile nei soli confronti del datore di lavoro. Il pretore ha respinto entrambe le eccezioni, pronunciando quindi nel merito ed accogliendo le pretese dei ricorrenti, sostenendo, rispetto alla prima, che non può ritenersi la legittimazione esclusiva degli organismi sindacali, dovendosi interpretare la norma in senso conforme alla Costituzione (art. 24) ed essendo titolari del diritto di azione sindacale in azienda (art. 14 della legge n. 300) *in primis* i singoli lavoratori. La seconda eccezione è stata disattesa con l'affermazione che, nel caso, è in questione una sorta di diritto assoluto operante *erga omnes*, tutelabile, quindi, oltre che nei confronti del datore di lavoro (soggetto per definizione socialmente pericoloso in materia), verso chiunque possa in concreto attentarvi; diritto che « ... non sopporta limitazioni del suo carattere assoluto attraverso pretese deroghe istituzionali a favore del sindacato ». In sostanza, malgrado l'inequivocabile dizione della norma, il giudice ha ritenuto di potersi discostare dal senso « fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse » (art. 12 preleggi), riformulando direttamente la disposizione negli unici termini che egli medesimo ha affermato compatibili con la Costituzione (all'uopo invocando, non si capisce perché, anche il principio d'eguaglianza *ex* art. 3/2, quasi che nel caso sia in giuoco un ostacolo d'ordine economico e sociale e non già una previsione limitativa di diritto). Ora, siffatta conclusione, non interpretativa, ma « ricostruttiva » *ad libitum* del testo di legge sarà possibile sol quando saranno positivamente accolte le tesi rivoluzionarie che si vanno da qualche tempo agitando nei settori più progressisti della nostra magistratura, non oggi. Perché oggi, come può agevolmente ricavarsi da qualsiasi manuale istituzionale ed anche da una silloge tipo Cetim, il giudice, allorché dubiti della costituzionalità di una legge, può solo provocare il giudizio della Corte Costituzionale, ponendo questa in grado di emanare, in ipotesi, una pronuncia o « interpretativa » o « manipolativa ». E nel caso l'ordinanza di non manifesta infondatezza era ben possibile, ponendosi la questione nell'ambito di un procedimento, certo sommarissimo, ma sempre contenzioso, da esperirsi nel contraddittorio di parti contrapposte (precisazione non inutile posto che un pretore toscano ha più volte laconicamente affermato, in decreti, uno dei quali è in corso di pubblicazione, che nello speciale procedimento questioni di legittimità costituzionale non sono proponibili).

Certo, la questione era ed è seriamente prospettabile. La lettera

dell'art. 28 è chiara vuoi per la legittimazione passiva che per quella attiva; in particolare questa seconda è riservata solo a determinate entità sindacali, giusta l'ispirazione politica dello « statuto dei lavoratori », essendosi voluto un intervento legislativo a favore, promozionale come si dice, dei sindacati (2). L'intento si è poi tradotto qui in una formula che, come ho detto a suo tempo (3), non è di agevole interpretazione. In primo luogo deve trattarsi di organismi locali (sindacati provinciali, comunali ecc.) di « associazioni sindacali nazionali »; previsione molto generica, diversa da quella adoperata nell'art. 19 ai fini della costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali, queste essendo possibili ad iniziativa dei lavoratori aderenti (4) o alle associazioni affiliate « alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale » o ad altre associazioni firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali (non valgono, quindi, contratti aziendali) applicati di fatto nell'unità produttiva. *A contrario*, rispetto all'art. 19, qui basta che si tratti di associazione sindacale nazionale (« nazionale » perché statutariamente costituita col proposito di agire nell'intero territorio della Repubblica, naturalmente potendo, o perché in concreto operante ovunque?), anche se non affiliata alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale (concetto, anche questo, non incontrovertibile) ed anche se non firmataria di contratti collettivi applicati di fatto nell'unità di lavoro. Sennonché occorre esplicitamente l'interesse ad agire, cioè l'interesse a rimuovere la concreta condotta del singolo datore di lavoro lesiva o dell'esercizio dell'attività sindacale o dell'esercizio del diritto di sciopero. Come si determina questo interesse? Probabilmente deve trattarsi di associazioni, sindacali, costituitesi in vista della tutela, sindacale, dei lavoratori facenti parte della categoria che le associazioni in questione si propongono di rappresentare e, quindi, di tutelare; avendo codeste associazioni, *rectius* i loro organismi locali, interesse ad agire allorché i rispettivi aderenti siano ostacolati ad agire sindacalmente nella determinata unità di lavoro, specie nei termini e con le modalità prefigurate nello « statuto », o quando, più in generale, in detta unità imperi

---

(2) V. Mancini, *Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in *Pol. dir.*, 1970, 57.

(3) V. *Disposizioni processuali dello « Statuto » dei lavoratori*, in *Riv. dir. processuale*, 1970, 361.

(4) Credo però che non si richieda l'iscrizione in senso proprio alle associazioni considerate; a parte le difficoltà che ne deriverebbero, l'interpretazione in questo senso contrasterebbe con la logica e lo spirito della legge: conta, in sostanza, il solo fatto di proclamarsi aderenti (anche nel senso di simpatizzanti) al sindacato, come circostanza decisiva nei confronti della controparte datoriale.

un clima generale di repressione delle possibili manifestazioni sindacali, in un contesto ostativo di quella dialettica che è stata nei propositi del legislatore favorire (in questo senso la libertà sindacale è indivisibile ed eventuali ostracismi possono colpire tutte le associazioni operanti nel settore). Questa è l'interpretazione generica che per il momento può ritenersi.

Sennonché, come ha rilevato giustamente il pretore, con la duplice previsione limitativa di cui agli artt. 19 e 28 e con le altre che nel testo di legge logicamente ne discendono, il riconoscimento generale del diritto di associazione e di attività sindacale all'interno dei luoghi di lavoro, operato, ai sensi dell'art. 14, « a tutti i lavoratori », in pratica si volatizza o rischia di vanificarsi. Ogni lavoratore ha il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale nei luoghi di lavoro, ma solo i lavoratori aderenti a certe associazioni, quelle *ex* art. 19, hanno il potere, potendo provocare, una volta costituitisi in rappresentanza sindacale aziendale, le assemblee del personale (art. 20) o il *referendum* tra i lavoratori (art. 21). Solo queste rappresentanze hanno il diritto di affissione di testi e di comunicati (art. 25), debbono avere a disposizione locali (art. 27); solo i dirigenti di queste medesime rappresentanze hanno diritto a permessi retribuiti o no (artt. 23-24) e sono tutelati, insieme ai componenti delle commissioni interne e ai candidati alle elezioni relative, in ordine alla possibilità di trasferimento (art. 22). Infine, solo entità sindacali esterne possono provocare lo speciale procedimento sommario *ex* art. 28. Formalmente, quindi, a tutti i lavoratori è riconosciuto genericamente, in linea di principio, il diritto di azione sindacale nei luoghi di lavoro, ma solo coloro che fanno capo a determinate organizzazioni sindacali hanno prerogative, poteri, protezione legale, sono, per dirla con Orwell, più eguali degli altri, mentre solo gli apparati sindacali esterni sono autenticamente privilegiati con la legittimazione esclusiva in ordine allo speciale procedimento pretorile. Di guisa che se, nell'azienda, e come nel caso il pretore ha riconosciuto, si costituisce un raggruppamento anche consistente di lavoratori non facente capo alle organizzazioni « tradizionali » di settore, il medesimo, come è stato autorevolmente affermato (5), è per definizione svantaggiato nella lotta concorrenziale. Ora il dubbio che questa regolamenta-

---

(5) V. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, XXXII ed., Napoli, 1970, 30. V. anche Simi, *La disciplina delle rappresentanze sindacali aziendali e la Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1970, I, 333. La non inconsistenza della questione è ammessa anche da chi ebbe gran parte nella formazione della legge: v. Giugni, *I tecnici del diritto e la legge « malfatta »*, in *Pol. dir.*, 1970, 479, spec. 482.

zione sia costituzionalmente illegittima non è infondato, in primo luogo rispetto al principio dell'eguaglianza formale *ex* art. 3/1 Cost., in secondo luogo rispetto al principio di libertà sindacale *ex* art. 39/1. In particolare l'interrogativo si pone rispetto alla specifica previsione di cui all'art. 28; dello speciale procedimento in questione non può avvalersi, ad es., un sindacato aziendale che ben può costituirsi in svolgimento sia, forse, del principio posto nell'art. 39/1 Cost. sia dell'affermazione generale di cui all'art. 14 dello « statuto », fatta salva l'ipotesi del sindacato « di comodo » (art. 17 legge n. 300). E deve considerarsi che, in senso ostativo di codesti raggruppamenti autonomi, ben potrebbe verificarsi la collusione tra datori di lavoro e apparati sindacali tradizionali, specie trattandosi di « gruppuscoli » estremistici invisi, in definitiva, a Dio e a' nemici suoi (6).

Più in generale, può seriamente prospettarsi il dubbio sulla legittimità dell'intera sistemazione sindacale di cui allo « statuto », proprio in quanto risolventesi nel pratico riconoscimento giuridico e nel privilegio legale delle attuali associazioni sindacali « di fatto », in pieno contrasto con la complessiva previsione di cui all'art. 39 Cost. Secondo la Costituzione, infatti, e la contrattazione collettiva ivi specificatamente considerata operante *erga omnes* e tutto quanto attiene ai rapporti collettivi di lavoro deve far capo ai sindacati registrati in quanto in possesso, in particolare, del requisito di democraticità ivi richiesto. Viceversa, accantonata, per complesse ragioni politiche e no di vario ordine, la norma costituzionale, vi è tutta una mole imponente di disposizioni legislative nelle quali si fa riferimento, ad es., ai fini della composizione di diversi organi collegiali della pubblica amministrazione, ai sindacati « di fatto » più rappresentativi, con una soluzione di dubbia costituzionalità (7). Lo « statuto » corona, ma con un salto qualitativo notevole, questa soluzione

---

(6) Ed è certo, ad es., che il lavoratore componente la commissione interna, in ipotesi licenziato a seguito di regolare concessione del nulla osta da parte delle organizzazioni sindacali, sempre potrà contestare la legittimità e la giustificazione del licenziamento sul piano dell'ordinamento generale; sul problema v. Ballestrero Gentili, *Sulla nullità dei licenziamenti di rappresaglia dei componenti le commissionai interne*, in *Dir. lav.*, 1969, I, 416.

Dopo lo « statuto », in diversi contratti collettivi la possibilità di convocare le assemblee del personale è stata riconosciuta direttamente al sindacato, venendo così convenzionalmente meno la prerogativa delle rappresentanze sindacali aziendali. Sennonché, per l'art. 20 della legge, in sede di contrattazione collettiva possono adottarsi disposizioni in ordine alle modalità delle assemblee: può immutarsi anche per quanto attiene alla individuazione dei soggetti legittimati alla convocazione?

(7) Questo è il motivo ispiratore di diversi saggi raccolti ora da Di Marcantonio, in *Sindacati e certezze del diritto*, Milano, 1970.

di fatto, riconoscendo formalmente prerogative e poteri all'interno dei luoghi di lavoro agli attuali sindacati. Ne vien fuori un sistema totale e onnicomprensivo del tutto diverso da quello costituzionalmente delineato. Di qui il dubbio, seriamente proponibile in quello stesso ordine di idee in cui a suo tempo la Corte Costituzionale, fatta solo salva, in via eccezionale e transitoria, la legge n. 741 del 1959, ritenne inibito un sistema risolventesi, in pratica, nell'attribuzione dell'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi di lavoro stipulati da questi sindacati, da parte di soggetti diversi da quelli presi in considerazione nell'art. 39 e per una via diversa da quella ivi contemplata (8).

Sono, quindi, numerosi gli interrogativi, specifici e no, di legittimità costituzionale rispetto alle due norme di raffronto della Costituzione richiamabili. Dubbi particolari per l'incoerenza, *id est* per la contraddittorietà all'interno della legge medesima in questione, tra la proposizione di principio di cui all'art. 14 e i concreti svolgimenti preferenziali. Dubbi ancora particolari in ordine alla legittimazione esclusiva di cui all'art. 28. Un più radicale interrogativo di principio, infine. Naturalmente i problemi particolari sorgono, allo stato, rispetto a questo testo di legge in concreto, nella logica contraddittoria che presenta, in controluce con riferimento ai generalissimi principi costituzionali di cui ho detto. Interrogativi solo apparentemente eguali si porrebbero, invece, rispetto ad una legge di puntuale svolgimento dell'art. 39 Cost. poiché la norma costituzionale sembra ipotizzare un sistema di svolgimento della libertà sindacale al livello e nel contesto della categoria, assunto come un *quid* risultante dalla sommatoria delle realtà aziendali, alla categoria così riferendosi l'azione e la presenza del sindacato: in siffatto ambito non sarebbe né incoerente né illegittimo riservare poteri all'interno dei luoghi di lavoro al sindacato, come associazione liberamente costituitasi, ignorando le iniziative spontanee meramente aziendalistiche, secondo la logica naturale del sindacalismo. Ma saremmo, appunto, in ben diverso ordine di idee. Ma, come ho cercato di dire altrove (9), rispetto allo « statuto » la questione si pone altrimenti, perché qui non si ha la previsione legislativa di una struttura aperta, utilizzabile liberamente secondo le varie e contrastanti scelte degli interessati, ma una soluzione totalmente rovesciata, privilegiandosi, in definitiva, gli apparati sindacali

---

(8) V. Corte cost. 19 dicembre 1962, n. 106, in *Foro it.*, 1963, I, 17, con mia nota *ivi*, I, 648.

(9) V. *Libertà sindacale e statuto dei lavoratori*, in *Boll. ist. dir. lav.*, Trieste, 1970, nn. 46-47, 5.

di fatto precostituitisi, prendendoli come un dato e sostanzialmente attribuendo loro il riconoscimento giuridico con quanto ne consegue. Rispetto al dato così legalmente imposto, e nel contesto che ne risulta, all'interno di esso, il quesito se tutto questo rispetti la libertà sindacale nell'accezione più vasta nonché l'eguaglianza tra i vari raggruppamenti, extraziendali e no, che possono liberamente formarsi, non è certo trascurabile (10).

(10) Ed infatti la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 della legge è stata rettamente sollevata con ordinanza da Pret. Milano 14 novembre 1970, in *Foro it.*, 1971, I, 311.

13.

RAPPORTI C.D. DI « PARASUBORDINAZIONE » E RITO DEL LAVORO

La conclusione cui sono giunti nei due casi esaminati i giudici del lavoro dei tribunali di Monza e di Roma, nel senso dell'inapplicabilità in concreto della nuova legge sulle controversie di lavoro, è da condividere ove si consideri che nei medesimi casi gli agenti avevano dato corso ai rapporti, donde era originata la lite, all'uopo predisponendo complesse organizzazioni d'impresa, ben oltre il confine, pur spesso difficilmente tracciabile, della piccola impresa caratterizzata dalla prevalenza del lavoro dell'operatore e dei familiari (art. 2083 c.c.). Nel primo caso, infatti, l'agente disponeva di cospicue attrezzature, con depositi, uffici, ben nove automezzi (evidentemente con corrispondente personale alle dipendenze); nel secondo l'agente si avvaleva di sette-otto subagenti, di cinque impiegati amministrativi, di piazzisti, nonché di personale vario per le consegne e il magazzino; nel terzo, infine, oltre ad una complessa rete di subagenti, l'attore disponeva direttamente di ben 23 impiegati, era iscritto come titolare d'impresa alla camera di commercio, aveva promosso, da ultimo, affari per un giro di 506 milioni. Si trattava, così, di imprenditori *tout court*.

All'opposta conclusione potrebbe giungersi solo accettando per buona, in sede d'interpretazione del nuovo testo di cui al n. 3 dell'art. 409 c.p.c., una tesi, invero minoritaria, prospettata da alcuni magistrati in un seminario promosso di recente a Grottaferrata dal Consiglio Superiore della Magistratura e nel quale fui relatore sul tema dei rapporti sostanziali ricompresi nel nuovo rito: doversi ricondurre al medesimo rito, in ogni caso, i rapporti nominativamente elencati, quali, appunto, l'agenzia, nonché l'altro, dagli incerti confini, della rappresentanza commerciale, a questi dovendosi aggiungere gli altri aventi le caratteristiche scolpite nella non agevole definizione generale e riassuntiva posta nel citato n. 3 dell'articolo; cosicché, l'agente potrebbe sempre rivolgersi al giudice del lavoro ancor quando risulti in concreto imprenditore non piccolo. Ma questa tesi, angustamente letterale, risulta

giustamente respinta dalla maggioranza dei commentatori (1), sostenendosi che anche l'agenzia, per essere ricompresa, deve concretizzarsi in una prestazione *prevalentemente personale* siccome si richiede in generale.

Nel senso ritenuto, depone, in primo luogo, la lettera, giacché la parola « altri » ha, nel contesto, visibilmente significato non aggiuntivo, sibbene esemplificativo a mo' di apertura della definizione dei rapporti che il legislatore ha inteso ricomprendere in quanto aventi le caratteristiche ivi enunciate, nel senso di « restanti » o « rimanenti » (si consulti il grande dizionario di Salvatore Battaglia); cosicché, appunto, anche i due rapporti nominativamente indicati (agenzia e rappresentanza commerciale) debbono avere gli estremi in generale richiesti.

Ma, soprattutto, milita a favore della conclusione la *ratio legis*, essendo indubbio che il legislatore ha voluto ricomprendere, oltre il lavoro subordinato in senso stretto, a fini di protezione sociale ed in svolgimento del principio generalissimo di cui all'art. 35 Cost., tutti i rapporti che, pur non presentando la subordinazione in senso giuridico, si risolvono fondamentalmente nella prestazione d'attività lavorativa a favore di altri. Il tutto in corrispondenza alla ben nota tendenza espansiva del diritto del lavoro in tutte le zone in cui emergono ragioni di protezione sociale ed avendo il recente disposto l'immediato precedente nell'art. 2 della legge 14 luglio 1959, n. 741, che, ai fini della trasposizione in norme di legge delle pattuizioni collettive, considerò anche i « rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata »; di qui essendo invalso l'uso di parlare delle situazioni di « parasubordinazione ». Ancora una volta si è voluto far riferimento ad una situazione *sostanziale* socialmente svantaggiata: identificandola, seppur grossolanamente come spesso avviene ogni volta che si tenta di serrare in una definizione formale complesse e diverse situazioni reali, nella circostanza della prestazione di lavoro effettuata a favore di altri che abbia organizzato una « unità di lavoro » anche elementarissima. Con questo, e non a torto, il legislatore ha considerato una non trascurabile zona di lavoro per certi aspetti oggi meritevole di protezione ancor più del comune lavoro subordinato come tale formalmente dedotto nelle fabbriche, negli esercizi commerciali e negli uffici, dove di norma cospira

---

(1) V. Napoletano, *Primi orientamenti interpretativi del nuovo processo del lavoro*, Napoli, 1973, 26; Raffone, in Converso, Pini, Raffone, Scalvini, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, 22; Mazziotti, in Montesano e Mazziotti, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1973, 4; Ghezzi, *I rapporti di diritto privato soggetti al nuovo rito del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, 91, n. 4.

in senso autonomamente protettivo la stessa realtà del lavoro organizzato spesso in unità non trascurabili e sindacalmente inquadrate. Dove il lavoro è disperso e specie è dedotto formalmente (e talora solo all'apparenza) in schemi d'autonomia, non c'è protezione naturale d'ambiente, non c'è solidarietà collettiva né, quindi, sindacato. Mentre, per comprensibile spinta naturale, gli imprenditori sono alla ricerca, ogni volta che sia obiettivamente possibile in ragione del ciclo di lavorazione (si pensi al lavoro a domicilio), di questo lavoro disperso, meno costoso e meno suscettivo di dura pressione antagonistica. Ora la giustificazione sostanziale vien meno allorché, ad es., l'agente sia a sua volta imprenditore, talora di non trascurabili proporzioni: si pensi agli agenti che operano in campo assicurativo, essendo per altro verso fondatamente dubbio che a favore di questi imprenditori giuochi la legge 15 ottobre 1971, n. 911 modificante il regime già posto nell'art. 1751 c.c. per quanto attiene al trattamento di fine rapporto per i comuni agenti di commercio. Siamo visibilmente fuori della previsione di legge quando la lite insorge tra imprenditori veri e propri dall'uno e dall'altro lato.

In definitiva, in punto di competenza e di rito si è ritenuto saggio devolvere al giudice del lavoro tutte le liti in cui venga in questione la prestazione di lavoro comunque denominata, ritenendo questo giudice il più idoneo in materia; e volendosi assicurare anche a questi lavoratori la celerità e il rigore dello speciale rito nonché i più corposi vantaggi sostanziali del medesimo, quali la rivalutazione dei crediti (art. 429 nuovo testo) e il beneficio della esecutorietà della pronuncia di primo grado (art. 431). Non sempre corrispondendo, ovviamente, al privilegio processuale socialmente indotto una normazione sostanziale di protezione; se questa corrispondenza c'è per il più diffuso e quindi tipico e quindi « nominato » tra i vari rapporti di collaborazione personale, e cioè per l'agenzia per la quale di norma sussiste normazione collettiva specifica (accordi economici collettivi), per tutti gli altri rapporti che possono venire in considerazione alla stregua ed in applicazione della definizione generale corrispondenza non c'è. Per questi diversi rapporti, appunto perché « dispersi » o non di massa, in situazioni le più varie, la regolamentazione dovrà forzatamente rinvenirsi nella « libera » pattuizione individuale, pur se socialmente esosa; non essendovi spazio affinché il giudice possa procedere alla rivalutazione equitativa del corrispettivo, posto che il precetto costituzionale della retribuzione sufficiente (art. 36/1) vale solo per il lavoro subordinato in senso proprio.

Si imporrà, pertanto, di volta in volta la valutazione del rapporto in concreto ai fini della sua riconducibilità o no alla previsione di legge, circa la sussistenza della prestazione prevalentemente personale espli-

cata nell'ambito di una collaborazione continuativa e coordinata. Non sarà sempre agevole decidere nelle situazioni dubbie o al limite, del resto riproponendosi, con gli adeguamenti del caso, la tormentata casistica in tema d'identificazione della piccola impresa ai sensi del codice civile; specie allorché il collaboratore si avvalga di un minimo apparato organizzativo e, specialmente, dell'opera, oltre che dei familiari, di altri suoi dipendenti. A parte gli interrogativi con tutta probabilità ricorrenti in ordine al carattere prevalentemente personale o no della prestazione, altri si porranno in riferimento agli altri elementi ritenuti nella definizione, in ordine al richiesto coordinamento nonché alla continuità della prestazione in questione. Non v'è dubbio che il legislatore ha tenuto presente soprattutto il caso, diffuso, dello stabile e duraturo rapporto di lavoro, come si verifica, appunto e di norma, nel rapporto specificatamente nominato dell'agenzia. Sennonché, ancora una volta, per gli « altri » rapporti non ben definiti non sarà sempre agevole decidere, le difficoltà potendo derivare non tanto dal « coordinamento » della prestazione (che è intrinseco nella situazione, per questo verso avendosi una mera descrittiva) ma, al contrario, dalla « continuità ». Tanto che si prospettano già diverse interpretazioni. Secondo taluni Autori conterebbe non solo la continuità dedotta *ab initio* in contratto, ma anche quella eventualmente ricostruibile *ex post* sulla base di un succedersi di prestazioni. Secondo Mazziotti Di Celso (2), si ricade nella previsione « ... anche se eventualmente — e si tratta di superare una visione formalistica — l'attività stessa sia costituita dal ripetersi di prestazioni sulla base di una pluralità continuativa di contratti ». Secondo Ghezzi (3) vale tanto la previsione negoziale della continuità quanto la continuità in fatto. Al contrario per Cessari (4), con impostazione rigorosa e apparentemente suasiva, la continuità deve caratterizzare in sé il rapporto, nel senso dell'obbligo di reiterare nel tempo la prestazione.

Mentre in un primo momento mi parve fondata l'impostazione di Cessari, nel secondo dibattito svoltosi sul punto tra i magistrati a Grottaferrata mi sono convinto che, con tutta probabilità, il problema è falsamente impostato in termini « *ex ante* o *ex post* », di guisa che, in pratica, si dovrebbe pervenire alla conclusione ritenuta dagli altri Autori. Normalmente sarà dedotta in giudizio una situazione in cui, *di fatto*, un solo dato sarà certo, la reiterazione nel tempo di una determinata

---

(2) V. *op. cit.*, 34.

(3) V. *op. loc. cit.*

(4) V. *Sul campo soggettivo d'applicazione del nuovo rito del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1974, I, 14.

prestazione, in una zona in cui, dominando la libertà di forme, sarà arduo pretendere di accertare se la volontà delle parti si sia espressa o no *ab origine* per la programmata continuità dell'apporto; nel merito facendosi questione, di norma, dell'entità del trattamento corrispettivo, spesso in difetto di regolamentazioni collettive inderogabili. Né vi sarà di norma spazio per sollevare utilmente eccezioni sotto questo profilo. Per altro verso può risultare ancora una volta decisiva la considerazione della ragione che ha indotto ad attribuire al giudice del lavoro queste controversie, in termini di protezione rispetto a situazioni di parasubordinazione; in quest'ordine d'idee contando non tanto il dedotto, quanto *il fatto* della prolungata prestazione di lavoro anche autonomo. Cosicché l'accento dovrebbe, almeno in pratica, cadere sul solo elemento veramente decisivo del carattere prevalentemente personale della prestazione. In tal senso è prevedibile che si orienterà la giurisprudenza.

Per altro verso quello che non è continuativo, seppur « di fatto », non rientra nella previsione; non rientra la prestazione, eventualmente *in toto* personale, isolata o episodica di un artigiano, non comprendendosi perché queste cause bagatellari, ma talora economicamente non indifferenti per il povero diavolo, non siano state devolute al giudice del lavoro.

La situazione ipotizzata dal legislatore può rinvenirsi, come giustamente si è detto, entro tutti i possibili schemi formali, perfino nella somministrazione (5). Vi saranno, in primo luogo, le classiche situazioni incerte e al limite tra lavoro autonomo e subordinato, ripetutamente presentatesi in giurisprudenza e nelle quali il prestatore-attore punterà soprattutto per la configurazione del secondo rapporto; si pensi, ad es., ai casi marginali di « appalto » delle pulizie, dell'esazione di bollette, degli addetti a posti telefonici ecc. Così come nella ricca casistica prospettata (6) si è parlato della consulenza fissa, del socio d'opera, dell'associato in partecipazione, dell'amministratore di società, del propagandista ecc.

Un problema particolare si pone per il lavoro a domicilio quale risulta regolato dalla recente legge 18 dicembre 1973, n. 877, con scarti in più e in meno rispetto alla definizione quivi accolta. In più perché, mentre la legge prescinde dalla subordinazione in senso giuridico richiedendo solo la subordinazione c.d. « tecnica » (7) onde c'è piena corrispondenza col n. 3 del nuovo art. 409 che egualmente prescinde dalla prima subordinazione (ma essendovi normazione sostanziale protettiva: v. art. 8), si richiede la « esclusione di manodopera salariata e di appren-

---

(5) V. Cessari, *op. cit.*

(6) V., in particolare, Cessari e Ghezzi, *op. cit.*

(7) V. le mie *Lezioni di diritto del lavoro*, in *Foro it.*, Roma, 1974, 324.

disti »; ne consegue che il lavorante a domicilio non protetto dalla legge n. 877 in quanto disponente della collaborazione di un apprendista potrà pur sempre adire il giudice del lavoro se ed in quanto possa prospettare il carattere prevalentemente personale della prestazione. In meno, in quanto ben può avvenire che il lavorante a domicilio avente i requisiti di cui alla legge del dicembre ed in quanto tale iscritto nello speciale registro, presti del tutto occasionalmente, episodicamente, lavoro a favore di un imprenditore committente anch'esso a sua volta iscritto al registro dei committenti (la legge prevede che il lavoro sia prestato per conto « di uno o più imprenditori » e, di fatto, può verificarsi, appunto, anche la trattazione di una partita occasionale verso un dato imprenditore registrato); ma nel caso, per difetto di continuità, non potrebbe adirsi il giudice del lavoro.

14.

IL PROCEDIMENTO DI REPRESSIONE DELLA CONDOTTA ANTISINDACALE E IL RITO DEL LAVORO

1. Con queste due sentenze la Cassazione si pronuncia su un problema ampiamente discusso, con divergenti conclusioni, dopo l'entrata in vigore della nuova legge n. 533 del 1973 sulla regolamentazione delle controversie individuali di lavoro; su questo problema si è intrattenuto da ultimo, in *Giur. ital.* (1), Michele Taruffo in una nota di commento a Trib. Torino 18 dicembre 1974, alla quale mi permetto di rimandare, anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali e dottrinali (2), il cortese lettore. In sintesi, secondo la Cassazione, il nuovo rito del lavoro, in quanto relativo alle controversie individuali, non ha alcuna ripercussione sul procedimento di repressione della condotta antisindacale dei datori di lavoro di cui all'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. « Statuto dei lavoratori »); ne deriva, in particolare, che resta ferma, pel giudizio d'opposizione avverso il decreto emanato dal pretore nella fase sommaria, la competenza del Tribunale innanzi al quale il processo deve aver corso nelle forme ordinarie. Così la Corte avalla la conclusione alla quale ha ritenuto di dover pervenire, col mio consenso (3), la parte forse minoritaria della dottrina.

In contrario, in un filone quantitativamente non trascurabile della giurisprudenza di merito e della dottrina, sulla premessa che la lite *ex* art. 28 è sostanzialmente controversia di lavoro ai sensi dell'art. 409 c.p.c. nuovo testo, si è sostenuto che, per qualche verso e in diversi modi ipotizzati, il procedimento speciale di cui allo Statuto dei lavoratori deve coordinarsi col nuovo rito del lavoro. Secondo una prima tesi, enunciata in particolare da Fabbrini e quindi ripresa da Taruffo, dopo la legge n. 533 alla competenza del Tribunale per l'opposizione dovrebbe ritenersi

---

(1) V. *Giur. it.*, 1976, I, 2, 119.

(2) Ai quali *adde* Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974, 20-23.

(3) V. *I rapporti soggetti al nuovo rito*, in *Nuovo tratt. dir. lav.* diretto da Riva Sanseverino e Mazzoni, vol. IV, Padova, 1975, 178 ss.

sostituita quella del pretore, in quanto il legislatore dello Statuto dei lavoratori avrebbe previsto la competenza del Tribunale venendo in questione nella lite di necessario impulso sindacale *ex* art. 28 una controversia di lavoro di valore indeterminabile (art. 9 c.p.c.), essendo viceversa oggi competente per materia nel lavoro, ai sensi del nuovo art. 409, il giudice monocratico da ritenersi *naturaliter* sostituito al giudice collegiale.

Secondo altra giurisprudenza ed altri autori, viceversa, l'opposizione va sempre proposta al Tribunale, ma nelle forme e nei modi di cui al nuovo processo del lavoro, con implicazioni tuttavia radicalmente diverse. Per Simoneschi (4) la fase sommaria del procedimento di repressione della condotta antisindacale si risolverebbe, secondo la tesi a suo tempo enunciata da Romagnoli, in un vero giudizio di primo grado, conseguendone che l'opposizione va considerata giudizio d'appello. Per Proto Pisani (5), viceversa, il giudizio d'opposizione *ex* art. 28 innanzi al Tribunale è da qualificarsi di primo grado; sennonché, per un complesso di ragioni, avverso la sentenza non sarebbe proponibile l'appello, essendo possibile solo il ricorso per cassazione. Entrambe le prospettazioni sono, a mio avviso, inaccettabili per le considerazioni critiche, del tutto condividibili, mosse da Taruffo e per quanto ritenni di dover dire, nel mio scritto precedente, con particolare riferimento alla tesi di Simoneschi; la tesi di quest'ultimo A. giusta la quale, nel giudizio d'opposizione da considerarsi d'appello, varrebbe di massima il divieto di dar corso a nuove prove in applicazione dell'art. 437, comma 2, c.p.c. nuovo testo, salva la problematica valutazione d'indispensabilità del Tribunale, è visibilmente abnorme, ove si consideri la sommarietà delle indagini esperibili dal pretore *ex* art. 28. Naturalmente conta, ai fini specifici, quello che è *normativamente* sicuro per la previsione di legge, solo su questa base potendosi congruamente impostare il problema di qualificazione delle diverse fasi del procedimento speciale. E qui è bene intendersi con estrema chiarezza.

È notorio, per l'esperienza e quindi per l'impressione della media dei frequentatori delle aule di giustizia, che, *di fatto* e di massima, il procedimento di repressione dell'attività antisindacale ha corso, innanzi ai pretori, con ampiezza di indagini; generalmente il magistrato non si limita a sentire le parti e ad assumere sommarie informazioni così come la legge dispone, ma ascolta i testi *hinc et inde* dedotti, consente anche

---

(4) V. Denti e Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, 8 ss.

(5) V. *Problemi di coordinamento posti dal rito speciale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, 385, spec. 434.

voluminose produzioni, procede talora all'ispezione dei luoghi di lavoro, dispone frequentemente, quando si tratta di giudicare dell'inevitabilità o no della c.d. « serrata di ritorsione », consulenza tecnica. Di massima le preoccupazioni espresse in un primo momento da diverse parti in ragione della sommarietà del procedimento e della possibile mortificazione della difesa, in cause di tanta delicatezza e per la ricostruzione dei fatti e per la problematica valutazione in diritto, si sono rivelate infondate. Di fatto e di massima questa fase pretorile del procedimento non può dirsi sommaria, tanto scrupolo istruttorio essendo certo formalmente esorbitante rispetto alla previsione di legge. Nel complesso questo modo di « gestire » — come oggi suol dirsi — il processo, obiettivamente torna ad onore della più giovane magistratura, per altro verso e per il contenuto talora eversivo delle pronunce almeno in parte « d'assalto ». Probabilmente la concordanza di giudici di tanto diverso orientamento circa i modi di amministrare questa giustizia si spiega agevolmente. Per i « democratici » l'art. 28 è un'ottima occasione per buttare tutto in piazza e per fare il processo al soggetto socialmente pericoloso e proscrivendo, cioè, all'imprenditore. Per i magistrati d'orientamento diverso e tradizionale c'è lo scrupolo di dover giudicare di casi rispetto ai quali la normativa sostanziale di diritto è tanto monca e lacunosa, tutto essendo rimesso, in definitiva, al buon senso e alla capacità di argomentare congruamente da principi incerti. Sennonché è ovvio che questo dato dell'esperienza effettuale, in parte già confermato dall'inchiesta sociogiuridica promossa da Mengoni e Treu (6) e probabilmente suscettivo di ulteriore piena conferma, non può essere decisivo ai fini della qualificazione della fase pretorile e per quanto qui interessa. *In diritto*, al livello della valutazione normativa, resta decisivo che questa fase è sommaria e che solo con il successivo giudizio d'opposizione si ha, come è ormai acquisito nella giurisprudenza della Suprema Corte, il vero e proprio giudizio di primo grado; da questo dovendosi derivare logiche implicazioni.

La premessa teorica di tutti questi opinabili tentativi di aggiustamento tra procedimento speciale d'antisindacabilità e nuovo rito del lavoro sta, come ho accennato, nell'assunto che le liti *ex* art. 28 debbono considerarsi controversie di lavoro *ex* art. 409, in particolare perché il sindacato agirebbe a tutela di diritti del lavoratore, inerenti al rapporto di lavoro. Tutta la complessa problematica già insorta, dopo lo Statuto dei lavoratori, vuoi in tema di esperibilità dello speciale procedimento

(6) V. *L'uso politico dello Statuto dei lavoratori*, Bologna, 1975.

allorché si lamentano comportamenti del datore di lavoro nell'immediatezza lesivi del singolo lavoratore, vuoi per sostenere, o in via interpretativa o previamente sollecitandosi una pronuncia d'incostituzionalità della formula limitativa figurante allo stato nell'art. 28, la legittimazione ad agire anche del singolo lavoratore (7) è stata rispolverata *ad hoc*; assumendosi poi, più in generale, che la distinzione tra controversie collettive ed individuali del lavoro sarebbe stata tipica del superato ordinamento corporativo, mentre non sarebbe più proponibile oggi. Tutta questa impostazione è respinta, a mio avviso a ragione, dalla Cassazione, in entrambe le sentenze, mettendosi in rilievo la peculiare diversità delle due azioni, quella d'impulso sindacale e quella individuale, per oggetto nonché per tutti gli elementi costitutivi delle azioni.

In realtà, la questione « generale » sulla proponibilità o no, nel nostro attuale ordinamento, della distinzione già centrale nel sistema introdotto con la legge Rocco del 1926, non è molto producente al fine specifico; anche se, malgrado l'inesistenza di tracce concrete nell'esperienza (in qualche misura anche perché soccorre l'autotutela costituzionalmente garantita), è da ricordare che autorevolmente si prospettò la possibilità di risoluzione giudiziale delle controversie collettive giuridiche aventi per oggetto la controversa interpretazione di patti collettivi tra i sindacati stipulanti e con efficacia preclusiva rispetto a tutti i soggetti individuali dai medesimi rappresentati (8). Infatti, ai fini del problema particolare, è decisivo controllare se veramente tutto il contenzioso possibile *ex* art. 28 può risolversi in termini di deduzione da parte del sindacato, di posizioni giuridiche inerenti al rapporto di lavoro. A questa domanda fondamentale si è dovuto rispondere *ex adverso* negativamente (9), giacché si è dovuto ammettere che, almeno in qualche situazione, nel procedimento *ex* art. 28 il sindacato deduce solo l'interesse dell'istituzione o quanto meno dell'aggregato collettivo qualitativamente autonomo rispetto alla somma degli individui, essendo impossibile identificare qui posizioni subiettive dei singoli. Quanto meno, cioè, tutto il contenzioso possibile *ex* art. 28, reale e potenziale, non è riconducibile nel novero delle controversie individuali di lavoro; come ho scritto

---

(7) V. da ultimo, anche per i necessari riferimenti, i saggi di Punzi, Simi e Zangari, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori* diretto da U. Prosperetti, Milano, 1975.

(8) V. Carnacini, *Intervento*, in *Assist. it. dir. lav.*, Atti del III Congresso nazionale. *Il contratto collettivo di lavoro*, Milano, 1968, 86.

(9) V. Borghesi, *Procedimento per la repressione dell'attività antisindacale e nuovo rito del lavoro*, in *Riv. giur. lavoro*, 1974, 2, 185, pronunciandosi tuttavia l'A. per la tesi qui criticata.

altrove « se la cosa *a* non può entrare del tutto in *b* o, al massimo, non può totalmente combaciare con *b*, devo concludere che *a* non è *b* ». Si faccia l'esempio di un sindacato ricorrente per il fatto che la sua rappresentanza aziendale è stata discriminata, esclusa da trattative. È chiaro che non conta il fondamento nel merito della questione, la sua proponibilità, ma solo la deducibilità in astratto.

Ma per me, lo debbo confessare ancora una volta con assoluto candore, c'è ancora un argomento più terra terra: c'è una norma giusta la quale le liti d'*impulso sindacale* vanno proposte al pretore e poi, in opposizione, al Tribunale; queste liti sono *diverse, a parte actoris*, dalle controversie proponibili dal soggetto individuale *ex* art. 409, di qui dovendosi concludere che la regolamentazione generale delle controversie individuali di lavoro non tocca affatto il procedimento speciale sindacale. E proprio in questi termini si è espressa la sentenza n. 1986, quivi ad un certo punto mettendosi da parte la diatriba generale sopra accennata.

2. Rimane tuttavia acquisito che il procedimento di repressione della condotta antisindacale può bene essere esperito deducendosi fatti lesivi del singolo lavoratore; semplicemente perché il comportamento antisindacale, lesivo della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro, può concretizzarsi, e spesso si concretizza, nel colpire variamente il lavoratore sindacalmente impegnato. Con ciò stesso si pone il *diverso* problema, ampiamente dibattuto, dei rapporti tra il procedimento d'impulso sindacale e la pronuncia quivi ottenibile e l'eventuale controversia d'impulso individuale e, più in generale, della rilevanza del procedimento *ex* art. 28 sul piano individuale (10). È questo un problema notoriamente ancora aperto, con divergenti costruzioni e prospettazioni, se non nell'esperienza concreta (dove, di norma, tutto viene superato per l'immediata esecutività, penalmente sanzionata, del provvedimento d'impulso sindacale), quanto meno tra i « dottori ». E qualche volta ci si imbatte in qualche pronuncia che risolleva prepotentemente, nella concretezza, questi delicati interrogativi di fondo. L'ultimo « grido » in materia è dato da Cass. 15 aprile 1976, n. 1366 (11) in una vicenda esemplare. Un sindacato promuove il procedimento *ex* art. 28 lamentando, in particolare, l'antisindacabilità di un licenziamento collettivo; il pretore accoglie il ricorso; il Tribunale rovescia completa-

---

(10) V., in particolare, Garbagnati, *Profili processuali del licenziamento per motivi antisindacali*, in *Riv. dir. processuale*, 1973, 596.

(11) V. in *Foro it.*, 1976, I, 1132.

mente; la Corte d'appello dà ancora piena ragione al sindacato, pur essendosi comprovato che nel frattempo le cause individuali d'impugnativa dei licenziamenti erano state transatte innanzi al pretore con rinuncia alla reintegra in servizio, assumendo la Corte di merito (12) l'irrilevanza dell'avvenuta conciliazione. Era una conclusione sufficientemente argomentabile in ragione dell'autonomia dell'azione sindacale rispetto a quella individuale; soprattutto se si ammette, come io fermamente credo (13), che il sindacato operi nello speciale procedimento a tutela di quello che ho ritenuto di poter definire l'ordine pubblico sindacale (14). Rimaneva tuttavia aperto, e non facilmente risolvibile, il problema dell'invocabilità o no, da parte dei lavoratori interessati, della pronuncia ottenuta dal sindacato con possibile invalidazione della transazione.

La Cassazione, nella sentenza citata, è giunta a diversa conclusione, che merita di essere sottoposta all'attenzione specie dei processualcivilisti, sia in sé per la posta che è in giuoco, volendo dare coerenza al sistema che vede sovrapposto al contenzioso individuale quello d'im-

---

(12) V. App. Firenze 27 marzo 1973, in *Foro it.*, 1973, I, 1939.

(13) V. Assanti e Pera, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, *sub* art. 28, spec. 323.

(14) Mancini, nel saggio *Il sindacato nel nuovo processo del lavoro*, in Scuola Appl. Forense Padova, *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, 15, ed ora in *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, 1976, spec. 235-236 afferma, pur con qualche dubbio, che la mia tesi potrebbe risolversi in « ... un modo neppure troppo allusivo di imporre al sindacato l'obbligo di collaborare in posizione di neutralità a un fine superiore di giustizia »; così collocandomi nel novero di quegli scrittori attuali che sarebbero inconsapevolmente portatori della vieta ideologia corporativistica. Poiché non sono molto forte in ideologismi, a differenza dell'illustre collega, non so rispondere adeguatamente. Posso dire solo due cose. Primo, che non ho scritto un rigo sul ruolo del sindacato nel nuovo processo del lavoro. Secondo, che evidentemente nel commento del 1972 all'art. 28 non sono riuscito a spiegarmi; era comunque nelle mie intenzioni di comprovare, sulla scorta del dato obiettivo della legge, la zona amplissima d'esperibilità del procedimento e la massima rilevanza del medesimo rispetto alle posizioni individuali, fino alle implicazioni logiche che ho ripreso parzialmente qui nel testo. Se, *in quella sede*, fui reazionario o progressista, giudichi liberamente il lettore; rispetto a queste qualificazioni sono, del resto, del tutto indifferente, con la soddisfazione, tuttavia, di constatare come mi trovi sempre, ottimamente, in dissenso rispetto alla moda del momento. Ritengo, però, di non dover prendere lezione da alcuno in termini di consapevolezza della « conflittualità permanente »; giacché, a differenza del collega, credo all'eterna verità dell'*homo homini lupus* e quindi non sono in grado di commuovermi di qualsivoglia prospettiva di panacea universale. Cosicché, a mio avviso, ideologismo mistificatore c'è, soprattutto, nei deliranti vaticini dell'umanità appagata; e se quella ideologia è così profondamente mistificante, cioè non vera, è con ciò stesso reazionaria o confessionale. Io sto con Machiavelli.

pulso sindacale in termini ineludibili, sia per talune specifiche argomentazioni sia, infine, in ragione di un risultato finale che, a mio sommesso avviso, non pare persuasivo ancor quando, in ipotesi, sia respinta in generale la prospettazione qui riproposta. Secondo la Corte, premessa sempre l'esperibilità dell'art. 28 ove la condotta antisindacale si concretizzi in misure contro il singolo lavoratore come il licenziamento, quando il lavoratore abbia però manifestato con fatti inequivocabili (ad es., l'allontanamento definitivo della sede o l'assunzione di altro lavoro o con accettazione espressa del licenziamento o con transazione) l'intenzione di non ricostituire il rapporto, il sindacato non ha più interesse ad agire, perché la procedura non è in funzione di meri accertamenti in astratto di antisindacalità, ma al fine di ottenere per ordine del giudice la cessazione di concreti comportamenti; nel caso l'ordine di reintegra in servizio sarebbe stato privo di valore, non potendo il datore di lavoro ottemperarvi o non essendo tenuto a farlo in ragione della scelta compiuta dal lavoratore; in concreto, a seguito della transazione, l'appello contro la sentenza del Tribunale non aveva più ragion d'essere perché non era più possibile realizzare l'interesse del sindacato; conclusivamente l'impugnativa era nel caso inammissibile per carenza d'interesse.

Mi limito a mettere in rilievo i punti o passaggi dubbi della pronuncia. In primo luogo scarsamente convince attribuire valore a determinati comportamenti del lavoratore in sé del tutto equivoci, come l'allontanamento dalla sede o il reperimento di altra occupazione. In secondo luogo mi parrebbe di poter dire che in ogni caso il processo può essere utilmente proseguito quanto meno ai fini della pronuncia sulle spese. In terzo luogo è discutibile, parmi, che la sopravvenuta carenza d'interesse del sindacato si traduca in vera e propria inammissibilità del gravame, col risultato che, nell'impossibilità di una pronuncia di merito in appello, passerebbe in giudicato la sentenza di primo grado negatrice della condotta antisindacale. Più in generale e più a fondo il caso è veramente clinico per stringere sulla tormentata problematica e per capire, possibilmente, quale concreto spazio autonomo, sovraordinato al piano individuale, abbia l'azione di impulso sindacale; *hic Rhodus, hic salta*. Cosicché mi permetterei di considerare non inutile questa nota, se servirà ad impedire il silenzio rispetto ad una pronuncia di tanto problematico rilievo.

3. Le due sentenze sono importanti anche perché, sull'implicita premessa che il giudizio d'opposizione *ex* art. 28 si risolve nel vero e proprio giudizio di primo grado, ribadiscono la competenza del Tribunale come giudice *ad hoc* (sentenza n. 1986) o « per la natura della

materia considerata » (sentenza n. 2343). Implicitamente la Corte ribadisce quanto già si ritenne di poter affermare con la sentenza n. 383 dell'11 febbraio 1974 (15): aveva voluto il legislatore dello Statuto dei lavoratori devolvere il vero e proprio giudizio di primo grado, dopo la fase sommaria innanzi al pretore, alla competenza per materia del Tribunale in ragione della delicatezza della materia del contendere, secondo una scelta politico-legislativa qui a favore della collegialità. Ma dalla qualificazione del giudizio d'opposizione nei termini indicati, possono derivare implicazioni finora non ancora messe adeguatamente in rilievo. Ad es., potrebbe sostenersi che quando non può adirsi il pretore in fase sommaria e ai fini del decreto adottabile d'urgenza, in difetto in concreto di attualità del comportamento antisindacale lamentato, ben potrebbe tuttavia il sindacato agire innanzi al Tribunale, sempre deducendo situazioni di antisindacabilità e naturalmente restando da sapere cosa possa mai chiedersi, ed ottenersi, dal giudice di primo grado competente per materia, eventualmente in via di remozione degli effetti di una condotta ormai esaurita. Anche qui mi limito a sollevare il problema, ancora una volta conturbante, specie perché non è certo allegra la prospettiva di una pronuncia giudiziale a molta distanza di tempo dai fatti lamentati. Per un verso parrebbe assurdo impedire l'azione ordinaria e senza invocazione di particolari rimedi d'urgenza all'istanza formalmente legittimata ad agire in via sommaria; specie se è esatta la tesi, per me non condividibile, giusta la quale la norma processuale dell'art. 28 induce a costruire la situazione sostanziale in termini di vero « diritto » del sindacato (16). In contrario potrebbe sostenersi che il legislatore, proprio per evitare pronunce eccessivamente tardive con gravi complicazioni nell'assetto dei rapporti di lavoro, ha voluto condizionare la proponibilità del ricorso all'attualità della condotta lamentata; cosa che era formalmente nel progetto originario, essendosi poi trasformato, nel corso dei lavori preparatori, quello che era un termine per la proponibilità, in termine per il giudice (17). Il fatto è che una recente decisione di un pretore toscano (18) ha impostato nei termini qui indicati, rigettando il ricorso e facendo salva l'azione in altra sede.

Più in generale potrebbe sostenersi con qualche fondamento che non tutto il contenzioso proponibile *ex* art. 28 coincide con quello astratta-

---

(15) V. in *Foro it.*, 1974, I, 582.

(16) V. da ultimo, anche per i necessari riferimenti, il saggio di Simi, cit., *supra* nota 7.

(17) V. Assanti e Pera, *Commento*, cit., 336.

(18) V. Pret. Lucca 16 ottobre 1975, in *Orient. giur. lav.*, 1975, 76.

mente possibile e sempre d'impulso sindacale. Lo spunto mi viene da due sentenze di due diversi pretori del lavoro di Prato (19) giunti, con motivazione assai diversa, alla conclusione dell'esperibilità, da parte del sindacato e nei confronti del datore di lavoro, del processo ai sensi della legge n. 533 per il pagamento dei contributi associativi dovuti previa trattenuta sulle retribuzioni *ex* art. 26 Statuto dei lavoratori; il primo giudice avendo affermato che l'organizzazione agirebbe per la riscossione di una parte della retribuzione e il secondo che il pagamento e la riscossione dei contributi sono oggetto del contratto di lavoro, integrando il contenuto di una clausola accessoria, nella prima pronuncia richiamandosi a conferma l'azione degli aventi causa *ex* art. 2122 c.c. Non mi interessa qui accertare se la conclusione specifica dell'esperibilità del processo *ex* legge n. 533 sia accettabile o no, anche perché ci si dovrebbe pronunciare sulla costruzione giusprivatistica della situazione a tre soggetti (lavoratore, datore di lavoro, sindacato) *ex* art. 26 Statuto (20). Certo è che, in ipotesi, circa la deducibilità della situazione nel procedimento *ex* art. 28 possono aversi fondati dubbi. In primo luogo, come non si è mancato di rilevare nella prima decisione, certamente non possono esperire il procedimento di repressione della condotta antisindacale nel caso gli organi locali di sindacati non nazionali, per altro verso avendo diritto alla trattenuta e alla riscossione, *ex* art. 26, qualsivoglia sindacato; nella stessa sentenza si è messo in rilievo che, per altro verso, nella situazione non vi sono ragioni di particolare urgenza (essendo il fatto impeditivo semmai della fase sommaria innanzi al pretore e non verso la procedura ordinaria indubbiamente esperibile posto che è in giuoco un diritto, salvo reperirne la regolamentazione). Più in generale è dubbio che l'inosservanza dell'obbligo posto nell'art. 26 Statuto integri gli estremi dell'attentato alla libertà sindacale e all'attività sindacale nei luoghi di lavoro, in considerazione delle finalità specifiche dello speciale procedimento. Tutto questo rende comunque plausibile l'ipotesi della non coincidenza del contenzioso sindacale in generale con quello *ex* art. 28; restando ulteriormente il problema se ed in quali limiti il contenzioso non di art. 28 possa in ipotesi dedursi ai sensi della legge sulla regolamentazione delle controversie individuali di lavoro. Tutto questo ad ulteriore riprova di come, in ordine alla problematica *ex* art. 28 e

---

(19) V. Pret. Prato 7 febbraio 1976 e 26 gennaio 1976, in *Dir. lav.*, 1976, 2, 63, con nota di Martone.

(20) V. l'approfondita trattazione di Dell'Olio, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori* di Prosperetti, cit.

connessi, si sia in realtà appena agli inizi ed interi capitoli e spaccati siano tuttora da meditare e scrivere.

4. Oltre la scelta interpretativa compiuta dalla Cassazione, si può esaminare il problema di *politica legislativa* se per caso non sia opportuno un intervento legislativo per coordinare il procedimento speciale con quello ordinario delle liti individuali di lavoro. Possono essere prese in considerazione, come punti di riferimento, due proposte di legge presentate nella VI legislatura testé trascorsa, mantenendo, a mio avviso, un punto fermo e tenendo conto di un'esigenza obiettiva. Il punto da considerarsi fermo, secondo una scelta politica allo stato irreversibile, è il mantenimento di uno speciale procedimento di repressione della condotta antisindacale dei datori di lavoro, in particolare con la possibilità di ottenere tempestivamente dal giudice un provvedimento di salvaguardia dei valori ritenuti nello Statuto dei lavoratori; un provvedimento altresì immediatamente esecutivo, con inibitoria di possibili sospensioni nella pendenza del giudizio d'opposizione come oggi sta scritto nell'art. 28. L'esigenza razionalmente accoglibile è che, di massima, ad amministrare codesto procedimento siano i giudici del lavoro, proprio perché i più idonei in materia.

La prima proposta venne presentata alla Camera dall'on. Olivi e da altri (21): procedimento, di primo grado, anche con audizione di testi e da esaurirsi entro tre giorni con la pronuncia di sentenza immediatamente esecutiva, innanzi al pretore; appello al Tribunale del lavoro, ma con regime meno rigoroso di quello di cui all'art. 437 della legge n. 533 (« Il Collegio ammette i mezzi di prova proposti dalle parti nel ricorso e nella memoria difensiva e dispone d'ufficio quelli che ritiene opportuni ... », art. 4); possibile sospensione da parte del Tribunale dell'esecuzione provvisoria su istanza del datore di lavoro « qualora dalla stessa possa derivare gravissimo danno alla parte istante ». La peculiarità della proposta era la trasformazione del procedimento innanzi al pretore in procedimento di primo grado, allargandosi l'istruttoria all'eventuale testimoniale, ma nel complesso con scarse garanzie di difesa e con conseguenti dubbi anche di costituzionalità. Per altro verso la previsione della sospensione dell'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado alterava gravemente l'assetto attuale vulnerandolo nella sostanza al di là delle intenzioni come si è scritto nella relazione premessa alla seconda proposta.

---

(21) V. in Fabbrini, *op. cit.*, 23.

La seconda proposta presentata sempre alla Camera dei Deputati dall'on. Coccia e altri (22) disponeva per la devoluzione dell'opposizione al pretore, con possibile appello al Tribunale giudice del lavoro, conservando le caratteristiche essenziali dell'attuale procedimento. Innanzi a questa, il problema è prettamente *politico*. Si tratta di decidere se, pel giudizio d'opposizione, non convenga la competenza del giudice collegiale; in particolare è da considerare che, nelle piccole preture con un solo magistrato, l'opposizione andrebbe di necessità al medesimo giudice che ha conosciuto, di norma approfonditamente, della lite. Personalmente sono per la collegialità in materia così delicata e normativamente lacunosa; considerando altresì che l'odierna libera spaccatura ideologica della magistratura, fin quando il processo non si concluderà, come è nella logica delle cose, nella elettività dei giudici, consiglierebbe, proprio all'insegna del tanto decantato pluralismo (e nella collaborazione forzosa e diffidente che sembra imposta dai recenti risultati elettorali), di devolvere le controversie socialmente scottanti a collegi nei quali possono essere presenti tutte le voci. In quest'ordine di considerazioni, l'idea del giudice unico, in diversa stagione culturale da me accarezzato, va rivista; anche per evitare che si vada alla ricerca, come oggi si ha spesso l'impressione, del giudice favorevole. In secondo luogo, come già scrissi nel mio primo intervento sul tema, depreco che l'opposizione possa andare al medesimo giudice che conobbe del caso nella fase sommaria; innanzi all'obiezione, da ultimo anche di Taruffo, che non è la prima volta che il giudice viene chiamato a conoscere *funditus* dopo una prima valutazione a fini sommari, ripeto che il procedimento *ex* art. 28 non è per niente comparabile, sul piano normativo e nell'esperienza reale, a quei diversi procedimenti sommari nei quali si delibano formalmente gli estremi della prova scritta del credito. Proprio l'importanza e la delicatezza della materia del contendere consiglierebbe di evitare un risultato assai grave.

Piuttosto trovo ragionevole che l'opposizione si devolga al Tribunale del lavoro per quella esigenza di specifica idoneità sopra ricordata. E consentirei a che il procedimento venga sostanzialmente regolato nei modi, nei termini e nelle forme di cui alla legge n. 533. In questo senso dissento da quanto ha affermato la Cassazione nella sentenza n. 1986, quivi rilevandosi che nella fase d'opposizione non vi sarebbero particolari esigenze di speditezza. L'affermazione non convince: tanto il sinda-

(22) V. in *Riv. giur. lav.*, 1976, I, 129.

cato quanto il datore di lavoro soccombenti nella fase sommaria innanzi al pretore hanno vitale interesse, reciprocamente, o ad ottenere la declaratoria d'antisindacalità con conseguenziali pronunce o a rimuovere gli effetti del decreto esecutivo. Più in generale, la speditezza del giudizio d'opposizione è coerente alla finalità specifica del procedimento speciale a garanzia dell'effettività, giurisdizionalmente e quindi penalmente sanzionata, dell'assetto sindacale di cui allo Statuto del 1970.

15.

SENTENZA POLITICA E IDEOLOGIA DEL MAGISTRATO. IRRILEVANZA O NO?

Affinché il lettore possa compiutamente valutare la stringatissima pronuncia della Corte, si pubblica anche l'ordinanza 26 novembre 1974 con la quale il pretore di Milano ritenne di dover provocare il giudizio di costituzionalità, dalla medesima risultando compiutamente i fatti nonché le ragioni addotte dal giudice di merito; dovendosi poi ricordare che nel frattempo il procedimento disciplinare instaurato nei confronti di alcuni pretori del lavoro del capoluogo lombardo si è concluso col proscioglimento.

Si possono fare anche alcuni rilievi nel merito della vicenda. Il decreto *ex* art. 28 statuto dei lavoratori del 12 marzo 1971, riportato nella parte centrale nell'ordinanza di rinvio, non comprova affatto una particolare faziosità politica del decidente, giacché è ben argomentabile, in stretto diritto, che, per quanto attiene al locale da porsi a disposizione delle r.s.a. *ex* art. 27 statuto, il datore di lavoro esaurisce il suo obbligo mettendo a disposizione il locale medesimo per tutte le rappresentanze costituite; non potendosi, quindi, sostenere una responsabilità dell'impresa, e con ciò un comportamento antisindacale, sol perché una particolare rappresentanza viene impedita nell'uso del locale dalle altre. Il datore di lavoro, infatti, non può operare da gendarme nei conflitti interni del sindacalismo. Il primo presidente della Corte d'appello errò così, a mio avviso, nel ritenere di poter identificare nel merito di taluni provvedimenti giudiziari la prova di « ostentata faziosità ». In generale, come ho detto in altre occasioni, le decisioni dei magistrati « democratici » non si sottraggono, con buona pace dei filosofi giusliberisti, al modello tradizionale della sentenza « positivistica » o secondo diritto quale si ritiene, naturalmente, identificabile nella più recente legislazione di diritto del lavoro. Anche se, in qualche caso, si può essere indotti a ritenere che una tesi, discutibile in diritto, sia accolta *ad hoc*, come premessa maggiore al fine di poter dar torto ad una certa parte politicamente invisa; v. il caso di cui dissi in *I dogmi nella vita e nell'esperienza*

giuridica, in *Studi per Chiarelli*, Milano, 1974, IV°, 3837, poi ricordato in più occasioni, in riferimento all'art. 22 statuto, da Sergio Magrini.

Data l'impostazione, quel procedimento, come dissi in *Il Sole 24 Ore* del 4 ottobre 1974, era d'esito scontato. Prescindendo dalle conclusioni di merito dei singoli casi, si trattava piuttosto di valutare il complessivo comportamento soprattutto esterno di questi magistrati ben noti per i loro conclamati legami e per le più varie posizioni prese, con estrema chiarezza invero, nella pubblicistica, secondo un impegno assoluto di militanza di parte del resto conclamato anche qui nell'ordinanza di rinvio: « Quello che è accaduto negli ultimi anni è noto non appena alcuni giudici sono usciti dalla "torre d'avorio" tradizionale, ed hanno espresso pubblicamente la loro ideologia politico-giudiziaria ... ». Si trattava di decidere se posssa aversi nel nostro ordinamento il militante-giudice.

Detto questo, è lecito nutrire qualche dubbio sulla pronuncia di manifesta irrilevanza della Corte. Possiamo ricordare, in direzione del tutto opposta, il precedente di cui all'ordinanza di Pret. Bologna 15 ottobre 1962, in *Le Leggi*, 1962, 1810 e alla sentenza della Corte 23 dicembre 1963, n. 168, in *Foro it.*, 1964, I, 3. In quel caso il giudice di merito prospettò la sua illegittima costituzione nel processo in quanto trasferito in quell'ufficio da un organo, il Consiglio Superiore della Magistratura, a sua volta di dubbia legittimità per i vizi riscontrabili, e non manifestamente infondati, nella legge istitutiva 24 marzo 1958, n. 195; deducendo così tutti i profili dubbi e all'epoca notoriamente dibattuti dell'organo d'autogoverno della magistratura. La Corte pronunciò nel merito, dichiarando generalmente infondate le questioni, ma accogliendone una, quella relativa all'art. 2 , comma 1, della legge n. 195 nella parte in cui qui si escludeva l'iniziativa del Consiglio nelle materie per Costituzione demandate.

Credo che il precedente possa ragionevolmente richiamarsi a parte le innegabili differenze di merito e di prospettazione. Nel 1962 la rilevanza della questione venne ritenuta in termini d'illegittima costituzione, in ipotesi, del giudice nel processo. Nel 1974, con l'ordinanza che qui si pubblica, si deduceva, in sostanza, una condizione di non assicurata indipendenza del magistrato in ragione di una norma, di possibile applicazione e suscettiva di essere interpretata nel senso della responsabilità disciplinare per le opinioni espresse dal giudice e per il contenuto dei suoi provvedimenti, in riferimento agli artt. 21 e 101 Cost. E non v'è dubbio che un giudice non autenticamente indipendente non è, nel nostro ordinamento, un giudice legittimamente costituito (in realtà è un non-giudice). Per altro verso avvenendo spesso che siano dedotte alla

Corte questioni di legittimità di norme « così come interpretate » nella concretezza dell'esperienza giuridica; in molti casi con esito positivo (talora a soluzione di un conflitto con la Cassazione).

Semmai potrebbe osservarsi che nella specifica vicenda la questione di legittimità dell'art. 18 r.d.l. n. 511 del 1946 avrebbe dovuto dedursi nel procedimento disciplinare instaurato per gli episodi del 1971, pervenendo così alla Corte previa valutazione di non infondatezza da parte del giudice del procedimento medesimo. In realtà nel caso, con l'ordinanza 26 novembre 1974, il magistrato ha di fatto recitato il doppio ruolo di parte in causa e di giudice investito del compito di deliberare la questione di costituzionalità (*judex in causa propria*), nella sostanza verificandosi così un'ipotesi, non consentita nel nostro ordinamento, di adizione diretta della Corte da parte dell'interessato, in violazione del principio che alla Corte si arriva tramite il processo, in via incidentale, e, quindi, tramite la valutazione di un giudice su posizione di terziarietà rispetto alle parti in causa. Può anche aggiungersi che, probabilmente, in termini di *concreta* rilevanza dell'incidente di costituzionalità rispetto a quel determinato processo, la Corte Costituzionale avrebbe potuto argomentare dal fatto che, nel frattempo, il procedimento disciplinare già instaurato nei confronti del giudice interessato s'era concluso positivamente per costui.

In realtà, a parte il dubbio sopra espresso nel confronto col precedente, la pronuncia della Corte va vista nel contesto dell'orientamento generale della medesima sul problema della rilevanza della questione di costituzionale rispetto al processo *a quo*. Dalla sentenza n. 168 del 1963 risulta che in quell'occasione l'Avvocatura dello Stato eccepì l'irrilevanza, affermando la Corte che, per la sua costante giurisprudenza (del tempo), la valutazione era demandata esclusivamente al giudice di merito, richiedendosi solo una sufficiente motivazione. Viceversa negli ultimi tempi l'orientamento della Corte è mutato, la medesima controllando direttamente la rilevanza o no della questione senza accontentarsi di adeguata motivazione nell'ordinanza di rinvio, così avendosi spesso ordinanze di restituzione degli atti con invito a riesaminare l'incidenza reale del quesito o pronunce definitive di irrilevanza e di manifesta irrilevanza. Non è certo nei limiti di quest'annotazione che può essere affrontato un problema di tanta portata, esorbitante rispetto alle mie competenze. Vedendo la questione nell'arco complessivo della ventennale giurisprudenza della Corte, mi limito a dire che i due diversi esiti, quello del 1963 e quello odierno, non quadrano insieme.

Come cittadino posso dolermi che la Corte abbia evitato di pronunciarsi nel merito, dicendo con autorevolezza su questioni di tanto rilievo

che dividono, animosamente, da anni l'opinione. La Corte, cioè, avrebbe potuto dirci qualcosa sul modello di magistrato, accettabile nel sistema, anche in termini di deontologia professionale; se possa aversi, ad es., il militante magistrato di cui ho detto. Del tutto personalmente, ad es., ho dubbi sul fatto che il magistrato possa avere, come si assume nell'ordinanza di rinvio, piena possibilità d'esercizio della critica e del dissenso politico al pari di qualsiasi cittadino; giacché, diritti fondamentali a parte, sono fermo all'idea vecchia di un naturale riserbo del giudice e del diritto d'ogni cittadino, quale ne sia la parte, d'essere giudicato da persona ch'egli ritenga non prevenuta. Queste cose le ho scritte in un libro, ormai superato, di riflessioni sull'antico mestiere a torto abbandonato (se non altro per avere uno di meno di quei signori). E come avvocato depreco (con la maggioranza dei colleghi, credo) che la prima cosa che ci si chiede solitamente oggi, nell'accingersi a trattare un caso, attenga alla tessera del giudice.

Peraltro chi ha avuto la cortesia di seguirmi nei miei ponzamenti nella tragedia di quest'ultimo decennio, sa che so stare al giuoco anche dei novatori, purché sia del tutto leale nelle istituzioni; cosicché ritengo che debba di necessità sfociarsi nell'elettività dei giudici in un chiaro e aperto giuoco politico, come avviene, del resto, in altri Paesi. Non ho nemmeno riserve di principio in ordine al progetto ministeriale di questi ultimi tempi e del quale tanto si discute, specie per la proposta di istituire alla base una sorta di giudice di pace elettivo; semmai trovo preferibile scartare la proposta di una complicata elezione di secondo grado da parte delle amministrazioni locali. Meglio della diretta interferenza dell'apparato politico, si vada direttamente al voto popolare. Se il magistrato vuol avere pienezza d'attività politica, è giusta pretesa che il popolo direttamente e consapevolmente lo prescelga in base al suo conclamato programma da non nascondersi dietro l'erudizione delle pandette. Ed io credo che, al punto in cui siamo, non avremmo certo una magistratura peggiore dell'attuale.

16.

IL PROCESSO DEL LAVORO IN CORTE COSTITUZIONALE

Con cinque sentenze del 14 gennaio, dalla n. 13 alla n. 17, la Corte costituzionale si è pronunciata su svariate questioni di legittimità dedotte rispetto alla recente regolamentazione delle controversie di lavoro e previdenziali di cui alla legge 11 agosto 1973, n. 533. Conviene riepilogare rapidamente:

1) con la sentenza n. 13 la Corte ha esaminato il regime complessivo attinente all'instaurazione del processo *ex* artt. 414 e 416 c.p.c. per quanto riguarda la posizione reciproca delle parti contrapposte in termini di preclusioni nonché la questione della tutela rafforzata dei crediti di lavoro giusta la norma (art. 429, comma 3) che ne impone la rivalutazione in ragione della svalutazione della moneta;

2) con la sentenza n. 14 la Corte ha preso in considerazione la normativa che attiene alle modalità del passaggio dal rito ordinario al rito speciale del lavoro innanzi al pretore in termini di garanzia per la parte eventualmente contumace (art. 426);

3) con la sentenza n. 15 la Corte ha valutato la legittimità del disposto relativo al termine di notifica dell'atto introduttivo dell'appello (art. 435, comma 2) per quanto attiene alla decorrenza del medesimo termine;

4) con la sentenza n. 16 la Corte ha esaminato la questione dell'operabilità o no di taluni benefici (provvisionale con ordinanza *ex* art. 423, comma 2, ed esecutorietà della sentenza *ex* art. 431) a favore dei soggetti contemplati nell'art. 2122 c.c. (coniuge, figli, parenti e affini viventi a carico aventi titolo, *iure proprio*, all'equivalente delle indennità di fine rapporto);

5) con la sentenza n. 17 la Corte ha valutato la questione di legittimità dell'art. 431 c.p.c. sul punto dell'esecutorietà, di massima, della sentenza di primo grado emessa a favore del lavoratore.

Comincio dall'ultima sentenza, premettendo che esternerò alcune considerazioni su questo imponente condensato di pronunce non dal

punto di vista strettamente tecnico del processualcivilista (anche per ragioni di personale incompetenza, malgrado i trascorsi giovanili), ma in una veduta d'insieme, vuoi dall'angolo visuale del giuslavorista vuoi in ragione di quei principi generalissimi che attengono ad una buona e civile regolamentazione processuale.

Nelle ordinanze di rinvio il disposto sull'esecutorietà della sentenza di primo grado era stato posto in questione sotto diversi profili. In primo luogo perché il beneficio è previsto solo a favore del lavoratore e non anche del datore di lavoro, in tal guisa riproponendosi nel luogo specifico la questione generale della tutela processuale rafforzata solo a favore della parte ritenuta socialmente più svantaggiata e della quale si è animatamente discusso in dottrina (v., ad es., Proto Pisani, in *Foro it.*, 1973, 5, 205). In secondo luogo si pose in dubbio il disposto di cui al comma 2 dell'art. 431 laddove si consente l'esecuzione sulla base del solo dispositivo, in prospettata violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.); « creandosi — come ha detto Jemolo, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 565 — l'aberrazione della esecutività in materia civile di una sentenza ancora non stesa, e di un giudice di appello che può sospendere o meno l'esecuzione senza conoscere quella che sarà la motivazione della sentenza, quando apparirà più o meno convincente ». In terzo luogo si mise in questione il comma 4 dell'art. 431, laddove è stabilito che in ogni caso la sospensione dell'esecuzione non può aversi fino alla somma di lire cinquecentomila, ancorché il giudice d'appello ritenga la sussistenza, per il datore di lavoro, del gravissimo danno; probabilmente nell'ordine d'idee di Montesano (v. Univ. Padova, *Il nuovo processo dal lavoro*, 1975, 168) giacché per l'A., fissato il criterio del gravissimo danno, sarebbe irrazionalmente antiegualitario « porre in situazione più sfavorevole chi, pur condannato per somma non superiore a lire 500.000, si dimostri in concreto soggetto a danno più grave di quello che consente al condannato per somma superiore di ottenere la parziale sospensione ». In verità questo scaglione minimo d'immancabile esecutività è, inflazione galoppante aiutando, così basso, che la questione non è, in termini di esperienza e a livello di massa, apprezzabile.

La Corte ha concluso, ritengo correttamente, per l'inammissibilità della questione, in quanto non rilevante rispetto al processo di cognizione nel quale era stata sollevata. Cosicché il problema potrà essere riproposto nella sede processuale adeguata. Personalmente ritengo che vi siano, abbondantemente, gli estremi della non manifesta infondatezza sia in generale sia sotto profili particolari. Dico subito che non metto in questione un assetto che garantisca al lavoratore la normale esecutività della pronuncia di primo grado su presupposti generalmente ricorrenti e

secondo adeguata valutazione del magistrato. Ma quello che è ragionevolmente opinabile è questa concreta regolamentazione per più aspetti sostanziali. In primo luogo pare eccessivo un regime giusto il quale tutti i crediti di lavoro sono per questa via indifferentemente protetti quale che sia l'entità e il tempo della pronuncia. Giacché tra i crediti di lavoro rientrano oggi anche i trattamenti, talora favolosamente elevati, di gran lunga sovrabbondanti rispetto alle esigenze minime di vita considerate nell'art. 36 Cost.; e proprio la discussione in corso sul tema della giungla retributiva dovrebbe indurre ad un ripensamento rispetto alle troppo avventate previsioni del legislatore del 1973. Inoltre non rileva minimamente il tempo dell'azione (e della conseguente esecuzione); è esecutiva anche la pronuncia ottenuta dal lavoratore anziano (talora, ancora una volta, pensionato d'oro), in rivendicazione di pretese relative alla riliquidazione delle spettanze retributive per rapporti che hanno avuto corso per anni (talora per decenni). E qui potrà forse tenersi conto del fatto che, ancor oggi, il contenzioso del lavoro è prevalentemente successivo all'estinzione del rapporto; e ancor più lo sarà se saranno approvate le proposte di legge sulla decorrenza della prescrizione dalla fine del rapporto, proposte che avranno per risultato di consolidare un « tipo umano » di lavoratore indotto a non insistere nelle sue giuste pretese in costanza di rapporto (magari per ingraziarsi i capi a tutti i fini), nella certezza della non incidenza dell'inerzia nel tempo. Col risultato ultimo di cause *ex post* enormemente ingigantite anche per l'incidenza della svalutazione. E se è comprensibile che possa eseguirsi subito la pronuncia per somme utilizzabili per le esigenze immediate di vita del lavoratore e della famiglia, nessuno potrà mai convincere della giustificazione sostanziale di un assetto giusta il quale si tratta di introitare, da parte di persone che hanno altrimenti risolto i problemi elementari di vita, somme ragguardevoli destinate spesso al superfluo (ad es., alla seconda casa).

Per altro verso è dubitabile una norma conclamatamente posta e formulata solo per consentire un trattamento di favore, circa la possibilità di sospensione, per i piccoli imprenditori rispetto ai quali anche i partiti tradizionali della sinistra storica hanno ritenuto, nella ricerca delle alleanze, di avere un occhio di riguardo. Di guisa che rispetto alla grossa impresa non c'è spazio per addurre il gravissimo danno. Dove il legislatore ha dimenticato che molte volte, anzi di frequente al livello delle medie e grandi imprese, il contenzioso del lavoro, pur di norma artificialmente spezzato dalla fiorentissima industria degli avvocati (malgrado il principio ricavabile dall'art. 151 disp. att. c.p.c.), è nella sostanza « di massa », per la riproponibilità della questione da parte di diecine, talora

di centinaia, di persone; dove non le singole pronunce isolatamente considerate, ma la somma, reale e potenziale, può talora fare nel complesso e non meno incisivamente gravissimo danno. Non dovendosi dimenticare, poi, che spesso le imprese sono, variamente, in mano pubblica; qui non c'è l'immagine desueta, alla Scalarini, tuttavia cara al diffuso populismo, anche dei giudici, del datore di lavoro sfruttatore secondo l'oleografia ottocentesca, ma c'è, in ultima istanza, la collettività intera destinata a pagare. Cosicché, nel complesso, sommandosi le considerazioni esternabili da un lato e dall'altro, siamo ben oltre quel limite che giustifica la tutela rafforzata e differenziata dei crediti da lavoro.

Anche perché forse c'è spazio per valutare l'incidenza di questo concreto ed esorbitante meccanismo esecutorio sull'andamento complessivo dello specifico contenzioso. Mancano allo stato adeguati studi statistici sull'esperienza verificatasi in questi scarsi quattro anni, ma è diffusa l'impressione che il contenzioso del lavoro si esaurisca oggi prevalentemente, in primo grado, con notevole scarto, rispetto alla situazione anteriore e nel confronto con l'altro contenzioso, nell'ulteriore flusso delle liti in appello e ancor di più in cassazione; in questo influendo appunto, com'è comprensibile, la considerazione che normalmente i datori di lavoro non hanno in ogni caso possibilità di recuperare in concreto anche se l'esito finale della lite sarà per essi positivo. Certo, come ho detto altrove (v. in *Rass. mag.*, 1957, 609), non è detto che questo fenomeno, se obiettivamente accertabile, costituisca un male sul piano di valutazioni complessive in ordine alle sorti della giustizia. Ma se si crede ancora all'opportunità sociale del processo possibilmente a più gradi, sarebbe certamente abnorme indurre all'atrofizzazione di massima del medesimo nella nostra materia per via traversa, sol per l'incidenza di un particolare apparentemente piccolo quale quello relativo al regime dell'esecutorietà.

La sentenza n. 17 lascia così aperto il problema nel merito e nel contesto generale; augurandoci che la Corte possa in avvenire riesaminarlo in termini non meramente formalistici. La questione è, a mio avviso, e ripeto, non di principio, ma di misura e di concreto svolgimento; trattandosi di vedere, in riferimento al principio d'eguaglianza e nel confronto tra le diverse normative processuali (quella ordinaria e quella speciale del rito del lavoro) fino a quale punto si giustifichi, in questa specifica vicenda essenziale, la tutela rafforzata di un credito comprensibilmente privilegiato per principi costituzionali, specie quando sia in giuoco l'effettività e l'immediatezza, rispetto ai bisogni di vita, della retribuzione minima e sufficiente.

Nella sentenza n. 16 la questione dell'applicabilità o no di certi

benefici a favore anche degli aventi causa del lavoratore aventi titolo *ex* art. 2122 c.c., si faceva e rispetto alla norma sulla esecutorietà immediata della sentenza di primo grado (art. 431) e rispetto alla norma giusta la quale il giudice può ordinare con ordinanza il pagamento di una provvisionale « quando ritenga il diritto accertato e nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova » (art. 413, comma 2); ancora una volta essendosi prospettate le due questioni in riferimento al principio d'eguaglianza. La seconda questione è stata dichiarata infondata assumendo la Corte l'erroneità dell'interpretazione « letterale » del disposto, in quanto, tenendosi conto della *ratio legis* (sollecito soddisfacimento dei bisogni primari), la medesima esigenza ricorre anche per i familiari del lavoratore considerati nella norma del codice civile; con la conclusione che la parola « lavoratore » va intesa in senso vasto, comprensivo di quei soggetti. La prima questione è stata invece, in coerenza a quanto ritenuto nella sentenza n. 17, dichiarata inammissibile in quanto non rilevante perché dedotta in un giudizio di cognizione. In realtà anche per questa prima questione la sentenza è *sostanzialmente* di accoglimento in ragione di quanto la Corte ha concluso per l'altra questione; *di fatto* se nell'art. 423, comma 2, la parola « lavoratore » ha da intendersi « in senso largo », non v'è ragione di discostarsi da questa interpretazione autorevolmente suggerita in sede di applicazione dell'art. 131 c.p.c.

Peraltro l'operazione interpretativa compiuta dai giudici costituzionali è, in sé, di una certa evidente arditezza, giacché il significato proprio della parola « lavoratore » (art. 12 preleggi) non pare possa essere dilatato fino a ricomprendere soggetti estranei allo specifico rapporto. E rispetto a diverse proposizioni della più recente legislazione del lavoro, ivi compresa quella processuale, resta da stabilire se le parole debbano essere intese in senso tecnico-giuridico od anche, talora, « proprio » secondo il comune linguaggio, oppure stabilendone il significato in considerazione della *ratio legis* presa come canone ermeneutico, certo pericolosamente, prevalente. Ad es., resta da stabilire se la norma sulla rivalutazione automatica del credito operi anche a favore dei titolari dei rapporti di c.d. « parasubordinazione » *ex* art. 409, n. 3, c.p.c., posto che, valutando sistematicamente questo disposto e l'altro dell'art. 429, comma 3, non può sostenersi che il lavoratore autonomo associato e coordinato sia tecnicamente lavoratore subordinato.

Ma il rilievo è di ben poco costrutto, posto che la Corte avrebbe potuto giungere praticamente alla medesima conclusione con una pronuncia interpretativa d'accoglimento; restando in ogni caso l'autorevolezza del *dictum*.

Ancora una volta, rispetto all'art. 423, comma 2, in generale (e così

come interpretato, cioè allargato, dalla Corte), è proponibile, forse, una questione di legittimità di fondo, sempre in termini di limiti o di misura della tutela rafforzata dei crediti di lavoro. La giustificazione politica sostanziale rievocata dalla Corte (doversi sollecitamente soddisfare crediti normalmente destinati all'appagamento di bisogni primari) e dalla quale prese avvio il legislatore, è in effetti su uno sfondo molto remoto. In concreto la norma collega il possibile provvedimento anticipatorio del giudice al solo presupposto dei limiti della « raggiunta prova », quale che sia, in concreto, la qualità e la quantità del credito nonché il tempo della rivendicazione, secondo le considerazioni in precedenza fatte. E, in rapporto all'allargamento provocato dalla pronuncia, è vieppiù possibile che il provvedimento anticipatorio vada a favore di soggetti che non si trovano affatto nella situazione ipotizzata nella remota motivazione politica della norma e della quale non c'è in ogni caso nel disposto alcun riscontro testuale.

È da rilevare che la Corte ha preso unicamente in considerazione i soggetti specificamente considerati nell'art. 2122 c.c. (coniuge, figli, parenti ed affini viventi a carico). Sul piano dell'impostazione ritenuta, questa delimitazione è stata compiuta ragionevolmente, con un minimo di giustificazione obiettiva. È certo per ragioni di protezione sociale, normalmente ricorrenti a livello di massa, che quei soggetti sono stati considerati nella norma sostanziale, investendoli di un diritto diretto e personale, non *iure successionis*, a partecipare alla ripartizione, secondo il criterio del bisogno in difetto d'accordo, dell'equivalente delle indennità di fine rapporto. Con questo dovrebbe aversi automaticamente la delimitazione oggettiva della zona in cui può aver corso anche il particolare beneficio processuale anticipatorio; nel senso che laddove siano in rivendicazione altre somme viceversa esigibili a titolo ereditario (retribuzioni non riscosse, differenze retributive ecc.), non c'è spazio per la provvisionale.

Inoltre, nella misura in cui si acceda alla tesi « oggettivistica » in tema d'esperibilità del rito del lavoro (si applica questo rito comunque la lite inerisca al rapporto di lavoro, anche se ne sia parte soggetto diverso dal lavoratore, specificatamente ed in via esemplificativa l'erede) deve concludersi che non c'è coincidenza tra la zona d'esperibilità del rito e la zona d'applicabilità, viceversa, di particolari strumenti processuali destinati a giuocare solo a favore del « lavoratore » seppur inteso in senso vasto. Così, in concreto, il familiare mero erede potrà ricorrere al pretore giudice del lavoro, senza possibilità d'applicazione, però, dei particolari benefici qui considerati.

Con le sentenze n. 15 e n. 14 la Corte ha compiuto nella sostanza due

notevoli operazioni « correttrici » della normativa processuale, dando nuove regole integratrici di quelle poste a salvaguardia di un corretto svolgimento del delicato meccanismo processuale. Secondo il capoverso dell'art. 435 c.p.c. l'appellante deve provvedere alla notifica dell'atto introduttivo del giudizio d'appello nel termine di dieci giorni dal deposito in cancelleria del decreto presidenziale di nomina del giudice relatore e di fissazione dell'udienza. La Corte, con la sentenza n. 15, assumendo che « nel quadro della garanzia costituzionale della difesa, ove un termine sia prescritto per il compimento di tale attività, la cui omissione si risolva in pregiudizio della situazione tutelata, deve essere assicurata all'interessato la conoscibilità del momento di iniziale decorrenza del termine stesso, onde poter utilizzare, nella sua interezza, il tempo assegnatogli », ha rilevato che il disposto novellato del codice non risponde sul punto a questa esigenza, perché non assicura sul meccanismo certo e automaticamente conoscibile di decorrenza del termine. Infatti è possibile che la parte non abbia tempestiva conoscenza del deposito in cancelleria del provvedimento e d'altro canto, rispetto a tale previsione e in particolare per l'ipotesi che il presidente del tribunale abbia calcolato di stretta misura i tempi (sommando i dieci giorni per la notifica e i venticinque minimi tra la medesima e l'udienza), s'imporrebbe al procuratore, in pratica, l'onere di un controllo giornaliero presso l'ufficio con una diligenza superiore al normale. Di qui la declaratoria d'illegittimità del disposto di legge nella parte in cui *non dispone* che del disposto sia data, a cura della cancelleria, comunicazione all'appellante e che da tale comunicazione decorra il termine per la notifica all'appellato. Così la pronuncia « negativa » della Corte di leggere la norma in « positivo » con l'aggiunta di due regole: la prima prescrittiva di un onere non previsto per la cancelleria e la seconda determinatrice di una diversa decorrenza del termine, dall'avvenuta comunicazione e non già dal mero deposito del decreto presidenziale.

Può nutrirsi qualche dubbio, dopo questa piccola rivoluzione chirurgica, circa la possibilità per il procuratore della parte appellante di dormire sugli allori, in attesa della comunicazione di cancelleria, specie e ancora per l'ipotesi che il presidente del tribunale calcoli i termini al millimetro (di fatto l'andamento dei tempi del contenzioso non è normalmente così celere; ma occorre preoccuparsi di quanto è pur sempre possibile, seppure eccezionalmente, nell'esperienza). Infatti manca un termine per la comunicazione di cancelleria e la parte interessata deve pur fare in modo che notifica avvenga nel rispetto, riguardo all'udienza, del termine minimo di comparizione. Cosicché ancora l'unico dato relativamente certo è che, presumibilmente, il presidente del tribunale

provvederà all'emissione del decreto al massimo entro cinque giorni dal deposito del ricorso in appello, così come è prescritto nel comma 1 dell'art. 435, con contestuale deposito in cancelleria. La prudenza consiglia di fare una capatina in cancelleria quanto meno allo spirare del termine fissato per l'attività presidenziale; in ogni caso garantendo la riforma operata dalla Corte l'integrale disponibilità del termine di dieci giorni per la notifica.

È inutile sottolineare, a parte l'apprezzabilità nel merito della decisione, tutti i profili di rischio di un'operazione siffatta in materia eminentemente delicata quale è quella processuale, in un diritto per natura e sostanza sua formalistico per eccellenza, dove ogni parola ha senso e spazio; anche in termini di conoscenza in concreto di siffatte pronunce « additive » da parte degli uffici giudiziari interessati, come deve ricordare chi non sia ignaro dell'esperienza effettuale. Giacché, *in concreto*, nel generale disservizio, non operano adeguati canali di propalazione delle pronunce della Corte; in particolare passano settimane e mesi prima che la periferia sappia.

Nella sentenza n. 14 è venuta in questione la normativa di cui all'art. 426 circa le modalità del passaggio dal rito ordinario al rito speciale, nella limitata ipotesi, praticamente apprezzabile, di causa ritenuta dalla parte « ordinaria » e instaurata innanzi al giudice monocratico in quanto, ad es., valutata come rientrante nella competenza per valore del medesimo secondo i criteri ordinari del codice, mentre il pretore ritiene di qualificarla come di lavoro. Per l'art. 426 nell'ipotesi il pretore determina il passaggio fissando, con ordinanza, l'udienza di cui al rito speciale nonché il termine *perentorio* entro il quale le parti dovranno provvedere all'eventuale integrazione degli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti in cancelleria. Cioè le parti debbono mettersi in regola, nel termine fissato dal magistrato, con il regime rigoroso del rito speciale, formulando reciprocamente tutti i lori assunti in fatto e in diritto con le correlative istanze istruttorie, a pena di decadenza. Il legislatore del 1973 non si è curato della comunicazione alla parte contumace dell'eventuale passaggio, *iussu iudicis*, dal regime tranquillante ordinario al regime forte delle controversie di lavoro; col rischio che costui, niente sapendo di così radicale svolta, incorra irrimediabimente in decadenza con definitivo pregiudizio delle possibilità di difesa. Ancora una volta perché, per consolidata giurisprudenza costituzionale, la garanzia costituzionale del diritto di difesa impone la conoscibilità della decorrenza di termini posti a pena di decadenza, la Corte ha rimediato all'incuria del legislatore dichiarando l'illegittimità del disposto nella misura in cui non prevede la comunicazione al contumace

dell'ordinanza; ancora una volta ponendo contestualmente per converso la regola in positivo della necessità della comunicazione, omettendosi la quale può darsi al contumace la possibilità di travolgere *in toto* il procedimento irritualmente svoltosi.

Formalmente l'operazione « additiva » è stata formulata « con riguardo alle cause pendenti al momento dell'entrata in vigore della legge », essendo stata prospettata la questione di legittimità in questo contesto, in riferimento all'art. 20 della legge n. 533, avendo la Corte dovuto limitarsi così nei limiti della rilevanza della questione rispetto al processo in cui insorse l'incidente. Ma non v'è dubbio che la pronuncia ha sostanzialmente portato generale rispetto all'art. 426 e nelle ipotesi in cui la norma ha spazio di concretizzazione: dovendosi consentire con la conclusione, giacché sarebbe inaccettabile che chi è stato evocato in giudizio in forma ordinaria subisca all'insaputa un mutamento così radicale in termini processuali e sostanziali.

Delle cinque sentenze, quella di gran lunga più importante è la prima, la n. 13. Qui la Corte si è pronunciata su quello che dovrebbe caratterizzare, almeno secondo le intenzioni troppo ingenuamente e calorosamente coltivate, il nuovo processo del lavoro rispetto a quello ordinario, in funzione dell'obiettivo politico della massima celerità possibile e quindi, strumentalmente, avendo pieno corso la formula chiovendiana della « oralità, immediatezza, concentrazione »; il tutto esigendo proprio perché un processo siffatto abbia corso secondo il modello, che le parti contrapposte « prendano posizione » completa ed esauriente sulla controversia fin dalle prime battute introduttive. Di qui il rigore formale per l'atto introduttivo del processo, il ricorso dell'attore, nonché per la costituzione del convenuto con memoria difensiva. Senonché *formalmente* la legge detta (art. 416, comma 3) la sanzione logicamente conseguenziale a siffatto regime (« a pena di decadenza ») solo per la parte convenuta, un'eguale « sanzione » formale non rinvenendosi per l'attore. Di qui la prospettazione della questione di legittimità in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.; facendosi in alcune ordinanze analoga questione di valutazione comparativa della diversa posizione delle parti nell'ipotesi di proposizione di domanda riconvenzionale da parte del convenuto (art. 418).

La Corte ha dichiarato non fondate le due questioni, ma sulla premessa nell'erroneità dell'interpretazione della normativa suggerita nelle ordinanze di rinvio. Come era stato suggerito dalla migliore dottrina (v. Montesano, *op. cit.*, 169-170), non v'è dubbio sul fatto che il regime delle rigide preclusioni, a pena di decadenza, è posto nella legge per entrambe le parti contrapposte, secondo una retta interpretazione

che impone « una perfetta simmetria di posizione tra le parti », secondo una lettura sistematica della legge n. 533 (art. 420, commi 1 e 5); un corrispondente regime dovendo ritenersi per l'ipotesi che il convenuto versi in causa una domanda riconvenzionale, dovendo costruirsi la disciplina dell'attività difensiva dell'attore nei confronti della domanda proposta dal convenuto in analogia alla disciplina posta esplicitamente nella legge per il convenuto medesimo.

Ritengo che debba assolutamente consentirsi con la conclusione, proprio in ragione di elementari princìpi di « civiltà giuridica » cui la Corte ha fatto riferimento, ad altro proposito, in questa medesima sentenza. Non c'è bisogno di dimostrare che un regime processuale solo unilateralmente di decadenza è inconcepibile nel sistema sul piano dei valori, non potendosi spingere la tutela rafforzata della parte ritenuta più svantaggiata socialmente fino ad alterare il principio di parità nel processo ritenuto nella migliore dottrina (Fabbrini) (e a parte il fatto che attore secondo il rito del lavoro ben può essere il datore di lavoro). D'altro canto è da tener presente che il regime necessariamente bilaterale di rigore, a pena di preclusione e di decadenza (salva l'eccezionale possibilità di variazione oggettivamente emergente e valutata dal magistrato, ai sensi dell'art. 420, commi 1 e 5), è strettamente strumentale e funzionale a questo rito così come si è voluto, il medesimo esigendo, per poter avere effettivamente corso in quei modi ed in quei tempi, che le parti contrapposte dicano tutto fin dai loro primi atti. L'unilateralità ipotetica del regime equivarrebbe così a distruggere la riforma.

È da rilevare che l'interpretazione così ritenuta dai giudici costituzionali fa formalmente corpo con la pronuncia di non fondatezza, giacché si legge nel dispositivo « nei sensi di cui in motivazione »: le questioni dedotte sono infondate *in quanto* la normativa, per ragioni che costituzionalmente si impongono, sia interpretata ed applicata nei termini affermati in sentenza; una diversa applicazione non potendo aver così corso da parte dei giudici, pena il vizio radicale del procedimento, in ipotesi deducibile nel giudizio di cassazione (art. 360, n. 4, c.p.c.).

La conclusione della Corte è tanto più socialmente apprezzabile nella misura in cui è vero, come si assume da diverse parti, che nell'esperienza il nuovo processo va complessivamente fallendo rispetto a quello che ambiziosamente era *in votis* (per inadeguatezze materiali ed umane e spesso per il peso di inveterate abitudini di tutti gli operatori). Si denuncia, ad es., che in una certa misura nella generalità delle sedi (ma con ammirevoli eccezioni talora, ancor più encomiabilmente, presso gli uffici più sovraccarichi), questo rito speciale ha quasi totalmente guadagnato i tempi lunghi e mortificanti del processo ordinario. Cosicché di

tutta questa bella costruzione resta in piedi una sola cosa: l'onere pur sempre per il convenuto (cioè, nella normalità dei casi, per il datore di lavoro) di costituirsi tempestivamente e di « prendere posizione » (come la legge detta con espressione che, almeno qui in Toscana, si è prestata a commenti burleschi e salaci) nel termine perentorio previsto, nella memoria difensiva dovendo dir tutte le sue eventuali ragioni e richieste istruttorie. Cosicché di tanto processo rischia di rimanere solo per la parte convenuta una staccionata, talora non agevole per la ristrettezza dei termini (specie quando si cerca affannosamente di ritrovare le pezze d'appoggio di un tempo lontano), come in una corsa del tutto solitaria ad ostacoli; quando al contrario il legislatole voleva che tutti fossero in corsa, parti, procuratori e giudici. Cosicché semmai, se questa ha da essere generalmente la Corte del processo, la soluzione più ragionevole ed equa dovrebbe essere quella di eliminare l'ostacolo per tutti.

Non può poi dimenticare che l'impostazione ritenuta dalla Corte non può aver corso in tutte le situazioni. Dibattendosi la questione che ora la sentenza n. 13 ha risolto, tutti hanno avuto riguardo, in dottrina e in giurisprudenza, all'ipotesi normale dell'attore gravato dall'onere della prova dei fatti costitutivi della sua pretesa e del convenuto conseguentemente onerato di comprovare i fatti impeditivi della pretesa. Sennonché vi sono per diritto positivo delle situazioni nelle quali, a stretto rigore l'ipotesi si rovescia, essendo per primo onerato di parlare il convenuto. Si pensi alla lite in tema di licenziamento. Il lavoratore-attore può limitarsi, nel ricorso introduttivo, a comprovare il fatto del licenziamento (il che gli sarà normalmente agevole producendo la comunicazione scritta del datore, imposta dall'art. 2 della legge n. 604 del 1966), posto che l'onere della prova del giustificato motivo grava sul datore (art. 5 della legge n. 604). Sarà il datore di lavoro che deve dedurre nella sua memoria la situazione giustificante, offrendo i corrispondenti mezzi di prova. È evidente che dovrà pur essere data al lavoratore la possibilità di dedurre in contrario, anche in termini istruttori; qui soccorre il disposto di cui al comma 5 dell'art. 420. Infatti il lavoratore non ha potuto proporre prima le sue difese e i suoi mezzi istruttori, semplicemente perché non ne era per legge onerato; di guisa che il magistrato deve doverosamente dar corso alle istanze. E sarà lodevole l'iniziativa, corrispondente allo spirito di questo processo, di anticipare, se possibile, rispetto all'udienza di cui all'art. 420, depositando in cancelleria deduzioni valutabili dal magistrato e dalla controparte in tempo utile.

La sentenza n. 13 ha suscitato molto rumore specialmente per quanto ha detto della norma sulla rivalutazione automatica dei crediti di lavoro (art. 429, comma 3); e non tanto per la conclusione, positiva e

scontata, sul punto della tutela preferenziale per questa via di questi crediti rispetto agli altri (ivi compresi quelli del datore di lavoro nei confronti del lavoratore), quanto sul problema della retroattività o no del disposto per il tempo anteriore all'entrata in vigore della legge n. 533 (dicembre 1973), sul quale l'opinione è, almeno in dottrina, largamente divisa.

Sulla prima questione (giustificazione in sé di questa tutela preferenziale rispetto agli altri crediti) la conclusione poteva ritenersi, come ho detto, scontata. Non c'è niente da aggiungere, nel complesso, alle argomentazioni della Corte circa la giustificazione sostanziale, razionalmente apprezzabile, di questa scelta politica del legislatore, ove si considerino i diversi princìpi costituzionali in proposito invocabili, in particolare quelli posti nell'art. 35 (non nel 34 come per evidente errore materiale leggesi nella pronuncia) e nell'art. 36 (mentre il riferimento agli artt. 1, 3° cpv., 4 è viceversa, ma la questione è qui innocua, opinabile giusta la ben diversa interpretazione che può darsi di codeste norme). *Interest reipublicae*, come si è detto in sentenza, di assicurare al lavoratore il pagamento tempestivo delle sue spettanze e di farlo indenne, in ipotesi di inadempimento, delle conseguenze negative della svalutazione.

Da notare nell'ordinanza del pretore di Arcidosso la questione era stata dedotta anche in considerazione dell'universalità del disposto, che non distingue tra credito e credito di lavoro, mettendo sullo stesso piano tutte le posizioni lavorative, quelle dirigenziali lautamente retribuite e quelle inferiori. Qui la Corte ha risposto che, comprensibilmente, il legislatore fa riferimento alla situazione normalmente ricorrente, trovandosi nell'impossibilità di tener conto di situazioni particolari. Anche per questo aspetto è difficile poter dissentire in termini giuridicamente proponibili. Né possono meccanicamente riproporsi le considerazioni che ho ritenuto di poter fare all'inizio, malgrado l'apparente identità di situazione, a proposito della norma sull'esecutorietà della sentenza di primo grado. Una cosa è, invero, la norma protettiva del credito in termini di delimitazione del *quantum* esigibile in caso d'inadempimento; altra cosa è aver voluto estendere meccanicamente il beneficio particolare dell'esecutività ancor quando il soggetto non ha bisogno impellente della somma pretesa nell'immediatezza e per le necessità indilazionabili di vita. Nella seconda situazione, per il soggetto abbiente o comunque altrimenti salvaguardato, non crolla il mondo se deve attendere, secondo la regola ordinaria, il pronunciato di secondo grado. Qui, al contrario, viene in questione l'entità medesima del credito. E, volendo, la giustificazione all'universalità del disposto potrebbe argomentarsi proprio dal-

la formulazione della norma costituzionale sulla retribuzione, ravvisando nell'elevatezza dei trattamenti corrispettivi la puntuale corrispondenza (di fatto più o meno arbitraria) alla maggiore qualità del lavoro.

In realtà il problema è, se si vuole, politico e politicamente può essere valutato proprio nel momento in cui si discute della giungla retributiva. In questo ambito potrebbe il legislatore prescegliere di contenere o potare le punte più elevate anche negando, a partire da un certo livello di reddito, questa specifica tutela rafforzata del credito di lavoro?

La Corte ha tuttavia concluso per la non retroattività del disposto sulla rivalutazione. Infatti in una delle ordinanze di rimessione (v. Pret. Roma 16 marzo 1974, in *Giur. cost.*, 1974, 1937) anche questa questione era stata dedotta, insieme a diverse altre, sempre in termini di confronto, prospettato come ingiustificato in riferimento al principio d'eguaglianza, rispetto al trattamento degli altri crediti. Più precisamente nella sentenza la questione è stata dichiarata infondata perché basata su una erronea interpretazione della normativa: nel senso della retroattività non vale l'art. 20 disp. trans. legge n. 533, il disposto avendo riguardo alla regolamentazione processuale in senso proprio come ha ritenuto in una occasione anche la Cassazione, e non essendovi nella legge n. 533 deroga esplicita o implicita al principio normale di « civiltà giuridica » della normale irretroattività.

Personalmente, come ho scritto in altre occasioni, sono fermo nella tesi della non retroattività, per le ragioni messe in rilievo più volte, ottimamente, da Sergio Magrini. E mi permetto di considerare la scelta compiuta prevalentemente in senso contrario dalla magistratura, ivi compresa la Cassazione, come una non onorevole pagina della patria giurisprudenza.

Con tutto questo stento a capire quale possa essere la precisa incidenza della pronuncia della Corte. La posta in giuoco non è, in verità, trascurabile. Si tratta di stabilire se la sentenza debba intendersi come « interpretativa di rigetto » (l'art. 429, comma 3, è costituzionalmente legittimo in quanto e solo in quanto interpretato nel senso della non retroattività) e quindi in qualche guisa vincolante per i giudici ordinari o se le cose stiano altrimenti. Il fatto che sia premessa nel dispositivo, in generale e quindi anche rispetto al punto *c*) che qui interessa, la frase « nei sensi di cui in motivazione », farebbe ritenere che, almeno nelle intenzioni della Corte, la pronuncia va intesa impegnativamente.

Il punto è che nella motivazione non vengono adeguatamente esplicitate le ragioni per le quali, in ipotesi, il disposto sarebbe costituzional-

mente illegittimo, se inteso nel senso della retroattività. Occorre, a mio avviso, partire dalla premessa che, di massima, l'interpretazione in un senso o nell'altro di un disposto di legge non sfocia in una questione di legittimità costituzionale; al massimo sarà questione, opinabile, d'interpretazione più o meno costituzionalmente corretta. In particolare e sempre di massima, concludere nel senso della retroattività o no di un disposto di legge non involge questione, ancora, di legittimità. Così come, più in generale, la legge fortemente discutibile in termini di opportunità non è di necessità illegittima; egualmente dovendo dirsi delle applicazioni più balzane che i giudici possono dare delle previsioni di legge.

Nel caso specifico, per attribuire la massima vincolatività possibile alla pronuncia, è necessario presumere che, per i giudici costituzionali, l'interpretazione retroattiva dell'art. 429, comma 3, in sé costituzionalmente ineccepibile, comporti inammissibile violazione del principio costituzionale d'eguaglianza. Dico: è necessario presumere, perché altrimenti non può spiegarsi per questa parte la formulazione della sentenza in termini di « interpretativa di rigetto ». Senonché una cosa è la presunzione (doverosa nel tentativo d'interpretare un pronunciato giusta la sua apparente presentazione), altra cosa è la convinzione. Resta appunto da dimostrare che la scelta interpretativa della non retroattività è di tale qualità da comportare l'illegittimità del disposto così interpretato (o della norma ideale così in ipotesi estraibile dal testo).

Il fatto è che nella motivazione non si ricavano lumi bastevoli per sciogliere questo *rebus*. Anzi se ne può ricavare l'impressione che, per i giudici della Consulta, la tesi della retroattività sia parsa tanto enorme (ed io sono d'accordo), da indurre a fare qualcosa per porre un argine a tanta patente stortura; con una operazione, così, di politica del diritto. Ma se è così, non sono d'accordo. La Repubblica muore non solo perché chi di volta in volta doveva portare a realizzazione gli imperativi della Carta ha abdicato, ma anche perché, di volta in volta, innanzi alle manchevolezze di qualcuno ha avuto corso la varia supplenza di altri. Credo fermamente che un ordinamento costituzionale liberaldemocratico si caratterizzi per il fatto che tanti sono chiamati a dar corso ad una qualche particella dell'opera complessiva, nessuno però essendo chiamato a salvare *in toto* la Repubblica, nemmeno chi è posto al vertice supremo.

Vorrei respingere così un'interpretazione della sentenza in chiave meramente « politica », di un « rimedio » comunque voluto apprestare

all'evidente esorbitanza della magistratura ordinaria; vorrei poter rinvenire, al contrario, una stringente e convincente motivazione in termini strettamente tecnico-giuridici sul piano del giudizio di costituzionalità. Perché, ripeto, questione d'interpretazione e questione di legittimità non possono assolutamente confondersi.

L'alternativa è, così, nell'intendere la concreta portata della pronuncia, in termini di « autorità » (*id est*, vincolatività), o, viceversa, di mera e tuttavia non trascurabile « autorevolezza », tale, nella seconda ipotesi, da indurre ad un salutare ripensamento i giudici ordinari.

17.

CHE FARE DELLA MAGISTRATURA? (*)

Il dr. Senese ha riepilogato, con ampia visuale e documentazione, le vicende della nostra magistratura dal 1945 ad oggi. Per un verso, ed anche per quanto attiene alla possibile periodizzazione, il quadro può considerarsi fedele. Per un altro verso, posto che nei riepiloghi storici la sostanza attiene alle pennellate e allo spirito che li anima, si può essere in disaccordo. Poiché presumo che il relatore conosca il mio punto di vista su queste vicende e su questi problemi, per essermi pronunciato in più occasioni, certo egli sa che sono sostanzialmente in disaccordo sul punto decisivo, cioè sulla chiave di valutazione. Ma non credo sia producente procedere su questo piano, dando per acquisito e per non superabile il contesto istituzionale attuale della magistratura, di fatto e per Costituzione. A me preme piuttosto fissare alcune cose della situazione reale e pronunciarmi su quello che, a mio avviso, deve essere, ormai, al punto in cui è giunta l'evoluzione del terzo potere, l'assetto del medesimo. Pertanto mi limito rispetto al riepilogo della vicenda compiuta dal relatore, ad alcuni rilievi marginali.

Il dr. Senese ha detto inizialmente qualcosa del comportamento tenuto dai magistrati durante l'occupazione tedesca. Si può ricordare che si ebbe una certa partecipazione alla resistenza, anche negli alti gradi; faccio un nome che certo, per la collocazione ideologica, non è gradito al relatore, quello dell'*ex* procuratore generale della Cassazione Colli.

Il relatore ha anche detto qualcosa del comportamento della magistratura nel ventennio fascista. In proposito si è sempre discusso da tante parti vuoi in termini storici vuoi, esplicitamente o no, in termini di giudizio di valore. Confesso che ho sempre trovato singolare l'impostazione del problema nel secondo senso. Non trovo per niente strano che in quel periodo la magistratura sia stata, in ipotesi, convintamente fascista, fascisti essendo, in quel periodo, i principi generali dell'ordina-

---

(*) È il testo dell'intervento svolto in un incontro promosso, il 28 aprile 1977, dalla facoltà giuridica pisana su relazione del dr. Salvatore Senese.

mento a servizio del quale i giudici dovevano essere. Questo se si vuole affrontare con serietà il problema, non avendo più senso in ogni caso oggi, a più di trent'anni dalla fine di quel regime, la spinta alla ricerca di una qualche verginità comprensibile nei mutamenti di questo tipo.

Naturalmente condivido molte valutazioni del relatore; ad es., quella sugli orientamenti che largamente ebbero corso, nell'immediato dopoguerra, in giurisprudenza in tema di valutazione degli episodi fascistici ed anche in punto di applicabilità immediata dei principi e delle norme della nuova Costituzione repubblicana. Le condivido, e non da oggi, posto che anch'io ho qualche trascorso, non so se ormai suscettivo di compiacimento o di rammarico, per l'attuazione delle previsioni costituzionali sull'indipendenza della magistratura; idealmente trovandomi su quelle posizioni arcaiche che il dr. Senese ha sempre combattuto e che anche oggi ha severamente criticato. E qui posso ricordare un nome di preciso significato nella vicenda di quegli anni ormai lontani e ancora a me caro; quello di Achille Battaglia. È bene registrarlo anche in questa situazione radicalmente diversa: chi si riconosceva nelle posizioni di Battaglia intendeva richiamare i magistrati all'esatta applicazione della legge secondo i principi del nuovo ordinamento costituzionale. Niente di eversivo, quindi, ma la riaffermazione costante della legalità repubblicana.

Mi è parso interessante il rilievo del relatore secondo il quale, valutando i problemi reali attinenti alla posizione del giudice, può dirsi che il costituente non ebbe, se ci si pone da un certo punto di vista, una visione del tutto adeguata. È una cosa, questa, che ha più volte registrato, se ben ricordo, Pizzorusso. Certamente il costituente, nel momento stesso in cui prescelse di garantire alla magistratura piena indipendenza rispetto agli altri poteri dello stato, si raffigurò tuttavia la strutturazione tradizionale (detta verticistica e burocratica in senso critico) del terzo potere, in un sistema a piramide culminante nella Cassazione. Mi limito a ricordare alcuni dati formali inequivocabili. La Costituzione, nel fissare le competenze del Consiglio superiore, parla anche delle promozioni, certo di promozioni autentiche, con valutazioni intrinseche di merito, e non le promozioni-burletta da ultimo previste con la progressione per mera anzianità senza demerito a ruoli aperti. La norma giusta la quale due alti magistrati, il primo presidente e il Procuratore generale della Cassazione, fanno parte di diritto del Consiglio superiore, si spiega solo presupponendo logicamente che la Costituzione abbia voluto conservare l'antico assetto gerarchico e piramidale. Se questo è vero, è da concludere che con le riforme di quest'ultimo decennio, l'assetto costituzionalmente delineato è stato pressoché del tutto alterato, determinandosi una

situazione che i costituzionalisti possono forse apprezzare in termini di costituzione « materiale » divergente. In realtà deve dirsi che, traendo a pretesto talune proposizioni della Costituzione, i magistrati hanno dato corso, del tutto felicemente in termini angustamente corporativi, alla più fortunata operazione sindacale di questo trentennio.

Ma io voglio lasciare da parte tutte queste cose che ormai, al punto a cui siamo giunti, mi paiono del tutto trascurabili. Così come, a mio avviso, è ora di uscire dai termini ormai stantii di un dibattito superato e che inutilmente si trascina nelle più varie sedi. È del tutto inutile stare ancora a discutere dei problemi generalissimi di principio: giuspositivismo o giusliberismo, interpretazione creativa o no; giurisprudenza e politica e ideologia. Discutere di queste cose, pur in sé importanti, aveva senso alcuni anni or sono, all'inizio della rottura del modello (costituzionalmente accolto) del giudice soggetto solo alla legge, a sua volta assunta come obiettivamente interpretabile, in ogni caso senza alcuna diretta interferenza ideologica o partitica. Eravamo alle prime battute del processo degenerativo, a mio avviso del tutto negativo, della magistratura italiana. Oggi continuare in questo dibattito significa solo perdere tempo.

Il dr. Senese è reduce da un congresso di magistrati, quello tenutosi pochi giorni or sono a Rimini tra gli aderenti alla corrente di magistratura democratica. E noi sappiamo, secondo quanto abbiamo appreso dai pur sommari resoconti giornalistici, che in questo congresso si è registrata una divisione, tra una maggioranza che si è riconosciuta in un ordine del giorno elaborato anche dal relatore di oggi ed una minoranza. Grosso modo, sempre tentando di sintetizzare quanto risulta dai giornali, si può dire che il congresso si è diviso sulla posizione da assumersi, anche in termini di valutazioni giurisprudenziali, rispetto alle spinte diverse che, in questa società in disgregazione, emergono dai ceti emarginati. La maggioranza, pur condannando le manifestazioni delittuose dell'estremismo (la cosa non commuove, perché era il minimo di presentabilità, sia o no di rito quella condanna), ha detto che deve aversi la massima comprensione per queste spinte rivelatrici di autentici disagi reali; in termini di politica giudiziaria, evitare che queste spinte siano contenute legalmente, cioè « repressivamente », perché è da favorirsi anzi, il massimo confronto tra le forze sociali ed in sede politica. La minoranza, invece, ha respinto questa piattaforma, richiamandosi alle esigenze della legalità nel quadro democratico. Il segretario uscente della corrente, Ramat, ha detto in *Repubblica* che alla sinistra dello schieramento vi sono dei « disperati », certo cogliendo nel segno, perché molte volte non

c'è differenza tra chi infrange la legalità ai più vari livelli e chi indossa, almeno idealmente, la toga di giudice.

Nel complesso, a prescindere dall'episodicità delle confluenze personali, la minoranza è nella linea dei partiti della sinistra tradizionale e storica, mentre la maggioranza è più a sinistra. Mi riferisco naturalmente alla linea ufficiale, giacché è ovvio che la contrapposizione tra settori più « massimalisti » o no corre in qualche misura anche all'interno dei partiti storici tradizionali.

Se vogliamo trarre delle possibili implicazioni giurisprudenziali concrete da queste due linee, possiamo dire che la maggioranza di magistratura democratica darà corso, in attuazione di un deliberato programmatico, ad una giurisprudenza di massima assolutoria delle ricorrenti manifestazioni di massa dell'estremismo. Cioè questa frazione maggioritaria della corrente sarà oggettivamente e politicamente solidale con l'estremismo. Poiché non sono un penalista non so, ovviamente, se questa solidarietà preannunciata e programmata integra gli estremi del concorso (art. 110 c.p.).

Per altro verso questo particolare orientamento giurisprudenzialmente apprezzabile della maggioranza di Rimini, in sé ideologicamente determinato per fanatismo estremizzante, confluisce in una più larga inclinazione generale della magistratura. Da sempre (mi permetto di ricordare un mio libretto di riflessioni del 1965) depreco il lassismo penalistico dei nostri giudici. La magistratura come corpo è oggettivamente corresponsabile, in larga misura, della delinquenza che è in giro e che fa del nostro Paese, ormai, la patria del delitto. Compito essenziale della giustizia penale è porre in condizioni obiettive di non nuocere quelli la cui capacità delinquenziale e la cui irrecuperabilità siano acquisite; e i nostri giudici in genere, e non da oggi, non sentono e non operano in quest'ordine d'idee.

Vediamo ora qual è il punto — decisivo — che dobbiamo fissare. Il congresso di Rimini è stato un congresso politico; un congresso nel quale dei magistrati hanno deciso, per valutazioni politiche, quale debba essere la loro giurisprudenza. Il dr. Senese non è un magistrato secondo il modello tradizionale; è, soprattutto, un grosso esponente politico. E questo è solo il più recente congresso, politico, di quella particolare frazione della *classe politica* che è oggi costituita dalla magistratura; nel senso, ovvio, che abbiamo avuto congressi politici di quel tipo, di diverso, talora anzi di opposto segno. Oggi la magistratura è un aggregato politico diviso, come è nell'ordine naturale delle cose, in partiti e sottopartiti. E questi partiti spesso deliberano gli orientamenti di massima della giurisprudenza, ne determinano l'indirizzo politico.

Di tutto questo mi sarei indignato alcuni anni or sono; ed infatti a suo tempo ferocemente mi indignai e credo di aver espresso in qualche scritto la veemente iniziale valutazione. Ma, com'è naturale, col tempo ci si abitua a tutto. Non mi indigno più. So benissimo, nel mio lavoro, che oggi di norma non vado innanzi ad un giudice nel senso antico, ma di fronte ad un uomo di partito: oltre tutto col vantaggio psicologico, benefico per l'apparato cardiaco, di non soffrire drammi e scompensi nell'attesa della decisione.

Sono del tutto disponibile a giocare, fino in fondo, a carte scoperte. Ma d'altro canto, proprio perché m'industrio a prendere le cose come sono e non come in astratto vorrei, avverto che deve pur farsi qualcosa, sul piano istituzionale, per « moralizzare » la situazione.

Il dr. Senese ha detto due cose assai interessanti. In primo luogo che ancor oggi la nostra magistratura è estratta per concorso burocratico, su una valutazione meramente tecnica di sufficiente conoscenza delle pandette; il nostro giudice è per un certo verso un burocrate cui è fornita piena garanzia d'indipendenza fino a settant'anni. In secondo luogo una magistratura così strutturata, gerarchica ed indipendente rispetto agli altri poteri, può essere pericolosa, in determinate contingenze e in ragione dell'ordinamento politico che l'ispira, per l'ordine democratico; ed ha fatto l'esempio del Cile.

Possiamo dire che il nostro magistrato è, oggi, un *monstrum*: è sovente un operatore politico estratto burocraticamente per concorso per valutazione tecnica e nel contempo irresponsabile. Cioè è un politico non scelto politicamente né politicamente responsabile. Questa è una contraddizione in termini che va eliminata per intuibili esigenze di correttezza nel sistema costituzionale.

L'unica soluzione può essere quella dell'elettività dei giudici. Tutti i giudici debbono essere eletti e periodicamente rieletti, acquisendo così il titolo per l'investitura del loro mandato sostanzialmente politico in modo democraticamente corretto e democraticamente rispondendone, col costo eventuale della non rielezione. Io sono decisamente per questa soluzione. E trovo che, rispetto al progetto ora in corso di elaborazione di una magistratura onoraria elettiva per i minori affari giudiziari, al punto a cui siamo giunti di politicizzazione della magistratura, non possono sollevarsi obiezioni di principio, ma semmai, in ipotesi, soltanto sulle particolarità di svolgimento. L'obiezione di principio poteva aver senso fino a qualche anno or sono, ora non più. Oggi al contrario dobbiamo batterci per la generale elettività dei giudici. Dobbiamo superare l'abnorme situazione che si è verificata.

In genere e comprensibilmente il cittadino non si duole del colore del

sindaco, perché il sindaco è stato prescelto in un giuoco antagonistico al quale *quisque de populo* ha diritto di concorrere. Ogni cittadino, ogni avvocato invece oggi giustamente si duole del colore, spesso conclamato, del giudice. Sa che il giudice non è stato prescelto in un agone elettorale, ma solo in base alla dimostrata conoscenza dei codici; e si attende una decisione unicamente ispirata alla legge, in senso oggettivo.

Contro il sistema dell'elettività dei giudici si accampa spesso l'esigenza di adeguata preparazione tecnica. Il problema esiste, ma è risolvibile. È prospettabile un sistema nel quale possono avere l'elettorato passivo solo coloro che hanno positivamente superato una prova tecnica, ottenendo una sorta di patente. Insomma ogni anno potrebbe svolgersi un esame volto ad accertare l'idoneità, così come avviene in sostanza per i segretari comunali; potendo poi gli idonei presentarsi all'elezione popolare con la sottoscrizione di un certo numero di elettori.

Questa è, a mio avviso, la via da battere; ovviamente, previa la necessaria revisione della Costituzione. Nei limiti delle mie scarse possibilità, ho la ferma intenzione di adoperarmi in questo senso, cercando in primo luogo di mettere in rilievo, giorno dopo giorno, la progressiva degenerazione dell'attuale magistratura burocraticamente estratta, onnipotente ed irresponsabile in ragione delle guarentigie oggi assicurate. Deve dirsi che in quest'azione possiamo contare sull'apporto essenziale degli stessi magistrati. Non c'è giorno che non si legga o non si sappia di fatti e comportamenti estremamente utili alla buona causa. Infatti sembra che oggi ufficio primo, in sé lodevolissimo, di diversi magistrati sia quello di dimostrare che l'attuale modello non funziona più. Lode sia, in definitiva, a questi zelanti. Più ne fanno, meglio è. E sia ben chiaro che molte volte i cittadini non dicono appieno quello che in verità pensano dei magistrati, sol perché il codice penale glielo inibisce; o meglio potrebbero farlo con personale rischio che non conviene assolutamente correre. Questa battuta non è mia; è, ad onor del vero, di un giornalista il cui nome non pronuncio sol perché *vitando* negli ambienti del perbenismo impegnato.

18.

ARBITRATO RITUALE O IRRITUALE NELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

Nell'ultimo decennio l'incidenza delle procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie di lavoro si è ridotta praticamente, nella nostra esperienza, al minimo. In precedenza, sul punto dell'opportunità e della convenienza di incrementare queste procedure, vi fu una contrapposizione, anche vivace, di idee o di diverse politiche del diritto. V'era chi (1) non scartava, sul modello consolidato dei Paesi di democrazia industriale, la soluzione arbitrale; altri, viceversa, puntavano sull'esaltazione del processo di Stato, anche in ragione dei risultati deludenti dell'esperienza compiuta sulla base degli accordi interconfederali per i licenziamenti (2). Ben presto, tra le forze sociali interessate e tra gli operatori di diritto, la seconda opzione ebbe la meglio. Di qui trasse origine, sopravvenuto lo statuto dei lavoratori del 1970, la tesi del superamento dell'accordo interconfederale in ragione del regime del licenziamento illegittimo di cui all'art. 18 della legge n. 300 (3), contrapponendo altri l'assunto che i collegi arbitrali ben avrebbero potuto continuare a funzionare dando tuttavia corso, nelle loro pronunce, alla normativa di legge (4).

In verità, innanzi a tanta diatriba, l'osservatore disincantato poteva avere qualche ragionevole motivo di stupore; soprattutto perché non si capiva perché mai, una volta maturata decisamente la scelta preferen-

---

(1) V., soprattutto, Giugni, *Controversie di lavoro: la composizione stragiudiziale*, in Comitati di azione per la giustizia, *Crisi della giustizia in materia di controversie del lavoro e della previdenza sociale nel quadro della crisi generale della giustizia*, Bologna, aprile-maggio 1967, Roma s.d., 181.

(2) V. *La disciplina dei licenziamenti nell'industria italiana (1950-1964)*, Bologna, 1968, ed una mia nota di commento in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1081.

(3) V., per tutti, Mancini, in Ghezzi - Mancini - Montuschi - Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1972, 285 ss.

(4) V. Aranguren, *Autonomia e legge nella disciplina dei licenziamenti*, Milano, 1971, 315 ss.

ziale per la giustizia di Stato, non si sgombrasse il terreno dall'altra possibile alternativa denunciandosi, con estrema facilità, l'accordo interconfederale. Ed invece a tutt'oggi, 1979, quell'accordo è ancora formalmente vigente, così restando teoricamente aperto il problema per eventuali trattazioni, del tutto scisse dalla realtà, di giurisperiti.

L'opzione politico-sociale è stata poi, con la legge sul processo n. 533 del 1973, puntualmente raccolta dal legislatore, posto che (artt. 4 e 5) le parti individuali della lite di lavoro hanno piena libertà di scelta tra il ricorso al giudice del lavoro e l'utilizzazione delle procedure arbitrali di vario tipo, previste nei contratti collettivi di lavoro. È su questa base, anche normativa, che tutto il contenzioso di massima sfocia innanzi ai pretori. Peraltro, ed ancora in ragione della normativa sugli arbitrati contenuta negli artt. 4 e 5 della legge n. 533, anche il problema della sopravvivenza della procedura arbitrale di cui all'accordo interconfederale per i licenziamenti individuali nei termini della letterale previsione del possibile *dictum* degli arbitri, in pratica si svuota. Non v'è dubbio, infatti, che un lodo eventualmente disponente, in sanzione di un licenziamento illegittimo, secondo l'alternativa « riassunzione » o pagamento di una penale risarcitoria, è impugnabile per omessa osservanza della disciplina di legge.

Per tutto questo il tentativo, qui perseguito, di voler dire ancora qualcosa sull'arbitrato nelle controversie di lavoro secondo l'alternativa di ritualità o no, può apparire dubbio perché fuori dell'attualità, senza alcun minimo aggancio con l'esperienza effettuale. Viceversa non è così. Come risulterà c'è una zona nella quale il problema è tuttora concretissimo; in particolare perché, secondo un'opinione di cui pure si dirà, in codesta medesima zona solo le procedure arbitrali, o almeno quelle contrattualmente previste, possono aver corso, senza possibile opzione per la via giudiziaria. Questo contributo nasce, nella constatazione di pur residua attualità, dall'esigenza pratica di risolvere alcuni problemi concreti e di precisare la natura delle procedure arbitrali che hanno corso, ancora una volta non in astratto, ma perché la qualificazione in un senso o nell'altro rileva ai fini del trattamento giuridico delle procedure medesime e dei lodi che ne scaturiscono.

Prima di precisare la zona di cui ho detto e di individuare i problemi che ne derivano, ritengo opportuno fare alcune considerazioni critiche in ordine a talune singolarità della disciplina in tema di arbitrato contenuta nella legge dell'agosto 1973. Prescindo però, totalmente, dalla scelta pregiudiziale della non impegnatività per i singoli delle procedure sindacalmente previste, per questo verso imponendosi al giurista la scelta politica del legislatore. Si può solo constatare che questa scelta è risultata

gravemente pregiudizievole per quanti, all'opposto, auspicavano l'esaltazione della « giurisdizione privata » (5). Per altro verso la non impegnatività delle procedure può giuocare positivamente per l'effettività delle medesime. D'ora innanzi, e proprio perché la gente può liberamente scegliere secondo valutazioni concrete d'interesse, non dovrebbe più ripetersi il bilancio pressoché fallimentare già registratosi in riferimento all'accordo interconfederale per i licenziamenti nell'industria, nella misura in cui i collegi (chiamati ad operare in una situazione di sempre incombente alternativa) dovrebbero essere attivi per reale tempestività, quantità e qualità del loro lavoro. Col tempo, poi, deciderà il grado di conformità della giustizia di Stato all'ambizioso modello chiovendiano di cui alla novella del 1973; se quel modello dovesse, come non mi auguro (ma come pur si teme da diverse parti), far naufragio, ancora una volta si potrà riscoprire l'autenticità dell'alternativa. Allo stato mancano tuttora indagini organiche e sistematiche sulle procedure « attive » di cui dirò; l'impressione è, almeno per le procedure per i dirigenti di azienda, largamente positiva.

Le « stranezze » della legge n. 533, rispetto alla materia e sulle quali intendo soffermarmi, sono ben altre. In primo luogo, come si è rilevato (6), può sorprendere che la legge, dopo aver ammesso l'arbitrato rituale sindacale (art. 4), abbia voluto anche riconoscere l'arbitrato irrituale (art. 5). È mia vecchia convinzione (7) che nelle controversie di lavoro il divieto di arbitrato rituale, in quanto determinato dall'irregolarità della normativa e dalla relativa indisponibilità dei diritti, comporta logicamente anche l'impossibilità dell'arbitrato irrituale; tanto che, come cercai di dire nel 1955, questo secondo arbitrato non si salvava, secondo la ricorrente frettolosa prospettazione, in quanto cosa diversa dal rituale, ma in quanto, in un ordinamento nel quale dominava il principio di piena libertà di licenziamento, l'arbitrato di cui a quel determinato accordo sindacale rappresentava un'ulteriore garanzia per il lavoratore nello spirito della complessiva normativa. Rovesciando il discorso, e proprio nell'ambito della concezione di comprensibile sospetto per l'arbitrato, il legislatore del 1973 avrebbe potuto limitarsi al riconoscimento dell'arbitrato sindacale rituale non vincolativo, tacendo di quello irrituale.

---

(5) V. Grandi, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1974, I, 89, n. 9.

(6) V. Tesoriere, *Lineamenti di diritto processuale del lavoro*, Padova, 1978, 122.

(7) *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. processuale*, 1955, 2, 39.

Risulta invece dai lavori preparatori (8) che l'art. 5 derivò, nel silenzio del progetto di legge, da un emendamento governativo, per la preoccupazione di garantire il lavoratore della non vincolatività delle procedure sindacalmente previste anche nell'ipotesi dell'irritualità delle medesime. In quest'ordine d'idee la previsione, pur determinando una situazione complessiva di non agevole sistemazione, ha avuto un minimo di giustificazione pratica. Proprio perché era ed è diffusa l'opinione che l'arbitrato irrituale, in quanto cosa qualitativamente diversa dal rituale, non subirebbe le limitazioni di questo secondo, si comprende la preoccupazione. È stata, se si vuole, una risposta del legislatore alla fertile fantasia dei giuristi nell'inventare costruzioni di aggiramento delle previsioni di legge e della *ratio legis*. Tanto più che, come pure risulta, nell'*escamotage* era caduto anche il legislatore ammettendo, con l'ultimo comma dell'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, l'arbitrato irrituale, perfino « individuale », nelle controversie in tema di giustificazione del licenziamento (9).

Resta però, a mio avviso e come ho detto in altre occasioni (10), il *monstrum* della previsione legislativa dell'arbitrato irrituale, della quale tuttora non so capacitarmi. Poiché se è vero, secondo la concezione antica (11), che l'arbitrato libero è, per definizione, quel giudizio che si consuma di necessità negli schemi contrattuali a disposizione dell'autonomia privata e che, come tale e nella sua sostanza di giudizio, non può che essere ignorato nell'ordinamento giuridico statuale, un'espressa previsione legislativa di questo arbitrato è intrinsecamente contraddittoria e non si riesce più a capire, come tutti generalmente rilevano, la distinzione tra rituale e irrituale.

A maggior ragione non riesco a capire la testuale previsione, nell'art. 5, dell'arbitrato irrituale per legge, generalmente facendosi gli esempi dell'art. 7, comma ult., legge n. 604 del 1966 e dell'art. 7 statuto dei lavoratori in tema di impugnativa delle sanzioni disciplinari; in tal senso intendendosi l'art. 5 come di conferma della natura degli arbitrati previsti

---

(8) V. Andrioli, in Proto Pisani - Pezzano - Barone - Andrioli, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna-Roma, 1974, 533.

(9) V. Pera, *L'arbitrato irrituale previsto dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966 n. 604*, in *Ist. Dir. Lav.* Firenze, *Problemi in tema di arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1969, 119 e ivi riferimenti.

(10) *L'arbitrato irrituale*, cit. *supra*.

(11) V., con completi riferimenti, Grandi, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963. Sulla più recente problematica v. Flammia, *L'arbitrato*, in *Nuovo tratt. dir. lav.* diretto da Mazzoni e Riva Sanseverino, Padova, 1971, I, 449.

in codeste disposizioni (12). Come dissi altrove (13), un arbitrato previsto e largamente disciplinato nella legge mi pare, se così può dirsi, « ritualissimo », in quanto decisione dell'ordinamento; e pare assurdo che codesta decisione, assunta da un collegio composto da arbitri designati dalle parti sociali contrapposte e con un presidente imparziale ed operante presso un ufficio pubblico, debba essere considerata alla stregua di qualsivoglia transazione impugnabile *ex* art. 2113 c.c.

In particolare è certamente aberrante la sopravvivenza dell'arbitrato irrituale individuale di cui all'art. 7 della legge n. 604, garantito dall'art. 5 della legge n. 533, in quanto contrastante con tutta la regolamentazione dell'arbitrato enunciata nella medesima legge processuale. Anche della sorte di questo disposto si discusse sopravvenuto lo statuto dei lavoratori, sostenendosene il superamento in ragione del nuovo regime del licenziamento illegittimo, reputandosi la reintegra effettiva in servizio innottenibile in sede arbitrale (14); al che è stato agevole rispondere che il primo inciso dell'art. 18, comma 1, legge n. 300, facendo salve le procedure già previste nella legge n. 604, salva anche quella particolare procedura (15). Resta che la legge sul processo consente, di massima, l'arbitrato solo in quanto sindacalmente previsto (e con collegi, quindi, con diretta presenza sindacale). Invece l'arbitrato « previsto » nell'ultimo comma dell'art. 7 della legge n. 604 è, per definizione, fuori delle previsioni contrattuali-collettive e può essere concordato liberamente dalle parti individuali contrapposte, datore di lavoro e lavoratore, senza alcuna garanzia « di contesto » per quest'ultimo. Cosicché, al di là della previsione formale di legge, c'è una differenza sostanziale tra questo arbitrato irrituale individuale in tema di licenziamento e l'arbitrato presso l'ufficio del lavoro in materia di sanzioni, questo secondo avendo corso innanzi ad un collegio nel quale sono di necessità presenti i rappresentanti delle parti sociali contrapposte, con un presidente pre-

---

(12) V. Mazziotti, in Montesano e Mazziotti, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1974, 233.

(13) *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento secondo lo statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 1267, spec. 1282-1284.

(14) V. Mancini, *op. cit.*, 287 e nello stesso senso, richiamando anche l'art. 5 legge n. 533, Gentili Ballestrero, *I licenziamenti*, Milano, 1974, 232. Sulla rilevanza della previsione v. Carnacini, *L'istituto dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Ist. Dir. Lav.* Firenze, *Problemi in tema di arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1969, 3.

(15) V. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1975, 26; Grandi, *La conciliazione*, cit., n. 10. È da ricordare che per Ardau, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1972, 1381, la norma dell'art. 7 va intesa sostanzialmente nel senso dell'ammissibilità dell'arbitrato rituale, in implicito superamento del divieto contenuto nel codice.

scelto con adeguate garanzie e in tutto un contesto di relativa protezione della parte ritenuta socialmente più debole. Il contrasto di fondo è evidente, in termini, quanto meno, di incongruenza politico-legislativa. Con tutta probabilità la conclusione dell'avvenuta abrogazione della norma è giuridicamente insostenibile; anche se, per quanto ho detto, ogni sforzo in tal senso è degno di incoraggiamento.

Infine, in riferimento al disposto che consente, avverso il lodo del collegio arbitrale irrituale di derivazione sindacale, l'impugnativa *ex* art. 2113 c.c., opportunamente si è detto che « ... bisognerebbe rinunciare a spiegare, in termini di ragionevole coerenza, il comportamento dello stesso legislatore, e piegare il capo silenziosamente davanti ai suoi precetti, anche se dettati da arbitrio o capriccio » (16); incongruenza che il medesimo A. ora citato spiega nell'unico modo possibile: che, cioè, si sia voluto fare tutto il possibile per scoraggiare il ricorso all'arbitrato. In quest'ordine d'idee v'è, certo, un segno di coerenza nella complessiva scelta politica, pur se non si capisce perché mai, tanto perseguendo, non si sia imboccata la via diritta del divieto *tout court* di qualsivoglia arbitrato, rituale o no. In realtà il legislatore del 1973 non ha avuto il coraggio della coerenza che ebbe il legislatore dell'epoca corporativa, pur condividendone sostanzialmente le preoccupazioni almeno d'ordine sociale (presumibilmente non quelle statualistiche). Ma, una volta ammesso l'arbitrato per libera scelta delle parti individuali, poteva almeno evitarsi di sminuire il lodo arbitrale, accomunandolo ad una qualsivoglia transazione. Peraltro un forte disincentivo ne deriva sol che si pensi che, per la lite dedotta in arbitrato irrituale, una volta impugnato il lodo, tutto deve ricominciare da capo innanzi al giudice ordinario; di guisa che è senz'altro preferibile l'arbitrato rituale che consente di saltare, quanto meno, il primo grado innanzi al pretore.

Resta da chiedersi, posto che i collegi operanti (ove qualificabili come irrituali) sono, in genere, « di conciliazione e di arbitrato » (le liti largamente concludendosi in termini transattivi economici), se anche codeste conciliazioni debbano considerarsi impugnabili *ad libitum* o se, invece, debbano considerarsi non impugnabili alla stregua di accordi raggiunti in sede sindacale *ex* art. 2113 c.c. Ove si consideri che nei collegi vi sono due arbitri di opposta designazione sindacale e che il presidente viene in genere prescelto di comune accordo, la conclusione ragionevole dovrebbe essere nel secondo senso (17). Al fine gioverebbe un'esplicita clausola del contratto collettivo comportante siffatta conclusione. Ed

---

(16) V. Grandi, *La conciliazione*, cit., n. 10.

(17) V., in tal senso, Mannacio, *Il licenziamento dei dirigenti*, Milano, 1979, 112.

ancora ne verrebbe l'incongruenza della non impugnabilità, *ex* art. 2113 c.c., della conciliazione conseguita innanzi a quel collegio e della impugnabilità, viceversa, del lodo per testuale disposto di legge.

Quanto sopra premesso in riepilogo dell'opinabile assetto dell'arbitrato nella legge n. 533, è da dire che procedure arbitrali « viventi » hanno corso per le categorie e per le situazioni nelle quali non opera, per legge, il regime limitativo dei licenziamenti, vigendo ancora la recedibilità *ad nutum*. Ciò si verifica, in un certo senso, al vertice e alla base della piramide sociale nel mondo del lavoro, per i dirigenti di azienda e per gli operai agricoli (questi ultimi nella misura in cui sono esclusi dalla disciplina limitativa dei licenziamenti in ragione dell'entità del personale occupato nell'azienda o nell'unità produttiva: art. 11 della legge n. 604 e art. 35 statuto dei lavoratori). In quasi tutti i contratti collettivi per i dirigenti nonché, per gli operai agricoli, nell'accordo nazionale 26 aprile 1973 (richiamato nell'art. 38 del vigente contratto collettivo nazionale 20 gennaio 1977), è prevista l'impugnabilità del licenziamento innanzi ad un collegio di conciliazione e di arbitrato; ove il collegio reputi non giustificato il licenziamento liquida, nel caso dei dirigenti, un'indennità supplementare risarcitoria ragguagliata tra un minimo e un massimo di mensilità di retribuzione e, nel caso degli operai agricoli, pone al datore di lavoro, secondo il modello della legge n. 604 del 1966, l'alternativa tra il ripristino del rapporto o il pagamento, ancora, di un'indennità supplementare. Siamo così, per riprendere il discorso innanzi accennato, in una zona nella quale la procedura sindacalmente concordata prevede per il lavoratore un trattamento migliorativo rispetto alla legge, secondo un interesse meritevole di tutela.

Delle due situazioni la seconda, quella degli operai agricoli, è passata quasi inosservata (18). Viceversa, rispetto a quella dirigenziale, si è formata una giurisprudenza seppur non cospicua (19) e si sono registrati anche taluni interventi dottrinali, con la prospettazione di diverse tesi. In una elaboratissima pronuncia del pretore di Torino, 17 febbraio 1978 (20), è stata enunciata una conclusione veramente singolare, quella della radicale nullità della procedura, intesa inscindibilmente in termini sostanziali e meramente procedurali, in riferimento all'art. 5 della legge

---

(18) V. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1978, 440; Venezian, in Ist. Dir. Lav. Bari, *La contrattazione collettiva in Italia 1945-1977*, Bari, 1978, 327.

(19) Per la qualificazione irrituale in ragione della valutazione di necessità equitativa, v. Coll. arb. Milano 9 luglio 1976, in *Orient. giur. lav.*, 1976, 700, con nota di Giordano.

(20) V. in *Notiz. giur. lav.*, 1978, 426.

n. 533; in particolare con l'assunto, del tutto insostenibile, che le parti non potrebbero individuarsi in quelle individuali, dirigente ed impresa, ma in quelle collettive. Viceversa, in un recente libro del giudice Mannacio (21), si è cercata un'organica ricostruzione teorica e sono tratte conclusioni di grande rilievo che qui sintetizzo per grandi linee. Per Mannacio si tratterebbe di arbitrato irrituale, in particolare perché manca nel contratto collettivo una regolamentazione sostanziale in punto di situazioni giustificatrici del licenziamento, tutto di necessità risolvendosi nell'equità integrativa-formativa dei collegi. La conclusione è quella dell'impossibilità, per il dirigente, di rivolgersi al giudice secondo la scelta consentita nell'art. 5 della legge n. 533, proprio perché al magistrato mancherebbe la possibilità di fare applicazione di regole predeterminate per la valutazione del licenziamento. In tal senso si è anche pronunciata altra dottrina (22) nonché, in due occasioni, il pretore milanese (23). Con questo tutto è in discussione, dalla qualificazione alle implicazioni.

Prima di addentrarmi nella valutazione di queste prospettazioni, ritengo di un certo interesse dar conto dei dati dell'esperienza. I collegi arbitrali per il licenziamento sono normalmente precostituiti in via permanente, a livello provinciale o nazionale; sono dettate regole precise per l'introduzione della procedura, le parti sono sentite anche ai fini di eventuale conciliazione, si dà corso, se del caso, ad istruttoria, v'è normalmente la presenza di avvocati, i lodi sono motivati. Ad es., il Collegio nazionale per i dirigenti delle imprese di assicurazione, costituito in base al contratto collettivo 2 dicembre 1975, nella sua prima riunione dell'11 marzo 1976, deliberò di darsi « ... le seguenti regole procedurali: 1) la segreteria, non appena pervenuto il ricorso ai sensi del comma 5 dell'art. 26-*ter*, ne darà notizia agli arbitri che concorderanno per l'udienza di audizione delle parti e per la conciliazione di cui al comma 8; 2) all'udienza di cui al comma 8 dell'art. 26-*ter*, fallito il tentativo di conciliazione, il Collegio inviterà l'impresa a specificare i mezzi di prova relativi al licenziamento ed eguale invito sarà rivolto al dirigente interessato per quanto concerne la sua prova in contrario; se del caso il Collegio assegnerà all'impresa un termine di dieci giorni

---

(21) V. *op. cit.* Nello stesso ordine d'idee v. Zampini, *Osservazioni sul collegio e sul procedimento arbitrale per il licenziamento dei dirigenti*, in *Notiz. giur. lav.*, 1978, 485.

(22) V. Tosi, *Note in tema di giudizio arbitrale sul licenziamento dei dirigenti*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, 2, 829.

(23) V. Pret. Milano 6 giugno e 23 settembre 1978, in *Orient. giur. lav.*, 1978, 1096 e 1100.

dall'udienza per eventuali richieste istruttorie e un ulteriore termine di dieci giorni successivi al dirigente per analoghe richieste; 3) il Collegio, nell'udienza di cui sopra o scaduti i termini concessi alle parti per le loro memorie, delibererà in ordine alle eventuali necessità istruttorie ». In sostanza questo Collegio ha regolato la procedura, per quanto possibile, sul modello del processo del lavoro e con pieno rigore di termini; in particolare parte implicitamente dall'idea che l'onere della prova del giustificato motivo di licenziamento gravi sull'impresa.

A parte la procedura e le premesse d'ordine sostanziale che la medesima esplicitamente o no postula, ritengo del tutto inaccettabile la tesi dell'inconfigurabilità di una regolamentazione sostanziale del licenziamento, che fa da premessa alla costruzione di Mannacio. Intanto, nei contratti collettivi è posta chiaramente la regola (se non altro perché è prevista quella procedura) di una giustificazione sostanziale del licenziamento. D'altro canto, anche nella regolamentazione legislativa del licenziamento sono enunciate, e sommariamente descritte, solo le situazioni determinanti di base (giusta causa, giustificato motivo « soggettivo » ed « oggettivo »), essendo certo che anche nella legge una regolamentazione potrebbe in teoria ridursi alla semplice enunciazione della necessità di un giustificato motivo, secondo una clausola generale. Soprattutto, in ragione della pur scarna previsione del contratto collettivo nazionale e per tutta la logica della situazione (ivi compresa la precostituzione del collegio), è da respingersi la tesi che il collegio valuti di volta in volta, determinando *ad hoc* e singolarmente la regola del caso specifico; al contrario è chiaro, per tutti i protagonisti della vicenda, che si tratta di applicare una normativa sostanziale preesistente (24). Certo i collegi non hanno una normazione rigida da applicare, v'è un notevole spazio di valutazione adeguata. Ma è pur indubbio che non si può prescindere quanto meno, e con tutti gli adattamenti imposti dalla particolare posizione dirigenziale (come in misura corrispondente si verifica per il giudice), dalle fattispecie legislativamente poste. Valgono a giustificare il licenziamento la giusta causa *ex* art. 2119 c.c., il notevole inadempimento agli obblighi contrattuali, nonché le ragioni tecnico-organizzativo-produttive di cui all'art. 3 della legge n. 604; ed è ben difficile che i casi della vita non siano riconducibili ad una di queste caselle.

La situazione è, quindi, idealmente scomponibile in una normazione sostanziale, pur sommariamente enunciata nella fonte collettiva con la

---

(24) V. per considerazioni di carattere generale nella rilevazione della sostanzialità del giudizio, l'ampio saggio di Tremolada, *Osservazioni sull'arbitrato irrituale previsto dall'art. 5 della legge 11 agosto 1973 n. 533*, in *Riv. dir. lav.*, 1978, I, 294.

regola del giustificato motivo, e la specifica previsione procedurale arbitrale; con la conseguenza che, quale che sia la qualificazione rituale o no dell'arbitrato, il dirigente può liberamente prescegliere, ai sensi degli artt. 4 o 5 della legge n. 533, di ricorrere al giudice, chiedendo al magistrato ordinario di liquidargli, previo accertamento dell'ingiustificatezza del licenziamento, la penale risarcitoria; posto che, per questa parte, il disposto sulla facoltà di scelta deve ritenersi automaticamente inserito nella regolamentazione contrattuale (25). A questa conclusione sono giunti altri giudici.

L'unico problema serio è, così, quello di determinare il momento preclusivo della facoltà di scelta. La risposta risulta agevolmente dalla dottrina formatasi in relazione alle disposizioni della legge n. 533. La procedura arbitrale può aver corso solo in quanto le parti vi consentano o per stipulazione formale di compromesso in svolgimento dei patti collettivi o, come normalmente si verifica, per fatti concludenti, ad es., per avvenuta comparizione senza contestazioni innanzi ai collegi (26). In particolare non può ammettersi che il dirigente, dopo aver promosso la procedura, si penta e pretenda di interromperla per far corso all'azione giudiziaria (27). In ogni caso occorre, quali che siano le forme di manifestazione, il consenso in positivo delle parti all'arbitrato. Non può accettarsi la tesi, ritenuta in una pronuncia, a quanto consta ancora inedita, del pretore di Bergamo, 17 novembre 1978, giusta la quale l'impresa potrebbe evitare l'arbitrato non semplicemente dando comunicazione del suo dissenso, sebbene promuovendo l'azione innanzi al giudice ordinario, in accertamento della giustificazione del licenziamento; dove, probabilmente, ha operato un « residuo » della ben diversa situazione, certo intrasferibile, prevista nell'art. 7 statuto dei lavoratori al fine di evitare, da parte del datore di lavoro, quella procedura arbitrale (28). In questo senso sono di dubbia legittimità i disposti che talora si

---

(25) V. Andrioli, *op. cit.*, 529 ss.

(26) V. Andrioli, *op. cit.*; Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974, 218 ss.; Tarzia, *Manuale*, cit., 28; Tremolada, *Osservazioni*, cit., nota 23.

(27) V. Coll. arb. Milano 9 giugno 1976, in *Riv. giur. lav.*, 1976, 2, 821, e a conferma, nello stesso caso, Pret. Roma 11 gennaio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 1313.

(28) V. la mia relazione *Le controversie in tema di sanzioni*, cit. Nel senso sostenuto nel testo si è pronunciata Cass. 23 febbraio 1979, n. 1182, in *Foro it.*, mass. 249: « La manifestazione di volontà di una delle parti di non aderire all'arbitrato previsto dall'art. 17 c.c.n.l. 4 aprile 1975 per i dirigenti delle imprese industriali — proposto dalla controparte — è sufficiente a paralizzare la scelta effettuata dal proponente, senza che l'opponente abbia l'onere di un tempestivo ricorso all'autorità giudiziaria; ove, ciononostante, gli arbitri — malgrado la loro totale carenza di legittimazione — abbiano

rinvengono nei contratti e per i quali i collegi ben potrebbero procedere in contumacia della parte convenuta.

Altra questione è se i collegi possono conoscere o no anche del licenziamento per giusta causa. Anche qui da diverse parti si sostiene (29) la conclusione negativa, in particolare rilevando che, alla lettera, i collegi non possono condannare al pagamento del preavviso ed in parte richiamandosi, ancora per un residuo storico intrasferibile a mio avviso, il precedente della regolamentazione di cui all'accordo interconfederale per i licenziamenti dei lavoratori « comuni » nell'industria. A mio avviso la soluzione positiva si impone, giacché la valutazione sull'esistenza o no del giustificato motivo assorbe quella relativa alla giusta causa. E se è vero che alla lettera ai collegi non è conferito il potere di « condannare » al pagamento del preavviso, ma solo quello di determinare l'indennità supplementare per licenziamento non giustificato, è altrettanto vero che la pronuncia di ingiustificatezza del licenziamento comporta logicamente, oltre l'indennità positivamente determinata, l'obbligo ulteriore dell'altra indennità. In ogni caso non è accettabile la tesi secondo la quale *in primis* dovrebbe agirsi innanzi al giudice per la giusta causa e solo dopo, eventualmente, promuovere la procedura arbitrale, soprattutto perché questo comporterebbe l'elusione dei termini perentori dettati, a pena di decadenza, per la proposizione della procedura (30). Più in generale credo che non convenga alla parte imprenditoriale insistere su questa questione, essendo nel suo ben inteso interesse favorire la procedura arbitrale nella sua effettività, non convenendo certo incrementare la spinta alla preferenza per il giudice.

Sulla base di questi dati e di queste questioni, resta da qualificare la procedura. Posto che i contratti collettivi dirigenziali non si pronunciano in proposito (31), è fondatamente da mettere in dubbio, per ben altre notazioni di sostanza, la ricorrente qualificazione d'irritualità. Rispetto ad una procedura che ha corso innanzi a collegi precostituiti, in applicazione di una normativa sostanziale predeterminata, nel rispetto di regole procedurali precise e con svolgimento istruttorio, con lodi motivati, non riesco a capire perché la conclusione debba essere di necessità quella del

---

egualmente emesso il loro lodo, l'opponente può chiedere in ogni tempo l'accertamento della non incidenza dell'atto stesso sulla propria sfera giuridica, senza essere soggetto ad impugnarlo nei termini fissati dall'art. 5 legge 11 agosto 1973 n. 533 ».

(29) V., sul problema, Rossi, *Collegio arbitrale per i dirigenti e licenziamento per giusta causa*, in *Notiz. giur. lav.*, 1977, 731. Nel senso sostenuto nel testo v. Minucci, *Collegio arbitrale e licenziamento dei dirigenti industriali*, in *Dir. lav.*, 1978, I, 287.

(30) V. Mannacio, *op. cit.*, 105.

(31) Per la rilevanza di questo dato v. Andrioli, *op. cit.*, 538.

carattere irrituale o libero. Si consideri che, in ragione della previsione legislativa dell'arbitrato irrituale, la differenza tra l'uno e l'altro arbitrato (specie per l'inderogabilità del rispetto della normativa di legge e di contratto collettivo) pare residuare proprio in termini meramente formali nel senso più angusto, al limite tutto appuntandosi nella circostanza successiva ed esteriore del deposito o no del lodo. Soprattutto mi chiedo su quali basi il magistrato potrebbe negare, innanzi ad una procedura di tale livello, il provvedimento di esecutorietà del lodo; non vi sarebbe ragione di rifiuto.

Deve quindi concludersi che, allo stato, questi arbitrati sono irrituali sol perché la gente, per abitudine contratta, li considera tali in base ad una schematizzazione ormai superata. Probabilmente, merita affrontare il problema dando corso al deposito dei lodi e sollecitando, così, occasioni di consapevolezza. La tesi che prospetto non è, del resto, nuova; venne già enunciata, nel 1954, da Giugni (32) in riferimento all'arbitrato di cui all'accordo interconfederale sui licenziamenti del 1950, scrivendo l'autore che restava « ... affidato, in ultima istanza, alla volontà delle parti di conferire al lodo efficacia rituale precostituendo, naturalmente, le condizioni di forma *ad hoc* ». E qui deve dirsi che le condizioni di forma sono ampiamente garantite.

Formalmente la situazione è diversa per l'arbitrato degli operai agricoli. Qui l'accordo nazionale del 26 aprile 1973 definisce il collegio (punto n. 8) come irrituale e chiarisce che il medesimo giudica « ispirandosi a criteri di equità » (punto n. 9). Sennonché, per il punto n. 2 dell'accordo, l'esemplificazione dei casi di giusta causa e di giustificato motivo è demandata agli accordi provinciali ed in questa sede la casistica ha ampio svolgimento; così i collegi procedono in applicazione di una normativa ampiamente svolta, seppur con criteri valutativi di equità all'interno. In base a questa regolamentazione, e secondo una dottrina già ricordata, la qualificazione in senso formale come rituale o no, operata nel contratto collettivo, sarebbe vincolante; a decidere non varrebbe tanto la volontà delle parti sindacali di porre a disposizione un atto-sentenza o una prova scritta (utilizzabile ai fini della procedura monitoria), quanto quella relativa al grado di stabilità che le parti medesime intendono ricollegare al lodo, tenendo conto che il lodo irrituale, in quanto impugnabile solo per violazione di legge o di contratti collettivi inderogabili, è più stabile di quello rituale impugnabile anche per i motivi di cui all'art. 829 c.p.c., nella ponderazione tra i beni di

---

(32) *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, Milano, 1954, spec. 34.

certezza e di giustizia (33). Questa seconda indicazione vale nell'ipotesi di omessa qualificazione formale. Si tratta di valutare se la qualificazione formale del contratto sia veramente insuperabile, specie in considerazione dell'ormai labile confine tra ritualità e no in ragione dell'ambiguo dato legislativo e della confusione che ne deriva, nell'obiettiva impossibilità di una teorica soddisfacente, tra studiosi e no. Mi limito qui ad enunciare il dubbio, che non mi pare trascurabile. Inoltre si tratta di vedere se non vi sia alcuno spazio, al di là delle previsioni contrattuali-collettive, per la determinazione delle parti individuali, in sede di compromesso formale in svolgimento di quelle clausole o per fatti concludenti. Al di là di qualificazioni formali, probabilmente non pensate in tanta babele, dovrebbero potersi identificare elementi costitutivi sostanziali dell'una e dell'altra specie; di massima auspicandosi che abbiano pieno corso nell'ordinamento decisioni adottate in un contesto estremamente serio per strutture, regole sostanziali e procedurali, di norma non qualitativamente inferiori a quanto elargisce la giustizia di Stato.

(33) V. Andrioli, *op. loc. cit.*

19.

IL CONTENZIOSO DEL LAVORO IN CASSAZIONE (*)

In questa occasione sono particolarmente imbarazzato. La situazione che ha determinato questo convegno è ben nota; mentre grosso modo, ad eccezione di alcuni grandi centri, l'esperienza del nuovo processo del lavoro va mediamente e moderatamente bene (nel senso della definizione relativamente sollecita delle cause nelle fasi di merito, nelle preture e nei tribunali) il carico della sezione lavoro della Cassazione è andato crescendo in misura notevole, come risulta dalla relazione di Martone. Non si riesce a smaltire in tempi convenienti ed accettabili i ricorsi; per la decisione è necessario attendere alcuni anni; l'arretrato pare destinato così a crescere. Si vorrebbe che questo convegno servisse ad individuare le cause del fenomeno e, quindi, a prospettare possibili rimedi.

L'imbarazzo personale è agevolmente comprensibile. Per poter individuare, con sufficiente tranquillità, le cause del fenomeno, sarebbe necessario discutere sulla base di studi e ricerche serie, specie d'ordine statistico. Almeno io, sono del tutto sprovveduto. Ho solo un certo numero di impressioni personali, ricavate dall'esperienza; dovendosi poi ricordare che ogni esperienza è, per necessità di cose, personale e parziale.

Vi prego, quindi, di considerare questo mio contributo non come una relazione in senso tradizionale, ma come un semplice intervento introduttivo all'incontro; con l'augurio che questo serva a chiarirci le idee, e che ne derivi qualche proposta ragionata e possibile.

Ovviamente, l'angolo d'osservazione non conduce a valutazioni di merito sulla giurisprudenza della Corte. Un tentativo di bilancio « di merito » si fece, ad es., alcuni anni or sono, per iniziativa della *Riv. giur. lav.* (1977, I, 145), con gli interventi (moderatore Natoli) del cons. Persico, del nostro presidente Franceschelli, di Ventura e il mio. Qui

---

(*) È la relazione letta il 12 marzo 1982, ad Ostia, al convegno promosso dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napolitano.

invece, a parte diversi riferimenti di volta in volta incidentalmente ritenuti opportuni, la nostra attenzione deve rivolgersi al contenzioso del lavoro in cassazione in quanto tale; in termini, se mi è lecito dire, di produttività della macchina in senso stretto ed angusto e, più in generale, in termini che potrebbero dirsi di effettività dell'istituzione rispetto a quello che la società italiana si attende da essa. È, quindi, un discorso sull'istituto in sé. Del resto, di una valutazione di merito non c'è bisogno. Nel complesso si può ripetere, se vogliamo far ricorso ad una formula riassuntiva, quanto disse Ventura nel dibattito del 1977: che la giurisprudenza della sezione comprova della sostanziale « lealtà » della Corte al diritto del lavoro quale è andato evolvendo e rinnovandosi nel decennio poststatutario, ai principi e ai valori che in questo recente periodo si perseguono. Nessuno può certo dire, come era solito dirsi un tempo, che la Corte assolva ad una funzione frenante o di retroguardia. Al contrario, sovente la Corte è all'avanguardia e pressoché sempre rivela una nobile tensione verso il meglio, nel riconoscimento dei giusti interessi del lavoro costituzionalmente garantiti, nel tentativo, invero non sempre coronato da successo, di equo contemperamento con le esigenze delle imprese oggettivamente considerate.

Passando a quanto qui ci interessa, è indubbio che un'esatta valutazione dell'incidenza quantitativa del contenzioso del lavoro in Cassazione non può prescindere dalla collocazione di questo particolare nell'universo del contenzioso del lavoro in generale, ancora in termini quantitativi. Non so se si siano fatte ricerche in proposito. E così debbo dare la stura alle mie impressioni.

Credo che in generale il contenzioso del lavoro sia cresciuto dal 1970 in poi. Credo che in proposito, per avvalorare l'impressione che non ritengo meramente personale, basti tener conto dei numeri nelle voci del repertorio del Foro italiano che più ci interessano. La voce Lavoro (rapp.) è passata da n. 708 nel 1979, a n. 1217 nel 1975, a n. 1533 nel 1980, quasi alla triplicazione. La voce Sindacati era prima assai esigua (n. 38 nel 1970), sale a n. 331 nel 1975, cala a n. 141 nel 1980; dove plasticamente risulta l'andamento in grandi linee del contenzioso, con la spinta quasi furiosa ed ossessiva dei primi anni *post* statuto (art. 28) e la calata successiva nel contesto generale del diritto c.d. « dell'emergenza ». La voce Lavoro (controv.) passa da n. 53 del 1970 a n. 517 del 1980; dove in mezzo, c'è, appunto, la riforma incisiva del 1973. E sono anche comprensibili le ragioni della crescita del contenzioso in generale; il processo volto all'effettività del diritto del lavoro, al suo reale inveramento, indotto dal profondo moto contestatario verificatosi nello scorcio degli anni '60 e tradotto nelle grandi riforme legislative, ha

ingenerato la crescita della domanda di giustizia. Non c'è bisogno che insista su questo.

Ma nel contempo si può avere anche l'impressione che la mole del contenzioso si restringa notevolmente dalla base al vertice, che per una notevole percentuale tutto si esaurisca in primo grado, che progressivamente il numero delle sentenze d'appello avverso le quali viene proposto ricorso sia percentualmente ridotto, insomma che in Cassazione pervenga solo una piccola parte delle cause. E tutti pur sanno quale sia la ragione di questo. Fondamentalmente: l'esecutività immediata della sentenza di primo grado, potendosi ottenere la sospensione da parte del giudice d'appello solo dimostrandosi il gravissimo danno per la parte datoriale. Cosicché, in ragione della dubbia recuperabilità di quanto è stato pagato, spesso si è indotti a non impugnare. Aggiungasi la recente (a mio avviso fortemente opinabile) giurisprudenza della Corte *ex* art. 336 c.p.c. sulla perduranza degli effetti della pronuncia di primo grado, nonostante la riforma in appello e fin quando non passi in giudicato la seconda sentenza (conclusione che invero dovrebbe quanto meno indurre a dare assoluta precedenza ai ricorsi in tema di licenziamenti, se non si vuole pervenire alla beffa della stabilità interinale del rapporto per pronuncia pretorile riformata). Tutto questo induce a questa seconda impressione. Orbene sarebbero necessari studi accurati, per confrontare la situazione *ante* e *post*, avendo come punto di riferimento la riforma del 1973. Forse ne potrebbero risultare avvalorate entrambe le impressioni di cui ho detto; la riduzione dell'incidenza del contenzioso del lavoro in Cassazione, pure in crescita, nell'universo complessivo del contenzioso specifico.

Resta la crescita in assoluto del contenzioso in Cassazione. Si può registrare con soddisfazione, sulla base di questa esperienza, che per fortuna non passò, in occasione della riforma del 1973, la proposta di consentire il ricorso anche per violazione o falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro (apprezzabile, almeno a livello della contrattazione nazionale di categoria); giacché, altrimenti, si sarebbe verificato un ulteriore aggravio. Ma, di fatto, sovente si tenta di denunciare sostanzialmente queste violazioni per la via indiretta e tortuosa della non corretta applicazione dei criteri legali d'interpretazione dei contratti privati.

Dopo di che sarebbe certo importante (specie se risultasse avvalorata l'ipotesi della caduta in relativo di questo contenzioso) accertare quali motivazioni o spinte inducano a ricorrere in questa quantità. Ed anche qui debbo dare forzatamente campo, in mancanza di meglio, alle impressioni personali sulla base dell'esperienza di avvocato; e di avvocato che prevalentemente si trova a dover patrocinare gli interessi delle

imprese (tanto preciso sol perché, presumibilmente, un collega dell'altra parte potrebbe utilmente allargare ed arricchire le supposizioni, come è sicuro che si verificherà nel corso del dibattito).

A prima battuta potrebbe vacuamente dirsi che si ricorre in cassazione (malgrado la dubbia economicità del rimedio, almeno dal lato imprenditoriale) perché, nonostante tutto preme il senso di giustizia (offeso) della gente, quale che sia il fondamento o no delle doglianze avverso la pronuncia di merito. E non c'è dubbio che anche questa componente stimola. Così come è indubbio che la spinta alla giustizia, ad un migliore diritto, opera vivacemente dal lato dei lavoratori, in particolare per il fervore di nuove possibili interpretazioni ed applicazioni del diritto, per le quali merita lottare sotto la regia sindacale. L'autorevolezza della Corte è forse oggi, come accennerò, minore che in passato, ma resta tuttavia elevata; ancor oggi innanzi a molti giudici di merito, una sentenza favorevole della Cassazione è un buon biglietto da visita.

Sennonché qui, nel tentativo di trovare oggettive pezze d'appoggio per questa o quella spiegazione, potrebbe essere utile una disgregazione statistica del contenzioso per specifiche materie, secondo classificazioni in termini di qualità della domanda di giustizia. Nel senso che, forse, dalla ripartizione percentuale delle cause in quest'ordine d'idee, potremmo avere lo spunto per più specifiche considerazioni tenendo conto, di volta in volta, dello stato del diritto sostanziale e del grado di relativa incertezza.

Specificatamente dal lato imprenditoriale potrebbe essere utile una disgregazione del contenzioso, in ragione della qualità dell'impresa e della sua consistenza. Ho l'impressione, infatti, che anche qui possa distinguersi tra piccole e medio-grandi imprese, e tra queste gli enti pubblici. Il piccolo diavolo, quello a favore del quale il legislatore ha previsto la possibile sospensione dell'esecuzione della pronuncia di primo grado, è forse meno corrivo a giungere al Palazzaccio. Diversa è la posizione delle imprese grosse, in particolare degli enti pubblici; qui la lotta per il diritto ha economicamente spazio e giustificazione.

L'ente pubblico non ha remore ad arrivare fino in fondo, ad esplorare tutte le possibilità. Ad es., anche se di fatto, nel caso concreto, il giuoco è irrimediabilmente esaurito dopo la pronuncia di primo grado che ha riconosciuto il diritto d'affissione *ex* art. 25 statuto al singolo lavoratore, non ci si acquieta, si fa l'appello, poi si va in Cassazione. Perché una pronuncia della Corte che ristabilisca il buon diritto ha sempre un enorme valore di principio nei rapporti intersindacali e di lavoro; oltre quel « cane sciolto » sindacalmente contestatario, vi sono diverse migliaia di dipendenti, v'è un fitto sistema di « relazioni indu-

striali »; la pronuncia, accademica nel caso, è estremamente importante.

Talora la volontà di resistenza *usque ad finem*, anche rappresentandosi il problema, è semplicemente doverosa tutela dell'interesse pubblico. Ad es., (se mi è lecito fare una confidenza in ragione della responsabilità che si è ritenuto di commettermi in un ente pubblico) posso dire che, almeno per me e per quanto possa, non mi fermerà la sentenza sull'assunta nullità della clausola del contratto collettivo che inibisce l'assunzione di chi sia parente degli amministratori o di altri già in servizio; mi batterò, presentandosi il caso, perché alla clausola si dia corso e per la resistenza ad oltranza. Nella consapevolezza che qui l'interesse pubblico tanto impone.

Spesso il contenzioso si alimenta sol perché la posta in giuoco nella singola causa, come causa di serie, non è meramente individuale; allorché si tratta di una pretesa ripetibile all'infinito da quanti si trovino nella medesima situazione. E qui, anche per calcolo economico, conviene mantenere per quanto possibile aperta la questione. Certo la situazione potrebbe presentarsi diversamente se ci fosse modo di poter risolvere una volta per tutte, *erga omnes*, certe controversie (ad es., in punto di interpretazione dei contratti collettivi); è il problema, ancora non adeguatamente risolto, in termini d'utilità sociale, delle controversie c.d. « collettive ».

Talora il contenzioso è alimentato nell'emergere, e a ragione, del contrasto interno di giurisprudenza nella Corte. Si pensi, ad es., alla questione della liquidazione finale dell'indennità di anzianità secondo scaglioni di appartenenza alle diverse categorie; specificatamente sul punto se debba garantirsi il risultato minimo, derivante dall'applicazione dei coefficienti dell'ultima retribuzione previsti per la categoria operaia nel contratto collettivo vigente all'estinzione del rapporto. Il recente dissenso entro la Corte a questo proposito ha dato nuova stura alle cause. Cosicché è da augurarsi che si adottino espedienti per evitare questi contrasti.

Talora si va in Cassazione sol perché, per il momento, mancano pronunciati della medesima su una certa questione e un intervento della Corte è obiettivamente importante. Ad es., a quanto mi consta, non vi sono sentenze della Suprema Corte sulla sospensione o no del periodo feriale per insorta malattia.

Talora (potrei suffragare l'assunto) si va alla Corte (come anche innanzi ai giudici di merito) ancor quando sia dubbia la ricorribilità in ragione dell'accertamento incensurabile del giudice di merito, sol perché si desidera far constatare direttamente (quale che sia l'esito della causa) le cose che succedono; nel tentativo, disperato talora, di correggere, se

possibile, il tiro della giurisprudenza, per una motivata decisione di « politica giudiziaria ». È una sorta di tentata controspinta all'eccesso di ideologismo astratto, per principi, che spesso si avverte anche nell'orientamento dei magistrati; cosicché si spera di far toccare con mano, nell'auspicio di mutamenti di rotta, le situazioni reali che si ritengono determinate anche dall'opinione pubblica che la giurisprudenza determina. Ancora una volta, le grosse entità comprensibilmente prescelgono di provocare la lite, ai fini di un'auspicata pronuncia, su casi esemplari (si pensi in tema di eccessivo assenteismo), quando la sentenza, pronunciata in un certo senso, può agire come deterrente nell'ambito aziendale e talora territoriale (la curva dell'assenteismo si muove, in alto o in basso, a seconda del risultato nella lite « singola »). In un corrispondente ordine d'idee, ci si muove talora verso la Cassazione.

Ma, come ho già accennato, l'autorevolezza della giurisprudenza della sezione sembra oggi alquanto minore rispetto al passato. Il fenomeno delle « ribellioni » dei giudici di merito non è irrilevante (si pensi, ad es., alla questione della possibilità o no del patto di prova con gli invalidi da assumere per precetto di legge). Essendo indubbio che spesso si tratta di « ribellione » politicamente o ideologicamente determinata; si pensi ai casi in cui i pretori hanno fatto quanto possibile per garantire l'effettivo rientro in azienda del lavoratore che abbia ottenuto la pronuncia d'illegittimità del licenziamento.

Probabilmente può anche dirsi che, in talune situazioni, il dissenso dei giudici di merito rispetto alle conclusioni ritenute nella giurisprudenza della Corte affonda o nel senso di giustizia ritenuto leso nella situazione specifica o nella scarsa persuasività pratica della conclusione medesima, in termini di reale ristabilimento del diritto che si assume in linea di principio violato. Per la prima situazione mi corre alla mente il caso dell'operabilità o no, a favore dei medici convenzionati, della scala mobile. Per la seconda, indico la questione della « sanzione » per il licenziamento illegittimo, per violazione dei criteri di scelta nell'ambito di un licenziamento collettivo; dove ben si comprende come spesso i giudici di merito optino non già per la soluzione risarcitoria indicata dalla Corte in un'importante pronuncia (questa presentando diversi aspetti « praticamente » dubbi) ma per la pronuncia di reintegra in servizio *ex* art. 18 statuto lavoratori. Così come è alquanto dubbio che possa aver corso la pronuncia recente sulle conseguenze dell'inosservanza delle regole procedurali dell'art. 7 statuto sul licenziamento, vuoi per le indagini concettose che si sono assunte come possibili da parte del magistrato vuoi, ancora, per il dubbio « rimedio » puramente risarcitorio. Credo che ognuno avverta che, per la sensibilità del giudice di merito,

l'unica sanzione concretamente ipotizzabile è quella (quale che sia la ragione dell'illegittimità del licenziamento) dell'art. 18 statuto.

In diverse situazioni il principio di diritto enunciato dalla Corte ha, di fatto, minore incidenza di quella che teoricamente dovrebbe e potrebbe avere; semplicemente perché il medesimo dovrebbe essere inteso non tanto dai giudici di merito, quanto dalle parti sociali contrapposte, se queste fossero veramente responsabili. Ciò dicasi, ad es. e a mio avviso, della giurisprudenza della Corte in tema di comporto « per sommatoria » delle diverse malattie in un determinato arco temporale, ai fini del possibile licenziamento; dove, soprattutto, le parti sindacali avrebbero dovuto raccogliere l'invito implicito e provvedere sollecitamente nella normativa contrattuale (a proposito, se di lacuna si tratta, non sarebbe possibile una lite tra i sindacati ai fini della determinazione equitativa del magistrato, una volta per tutte in quella data categoria?).

Vi possono essere dei rimedi per ridurre il contenzioso in Cassazione a limiti fisiologici di normale smaltimento in tempi ragionevoli, senza dover attendere quattro-cinque anni? In termini di qualità possono pensarsi rimedi, di carattere organizzativo, nella contingenza; oppure rimedi che possono aver corso solo attraverso riforme legislative che tocchino l'istituto della cassazione in quanto tale. Sotto il primo profilo so che si cerca qualche accorgimento che consenta ai diversi collegi di sapere l'uno dell'altro; al fine di evitare, se possibile, contrasti, com'è auspicabile, di giurisprudenza. Si riparla anche di ripristinare la funzionalità dell'ufficio massimario. Si tratta anche di vedere se per qualche verso possa aumentarsi la produttività. E qui manco assolutamente di elementi per giudicare e proporre; il fatto è che, nel decennio, il numero delle sentenze è enormemente cresciuto. Piuttosto si può consigliare il metodo salutare di motivazioni più concise.

Per quanto mi riguada, non menerei scandalo alcuno se si perseguisse una deliberata politica nelle precedenze, in ragione della maggiore importanza di principio e di massa delle questioni. Non è male che la Corte deliberatamente lavori su quanto è socialmente più importante, trascurando le cause di rilevanza meramente « individuale » e quindi senza un sistema piattamente burocratico di precedenza temporale. Una politica come quella qui suggerita potrebbe favorire chiarimenti relativamente definitivi, ed assestamenti della giurisprudenza di merito; ponendosi quindi come alla lunga producente al fine di ridurre la mole del contenzioso innanzi alla Suprema Corte. Un criterio potrebbe essere quello di dare assoluta precedenza a cause nelle quali si pongano questioni nuove per la Corte, ma rispetto alle quali la giurisprudenza di merito è profondamente divisa. In sostanza, la Corte potrebbe cercare di

operare sempre più efficacemente secondo la sua finalità istituzionale di nomofilachia.

Per le possibili riforme « di struttura », in una problematica che ovviamente non si pone solo per il contenzioso del lavoro, ma per l'istituto in quanto tale, c'è qui, con l'autorità che gli è riconosciuta, il prof. Montesano ed io non voglio invadere il campo suo. Ricordo solo che il problema si pone nella prospettiva del nuovo codice di procedura civile, ed ha come punto concreto di riferimento il recentissimo disegno di legge, del quale si è anche discusso in un incontro di processualisti dell'ottobre scorso. Io mi limito a riaffermare la personale inclinazione verso la cassazione come giudice di puro diritto e volto ad assicurare, per quanto possibile, l'interpretazione uniforme del diritto oggettivo nazionale; conseguendone la scarsa simpatia per il n. 5 dell'attuale art. 360. Su una riforma almeno potremmo essere tutti d'accordo, per la cassazione e per il resto. Per elementari esigenze di speditezza è ora di finirla con la sentenza tradizionalmente intesa, come piccola monografia che dice pressoché tutto del processo specifico. Al contrario, la sentenza non dovrebbe affatto ripetere, come oggi è imposto (art. 132 c.p.c.), quanto si può ricavare da altri fogli di causa (ad es., le conclusioni delle parti) compulsando il fascicolo, ma contenere pressoché esclusivamente l'apporto specifico del giudice; cioè il dispositivo e la succinta motivazione in fatto e in diritto. Ne avremmo un non trascurabile vantaggio, perché anche queste piccole riforme contano nella prosa del quotidiano.

20.

SULL'OPPORTUNITÀ PER IL GIUDICE DI MERITO DI UNIFORMARSI ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE

La sentenza che non ha, a quanto mi consta, precedenti specifici, è certo interessante come documento di una professata politica giudiziaria del diritto, in particolare proprio per la sua sincerità, se si vuole per il suo candore (certo singolarmente cospirante alla brevità della motivazione, altrimenti impegnativa, *per relationem*). E per questo si pubblica.

A me, vecchio *ex* magistrato, in fondo al cuore un poco nostalgico, almeno di *quella* magistratura, fa ricordare un episodio ormai lontano, quando nel 1955-56 ero uditore presso la prima sezione civile del tribunale di Firenze (il meglio presso uno dei migliori tribunali, come si diceva in quel clima meritocratico), specificatamente affidato alle cure di un maestro quale per me fu il compianto Enzo Capaccioli. Quando, se ben ricordo in un'astrusa questione di foro erariale, il tribunale volle prendere atto di una scelta ormai irrevocabilmente compiuta dalla cassazione e contrastante alla sua precedente giurisprudenza, conformandovisi, come è, in linea di massima, doveroso. E mi si pregò di dire apertamente, nel canovaccio della motivazione che fui incaricato di predisporre, che il tribunale si adeguava unicamente « per obbedienza » e per funzionalità pratica.

Per funzionalità pratica perché a niente vale la ribellione del singolo giudice, pur convinta, se l'orientamento è consolidato in senso opposto. Come quando, stavolta pretore in San Miniato, studiai a lungo per motivare quanto avevo nel cuore; che, cioè, nell'ambito dell'esecuzione forzata, la casa non è dello scavezzacollo contro il quale il creditore intende realizzare le sue ragioni, ma dell'onesto padre che ha investito in quei mobili, non dimostrabili con atti di data certa, i suoi sudati risparmi. Feci una dotta pronuncia che poi il tribunale riformò sulla base del consolidato. E me ne pentii. Mi pentii di aver coltivato invano un'illusione e di aver fatto spendere inutilmente denari. Anche se, ad oltre vent'anni, testardo come sono, della mia tesi di giustizia resto convinto.

Certo vi sarebbe tanto da dire, sulla sentenza, e sul « principio » e sulla riserva. E qui valgono solo alcuni accenni, per non dare la stura ad un discorso altrimenti incontenibile. È un poco curiosa la riserva delle « regole fondamentali del processo »; perché non soprattutto, in ipotesi, del diritto in senso sostanziale? E poi, più in generale, nella logica del principio c'è spazio per la riserva in sé, vorrei dire « in diritto positivo »? Non dovrebbe comportare la posizione medesima della Corte, al vertice della piramide, l'inconcepibilità del dubbio? Perché, in strutturazione del tipo, è difficile sostenere che le istanze di base abbiano, in ipotesi, maggiore autorevolezza del vertice.

Perché poi la riserva si rovescia; è la via per la quale quanti pensano irriducibilmente all'opposto della Corte fanno passare, come di fatto avviene, la loro ribellione. Potendosi sempre sostenere che, in quelle occasioni, la cassazione ha un'autorità che non riesce a diventare autorevolezza intrinseca.

De hoc satis ... Si metta questa sentenza nel materiale utilizzabile per la riflessione critica e filosofica sulla giurisprudenza; magari scomodando i diversi metodi con cui creare di combinare legalità e giustizia di cui esemplarmente dissertò Cardozo.

21.

IL DECENNALE DEL PROCESSO DEL LAVORO (*)

Mi sento spiazzato in questo incontro, che ha un'intitolazione rigorosamente tecnica, tra autorevoli colleghi processualisti. Mi consolo pensando che certamente sono stato invitato in ragione della mia incompetenza specifica, affinché anche il giuslavorista possa offrire la sua valutazione dall'esterno, per sapere se il nuovo meccanismo processuale ha fatto conseguire gli obiettivi d'ordine sostanziale che ci si proponeva.

Debbo anche dire che ho accettato il cortese invito di Cessari in un momento di distrazione di cui mi sono in parte pentito. Undici anni or sono, quando si fece tanto clamore apologetico attorno al nuovo rito salutato come panacea di tutti i mali del processo ordinario, evitai accuratamente di prendere pubblica posizione. D'istinto, grazie alla mia natura diffidente di contadino di Lucchesia, non condividevo quegli osanna; sicuro che il tempo e l'esperienza avrebbero dimostrato la vacuità di quei baloccamenti a tavolino. Pur condividendo il fine di un processo rapido e puntuale (chi può essere in disaccordo?) e, quindi, ancora una volta, l'ideale, nella mia sprovvedutezza ero in grado di constatare che la legge non era poi quell'eccelso modello di cui si diceva; in molti punti, invero, si trattava dell'ennesima legge « malfatta ».

In una situazione politica incerta ormai da tempo e prevedibilmente per molto tempo ancora, tutte le leggi sono per definizione malfatte; il tecnico può servire al meglio il principe sol quando questi è in grado di esprimere chiare e nette scelte. Ed oggi questo è un comune riconoscimento, anche se da parte di coloro che, di volta in volta, furono apologeti delle c.d. « riforme », cioè delle leggi che, in quanto malfatte, non hanno mai raggiunto gli obiettivi pretesi, ma hanno solo distrutto l'equilibrio della vecchia Italia, determinando mali peggiori; anche se, al riconosci-

---

(*) È il testo, parzialmente rielaborato, dell'intervento al convegno promosso presso l'Università di Parma, il 4 maggio 1984, dall'Istituto di diritto privato e processuale civile, dalla Scuola di specializzazione in discipline del lavoro, dalla Sezione emiliana del Centro Nazionale studi di diritto del lavoro, con relazioni dei prof.ri Colesanti, Fabbrini, Proto Pisani e Tarzia, sotto la presidenza del prof. Enrico Allorio.

mento ampio per il passato, spesso si accompagna il pertinace intento di distruggere quel poco che resta.

Mi astenni perché, a quanto mi si disse, nella fabbricazione di questa legge ebbe parte un Maestro al quale sono particolarmente legato. Se mi fu facile prendere posizione nel 1970 a proposito dello statuto dei lavoratori (trattandosi qui di polemizzare con qualche caro amico della stessa generazione) questa volta non me la sentivo. Noi « benpensanti » abbiamo anche dei tabù, dei sentimenti; e non ce ne vergogniamo. Piuttosto posso raccontare oggi un episodio carino. Poco dopo la legge, venne a Pisa, per una conferenza al « collegio », cioè alla scuola superiore di studi universitari e perfezionamento (*olim* Collegio Mussolini; ma i vecchi che lo frequentarono preferiscono di solito dirsi normalisti), il collega Denti. Mi trasse da parte per dirmi che, dovendo provvedere al commento col giudice Simoneschi, aveva constatato come in diversi punti la legge era fatta malissimo; che c'era in giro la voce che autorevoli processualisti vi avevano collaborato; che la cosa era sicuramente inesatta e che, nell'interesse della comunità, per così dire, degli studiosi, andava smentita.

Risposi assicurando che la cosa era vera. Del resto tempo innanzi, subito dopo l'emanazione della legge, Denti ed io fummo invitati a parlarne dall'Ordine degli avvocati di Brescia; col proposito, come capii ben presto, di provocare un confronto, meglio uno scontro, tra uomini di opposta fazione. Ci ripartimmo il compito: io limitandomi ad illustrare i principi della legge e gli aspetti sostanziali, riservando doverosamente al collega la parte prettamente processualistica. L'amico, nel prendere la parola dopo di me, disse che era sostanzialmente d'accordo con quanto avevo detto, anche se lui, aggiunse, ci avrebbe messo maggiore enfasi politica. Cioè quell'enfasi, quel tono cui sono per natura allergico sempre, nei momenti di imbriacatura ed in quelli prosaici dei magri risultati.

Cerchiamo, se possibile, di fare un bilancio sulla base dell'esperienza. L'obiettivo era quello di ottenere una giustizia « a tamburo battente », possibilmente in unica udienza; col solenne divieto, apprezzabile in termini di civiltà, delle udienze di mero rinvio. Di qui il regime rigido di preclusioni e decadenze reciproche nell'instaurazione del processo: ambedue le parti debbono dire tutto nei rispettivi atti iniziali. Dimenticò, tuttavia, il legislatore che, ad es., nelle cause di impugnativa del licenziamento (dove l'onere della prova della giustificazione grava sul datore) il lavoratore-attore può avere interesse a dire, nel ricorso, il minimo possibile: che era alle dipendenze di quell'impresa e che è stato licenziato; riservandosi di dire di più sol quando la controparte abbia cantato le sue ragioni. È inevitabile che il pretore conceda poi al

lavoratore ulteriore termine per uno scritto di replica come in qualche caso ho visto ragionevolmente fare.

Possiamo dire che l'esperienza è largamente divergente dal modello. In realtà quasi ogni pretore del lavoro ha il suo rito particolare, il suo modo di gestire le cause. Per quanto so, abbiamo le più varie realtà. C'è la precisione cronometrica della pretura torinese, dove le udienze sono fissate anche ai quarti e sono effettivamente celebrate secondo il calendario; con uno stile « prussiano » che a me, invero, è congeniale. C'è l'estremo opposto della pretura romana dove i tempi di gestione effettiva del processo sono forse, in sé, relativamente accettabili, ma dove la prima udienza è solitamente fissata a molti mesi di distanza dal deposito del ricorso. C'è poi la situazione, che vorrei dire media, della mia fascia toscana dove, certo, il modello è saltato se si vuole essere pignoli, ma dove, tuttavia, mediamente nel giro di tre-quattro mesi la sentenza si ottiene; con un risultato che nel complesso comporta una valutazione positiva.

Sappiamo poi tutti per quali e diversi fattori, oggettivi e soggettivi, tutto questo avvenga. Per eccessivo carico, talora, per mancanza di uomini e di mezzi, spesso per la scarsa disponibilità dei patrocinatori e dei magistrati. È inutile diffondersi su queste cose notorie. Piuttosto faccio una constatazione per quanto attiene al carico del contenzioso, rilevando che questo per qualche verso si incrementa in ragione dei contenuti o degli orientamenti di merito. Una scelta innovatrice rispetto ad una pretesa in precedenza ritenuta generalmente non prospettabile con probabile esito vittorioso per il lavoratore (specie se si tratta di una svolta della Suprema Corte) apre il contenzioso a valanga in ogni parte d'Italia. Potremmo fare qui diecine di esempi. Ad es., dopo che la Cassazione ha affermato in qualche sentenza che per il lavoro domenicale spetta in ogni caso al lavoratore una maggiorazione, essendo il medesimo per definizione più gravoso civilmente, anche se si fruisce del riposo compensativo in altro giorno della settimana, le cause del tipo si vanno moltiplicando.

Non voglio dare un giudizio di valore, ma solo formulare una constatazione obiettiva. I magistrati fanno il loro dovere, se ritengono con convinzione di dare nuove letture del diritto posto; ma tutto questo ha un costo di aggravamento della macchina. Così come incrementa il contenzioso il fatto che normalmente i giudici, respingendo il ricorso, compensano tuttavia le spese. La compensazione è ormai di rito, ma la constatazione che, male che vada, quasi sicuramente non si dovranno pagare le spese al datore, incoraggia e non scoraggia la facilità del ricorso alla giustizia.

Vorrei poi sottoporre alla vostra attenzione alcune cose patologiche e no che spiegano per qualche verso, parzialmente, la divergenza della pratica rispetto al modello.

Mi pare assai copioso il capitolo in punto di configurabile nullità del ricorso introduttivo per non adeguata esplicitazione della pretesa, in termini non comparabili a quelli tradizionalmente registrabili nel processo ordinario; anche se qui si tratta di una mera impressione personale su un fenomeno del quale potranno meglio dire i colleghi processualisti. Basta sfogliare le riviste specializzate degli ultimi anni per constatare che spesso i giudici hanno dovuto porsi questo problema. Qui forse è proponibile una spiegazione sociologica. Il grande scossone subito dalla società italiana nell'anno 1968 e seguenti, ha rovesciato ovunque il normale *iter* di successione generazionale e attribuito spesso successo, sull'ondata di quello sindacale e degli umori pregiudizialmente prosindacali largamente presenti in magistratura, ad un certo tipo di avvocato, a soggetti di scarsa preparazione giuridica e dimestichezza tecnica, portati innanzi solo « con la piena »; donde la sciattezza del mestiere. È un fenomeno che periodicamente si verifica, in conseguenza di rotture rivoluzionarie o tali almeno nell'animo di massa in certe contingenze. Tanto avvenne, *mutatis mutandis*, con la crisi della prima guerra mondiale e quella successiva dello stato liberale, con l'affermarsi del fascismo; con una classe dirigente di giovani che di norma aveva conquistato il bastone di maresciallo nelle trincee e nelle prodezze squadristiche; una classe che sul finire del regime, vent'anni dopo, non superava mediamente la cinquantina. È un vero peccato che, spesso, la gestione del nuovo processo sia passata attraverso questi personaggi che si ritrovano puntualmente in ogni angolo di provincia; singolarmente con una pratica che è agli antipodi rispetto alle prescrizioni formali della legge, nel rispetto delle quali si giuoca l'effettività del processo. Sono quei personaggi che, altrettanto solitamente (e qui per ragioni non commendevoli) moltiplicano inutilmente i ricorsi quando, nelle liti nelle quali molti sono interessati, secondo altro disposto formale della legge, un solo ricorso è possibile; evidentemente perché, in certi studi, invece dell'uso diligente e parsimonioso del tempo a fini di autentica crescita professionale, si preferisce la riproduzione meccanica dei fogli, purtroppo in carta libera, a fini pecuniari; con scarso rispetto, direi, dei colleghi di controparte.

Quando pur vi siano le condizioni materiali adatte per la conduzione del processo secondo il modello legislativo, tuttavia spesso avviene, per il concorso dei difensori e/o per spinta del giudice, che i tempi possibili non siano rispettati e che la sentenza venga più tardi; naturalmente a prescindere dai casi in cui la lite di necessità si trascina per diverse

udienze, data la necessità di assumere diversi testi per questioni di fatto estremamente complesse; dove, evidentemente, non abbiamo udienze di mero rinvio e la sostanza del precetto è osservata. Ma talora avviene, appunto, che ci si trascini, in sostanziale concordanza di tutti i protagonisti, per altre esigenze. E qui può essere interessante cercare di capire le ragioni.

Talora le cause sono intrinsecamente difficili, di esito incerto per l'una o per l'altra parte, quando nella complessiva giurisprudenza corrono diversi orientamenti e non è facile formulare un attendibile giudizio di probabilità circa i pensamenti di quel pretore o circa l'esito finale della lite. E allora qui avviene un fatto semplicissimo, sul proscenio o dietro le quinte: *si tratta*, si ricerca una possibile soluzione transattiva di comune vantaggio. Al di là delle dispute dei dottori, il processo è un affare e la gente bada giustamente soprattutto al proprio tornaconto. Si pensi, ad es., alle cause in tema di licenziamento collettivo; dove, a quasi vent'anni dalla legge n. 604 del 1966, persino la giurisprudenza della Cassazione è ancora incerta, ad es., in ordine alla necessità o no della ristrutturazione dell'impresa in senso strutturale-materiale. Dove, *prima facie*, pare di potersi constatare uno scarto enorme tra il grosso lavoro fatto ai fini difensivi dai patrocinatori dell'impresa, per giustificare quei licenziamenti in fatto e in diritto, e il risultato di una monetizzazione transattiva in definitiva per somme almeno individualmente assai esigue; con la spinta a dire che la montagna ha partorito il topolino. Sennonché quel topolino è il risultato di tutto il dispiegamento delle forze e senza questo non si sarebbe ottenuto; perché occorre innanzitutto spaventare l'avversario, dopo di che si può ben concedere, per interesse ed anche in spirito di solidarietà sociale, un'integrazione economica; con la concomitante soddisfazione del magistrato che, in questi tempi così tristi anche per l'eventuale violenza fisica, chiude la questione con l'immagine del buon padre di famiglia, con soddisfazione di tutti e senza lasciare strascichi di rancori.

Spesso, quando tutto il materiale istruttorio è raccolto, gli opposti patrocinatori sono concordi nel chiedere al giudice non la decisione immediata, a tamburo battente, ma il rinvio per le note difensive; perché la questione è così complessa, in fatto e nella possibile prospettazione in diritto, che s'impone l'esigenza di una meditata riflessione nel silenzio delle proprie stanze. Dove, a mio avviso giustamente, è stato deluso il vano obiettivo di voler penalizzare il processo che qui resta irrimediabilmente civile. Del resto spesso anche i magistrati sono sensibili a questa esigenza; l'appagano col comodo espediente di rinviare anche di pochi giorni per la sola lettura del dispositivo. Perché anche il magistrato

avverte, a sua lode, l'esigenza di studiare e meditare. Ho avuto di recente una causa di puro diritto, relativa alla maledetta questione del recupero delle famose lire 418.000 della contingenza perduta tra il 1977 e il 1982; si poteva ben decidere alla prima udienza, ma il pretore ha rinviato di ufficio per due volte, esplicitamente motivando per la ragione vera; fin quando non è sopravvenuto il suo trasferimento, col passaggio della grana ad altro magistrato che deve ancora decidere.

Tutti questi rilievi marginali ed insufficienti spiegano ampiamente la realtà dell'esperienza e l'illusione in cui illuministicamente cadde il legislatore del 1973. In questo processo privatissimo vi sono due parti contendenti rispetto ad un affare e vi è un'incognita, il giudice: spesso in una situazione di obiettiva incertezza giurisprudenziale. Io ho avuto perfino un caso, in zona qui prossima in cui, a seguito della ponderosità della difesa, il risultato fu quello del reciproco stallo rispetto a tante incognite sul tappeto; tanto che concordammo un 309 ad un anno e dopo la causa non è stata riassunta; trovando per altra via le parti una soluzione di compromesso. La vita, vivaddio, è assai più ricca degli schemi astratti tracciabili nell'empireo dell'ordinamento giuridico; la vita riprende ogni giorno le sue ragioni e non c'è logica d'ufficio pubblico che la possa dominare.

Nel complesso, e proprio perché nel 1973 non fui né tra i detrattori né tra gli apologeti, credo che si possa dare, mediante una valutazione positiva dell'andamento del processo secondo il nuovo rito. Dove le dimensioni sono possibili e dove il giudice ha buona volontà, il processo funziona, nel giro di pochi mesi si ha la sentenza di primo grado, talora la decisione d'appello segue poco dopo (mentre le cose sono notoriamente più dolenti in Cassazione). È un risultato importante rispetto all'andamento incivile del processo ordinario.

La ricorrenza decennale naturalmente sollecita ai bilanci. Anche il Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali ha voluto dare, per iniziativa di Gino Giugni, il suo contributo e ha provocato, con la mia collaborazione, un'intervista ad alcuni magistrati che si sono ritenuti particolarmente rappresentativi delle varie realtà e delle diverse posizioni. Abbiamo sentito, attorno ad un tavolo, su circa 35 domande, di massima seguendo la falsariga delle disposizioni di legge più alcune domande generali in chiave deontologica, il dott. Denaro della pretura torinese, il dott. Mannaccio del tribunale milanese, due magistrati fiorentini di diverso orientamento, il dott. Soresina per la pretura e il dott. Massetani per il tribunale, il dott. Mattone della pretura di Napoli-Barra, il dott. Giannoni fino ad un anno fa pretore del lavoro a Lucca. Certo non potevamo allargare, per i limiti di spazio della rivista; ma sul piano

della qualità credo che il campione sia apprezzabile. Ebbene, come ho detto nella paginetta d'introduzione, mi è sembrato di registrare in questo incontro due cose. In primo luogo un minore livore ideologico rispetto al clima tempestoso di dieci anni fa; giacché il tempo, col suo benefico trascorrere, insegna e modera. In secondo luogo tutti questi magistrati si sono dichiarati affezionati al processo del lavoro, tanto da dover considerare come una jattura e una degradazione professionale la destinazione ad altro ufficio. Sono cose altamente positive. Dovendosi poi dire che il fatto più grosso ingenerato dal nuovo processo è quello di aver fatto emergere prepotentemente, in primo piano, il personaggio giudice, come attivo e cosciente protagonista. La magistratura del lavoro esprime oggi, certo con le diverse ombre che vi sono, il meglio della magistratura italiana per impegno, dedizione, consapevolezza culturale e sociale.

22.

SULLA PROCEDURA ARBITRALE PER I LICENZIAMENTI DEI DIRIGENTI

Da ultimo, nel senso che il Collegio arbitrale costituito per i dirigenti *industriali* non è competente allorquando il licenziamento sia stato disposto per giusta causa, v. Cass. 26 luglio 1983, n. 5147, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1209, con nota redazionale cui si rimanda. *Contra* v. Pret. Milano 26 ottobre 1982, *Orient. giur. lav.*, 1983, 718.

In riferimento alla questione di cui alla seconda massima v. Cass. 24 marzo 1982, n. 1869, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1804, con nota di Vallebona; anche se il contratto individuale, per il riferimento a quello collettivo, in linea di principio obbliga al rispetto della procedura arbitrale, la facoltà di declinare la procedura medesima deriva direttamente dalla legge e deve essere esercitata in tempo utile rispetto alla prima udienza.

In ordine alla notoriamente controversa qualificazione di questi arbitrati, vedi, da ultimo il saggio di S. Magrini, *Il licenziamento del dirigente fra processo e contratto*, in *Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma*, (Annuario INPDAI), Milano, 1985, 233.

La prima questione, della competenza o no dei collegi arbitrali anche per la giusta causa, è controversa da sempre, da quando, nella prima metà degli anni '70, nei diversi contratti collettivi per i dirigenti andò diffondendosi la previsione della procedura arbitrale di impugnativa dei licenziamenti, sostanzialmente in termini di eventuale mera tutela obbligatoria, con la possibile liquidazione, in caso di accertata ingiustificazione del recesso, di una penale risarcitoria. Probabilmente, ed inconsapevolmente o no, alle origini v'è anche una sorta di residuato storico. Queste previsioni dei contratti per i dirigenti nella sostanza riprendono il modello dei precedenti accordi interconfederali per i lavoratori « comuni » dell'industria; in questi accordi prevedendosi il rifiuto datoriale di demandare al collegio arbitrale la questione della giusta causa, così costringendosi il lavoratore ad adire l'a.g.o. con conseguente sospensione della procedura arbitrale; vedi, da ultimo, in tal senso il n. 15 dell'accordo interconfederale 29 aprile 1985 per i licenziamenti individuali.

In definitiva sul punto la questione è di stretta interpretazione del contratto collettivo; potendo così di volta in volta la conclusione variare in riferimento al diverso contratto dirigenziale. In tal senso è la Cass. n. 5417 del 1983 sopra citata. Qui il pretore milanese ha ritenuto di poter interpretare il contratto per i dirigenti commerciali nel senso della massima estensione della competenza arbitrale; anche se poi ha aggiunto alcune argomentazioni di non facile comprensione, ad esempio mettendo in rilievo una pretesa intrinseca alla diversa portata della valutazione arbitrale e di quella del giudice ai fini della giusta causa e, conseguentemente, della spettanza o no del preavviso. Ed infatti non pare che il Collegio possa esimersi dalla valutazione circa l'esistenza o no della giusta causa alla stregua della nozione di questa ritenibile secondo il codice e nell'ordinamento generale, senza alcuno spazio di determinazione equitativa. È decisiva la constatazione che si tratta di far governo di una nozione di legge. Oltre tutto non consta che i contratti collettivi specifici dettino una diversa nozione rispetto all'art. 2119 c.c.

È da aggiungere che di recente, nel contratto collettivo per i dirigenti assicurativi del 20 luglio 1984, la competenza del Collegio è stata formalmente prevista anche per la giusta causa (v. art. 35 in relazione alla lett. *c*) dell'art. 29).

Rispetto alla questione di cui alla seconda massima, la conclusione cui il giudice ha ritenuto di poter pervenire suscita notevoli perplessità ed è anche sconcertante. Nella sostanza per il magistrato per impedire che la procedura arbitrale abbia corso non basta che la parte manifesti la sua volontà in tal senso, ma è necessario che adisca il giudice del lavoro in un termine perentorio di decadenza « costruito » con l'utilizzazione di quanto dispone il penultimo comma dell'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (statuto dei lavoratori).

In linea generale ed astratta, posto che la legge n. 533 del 1973 per una precisa ed opinabile scelta di politica di diritto di svalorizzazione dell'arbitrato, ha fatto salva la possibilità della parte di ricorrere al giudice, a mio avviso, dovrebbe dirsi a rigore che la procedura arbitrale può aver corso solo in quanto le due parti contrapposte positivamente vi consentano. In questo senso le clausole di questi contratti dirigenziali che spesso prevedono la possibilità dei Collegi di procedere anche in contumacia della parte datoriale convenuta, possono considerarsi giuridicamente dubbie.

Certamente la possibilità di dar corso all'arbitrato non può essere ritenuta sol perché il rapporto di lavoro è regolato dal contratto collettivo in cui la procedura è prevista: proprio perché gli artt. 4 e 5 della legge n. 533 suonano nel senso che di per sé la sussistenza di questa regola-

mentazione collettiva non vincola le parti individuali. Al massimo può valere la clausola del contratto individuale specificatamente obbligante al rispetto della procedura arbitrale, forse potendosi sostenere che la facoltà garantita dalla legge può esercitarsi in definitiva con questa scelta preventiva (ma la conclusione non è del tutto sicura). In quest'ordine d'idee è da considerare ancora quanto dispone il recente contratto collettivo per i dirigenti assicurativi: « Sono obbligate alle procedure arbitrali le imprese che, entro 60 giorni dalla stipulazione del presente c.c.n.l., non manifesteranno una volontà contraria ». Le imprese assicurative hanno l'onere di manifestare entro un certo termine dalla stipula del c.c.n.l. la loro volontà contraria alla procedura arbitrale. E questo, come ho detto riferendo di questa esperienza al convegno sull'arbitrato promosso in Roma il 17 novembre 1984, potrebbe legittimare questo specifico Collegio (si tratta di un Collegio unico nazionale) a pronunciarsi malgrado la contumacia e malgrado anche la formale opposizione dell'impresa che eventualmente non si sia avvalsa della facoltà di cui alla clausola soprariportata; perché, in definitiva, i Collegi sono organi contrattualmente costituiti e l'importante è che essi applichino il contratto, checché possa accadere del loro lodo nell'ordinamento generale.

Tornando all'ipotesi « pura », del discorso da condursi in riferimento agli articoli della legge processuale, senza « divagazioni » contrattuali, la costruzione ritenuta dal pretore non convince. Sono discutibili anche le argomentazioni che hanno portato alla singolare conclusione.

In primo luogo il giudice afferma che non basta la semplice non accettazione della procedura arbitrale. Al contrario, « al minimo » conterrebbe solo la volontà di adire l'autorità giudiziaria (« non semplicemente attendere che altri assuma la relativa iniziativa »), da sciogliersi entro un termine ragionevole. Perché mai? È la parte convenuta nella procedura arbitrale che può, al minimo (v. sopra quanto detto circa il positivo consenso), rifiutarla secondo la facoltà riconosciuta dalla legge; è il dirigente, interessato all'impugnativa del licenziamento, che deve adire, se vuole, il giudice del lavoro.

Il pretore aggiunge che, nella pendenza del processo innanzi al giudice di Stato, la procedura arbitrale resta sospesa. Perché, se una delle parti ha declinato la soluzione alternativa? Forse c'è qui, come ho accennato, una traccia del residuato storico di cui ho detto.

Infine, sulla premessa che qui si trattava di licenziamento disciplinare (ma la questione, in riferimento alla categoria dirigenziale, è controversa ed aperta: v., ad es., Pret. Firenze 18 maggio 1984, in *Giust. civ.*, 1984, I, 2609, con nota di Papaleoni), il pretore ha affermato che l'impresa avrebbe dovuto promuovere la causa innanzi al giudice del lavoro nel

termine di dieci giorni dalla comunicazione dell'attivazione della procedura arbitrale da parte del dirigente, in applicazione di quanto detta il penultimo comma dell'art. 7 st. lav. Testualmente per il pretore l'art. 7 « ... per quanto qui interessa, stabilisce nel caso in cui i contratti collettivi prevedano Collegi di conciliazione ed arbitrato ... un modo particolare ed esclusivo per il datore di lavoro di evitare il giudizio arbitrale quando il Collegio sia adito dal lavoratore: la proposizione dell'azione giudiziaria entro dieci giorni dalla comunicazione di tale iniziativa, pena la decadenza del provvedimento irrogato ».

Rispetto a questa costruzione ci si potrebbe imbarcare su diverse questioni di non lieve momento; quale, ad es., quella accennata sulla configurabilità o no del licenziamento disciplinare nei confronti dei dirigenti. Si può anche constatare che il pretore ha in ogni caso sbagliato sede di riferimento, riferendosi ai disposti dei commi 6 e 7 dell'art. 7 in tema di impugnativa delle sanzioni disciplinari; perché è quanto meno pacifico che queste impugnative non sono in ogni caso esperibili in caso di licenziamento, in quanto per l'impugnativa del licenziamento l'art. 18 statuto richiama semmai le diverse procedure di cui alla legge n. 604 del 1966; in una sistematica che non pare toccata dalla famosa sentenza n. 204 del 1982 della Corte costituzionale (v. la mia nota in *Giust. civ.*, 1983, I, 19). Non è necessaria di tanto. La costruzione del pretore è sbagliata in ogni caso nell'assunto contesto di riferimento.

Nel comma 7 dell'art. 7 della legge n. 300 un termine di dieci giorni c'è per il datore di lavoro, ma per la nomina dell'arbitro di parte nella particolare procedura arbitrale che può aver corso presso l'ufficio del lavoro, comportando la mancata designazione l'inefficacia della sanzione irrogata. Non termine, quindi, per l'azione in giudizio, ma solo per la designazione dell'arbitro *all'interno della specifica procedura*.

Nei due commi dell'art. 7 che qui interessano non c'è alcun termine in senso formale nel senso ritenuto dal pretore. O meglio il termine, se si vuole, si ricava indirettamente ed altrimenti: ove il lavoratore abbia promosso l'arbitrato presso l'ufficio del lavoro, il datore di lavoro si trova innanzi ad un'alternativa: o designare il « suo » arbitro se non vuole far decadere la sanzione o, se non gradisce l'arbitrato, ma vuole salvaguardare le sue ragioni, deve adire in tempo utile il giudice in accertamento, da questa sua eventuale iniziativa conseguendo la sospensione della sanzione medesima. Cosicché, per evitare la decadenza della sanzione per mancata designazione dell'arbitro, si deve di necessità depositare il ricorso innanzi al giudice del lavoro prima che quel termine di dieci giorni scada. Ma la previsione ha per presupposto, appunto, che il lavoratore abbia promosso quel particolare arbitrato ed è all'*interno* di

quella procedura. La previsione non è al contrario, come il pretore ha ricavato in base ad una frettolosa lettura, sul piano del rapporto tra l'analoga procedura in ipotesi prevista nel contratto collettivo ed eventualmente esperita, giusta il primo inciso del comma 6 dell'art. 7, e l'alternativa giudiziaria. Su questo piano l'art. 7 è *muto*, niente dice. E se il lavoratore promuove la procedura sindacalmente prevista, resta alla parte convenuta la facoltà quanto meno di declinare giusta gli artt. 4 e 5 della legge processuale; da nessuna parte è scritto che non basta declinare l'arbitrato che occorre ulteriormente adire, in un termine perentorio per giusta, il pretore del lavoro.

In conclusione, poiché nel caso mancava il presupposto di fatto della promozione, da parte del dirigente, della procedura arbitrale presso l'ufficio del lavoro, *in ogni caso* non c'era la premessa testuale per poter percorrere la strada ritenuta dal pretore. Nel contesto specifico, senza necessità di debordare per interrogativi più generali in una zona allo stato del tutto incerta, questa costruzione mi pare del tutto errata. Se vogliamo restare, in ipotesi, nell'alveo dell'art. 7 statuto, sulla promessa discutibile della natura disciplinare del licenziamento, il dato certo è che il dirigente aveva promosso la procedura arbitrale sindacalmente prevista e che l'impresa aveva, per legge, quanto meno facoltà, attribuita dalla legge, di declinare detta procedura; restando, secondo i principi e buon senso, al dirigente la possibilità di dedurre la questione innanzi al pretore del lavoro.

23.

A PROPOSITO DEL PUBBLICO MINISTERO (*)

1. Da alcuni anni, purtroppo, in un crescendo, la nostra magistratura è, come suol dirsi, nell'occhio del ciclone (con tante altre entità, invero, della nostra amministrazione pubblica). In particolare spesso si discute — nei giornali e in vari dibattiti — dei comportamenti e delle iniziative degli uffici delm., talora menandosi, a torto o a ragione, scandalo; specie per promovimenti di processi penali ritenuti *prima facie* avventati o per provvedimenti restrittivi della libertà personale, che in molti casi paiono non indispensabili e talora anche esosi. Per il diarista che abbia la pazienza di prendere nota, il materiale non manca. Ad es., alcune settimane or sono venne arrestata a Roma, e rilasciata dopo pochi giorni, a seguito della generale protesta del quartiere, una madre accusata non so perché in termini formali di fattispecie, per il fatto di tenere in letto dalla nascita il figlio, un povero mostriciattolo incapace di vita autonoma al livello più elementare. E dalle mie parti, in questi giorni, è stata in galera, per diversi giorni, una ragazza di ventiquattro anni accusata di molestie e minacce gravi ad un anziano medico. Nulla so del fatto per cognizione diretta. So solo che diversi cittadini hanno protestato per iniziativa di un consigliere provinciale comunista di cui ho stima, propendendo a ritenere che si sia mosso a ragion veduta.

In questo contesto è di utile lettura il libro di Carlo Guarnieri, pubblicato nella benemerita collana sull'istituzione giudiziaria in senso vasto, promossa da Giuseppe Di Federico; al fine di far vedere come è diversamente strutturato, in vari Paesi dell'area liberal-democratica, un'istituzione di tanto rilievo nella vita civile e politica, ove venga criticamente presa in considerazione al fine di garantire al meglio valori e princìpi, senza perniciose esorbitanze arbitrarie.

Dopo la presentazione del Di Federico, l'a. in un primo capitolo tratta del p.m. nel nostro ordinamento, in piena equiparazione, ormai,

---

(*) A proposito del volume di Carlo Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984, 188.

alla magistratura giudicante per quanto attiene alle garanzie di indipendenza e in una situazione di pratica incontrollabilità; al culmine di una evoluzione, in questo quarantennio postfascista, fervidamente propiziata dall'opposizione, confinata in ragione della *conventio ad excludendum*, in contrapposizione dialettica al governo (181); dandosi conto del processo di ripensamento in corso da qualche anno, anche nell'opinione di sinistra, con divergenti proposte (26 ss.). Nel secondo capitolo si esaminano le strutture requirenti nei Paesi di *common law*, in due sezioni rispettivamente dedicate all'Inghilterra e agli Stati Uniti; dove ilm. non è, come da noi, un magistrato di carriera con *status* burocratico per tutta la vita, ma viene variamente nominato o eletto per scelte maturate nella classe politica; opera spesso nella requirente temporaneamente, in un intervallo della carriera professionale o politica; non ha talora l'esclusività dell'azione penale, conoscendosi in proposito anche l'azione privata; di fatto è soggetto in tutta la sua azione al controllo incrociato da varie parti.

Nel terzo capitolo vengono esaminati i modelli dei Paesi di *civil law* a noi più prossimi, Francia e Germania. Nei due ordinamenti ilm. è, come da noi, di carriera, ma gli uffici sono strutturati in senso fortemente gerarchico all'interno, per la presenza ai vertici di capi autentici e, al vertice supremo, con poteri non indifferenti del ministro responsabile politicamente verso il Parlamento. Mettendosi in particolare rilievo il severo sistema di reclutamento (in particolare, in Francia), con la scuola nazionale magistrati introdotta, per l'essenziale riforma, nel regime del Generale.

Seguono due capitoli di impostazione teorica sul piano della scienza dell'organizzazione nel settore specifico, in ragione delle finalità perseguite da queste strutture. Nel quarto (discrezionalità e azione penale) si discetta, in un sottofondo assai critico, in ordine all'obbligatorietà o no dell'azione penale, con particolare riferimento alla necessità di intervenire nei confronti della criminalità di nuovo tipo, indotta dall'accentuato interventismo economico pubblico. Nel quinto (p.m. e indipendenza della magistratura) variamente si giustifica come e perché ilm. non possa essere, in quanto parte necessaria del processo, indipendente come il magistrato; da questo derivando, in particolare, la necessità di distinguere i due ruoli. Si prendono poi in considerazione quali possibili accorgimenti si possono adottare, sia per impedire prevaricazioni pericolose sia per un necessario responsabile raccordo nel sistema. Reiteratamente si ricorda che l'assetto cui si è pervenuti in Italia rappresenta un *unicum*, senza possibilità di confronti con altre esperienze.

2. Prendendo questo libro come occasione per meditare su temi di tanta attualità, la constatazione da ultimo registrata sulla totale originalità italica può apparire angustiante e costituire il punto d'avvio di una prospettazione largamente riformistica. In realtà, come G. spesso ricorda, questa originalità ha alla base una forte e diffusa convinzione non solo nel ceto, ma nella generalità del popolo. Da noi l'idea delm. come magistrato e come magistrato garantito nella piena indipendenza, è fortemente radicata, a prescindere dallo schieramento maggioranza-opposizione. È la cosa che mi preme fissare in partenza, nell'accingermi a dipanare, da questo contributo, alcune considerazioni generali e particolari.

Mi pare anche doverosa una seconda constatazione di partenza. Questi non sono temi di pura, asettica « scientificità », ammesso che questa possa concretizzarsi nelle discipline morali o umane. Qui molto dipende dallo stato d'animo, dal modo in cui si sentono le cose che avvengono. Io, il mio stato d'animo l'ho. Il guaio è che in me poi si contendono, rispetto a spaccati diversi della realtà, diversi stati d'animo, talora in contestualità, e non so decidermi.

Certamente non sono contento di questa magistratura, nel complesso della requirente e della giudicante; anche perché gli *ex* magistrati questa causa la sentono con una particolare temperie, talora con la delusione di un amore fallito. Credo che a tutti gli *ex* magistrati questo succeda; come ha detto, in un libro importante, Giuseppe Ferrari (1).

Ma non si può fare di ogni erba un fascio. Oltre quelli di cui si parla spesso nei giornali, spesso con recriminazioni, cioè oltre quelli che comprensibilmente fanno rumore, c'è la massa grigia di media virtù che mediocremente compie il suo dovere. Ma vi sono anche gli ottimi e gli eccellenti che operano con piena dedizione. Conosco, ad es., diversi giudici del lavoro ineccepibili nell'impegno, quale che ne sia l'orientamento. Vi sono coloro che, lottando contro le forme più efferate della delinquenza, vivono praticamente segregati dal consorzio civile, in una sorta di autoergastolo. Mai potremo dimenticare i caduti. Ma ci sono poi, appunto, anche le erbacee, talora effettivamente venefiche; e ci sono (questo soprattutto dispiace) le vittime non scarse nella vita civile. Vi è, in particolare, occasionata dalla degenerazione politica dell'esperienza di autogoverno, la corporazione organizzata. Essa tiene periodicamente le sue assisi, vi conciona dell'universo; e, al fine, può facilmente disporre dei

(1) *Soliloquio sulla magistratura*, Roma, 1984.

mezzi economici necessari (2). In tanto sfasciume della società e dello Stato, nella diffusa corruttela della classe politica latamente intesa, la gente è oggettivamente preoccupata, e, forse senza rendersene conto, assume un atteggiamento remissivo ed acquiescente.

Cosicché quando, nel recente congresso versiliese, un parlamentare socialista ha detto, giustamente, che si trattava del congresso non dei magistrati, sibbene dei diversi partiti del terzo ordine, nel mio intimo plaudo. Come *ex* magistrato, non sento più niente in comune con questi protagonismi. Né posso contenere una spinta simpatetica rispetto alle iniziative di Agostino Viviani. È certo in questo stato d'animo che si è avuta di recente la dura presa di posizione, indubbiamente eccessiva, di Giuliano Vassalli nella commissione bicamerale per le riforme istituzionali (3): « ... la giustizia civile, giunta in più luoghi al collasso, da anni ed anni praticamente non esiste. L'indifferenza, la spietatezza con cui i giudici fissano le udienze ad anni o bienni l'una dall'altra e la scarsa voglia che mostrano sia di studiare la gran massa dei processi sia di deciderli entro tempi ragionevoli sono veramente indiscutibili. La giustizia penale non offre alcuna garanzia al cittadino innocente o ingiustamente gravato di accuse che non gli spettano. Esso è lasciato all'arbitrio più incontrollato del giudice che lo abbia preso di mira sulla base di semplici sospetti, di denunce anonime, perfino di antipatia personale, di prevenzioni politiche e simili ... Al di fuori dei rimedi interni non vi sono altri rimedi di sorta, non c'è nessuno a cui rivolgersi utilmente contro il giudice che manifestamente abusa delle sue funzioni, che commette violenze morali di ogni sorta nei confronti dei detenuti, che li isola con sadismi superati solo dalle torture medioevali. I vari procedimenti disciplinari per fatti di questo genere finiscono in burla. I magistrati sanno di potersene ridere sia dell'assenza di sanzioni ... D'altra parte tutti riconoscono che i magistrati generalmente sono poco preparati, che non hanno nessun tirocinio veramente efficiente, che vi sono difetti nel reclutamento, che nessun'altra categoria ha una somma di poteri così imponente senza alcun vaglio né sulla preparazione né sulla professionalità, né sulle condizioni psichiche, che nessun'altra può raggiungere gradi superiori e maggior potere per sola anzianità, che nessun'altra può avere un rango e un nome non corrispondenti alle funzioni effettivamente svolte ».

Ebbene con tutto questo (e l'affermazione può valere come testimonianza sulla solidità dell'idea radicata nel nostro corpo sociale), intima-

---

(2) Come ho già scritto in *Giust. civ.*, 1985, I, spec. 503.
(3) V. in *Questione Giustizia*, 1984, 1017.

mente mi ripugna l'idea di abbandonare il modello delm. magistrato. Temo che dall'abbandono dell'idea tradizionale possa venire, contro le intenzioni lodevolmente professate, una situazione peggiore. Oggi accanto ai pessimi vi sono i mediocri ed anche i buoni. Domani cosa potrebbe accadere con i magistrati nel potere di questa classe politica? La prospettiva mi spaventa. Forse, col calcolo più crudo e disincantato, rispetto al complesso degli apparati partitici di questa stagione (il codice penale mi consiglia prudenza nel linguaggio) conviene salvaguardare la relativa garanzia derivante dalla presenza di una magistratura, requirente e giudicante, del tutto indipendente, anche se questa allo stato presenta notevoli degenerazioni.

Già che ci sono, mi concedo una piccola digressione. Constatando il basso grado attuale della moralità pubblica, mi è venuto spesso da sorridere ritornando alle dissertazioni sul pluralismo giuridico di cinquant'anni or sono. Ricordiamo infatti come questi teorici *post* primo conflitto mondiale si ponessero pressoché tutti il grave problema se fosse possibile considerare la *societas sceleris* come ordinamento giuridico. In fondo a questo interrogativo c'era un comune pregiudizio moralistico nella valutazione dell'ordinamento generale per eccellenza, quello statuale. Si poteva anche essere in profondo disaccordo con quello stato o con quel governo, magari ai margini o anche al confino o in galera, per la politica in concreto seguita. Ma, a parte la dimensione puramente politica, tutti concordavano, per così dire, sulla naturale eticità dello Stato, come apparato quanto meno in genere con le mani pulite, rispetto al diritto penale comune, nel suo fondamento universalistico. Su questo, tanto Benedetto Croce quanto Giovanni Gentile, erano d'accordo. E su questo presupposto implicito, anche un antifascista come Piero Calamandrei poté decentemente collaborare alla redazione del codice di procedura civile. Ma oggi? Oggi quando (basta sfogliare i quotidiani di un giorno!) constatiamo che spesso quelle strutture sono luogo privilegiato dell'azione perniciosa della deliquenza organizzata, come sottoprodotto delle varie camarille partitiche? Quando tutto è invischiato e deturpato? Oggi la teoria va aggiornata, eliminando il pregiudizio etico contenutistico; solo oggi possiamo veramente avere, del tutto prescindendo dai contenuti e da residui giusnaturalistici, una *reine rechtslehre*!

3. Passo alle considerazioni particolari. Non è del tutto chiaro, in questo libro, il discorso critico sul principio di obbligatorietà dell'azione penale (che fa corpo, come l'a. spesso nota, col principio di legalità e con la configurazione magistratuale del p.m.). Il discorso dovrebbe essere svolto in termini precisi e concreti. Si può essere d'accordo nel dire che,

nelle nostre leggi, si fa eccessivo ricorso alla sanzione penale. La mole è tale che poi, di fatto, la macchina non riesce a lavorare tanto materiale. È un discorso serio ed ha la possibile risposta nella depenalizzazione coltivata da qualche anno (ma il problema si ripropone sul piano della sanzionabilità amministrativa, e possiamo trovarci poi allo stesso punto). Per altro verso può ritenersi che talora il problema si risolva da sé nei fatti, senza formalmente intaccare quel principio, tutte le volte che l'apparato repressivo di controllo non è in grado di seguire da vita. Ad es., ho notato che da alcuni anni per le strade vi sono raramente, a differenza di un tempo, i poliziotti; presumo perché largamente distaccati di scorta ai personaggi in pericolo. Presumo che, di conseguenza, il canale della *notitia criminis* sia oggi di minor gettito. Ma qui siamo evidentemente su altro piano.

Si riferisce (p. 55, nota 16) che in Inghilterra i requirenti possono decidere di non perseguire i furti di beni con valore inferiore alle cento sterline. Ma non ne verrebbe un incentivo alla giustizia privata, magari in forme abnormi? Di recente, in una borgata romana, due povere giovani disgraziate, ree di aver rubato una radiolina, sono state punite col fuoco a furor di popolo. La rinuncia di Stato può essere socialmente una pericolosa abdicazione.

Con tutti questi rilievi a margine, con tutti i dubbi che possono aversi sull'opportunità di abbandonare il principio qui messo in discussione, il problema di fondo esiste, si trascina da anni e dovrebbe essere risolto con molto buon senso; soprattutto contenendo la risposta penale sul piano dell'indispensabile e garantendo, in termini organizzativi, che la macchina possa poi funzionare regolarmente, con tempestività.

Nel libro ci si pronuncia per la netta separazione di ruolo tram. e giudicante. In particolare, Di Federico lamenta (XIII) che da noi nel pretore i due ruoli siano unificati. Il problema esiste, ma solo nella più recente esperienza. Lo dico a ragion veduta, sulla base della mia esperienza di pretore, in anni ormai molto lontani. Nei tempi antichi il duplice ruolo del pretore nella fase istruttoria non dava, di massima, preoccupazioni. Non v'era, nella generalità dei casi, un'autentica fase istruttoria, con impulso determinante ed autonomo del magistrato che si limitava, nella sostanza, a fare da « passacarte ». Il giudice si limitava a decidere sulla base degli atti (cioè del rapporto dei carabinieri o della polizia) se c'era da archiviare o se, invece, doveva rinviarsi a giudizio, al fine contando la mera possibilità astratta di un'eventuale responsabilità penale. Quel rinvio non significava affatto *precisa convinzione* di responsabilità; tanto che, assai spesso, quella stessa persona poi assolveva in giudizio. Esclusivamente qui, infatti, v'era un accertamento diretto. Le

cose sono cambiate, in seguito, per alcune riforme processuali. Spesso si ha il protagonismo dei pretori, che non si limitano a provvedere sulle carte pervenute dalla polizia. In diretta e precisa scelta danno inizio ad indagini e processi, qualche volta determinando clamorosi conflitti anche di attribuzione (si ricordi il recente caso pistoiese).

Le conclusioni di G. sono molto prudenti. Come ha giustamente detto all'inizio (p. 4), sarebbe rischioso voler trasportare meccanicamente da noi le sistemazioni straniere. Occorre tener conto del contesto generale specifico, della tradizione e delle convinzioni radicate. Per questo l'a. propone (pp. 187-188) una strategia di mutamenti graduali; nel che è implicita l'accettazione di massima, condividibile, dell'assetto vigente.

In primo luogo si propone di migliorare la professionalità, con separazione delm. dalla giudicante, con reclutamento specifico. Non può non essersi d'accordo, anche se l'esigenza è fondamentale per tutta la magistratura. Ho sottomano una recentissima sentenza delle sezioni unite (4) che in proposito costituisce un documento agghiacciante. So che questa sentenza è in corso di pubblicazione nelle più importanti riviste e ho l'impressione che determinerà un grande dibattito. Essa, infatti, contiene, nel rigetto del ricorso del magistrato avverso la gravissima sanzione della ammonizione, un'affermazione di principio in sé, astrattamente, di notevole importanza: non può dirsi che sia violato il principio giusta il quale non può sindacarsi, in via disciplinare, il merito dei provvedimenti giudiziari, allorquando essi attestino crasse carenze professionali, abnormi ed inescusabili errori. Sennonché la sentenza è, in realtà, un gravissimo atto di accusa contro il sistema nel suo complesso. Nel caso il giovane uditore, nato a Nocera Inferiore, era stato sbattuto dopo poco nel nord a reggere da solo una pretura. In pochi mesi aveva accumulato queste perle: decisione di diciassette cause civili di competenza del tribunale; decisione di due processi penali di competenza del tribunale; una condanna a pena inferiore a quella minima edittale; sentenza di non doversi procedere per il reato di oltraggio a seguito di remissione di querela; emissione di decreto penale in casi non consentiti; incarico alla cancelleria di predisporre provvedimenti giurisdizionali in genere errati o non possibili; omesso sopralluogo in caso di infortunio sul lavoro con cinque morti, malgrado le sollecitazioni dei carabinieri; scarsa operosità (undici udienze e solo per le cause di scarsa entità; rifiuto di dar corso alle rogatorie); disposizione che non fossero registrate diverse cause civili fin quando non avesse avuto tempo di occuparsene. Il

(4) Cass., sez. un., 28 marzo 1985, n. 2181, Janulardo c. Csm, Min. grazia e giustizia, proc. gen. cass.

giovane, che solitamente consentiva alla moglie di assistere alle udienze (questa indicando la pretura come recapito per l'iscrizione ad una scuola di ballo che intendeva aprire), invocava a giustificazione: sovraccarico di lavoro, suicidio della sorella, ostilità dell'ambiente, inesperienza quale uditore appena nominato alle funzioni (p. 9). Dilettiamoci pure, imbrattando le carte delle riviste, dell'importante affermazione di principio; purché sia chiaro che, nell'economia concreta del caso, al comune cittadino non importa un bel niente, a ragione, né del principio della normale insindacabilità nel merito dei provvedimenti giudiziari né del ridimensionamento del medesimo, secondo buon senso. Il comune cittadino constata solo che un soggetto siffatto, reiteratamente esperimentato, resta, col peso della gravissima sanzione dell'ammonimento, per giudicare della sua libertà e dei suoi interessi; registra che non c'è stata possibilità di espellerlo per inidoneità; si domanda come costui sia potuto passare attraverso il filtro di ventisei esami universitari, di un esame di laurea con undici colendissimi professori, di un solenne concorso pubblico; e vorrebbe sapere se proprio non c'è niente da fare nei confronti dei responsabili di questa pessima soluzione. Questa sentenza è un documento spaventoso di accusa contro l'università, contro i sistemi concorsuali in uso, contro le tecniche o meglio le non tecniche seguite nell'assegnazione del personale; perché nessuna impresa privata di media serietà avrebbe consentito tanto. Confidando che si tratti solo di un caso eccezionale.

Tutto quello che può farsi sul piano della professionalità, ben venga. Vi siano concorsi severissimi contro l'andazzo attuale; magari, per sollecitare la responsabilità a monte dei professori, con doverosa comunicazione alle facoltà dei risultati. Dopo di che l'uditore, fatto un tirocinio pro forma, non deve essere investito presto delle funzioni, incaricandolo di reggere da solo una pretura. Si deve fare qualcosa per arginare la corsa al ritorno nelle terre native e per impedire che in altre regioni uffici importanti restino vacanti, talora per lunghi periodi. Al contrario l'uditore, essenzialmente tale, dovrebbe operare per alcuni anni in strutture collegiali o, in ogni caso, in uffici in cui possa imparare da altri anziani ed esperti. L'assegnazione di funzioni « in diretta » abbia corso solo dopo effettiva constatazione, con opportune verifiche, della piena idoneità.

G. auspica anche che possa aversi l'immissione « laterale » nella carriera a determinati livelli, senza necessità di pervenire dai gradi inferiori. Anche questo espediente può essere introdotto, adeguatamente studiandolo. Può esserci un sistema che consenta l'immissione utile, in età matura, di persone già validamente esperimentate nelle libere professioni e nell'amministrazione.

Infine l'a. indica l'esigenza che, da una parte, venga assicurata una certa omogeneità con i valori della comunità politica e che, dall'altra, sia rafforzata la neutralità politica. Se può capirsi, ed in parte anche comprendersi l'ordine di idee della prospettazione, resta però che l'indicazione è alquanto generica e sfumata. Per mio conto mi contenterei di un minimo traguardo in negativo, come premessa di un nuovo modo di essere della magistratura, nel suo complesso, in superamento dell'andazzo corrente. Sarebbe già importante impedire la degenerazione politica e partitica. Quanti si batterono un tempo per la piena indipendenza secondo i principi costituzionali (io fui tra questi, ma sempre con qualche riserva che le successive vicende hanno del tutto avvalorato), non si resero conto che questo valore andava strutturandosi in un sistema che poteva portare, come di fatto ha portato, ad un completo snaturamento rispetto alla finalità costituzionale. Collegando istituzionalmente l'indipendenza ad un organo, quale l'attuale Csm, di periodica rinnovazione elettorale, era inevitabile il formarsi di correnti, cioè di partiti contrapposti all'interno della categoria, con tutte le conseguenze. La programmata periodicità elettorale porta in sé, inevitabilmente, col proporzionalismo esasperato, la partitocrazia all'interno, il puro schieramento di parte sulle questioni generali ed in ogni singola vicenda di gestione degli uffici e di amministrazione del singolo rapporto di impiego. È la realtà di tutti i giorni. Col risultato che, all'interno della magistratura, vi è una carriera politica vera e propria. Questa carriera interna non a caso spesso si collega alla carriera politica esterna; ed ogni magistrato, per poter coltivare le sue aspirazioni di sede o di ufficio, deve avere la tessera di una qualche corrente, altrimenti non conta nulla nel giuoco al massacro della ripartizione delle sfere di influenza. Il magistrato, che i costituenti vollero libero da condizionamenti politici, è costretto di fatto ad intrupparsi.

Dobbiamo tornare alla buona sostanza dell'assetto costituzionale. Si volle liberare il magistrato, a ragione, da ogni condizionamento politico, dalla sudditanza al governo e al ministro. Per questo i « quattro chiodi », cioè le vicende essenziali della carriera (assunzioni, trasferimenti, promozioni, provvedimenti disciplinari) dovevano essere di competenza di un organo in maggioranza composto da magistrati. Ma, al fine, non è necessaria la periodicità elettorale, da evitarsi in quanto foriera di provocare, come oggi provoca, l'esatto contrario. Come già scrissi (5), siano eleggibili al Csm i magistrati di una certa età con mandato fino

(5) V. *Rassegna dei magistrati*, 1972, 462.

all'età del pensionamento. Ne verrebbe fuori che il piccolo mestatore politico (quanti ve ne sono!) non avrebbe possibilità di programmare la sua carriera politica, ponendo la candidatura per le prossime elezioni. Convocandosi il corpo elettorale sol quando c'è un posto vacante, perché il componente del Csm è andato in pensione o è crepato, le occasioni non sarebbero programmabili. Essendo dubbia la possibilità di accedere al palazzo dei marescialli, si lavorerebbe nel proprio mestiere, ricercando piuttosto gratificazioni professionali interne; il politicante se ne andrebbe; non vi sarebbe struttura favoritiva degli schieramenti contrapposti predeterminati come oggi avviene. Questa sarebbe una riforma radicale, che potrebbe poi servire alla realizzazione di quei valori cui G. punta.

24.

LE DISPOSIZIONI PROCESSUALI DELLA LEGGE N. 108 DEL 1990 SUI LICENZIAMENTI (*)

L'art. 5 della legge 11 maggio 1990, n. 108 dettante la nuova disciplina dei licenziamenti individuali contiene, nell'art. 5, disposizioni processuali in ordine alla risoluzione delle controversie. Non ho l'intenzione di fare qui, nei limiti della mia competenza, un approfondito discorso tecnico processuale su questi disposti; un commento adeguato, che ho potuto leggere per la cortesia dell'a., è stato fatto, per un commentario in corso di preparazione, da Claudio Cecchella; cioè dal giovane processualcivilista cui si deve la ponderosa monografia su *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, edita nei primi mesi di questo 1990 da Angeli. Mi limito a fare alcune considerazioni sui punti centrali di questa nuova normativa, dicendone, in particolare, sul piano dell'*indirizzo politico* del nostro legislatore.

La prima cosa da precisare è che le norme dell'art. 5 non sono di generale applicabilità nella materia dei licenziamenti individuali. La nuova legge, pur avendo generalizzato al massimo il principio che, per potersi legittimamente licenziare il lavoratore, occorre una giusta causa o un giustificato motivo, salve alcune eccezioni di perdurante licenziabilità *ad nutum* (lavoro domestico, dirigenti, lavoratori anziani in possesso dei requisiti pensionistici, lavoro in prova), ha conservato, tuttavia, e sia pure con nuovi numeri, la già conosciuta differenziazione di trattamento a seconda che il recesso datoriale abbia corso nelle minime unità di lavoro o no. Cioè, a prescindere dalla ipotesi del licenziamento nullo perché discriminatorio *ex* art. 3 per la quale non vi sono confini di applicabilità, ancora si distingue, in ragione della consistenza dell'unità di lavoro, tra il regime « forte » o a stabilità reale del licenziamento illegittimo, con pronuncia giudiziale di reintegra in servizio e, invece, il « regime » « debole » in cui la sanzione è fondamentalmente economica, con l'alternativa tra la (teorica) riassunzione in servizio o, invece, il

(*) Questo contributo è destinato agli studi in onore del prof. Vittorio Denti.

risarcimento del danno determinabile, di massima, tra un minimo e un massimo di mensilità della retribuzione globale di fatto, tra 2, 5 e 6, sul modello già accolto nella legge n. 604 del 1966 (art. 2).

Le disposizioni processuali dell'art. 5 sono dettate unicamente nella zona della tutela debole obbligatoria, facendosi nell'art. 5 richiamo alle controversie di cui al precedente art. 2. Il che significa che, nella zona della tutela « forte », resta ferma la normativa di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966 riconfermata nel primo inciso dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (statuto dei lavoratori) ed ora nell'art. 18 come risulta riscritto con l'art. 1 della legge n. 108, con le quattro strade ivi previste: azione in giudizio innanzi al pretore, procedure sindacali, tentativo di conciliazione ora innanzi alla commissione intersindacale costituita presso l'ufficio del lavoro, arbitrato irrituale « libero » (v. *infra*) esperibile dopo il fallimento del tentativo di conciliazione nella sede pubblica-sindacale indicata. C'è, così, una notevole differenza. La più grossa, è che, nella zona « debole », il tentativo di previa conciliazione stragiudiziale è obbligatorio, mentre nella zona « forte » è del tutto facoltativo. E, almeno in astratto e a prima lettura, è possibile che di questa diversità di trattamento si faccia anche questione di legittimità costituzionale.

Appunto nella zona debole, ove il lavoratore non accetti il licenziamento e intende anzi impugnarlo, ha l'obbligo, prima di poter adire il pretore del lavoro, di esperire il tentativo di conciliazione secondo le procedure eventualmente previste in contratti o accordi collettivi ovvero, in ogni caso, nei modi previsti negli artt. 410 e 411 del codice di rito novellato con la legge n. 533 del 1973, cioè o in sede sindacale o innanzi alla commissione intersindacale costituita presso l'ufficio del lavoro. L'omissione del tentativo comporta l'improcedibilità della domanda, rilevabile anche d'ufficio dal giudice nella prima udienza del processo; il magistrato deve sospendere il procedimento, fissando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la proposizione della richiesta del tentativo di conciliazione. Il processo deve essere riassunto nel termine perentorio di centottanta giorni « che decorre dalla cessazione della causa di sospensione ».

Si può constatare che il legislatore del 1990 ha ritenuto di dover compiere in materia, e nella zona delimitata, un completo *revirement*. Da sempre, soprattutto nell'intento di decongestionare per quanto possibile la macchina giudiziaria, da molte parti si è sostenuta l'idea di far procedere obbligatoriamente alla causa un tentativo di conciliazione o in sede sindacale o pubblica, come era previsto nella regolamentazione del

periodo corporativo (1). La questione si ripropone nel corso dei lavori preparatori nella novella del 1973; sennonché il legislatore della legge n. 533 ritenne più opportuno disporre per la mera facoltatività del tentativo, soprattutto per la considerazione, da condividersi, che il tentativo ha senso e spazio sol se vi sia una reale disponibilità conciliativa delle parti; altrimenti ne risulterebbe un appesantimento burocratico.

Del resto, nella materia del diritto processuale del lavoro, i mutamenti di umore del legislatore sono quasi una costante. Basti pensare alla diversa valutazione della possibile alternativa dell'arbitrato. Il legislatore fascista del 1942 ritenne di dover prescrivere del tutto l'arbitrato. Il legislatore della legge n. 604 del 1966 sui licenziamenti non si sentì di rimuovere i divieti del codice del 1942, inopinatamente consentendo però l'arbitrato irrituale, vale a dire l'arbitrato che meno garantisce in ordine all'effettività dei diritti sostanziali del lavoratore. In materia d'impugnativa delle sanzioni disciplinari, il legislatore dello statuto del 1970 previde (art. 7) l'arbitrato presso l'ufficio del lavoro collegandovi il vantaggio della sospensione dell'esecuzione della sanzione e quindi con un chiaro intendimento di convogliare il contenzioso su questi binari. Il legislatore del 1973 ha consentito l'arbitrato se previsto nella contrattazione collettiva, ma in termini di mera facoltatività per le parti individuali, del tutto libere queste di optare per la soluzione giurisdizionale. Ed ora abbiamo con l'art. 5 della legge del 1990, come vedremo poco oltre, altra diversa scelta che suppone un diverso opinamento del patrio legislatore.

Sarebbe interessante poter valutare le ragioni per le quali ora, in questa zona, il legislatore ha optato per l'obbligatorietà del tentativo, non ricavandosi molto dai lavori preparatori di una legge varata in fretta e furia per far saltare la consultazione popolare referendaria. Certo vi è stato l'intento di non sovraccaricare la macchina giudiziaria, prevedendosi un incremento del contenzioso in conseguenza della generalizzazione del principio del licenziamento giustificato. Ma certamente vi è stato anche l'intento di non caricare, se possibile, i più minuscoli datori di lavoro del costo del processo, rendendo, ad es., non necessario il ricorso all'avvocato. La classe politica latamente intesa è stata concorde, con convinzione maggiore o no, dell'inevitabilità ad estendere la tutela contro il licenziamento arbitrario, anche, appunto, per evitare il *referendum*. Ma, nel contempo, è stata assai preoccupata del peso così imposto sui minori datori di lavoro, alleviandone per quanto possibile l'impatto.

---

(1) V., per riferimenti, la mia prolusione pisana *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 190, spec. n. 4.

Vuoi con la previsione di una non incisiva sanzione economica vuoi sollecitando per quanto possibile la definizione stragiudiziale delle liti. Non a caso procedure conciliative ed arbitrali avevano caratterizzato, prima della legge, alcune regolamentazioni sindacali estensive del regime limitativo, ad es., nel settore artigiano. Nello stesso ordine d'idee erano talune proposte di legge, almeno nel senso di porre a disposizione delle parti procedure facoltative stragiudiziali (2). Di questo intento credo che si abbia un riscontro nel disposto del comma 7 dell'art. 5 ove, con previsione d'incerta significazione, si statuisce che « il comportamento delle parti viene valutato dal giudice per l'applicazione degli artt. 91, 92, 96 c.p.c. ». Non è chiaro quali possano essere le concrete implicazioni di questa previsione. Forse, ad es., il giudice, nel provvedere per le spese di causa, potrà tener conto del fatto che il lavoratore ha rifiutato, nel tentativo obbligatorio di conciliazione, una soluzione economica superiore a quella determinata in sentenza o non vistosamente discostata.

Per il comma 6 dell'art. 5, dopo il fallimento del tentativo di conciliazione, le parti possono concordare per rimettere la decisione della lite non al giudice, percorrendo invece la via arbitrale. C'era bisogno di questa esplicita previsione, posto che, in generale, gli artt. 4 e 5 della legge n. 533 del 1973 prevedono in materia di lavoro sia l'arbitrato rituale che quello irrituale? La domanda è ovviamente retorica, perché, certamente, il legislatore non ha ritenuto sufficiente la normativa generale del processo del lavoro, volendo prospettare in altri termini le possibilità arbitrali nella particolare materia dei licenziamenti individuali nella zona « debole ». Ed infatti c'è una grossa differenza tra questo comma 6 e le norme generali.

L'arbitrato « generale » di cui agli artt. 4 e 5 della legge n. 533 è solo quello previsto nei contratti o negli accordi collettivi, quello *sindacale*, disciplinato nella contrattazione collettiva e gestito dalle contrapposte organizzazioni sindacali di lavoratori e di datori di lavoro, in concreto, ad es., essendo incardinati in queste associazioni i due arbitri designati dalle parti. Viceversa la previsione di cui al comma 6 dell'art. 5 della legge n. 108 è più articolata. In primo luogo l'arbitrato può aver corso attivando il collegio arbitrale eventualmente previsto nel contratto collettivo (più precisamente la norma dice nazionale; sono esclusi altri livelli di contrattazione?) vigente nella categoria; ma, in mancanza di disciplina collettiva, meglio nell'ipotesi che questa disciplina non contempli procedure arbitrali, l'arbitrato può egualmente aver corso, se tanto vogliono le parti, nominando ciascuna di esse il rappresentante di parte e di comune

---

(2) V. la proposta di legge del sen. Giugni e quella d'iniziativa popolare in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, III, 25.

accordo il presidente (in difetto di accordo provvede il direttore dell'ufficio del lavoro). Così può aversi, in difetto di disciplina collettiva, l'arbitrato c.d., per intenderci, *individuale*, non incardinato e non gestito sindacalmente. Il lavoratore può nominare arbitro chicchesia. Non v'è alcuna garanzia di assistenza sindacale al singolo lavoratore, parte notoriamente debole del rapporto. Questa è la grossa differenza tra arbitrato generale e particolare e forse l'intento determinante è stato proprio quello di consentire la possibilità dell'arbitrato anche nell'ipotesi di mancata disciplina collettiva. Sennonché questa soluzione non era inevitabile. Se il legislatore avesse voluto restare coerente alla logica di un sistema che ravvisa nell'assistenza sindacale nelle controversie individuali di lavoro una non trascurabile garanzia di tutela del soggetto debole, avrebbe ben potuto riservare comunque la designazione degli arbitri di parte alle contrapposte organizzazioni sindacali più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro. La soluzione accolta è, invece, del tutto *disarmonica* nel sistema.

Merita andare avanti, nei dettagli della scarna disciplina del comma 6, per stabilirne più esattamente la portata. L'arbitrato può essere promosso da « *ciascuna delle parti* », anche se, secondo principio elementare, per poter sottrarre la lite alla cognizione pretorile, è indispensabile il consenso della controparte, il patto di compromesso. Resta però che, con la formula « ciascuna delle parti », l'iniziativa non è di necessità del lavoratore, interessato alla declaratoria di illegittimità del licenziamento con conseguenziali pronunce, ma ben può essere anche del datore di lavoro. Forse qui il legislatore ha considerato che, a seguito dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento *ex* art. 6 della legge n. 604 del 1966 e della promozione del tentativo di conciliazione di cui al comma 1, vi è uno stato d'incertezza in ordine alla definizione del rapporto che è anche nell'interesse datoriale rimuovere (ma è dubbio che questi sottili pensamenti siano stati del legislatore in concreto!).

Alla lettera l'arbitrato deve essere promosso nel termine di venti giorni (direi dalla constatazione del fallimento del tentativo di conciliazione). Ma è un termine che la legge non dichiara espressamente perentorio e che tale di per sé non è; ancor di più è da ritenere che un termine siffatto sia *senza ragione*. Non si scorge, infatti, quale arcana giustificazione vi sia per la delimitazione nel tempo dell'iniziativa. Per questo l'arbitrato sarà azionabile nel medesimo termine di prescrizione ritenibile per la proposizione dell'azione in giudizio.

C'è, soprattutto, un ulteriore inciso che formalmente si presta ad una interpretazione ad esito invero sconvolgente. L'arbitrato può essere promosso dalla parte « anche attraverso l'associazione sindacale a cui è

iscritto o conferisce mandato ». *Nulla quaestio* per l'ipotesi che agisca un sindacato cui la parte ha conferito, nella lite specifica, mandato; la parte può, invero, conferire mandato, in forme giuridicamente corrette, a qualsivoglia sindacato o ad altre entità o persone. Sennonché la norma prevede, in alternativa (o) al sindacato cui sia conferito mandato *ad hoc*, l'iniziativa dell'organizzazione cui la parte sia affiliata, alla lettera non richiedendosi qui mandato. In altre parole il sindacato cui il soggetto sia iscritto potrebbe agire e promuovere di sua iniziativa, anche (in ipotesi invero teorica) contro il volere dell'interessato, per una sorta di investitura legale in termini istituzionali. Una tale conclusione, piana secondo la lettera, è ritenuta in ben due luoghi nel commento di Cecchella di cui ho detto all'inizio: « (pertanto non si renderà necessario un mandato speciale, potendo il compromesso validamente stipularsi dalle associazioni sulla base della sola affiliazione) ». Cosicché dovrebbe dirsi che il soggetto iscritto, e almeno fin quando è iscritto, è vincolato alla scelta dell'associazione. La questione è proprio in questi termini?

Merita ricordare che una formula del tipo non è del tutto nuova nella normativa del lavoro. Già l'art. 6 della legge n. 604, disponendo in ordine all'impugnativa del licenziamento, afferma che questa può aversi « anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale »; alla lettera, l'impugnativa può essere d'iniziativa in concreto esclusiva del sindacato, nel riconoscimento legislativo della funzione istituzionale di assistenza del sindacato di parte lavoratrice per gli associati. Né ci si deve stupire di siffatta previsione. Non è la prima volta, invero, che nell'ordinamento la tutela del diritto individuale passa attraverso l'iniziativa autonoma di altro soggetto anche pubblico. Ricorso che il comma 2 dell'art. 23 t.u. sugli assegni familiari d.P.R. 30 maggio 1955, n. 797 affermava che la prescrizione annuale del diritto agli assegni è interrotta anche « in seguito a intimazione dell'ispettorato del lavoro ».

Una formula del tutto eguale a quella constatata qui nel comma 6 dell'art. 5 della legge n. 108, si rinviene nel comma 6 dell'art. 7 della l. 20 maggio 1970, n. 300 (statuto dei lavoratori): il lavoratore può promuovere, in impugnativa della sanzione disciplinare, l'arbitrato presso l'ufficio del lavoro « anche per mezzo dell'associazione alla quale sia iscritto ovvero conferisca mandato ». Non mi consta che la dottrina si sia mai soffermata su questo inciso nei termini che qui ho fatto rispetto a questa recentissima della legge n. 108 per sottolineare la possibile implicazione istituzionalistica. Se l'interpretazione esatta è quella derivata pienamente dalla chiara formulazione della legge, non v'è dubbio che le organizzazioni sindacali, per deliberata scelta di politica del diritto, potrebbero adoperarsi per sottrarre per quanto possibile le cause alla cognizione del giudice.

Attorno a questo arbitrato si pongono diversi altri problemi. C'è quello, in un certo senso pregiudiziale, se trattasi di arbitrato rituale o, vicevera, irrituale (ammesso che oggi possano aversi idee chiare in ordine alla linea distintiva); problema ampliamento trattato da CECCHELLA nello scritto più volte citato. Così come si possono porre altri interrogativi, specialmente quello della disciplina invocabile rispetto ai problemi sui quali il comma 6 nulla dice. Ritengo che, di massima, debbano valere le soluzioni accolte negli artt. 4 e 5 della legge n. 533 per l'arbitrato « generale ». Così dovrebbe ritenersi escluso l'arbitrato d'equità, come deve ritenersi l'impugnabilità del lodo anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e degli accordi collettivi; nella nostra situazione, in concreto, rispetto ad eventuali normative contrattuali specificatrici delle ipotesi di possibile giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, in svolgimento delle clausole generali di legge e in armonia con le medesime.

Merita soffermarsi un momento, nella logica di questo discorso di valutazione globale soprattutto sul piano dell'indirizzo politico della legislazione e della sua coerenza, in ordine ai modi nel rispetto dei quali la decisione arbitrale può acquisire efficacia del titolo esecutivo; al fine si prescrive l'osservanza dell'art. 411 c.p.c. Ora nel 411, com'è noto, il « controllo » (qui sul verbale di conciliazione) ha corso diversamente a seconda che l'atto sia stato fabbricato innanzi alla commissione intersindacale di conciliazione costituita presso l'ufficio del lavoro o, invece, in sede sindacale. Nella prima ipotesi il verbale deve essere depositato in pretura avendosi poi il controllo di regolarità formale del magistrato. Nella seconda ipotesi, invece, il controllo è doppio: prima il verbale deve essere depositato all'ufficio del lavoro che deve controllarne l'autenticità, dopo di che il verbale ritenuto autentico deve trasmigrare alla pretura. È molto controverso cosa debba intendersi per accertamento di « autenticità » da parte dell'ufficio del lavoro; a mio avviso, come ho cercato di dimostrare altrove (3), all'ufficio è soprattutto commesso di accertare, sulla base delle conoscenze acquisite nella trattazione del contenzioso del lavoro nella zona, che il verbale è stato veramente fabbricato in sede sindacale e con l'intervento di sindacato maggiormente rappresentativo. Ma la questione si presenta del tutto diversa rispetto all'ipotesi dell'arbitrato « individuale », non sindacale, previsto nella legge n. 108; qui

---

(3) Mi permetto di rinviare, per i necessari riferimenti, alla monografia *Le rinunce e transazioni del lavoratore*, in *Commentario del codice civile* diretto dal prof. SCHLESINGER, in corso di pubblicazione per i tipi della Giuffrè, spec. capitolo V, par. 3.

veramente all'ufficio è commesso di accertare che il lodo è stato emesso dai signori che dal testo ne risultano autori e che possono essere persone del tutto sconosciute; cosicché si devono convocare questi soggetti per accertare che ad essi risale la paternità del lodo, raccogliendone inoltre di nuovo la sottoscrizione ai fini formali. Siamo del tutto fuori del contesto risultante dagli artt. 2112 c.c. e 410, 411 c.p.c. e preordinato alla gestione sindacale del contenzioso del lavoro; l'ufficio del lavoro deve intervenire in una situazione del tutto diversa.

25.

SULLA LEGITTIMAZIONE ATTIVA NEL PROCEDIMENTO *EX* ART. 28 ST. LAV.

La decisione, in punto d'improponibilità del ricorso *ex* art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300 da parte del Coordinamento Macchinisti Uniti (CO.MU.), non mi convince. Secondo il pretore si deve ritenere la conclusione, in quanto il CO.MU., seppur organizzazione sindacale nazionale, è esclusivamente monocategoriale, difetta, cioè, del requisito della confederalità richiesto nell'art. 19 St. lav. Infatti, come ebbi a dire vent'anni or sono (v. *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, 1972, *sub* art. 28, n. 3), vi è una sostanziale e formale differenza tra l'art. 28 e l'art. 19. L'art. 28 conferisce la legittimazione a proporre il ricorso di antisindacalità agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali e con questo si richiede certamente un grado pur minimo di rappresentatività; sono escluse le organizzazioni puramente locali o aziendali; un sindacato è « nazionale » nella misura in cui è mediamente presente in tutte le località ove sussiste la categoria di riferimento. Ma nell'art. 28 non si richiede affatto la maggiore rappresentatività, specialmente nel senso di cui alla lett. *a*) dell'art. 19 (in argomento v. C. cost. 24 marzo 1988, n. 334, in *RIDL*, 1988, II, 549).

Probabilmente il magistrato non si è reso conto delle gravi implicazioni della tesi accolta. Se fosse vera la premessa qui criticata, non sarebbero legittimate le organizzazioni sindacali della FABI che, nel settore del credito e pur essendo associazione monocategoriale, è largamente presente, spesso maggioritaria, tanto che solitamente opera in unità d'azione coi sindacati di affiliazione confederale. Né sarebbe legittimata la CIDA come organizzazione monocategoriale dei dirigenti.

Il pretore ha altresì rilevato che il CO.MU. opera solo nelle ferrovie. Ma anche qui, come emerse in occasione della legge Vigorelli del 1959, è bene ricordare che vi sono situazioni di imprese-categorie, di imprese, cioè, che per la loro unicità esauriscono in sé un certo settore del mondo produttivo e del lavoro (v. L. Rubinacci, *Contratti collettivi di categoria e contratti aziendali di fronte alla l. 1º luglio 1959, n. 741*, in *DE*, 1960, 5, ed

anche F. Santoro Passarelli, *Due questioni nel contratto collettivo dell'ENI*, in *RDL*, 1959, I, 211). Notoriamente impresa-categoria, ai fini sindacali, è l'ENEL come la compagnia carrozze letto.

Del merito nulla dico, in quanto la questione è intrinsecamente ardua nella nostra incerta sistemazione del diritto sindacale. Mi limito a ricordare che si sono espressi, a caldo, opposti pareri. Per la legittimità del comportamento dell'Ente e della neocostituita AGENS si sono espressi nei giornali Giugni e Treu (v. di quest'ultimo l'articolo in *Il Sole 24 Ore* del 14 aprile 1992, 16). In senso contrario sono state le valutazioni di Alleva e Mariucci (v. *Giustissimo anzi sbagliato*, in *RS*, n. 16 del 27 aprile, 5). È auspicabile che da qualche parte si studi attentamente la vicenda nei suoi riflessi giusindacalistici.

26.

LA MAGISTRATURA OGGI 1994 (*)

1. Sono stato in magistratura dal luglio 1955 al gennaio 1964, quando passai all'università non come professore, ma come assistente (vinsi il concorso a cattedra nel gennaio 1966). A distanza di anni da quel passaggio, avvenuto in stagione tranquilla, apertasi la fase, in realtà non conclusa, della contestazione e della varia turbolenza dissacrante, me ne sono pentito. Certamente sarei stato socialmente più utile come magistrato; a parte la soddisfazione quotidiana di poter dire di aver sottratto un posto a un magistrato c.d. « democratico » (cioè a un soggetto che, in pieno rovesciamento dell'etica tradizionale del mestiere, si pone come obiettivo l'uso alternativo del diritto e lo scardinamento dall'interno dello Stato).

Per un lungo periodo sono rimasto intimamente legato alla causa della giustizia. Scrissi un libro, più volte sono intervenuto in convegni e riviste (quand'ero nell'ordine con lo pseudonimo di Arturo Andrei, per il doveroso riserbo). All'incirca da quindici anni taccio. Come credo sia avvenuto a tanti sui più svariati problemi in ragione di tanto tormento interiore, a un certo punto ho avvertito che non c'è niente da fare e che è vano l'impegno.

Intervengo oggi sol perché sollecitato da amici ai quali non ho potuto dire di no. E non lo faccio volentieri. Farò un discorso che non piacerà a nessuno, perché tutti o quasi tutti ho da criticare. Ma il dovere dell'intellettuale è quello di dire sempre e comunque la verità, naturalmente la sua, del tutto liberamente opinabile.

2. Da qualche tempo, da due anni, non è oggettivamente facile parlare della magistratura e delle sue alterazioni o deviazioni. I giudici, col pieno consenso e plauso della cittadinanza, hanno colto i ladri con le mani nel sacco, facendo emergere la pubblica corruttela in tutto il suo

---

(*) È la relazione letta il 28 maggio 1994 a S. Miniato, nel convegno *Giustizia e società: il ruolo del giudice oggi*, promosso dal « Centro Studi Valdarno Cultura ».

enorme e impensabile spessore, ponendo in crisi la prima Repubblica e determinando il recente sconvolgimento politico.

Come è possibile, in questa situazione, dir male, come prima spesso avveniva, dei magistrati ora tanto benemeriti? Se vecchie tematiche relative al terzo potere sono praticamente scomparse nella pubblicistica e nei giornali, non si parla quasi più delle contrapposte correnti e dei loro contorcimenti. Ma questa è emergenza (della quale pare ancora lontana la conclusione). Prima o poi, venga o no la seconda Repubblica, si tornerà alla normalità e torneranno i problemi del più opportuno assetto istituzionale.

3. Prima di entrare nel merito, per evitare equivoci pericolosi, sento il bisogno di fare una premessa chiara. L'assetto costituzionale della magistratura « ordine autonomo e indipendente » (art. 104, comma 1, Cost.) resta, a mio avviso, del tutto valido. L'indipendenza esterna e interna della magistratura è un valore supremo che deve essere conservato.

La questione si è posta di recente, in ragione dei conati espressi in taluni settori della nuova maggioranza di governo scaturita dalle elezioni politiche, per quanto attiene alla posizione del pubblico ministero. Da diverse parti si propone di staccare la requirente dalla giudicante. E molti, all'interno e all'esterno dell'ordine, vi hanno visto la minaccia all'indipendenza, il tentativo delle forze di governo di governare e addomesticare la pubblica accusa.

Questi tentativi, del resto ritirati dal capo della nuova maggioranza in incontri formali coi dirigenti del sodalizio di categoria, vanno nettamente respinti. Basta porsi una domanda invero retorica per avere subito la giusta risposta: se i magistrati della requirente fossero stati alle dipendenze del guardasigilli, avremmo avuto i processi di « tangentopoli »? Non c'è da abbandonare la nostra tradizione nazionale.

Altro e diverso discorso è quello della possibile specializzazione interna, argomentabile in ragione dell'inevitabile diversa professionalità. Ma anche qui l'assunto non è del tutto persuasivo, soprattutto perché, ponendosi in questa logica, si potrebbero avere altre ripartizioni (giudici della famiglia, fallimentari, tributaristi ecc.). Ed è una prospettiva non tranquillante, anche se qui non è da approfondire.

4. Ma cosa non va nella magistratura? Tante cose non vanno e qui basta accennare alla rinfusa.

In primo luogo si è registrata, a partire dalla seconda metà degli anni '60, la presenza di un'agguerrita e acculturata corrente costituitasi all'in-

segna delle idee-forza di una certa parte politica; non a caso molti qualificati esponenti di questa parte hanno concluso la loro carriera in Parlamento, al servizio della forza politica ideologicamente ispiratrice. Qui il patto costituzionale, secondo il quale il Parlamento fa le leggi e i giudici debbono semplicemente applicarle (« I giudici sono soggetti soltanto alla legge »; art. 101, comma 2, Cost.), è rotto. A mio avviso, se la logica dei numeri l'avesse permesso nella debolezza intrinseca del regime che sta tramontando, del tutto legittimamente la maggioranza parlamentare avrebbe potuto espellere questo corpo estraneo; ogni regime ha il diritto-dovere elementare di difendersi dalle congiure per giunta palesi.

La magistratura si è poi divisa nettamente per correnti, cioè per partiti interni, derivandone una logica nel contempo spartitoria o lottizzatrice e se del caso consociativa. Tutto, nella collocazione e nella carriera del magistrato, è nelle mani di questi gruppi di potere. Qualche volta ho letto, e più spesso ho sentito dire, che è buona norma di prudenza, per il singolo, procurarsi una tessera come ombrello protettivo. Il nemico che ci si era illusi di cacciare, impedendo le interferenze dell'esecutivo e della politica, è singolarmente risorto dall'interno; la magistratura associata si è auto consegnata al giuoco delle conventicole, con conseguenze nefaste sui più vari piani. Cito solo alcune cose, perché una completa registrazione è impossibile nei limiti di questa relazione introduttiva.

Ad es., in un sistema funzionante e veramente preordinato a garantire la funzionalità degli uffici, il C.S.M. dovrebbe essere in grado di indicare il successore del magistrato prossimo al pensionamento alcuni mesi prima. Invece, verificatasi la vacanza, la designazione normalmente tarda per diversi mesi, talora per anni. L'organo non è in grado di scegliere tra le varie candidature, paralizzato dalle attese delle varie correnti. I concorrenti si danno da fare sollecitando raccomandazioni all'interno e all'esterno. C'è da ridere amaramente, ricordando che, alle origini, si deprecava l'uso del magistrato di rivolgersi all'avvocato, influente uomo politico, per poter arrivare al guardasigilli. Attorno ai posti più importanti è normale la contrapposizione correntizia o partitica.

Ne deriva, poi, il generale clima lassista. Ai magistrati è tutto permesso, le trascuranze ai doveri elementari non sono rare. Bisogna farla veramente grossa per incorrere in incidenti disciplinari. E la giustizia disciplinare, quando arriva, è sempre comprensiva e benevola, in genere si irroga il minimo. Una volta un componente laico del C.S.M., il prof. F.G. Mancini, mi raccontò, per avere la mia opinione, di un magistrato che, seccato per essere stato colpito, sotto la doccia, da un

getto d'acqua fredda, era corso con la rivoltella, minacciando l'amministratore del condominio; io dissi che lo avrei destituito e il collega mi disse della blandissima sanzione. C'è poi il colmo dei colmi: il magistrato rivelatosi indegno o inidoneo in una certa sede, viene trasferito altrove, quasi che i cittadini della seconda località siano di seconda categoria e debbano essere serviti peggio.

Per quanti si batterono un tempo per l'attuazione del disposto costituzionale d'autonomia, la delusione derivata dall'esperienza è stata grande. Ma, riguardando le cose con l'occhio lungo dello storico, non v'è da meravigliarsi; o meglio si può constatare qui, ancora una volta, un percorso consueto nella travagliata parabola degli assetti umani, con un'illusione ricorrente. Credevamo, allora, che i politici fossero il male e che i magistrati fossero, all'inverso, tutti galantuomini che, sicuramente, si sarebbero autoamministrati con giustizia. Così come i militanti socialisti hanno creduto, per oltre un secolo, che la borghesia fosse per definizione il male e che il proletariato buono avrebbe amministrato nel bene. Oggi, sui vari piani, ci siamo accorti di una verità elementare: gli uomini sono tutti eguali col loro carico di interessi, passioni e vizi; che si tratta non di perseguire l'*optimum* impossibile, ma, nei limiti del possibile, di inventare assetti istituzionali e regole certe che possano imbrigliare le debolezze umane e, per quel che è concesso, evitare il peggio. Il recente crollo di tutti i miti dovrebbe servire a una sana rigenerazione spirituale, senza chimere.

5. A mio avviso, il rimedio istituzionale può essere quello che indicai nei primi anni '70. Bisogna eliminare il sistema del periodico rinnovamento per elezioni del C.S.M. Questo sistema naturalmente porta alle correnti organizzate con tutte le degenerazioni riscontrate. Il C.S.M. (riducibile a quindici membri; perché questo parlamentino?) deve essere per definizione espresso dalla categoria e quindi elettivo. Ma si potrebbe stabilire che sono eleggibili i magistrati di una certa età (poniamo cinquant'anni) e con una certa anzianità di servizio effettivo (ad es., venticinque anni); che gli eletti restano in carica fino al compimento del settantesimo anno; con la conseguenza che le elezioni sono necessarie quando c'è un singolo posto vacante, per pensionamento o per morte prematura. Probabilmente in siffatto sistema, a scadenze elettorali incerte ed episodiche, verrebbe meno la spinta per raggruppamenti politici costituiti e tutto in gran parte muterebbe. La periodicità programmata delle elezioni è naturale in campo politico, dove si contrappongono partiti che sono una cosa complessa; in qualche caso, almeno da noi e nel recente periodo, anche associazioni non aliene dal delinquere;

ma sempre, comunque, specie quelli più grossi, rappresentativi di autentici spaccati d'interessi e di ideali nella società. Qui si tratta, invece, di costituire un organo di buona amministrazione per i « quattro chiodi » che il costituente volle commettere all'autogoverno. Qui le correnti, anche se legate ai partiti, sono soprattutto, per la ristrettezza della categoria, mere consorterie in senso deteriore. Eliminiamo in radice il contesto favoritivo della carriera politica all'interno, rendendo per tutti meramente eventuale e occasionale la possibilità di arrivare al C.S.M.

6. L'esperienza dimostra che allo stato c'è un giuoco perverso tra magistrati e forze politiche, in danno della buona amministrazione della giustizia. Bisogna cercare di arginare anche questo fenomeno. L'ideale sarebbe quello di indurre i politici al rispetto di certe regole di comportamento, omissivo, nei confronti dei magistrati: non si può chiedere nulla ai giudici e, soprattutto, questi non debbono essere coinvolti nel giuoco.

Prendo avvio dal recente episodio dell'incontro tra il sostituto Di Pietro e il capo della nuova maggioranza di governo. Non so quali siano le convinzioni politiche del famoso sostituto milanese. Ma l'episodio mi ha per più versi colpito. In primo luogo il sostituto è andato a Roma, prima dal Cavaliere e poi dal Presidente Scalfaro; per me, votato alla tranquilla vita di campagna e che odio i viaggi, già una bella seccatura. Poi ha declinato, nobilmente, l'incarico ministeriale, terminando con fervidi e caldi auguri di buon lavoro al capo politico. Si potrebbe ipotizzare che, in fondo alla sua coscienza, il sostituto abbia una pregiudiziale antifascista impeditiva, come tanti a ragione valutano, di qualsivoglia collaborazione con questo governo; pregiudiziale che il semplice cittadino può sfogare rifiutandosi, com'è libero di fare, di entrare in contatto. Cioè è possibile che quell'invito abbia posto a disagio il magistrato e che lo abbia indotto a un comportamento di diplomatico riserbo, per rispetto alla sua posizione di magistrato. Il politico non deve avere queste possibilità di indelicata interferenza, deve rispettare il giudice.

È il problema che si è posto nell'ultima campagna elettorale politica per il gran numero di candidature di magistrati che si è avuto. Anche qui è del tutto inutile appellarsi alla sensibilità degli uomini. La candidatura getta naturalmente un'ombra sul magistrato, autorizzando la gente a pensare che ha compiuto certi atti per basse motivazioni di bottega; così come getta un'ombra sul partito come forza non aliena dal servirsi dei magistrati. Si vuole anche qui una regola drastica che impedisca in radice: il magistrato può presentarsi in liste elettorali di qualsiasi tipo solo quando siano trascorsi cinque anni dall'abbandono della toga.

7. È ben noto come, con l'automatismo della carriera per mera anzianità salvo comprovato demerito (di fatto rarissimo), non vi sia più alcun filtro di selezione interna. E nell'opinione la cosa è spesso deprecata.

Qui è stata clamorosamente violata la Costituzione che parla esplicitamente di promozioni, vere e non fasulle (art. 105 Cost.). In realtà questa categoria, approfittando del potere che naturalmente ha, con una lettura distorta della Carta all'insegna del valore dell'indipendenza interna, ha realizzato la più brillante operazione sindacale di tutti i tempi.

Ma per questo dovremmo tornare indietro, con un'operazione restauratrice? Non ne sono del tutto convinto. L'automatismo, inconcepibile su un certo piano, ha avuto per altro verso alcuni vantaggi. I vecchi come me ben ricordano l'assillo conturbante dei magistrati di un tempo per la sospirata promozione (quando gli stipendi erano molto più bassi); ricordano il clima che si respirava negli uffici, specialmente nei confronti dei capi, con un incentivo al servilismo e alla degradazione personale.

Per questo è dubbio che convenga tornare al passato. Ma qualcosa potrebbe pur farsi per migliorare per quanto possibile questi operatori, costringendoli a dare il meglio di sé. E qui è questione di orientamento politico dell'organo di autogoverno. In primo luogo le assegnazioni ai vari uffici dovrebbero aver corso solo per valutazioni ben comprovate della necessaria professionalità. In secondo luogo, se non vi sono modi per fare avanzare i migliori, resta tuttavia la possibilità di eliminare le numerose pecore nere, esercitando col massimo rigore il potere disciplinare. Se, ad es., venissero adottate, a titolo esemplare, alcune destituzioni per i ritardi nei depositi delle sentenze, tutti comincerebbero a filare. Ancora una volta, anche gli uomini di questa categoria sono uomini come gli altri e ci vuol poco per ottenere il comportamento desiderato.

8. Il ministro Cassese ha fatto adottare una norma giusta la quale le categorie di pubblici dipendenti debbono avere codici deontologici di comportamento. Ho letto da qualche parte la proposta dell'A.N.M. Francamente non convince. Non si tratta, soprattutto, di dire chiaramente come i magistrati debbono comportarsi (tutti i cittadini più o meno lo sanno); ma di dire, invece, quello che assolutamente non debbono fare. E qui il legislatore può far tesoro dell'esperienza accumulatasi dal 1958; da quando, cioè, istituzionalmente, con la costituzione del C.S.M., è stato visibile che la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente. È avvenuto spesso che, malamente intendendo questa autonomia secondo gli imperativi etici che ne derivano, i magi-

strati abbiano operato a briglia sciolta coi più discutibili comportamenti e costumi di vita.

Provo a fissare qui talune cose che dovrebbero essere inibite. Divieto di appartenenza ai partiti in senso lato, come del resto la Costituzione formalmente consente. A maggior ragione divieto di appartenenza alla massoneria e a qualsiasi associazione segreta. Divieto di appartenenza al Rotary o al Lions Club. Al massimo si potrebbe consentire l'adesione a sodalizi del tutto innocenti, culturali, assistenziali ecc., dietro autorizzazione di volta in volta del Ministro (perché è questi, come rappresentativo della comunità servita, che deve esprimere la valutazione della cittadinanza).

Quand'ero, nel 1955, uditore al tribunale di Firenze, una sera, in occasione di un incontro conviviale per la celebrazione di una promozione, mi trovai accanto al giudice Cappellini che ha terminato la sua carriera come primo presidente della nostra Corte fiorentina. Lo conoscevo solo di vista. Parlammo e volle sapere molte cose di me. Quando gli dissi che ero assistente volontario e che cercavo di scrivere per la carriera universitaria, mi disse che il magistrato deve scrivere solo le sentenze. Subito sentii nell'intimo che aveva ragione; anche se continuai a peccare per la debolezza della mia carne.

Il codice deontologico deve inibire al magistrato di farsi promotore di qualsivoglia iniziativa e, soprattutto, proibire assolutamente di chiedere un centesimo a chicchessia. È ricorrente il caso del magistrato che si installa in un luogo, vi diventa un'autorità indiscussa, promuove le iniziative più varie raccogliendo fondi cospicui, cresce in notorietà e poi si presenta alle elezioni, va in Parlamento e quindi al Governo; con una rete di rapporti che fanno chiacchierare e discutere. Tutto questo deve finire.

27.

BILANCIO E PROSPETTIVE DEL CONTENZIOSO DEL LAVORO (*)

1. La riforma del processo del lavoro ha vent'anni e ciò induce a bilanci sull'impatto reale della legge n. 533 nell'esperienza. L'associazione dei giuslavoristi ha dedicato, ai primi di giugno in Palermo, il suo annuale convegno al tema, con relazioni di VACCARELLA, VENTURA, HERNANDEZ. Solo la terza, su « Le alternative al processo », è stata distribuita; cosicché anche chi, come me, non si è sentito di partecipare all'assise nell'incipiente torrida estate, può tenerne conto.

Come generalmente si dice le cose, almeno nei termini in cui furono sognate dai legislatori, non vanno. È bene, innanzitutto, individuare i termini esatti della malattia, cercando poi di stabilirne i fattori determinanti, al fine di prospettare, se possibile, eventuali rimedi.

2. Le cose assolutamente non vanno ove si ritenga che il succo della riforma consistesse nel modello di un'unica udienza *ex* art. 420 c.p.c. A parte il notorio, almeno sulla base della mia esperienza professionale, devo concludere che l'unica udienza non c'è mai. Di norma, per interrogare liberamente le parti, svolgendo il tentativo di conciliazione, per interrogare i testi, nella migliore delle ipotesi occorrono alcune udienze e, quindi, alcuni mesi, lasciando da parte le possibili complicazioni della necessaria consulenza tecnica. Non c'è da meravigliarsi. Le cose vanno così perché, con tutte le difficoltà che vi sono per mettere insieme gli attori del dramma, non può essere altrimenti. Come ha detto efficacemente LUISO (v. *Il processo del lavoro*, 1992, Introduzione), quel sogno « ovviamente non è stato, non è, né poteva essere ». In quel momento di infatuazione ideologica, solo per furore giacobino ci si poteva dimenticare delle elementari esigenze della macchina giudiziaria.

3. Non c'è niente di male se, per arrivare alla sentenza, occorrono

(*) Questo saggio è destinato agli studi in onore dell'amico prof. Luigi MONTESANO.

più udienze, a condizione che ognuna di queste sia oggettivamente giustificata e non, come a ragione inibisce il codice, di mero rinvio. Occorre, poi, che le medesime siano per quanto possibile avvicinate, di guisa che il processo in pretura possa esaurirsi in pochi mesi; e altrettanto pochi mesi occorrano per la fase di appello, risolvendosi poi la partita, come ormai sta avvenendo, al massimo in due anni in Cassazione (e anche qui le cose potrebbero ulteriormente sveltirsi, ove si ponesse a disposizione della Corte un congruo numero di dattilografi). Lo scandalo c'è, come a ragione ha scritto F. Fabbri (in *RGL*, 1991, I, 63) quando, come sta avvenendo in diverse grosse sedi, l'udienza di prima comparizione viene fissata a distanza anche di diversi anni rispetto al deposito del ricorso. Come ho raccontato in *RIDL*, 1992, I, 546, nei primi mesi del 1992 vinsi una causa presso la pretura di Pisa, Mancuso c. Piaggio. L'avversario ha fatto appello subito e l'udienza è stata fissata per il 6 gennaio (!) 1998!

Indubbiamente questo fenomeno, sconosciuto nel primo decennio della riforma, è fondamentalmente da attribuirsi all'abnorme crescita del contenzioso. Come ha detto Proto Pisani (v. *Controversie individuali di lavoro*, 1993, n. 12), ad organici invariati le cause sopravvenute nel 1985 furono 190.000 e nel 1989, 272.000. La laboriosità dei magistrati è cresciuta; ancora l'illustre processualcivilista fiorentino scrive che le cause esaurite furono nel 1985, 198.000; nel 1989, 233.000; nel 1990, 280.000.

4. Per cercare di capire e, possibilmente, di rimediare, vediamo di andare più a fondo, individuando le cause determinanti della crescita del contenzioso. Cause che paiono diverse e complesse.

Dopo lo scossone contestatario, dopo, soprattutto, lo Statuto dei lavoratori, il mondo del lavoro si è svegliato dal torpore durato per decenni. Oggi la gente vuole puntigliosamente il riconoscimento dei suoi diritti, spesso è convinta di averne assai di più rispetto a quanto si pratica nella gestione del rapporto e quindi va in causa. Basta controllare la crescita abnorme delle voci che ci interessano nei repertori dal 1970 in poi. Si ricorre fiduciosamente al giudice perché si sa, come è notorio, che di massima l'orientamento della giurisprudenza è favorevole alla causa del lavoro.

Spesso, poi, viene fuori su una data questione, prima ignorata, una pronuncia favorevole ai lavoratori, se ne diffonde presto la notizia e di qui nuove spinte al contenzioso. È un fenomeno ricorrente da sempre, ancor prima del 1970. Nel 1964 venne fuori una prima pronuncia della Cassazione, la n. 2040 del 25 luglio (in *FI*, 1964, I, 1585). In invalidazione

della turnazione, allora largamente praticata dalle industrie, sanciva il principio che al settimo giorno il lavoratore godeva inderogabilmente del riposo settimanale, dovendosi altrimenti considerare il lavoro del settimo giorno come straordinario. Il prof. Andrioli, un Maestro che capiva l'importante in tutti i settori dello scibile giuridico, aveva ottenuto la minuta dal cons. estensore Albano e me la mandò, con l'espresso che solitamente mi arrivava (a quei tempi beati) ogni domenica mattina (il sabato sera preparavo cento lire per la mancia), pregandomi di provvedere subito come primizia per la rivista; e sudai diverse ore per decifrare i geroglifici dell'estensore. Ben presto e per diversi anni, il contenzioso si incrementò sul tema. Gli esempi si potrebbero moltiplicare. In epoca recente, per restare in zona prossima, si può menzionare la giurisprudenza giusta la quale, secondo la concezione socio-religiosa del cons. Panzarani, in ogni caso il lavoro domenicale va maggiormente retribuito.

Diverse altre cose incidono negativamente. Ad es., l'abitudine di diversi avvocati di presentare tanti ricorsi: uno per ogni lavoratore che propone, contro la stessa impresa, una data rivendicazione, al fine di far lievitare i compensi professionali. Forse potrebbe essere possibile reagire sul piano disciplinare.

Ma anche i giudici hanno seguito una politica che incrementa certo il contenzioso, normalmente compensando, in caso di rigetto della pretesa del lavoratore, le spese (in senso critico a questa prassi v. L. De Angelis, *Giustizia del lavoro*, 1992, 94-95). Se la condanna alle spese fosse normale (non dimenticando che di recente il legislatore ha rimediato per le liti previdenziali) (1), la proposizione della causa sarebbe più meditata. Da queste parti sta facendo scandalo, per essersi dissociato dalla comune politica, il giovane pretore del lavoro di Massa, dott. Sdino.

Infine, il legislatore ha talora esteso la competenza. Alcuni anni or sono il pretore del lavoro è diventato competente per le cause dei ferrovieri. Fra tre anni passeranno i rapporti di lavoro con gli enti pubblici e con lo Stato, e tutti a ragione paventano un'abnorme estensione ingestibile del contenzioso.

5. Che fare? Possono forse adottarsi degli accorgimenti, con rimedi anche radicali. In primo luogo si potrebbe fare qualcosa per far lavorare di più e meglio i magistrati, posto che le valutazioni correnti nell'am-

---

(1) Mentre è in corso la stampa di questo fascicolo ci giunge la sentenza della Corte costituzionale 13 aprile 1994, n. 134, che ha ripristinato la vecchia disciplina delle spese giudiziali nelle cause previdenziali; la sentenza sarà pubblicata nel prossimo fascicolo (*n.d.r.*).

biente non sono del tutto positive. Vi sono, ad es., casi anche clamorosi di magistrati che depositano le sentenze a distanza di mesi e talora di anni, nella totale inefficienza disciplinare, quando sarebbero sufficienti alcune destituzioni opportunamente pubblicizzate per far cambiare registro. Talora quegli stessi magistrati così lassisti, come giudici tributari sono invece molto solerti, perché qui sono ricompensati in ragione del numero delle decisioni. C'è anche un limite alle possibilità d'intervento. Qui domina il dato caratteriale incomprimibile: c'è chi è zelante per natura e chi, al contrario, è un perditempo che non sa organizzarsi. Ma è ora che le tecniche di buona amministrazione entrino nell'ambiente e che il guardasigilli istituisca un ufficio « tempi e metodi ».

Molto si potrebbe ottenere se cambiasse radicalmente la tecnica di redazione delle sentenze; se la sentenza si risolvesse in alcuni fogli finali del fascicolo in cui, ad es., il Tribunale « visti gli atti, ritenuto che in fatto è risultato provato che..., essendo inattendibili i testi, dispone ed ordina ecc. ». La sentenza non dovrebbe essere quella allo stato in commercio, una sorta di piccola monografia che racconta tutto della causa. Oltre tutto, se la sentenza fosse muta in ordine al fatto e allo svolgimento del processo, si indurrebbero i giudici delle impugnazioni a rileggersi attentamente gli atti. La verità è che il tipo di sentenza corrente serve alla generalità per sapere, dalla lettura al massimo di alcune diecine di fogli, la sostanza di una controversia; serve in particolare alle riviste per dar conto della giurisprudenza. Nel sistema alternativo qui ipotizzato, sarebbe indispensabile mandare in giro, con non trascurabile spesa, cronisti giudiziari.

6. C'è poi il problema, sistematicamente riproposto (v., da ultimo, De Angelis, *op. cit.*, 70), delle liti collettive o meglio di massa, della lite identica proponibile da centinaia e spesso da diverse migliaia di lavoratori. Il contenzioso del lavoro, a parte la zona strettamente personale (ad es., in tema di licenziamenti e di sanzioni) è largamente di serie. Si ricordi, nella stagione recente, il conflitto in ordine alla valutazione del servizio mensa o quello relativo alla scala mobile. Sarebbe molto bello, perché funzionale, poter concentrare tutto questo contenzioso in un'unica causa, semplificando.

Si potrebbe essere indotti a ritenere che le stesse parti sociali contrapposte, nel loro ben inteso interesse, dovrebbero adoperarsi per unificare al massimo le liti del tipo. In realtà queste parti sono, miopemente o no, tiepide, evitano il rischio della soluzione globale e universale innanzi a un certo giudice, preferiscono la varia avventura del contenzioso spicciolo; si perde qui, ma si vince là, non è detto che il giuoco

complessivo sia per ogni singola parte del tutto negativo; è bene non sfidare la Provvidenza.

Proto Pisani (*op. loc. cit.*) si è detto contrario alla soluzione unificante, tacciandola di impostazione pubblicistica ed efficientistica. Alla soluzione prospettata da De Angelis sarebbero di ostacolo il principio della domanda e la libertà di scelta in ordine al momento dell'azione; l'assetto atomistico favorisce la pluralità di voci nella giurisprudenza. Per altro verso, per l'A. ora citato ci sarebbe già la soluzione, quella della chiamata in causa, da parte del datore di lavoro convenuto, di tutti gli altri dipendenti dell'impresa potenzialmente interessati. Il rimedio proposto non mi convince del tutto; se i chiamati adottassero come tattica quella di dire « ma chi ti ha chiesto qualcosa? ».

Vi può essere la strada di pattuizioni sindacali *ad hoc*. Hernandez nella sua relazione (n. 5) ha riferito di alcune interessanti intese con l'Ente Ferrovie su singole controversie di serie, col patto di provocare in alcune cause la decisione, anche *per saltum*, della Cassazione. Se sopravvengono quattro sentenze conformi della Sezione Lavoro o una delle S.U. contraria alla rivendicazione dei lavoratori, l'Ente o le OO.SS. renderanno noto l'indirizzo della Corte; se la decisione della Corte sarà invece favorevole ai lavoratori, la medesima sarà applicata a tutti i lavoratori che abbiano preventivamente aderito a un accordo transattivo generale.

7. Ma, almeno nella sottozona delle controversie collettive giuridiche, c'è, nella recente legge di c.d. « privatizzazione » dei p.i. (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29) una previsione, quella dell'art. 53, che cambia i termini del problema. Per quest'articolo, ove le parti sindacali contrapposte divergano in ordine alla portata di clausole del contratto collettivo, le parti medesime possono incontrarsi per definire consensualmente il significato della pattuizione. L'accordo sostituisce, con effetto retroattivo, la clausola controversa e ha effetto sulle controversie individuali pendenti, applicandosi il comma 4 dell'art. 2113 c.c. Cioè, superfluamente, l'accordo sindacale ha, sul piano della lite individuale, valore di transazione valida, quando bastava dire dell'effetto pregiudicante dell'accordo collettivo sulle cause individuali, imponendosi al giudice la soluzione conforme all'interpretazione autentica adottata.

Per coerenza nell'ordinamento, la norma (formalmente dettata nel settore regolato dal d.lgs. n. 29) non può non avere portata generale. Ovunque le parti sindacali hanno, se animate da buona volontà, questa possibilità di troncare, con l'interpretazione autentica, il contenzioso plurimo individuale.

Ma, a mio sommesso avviso, si può andare oltre, riproponendosi il tema delle controversie collettive giuridiche già autorevolmente prospettato dal prof. Carnacini. Se una norma di legge oggi viene a dire che tra le parti sindacali può aver corso il patto d'interpretazione autentica, dovrebbe conseguirne, ancora per coerenza, la possibilità che una parte sindacale evochi in giudizio la parte contrapposta innanzi al giudice, per ottenere una sentenza che stabilisca l'esatto significato delle clausole controverse del contratto collettivo, con una pronuncia che vincoli le parti collettive e quelle individuali. Se non prendo un abbaglio, dove è possibile il contratto è possibile anche, in situazione litigiosa, la sentenza. Il tema, che qui solo si accenna, è degno di studio approfondito, essendo innegabile la positiva utilità sociale della conclusione qui prospettata. La cosa è nella logica del contenzioso di massa o di serie.

8. In generale si è alla ricerca di soluzioni che possano contenere il contenzioso giudiziale e che siano alternative rispetto al processo. Il legislatore del 1973, pur prevedendo e regolando le procedure conciliative, si rifiutò di rendere obbligatorio, come molti caldeggiavano, il previo tentativo stragiudiziale di conciliazione della lite. Ora l'opinione pare nel senso inverso, certo sotto il peso del contenzioso giudiziario. Il previo tentativo obbligatorio, stabilito nella legge del 1990 sui licenziamenti nella zona a tutela debole, è previsto nella proposta adottata all'unanimità dal CNEL (v. in *LI*, 1992, n. 21, 57, con commento del cons. Martone, *ivi*, nn. 23-24, 5).

C'è solo da segnalare la singolare proposta di Proto Pisani (*op. loc. cit.*); secondo questo A. la fase conciliativa obbligatoria dovrebbe assorbire la fase preparatoria dell'eventuale processo. Più precisamente, il rivendicante dovrebbe dar corso alla conciliazione specificando completamente, come nel rito giudiziale, la pretesa, le ragioni di fatto e diritto, i mezzi di prova. Altrettanto dovrebbe fare la controparte convenuta, derivandone anche rispetto al futuro giudizio le preclusioni dettate nel codice. Probabilmente l'A. è mosso dall'intento di rendere più agevole l'eventuale successivo sviluppo giudiziale. Ma non ha considerato che, in questo modo, si rende inevitabile il ricorso all'avvocato già nella fase precontenziosa, per evitare che la parte non assistita cada inavvertitamente nelle preclusioni; con la conseguente spesa. Una buona, tradizionale ragione della conciliazione è quella di evitare, se possibile, il costo del processo.

9. Il tentativo obbligatorio di conciliazione è previsto nell'art. 69 del d.lgs. n. 29 del 1993 sulla c.d. « privatizzazione » del p.i. Il dipendente

deve dar corso al tentativo con richiesta rivolta all'amministrazione. Ove non siano previste procedure nella contrattazione collettiva, l'amministrazione deve convocare il dipendente, che può farsi assistere da un sindacalista, entro venti giorni, equivalendo la mancata convocazione a mancata conciliazione ai fini della procedibilità del processo. In realtà, nella seconda ipotesi di convocazione diretta da parte dell'amministrazione non abbiamo propriamente la conciliazione, questa presupponendo la presenza di un'entità terza mediatrice. Abbiamo, invece, una sorta di previo reclamo in sede amministrativa, secondo il modello da tempo conosciuto per gli autoferrotramvieri.

In generale, e specialmente nella prima ipotesi di applicazione di procedure previste nel contratto collettivo, c'è da chiedersi se veramente, dal lato datoriale, possiamo avere una vera conciliazione come ha corso per le controversie private di lavoro. Nel settore privato, di massima, la parte datoriale non incontra ostacoli di sorta; può in genere pervenire all'appianamento della lite nei modi che risultano praticabili, senza alcun ostacolo perché decide in casa propria. Ma nel settore pubblico, pur con rapporti di lavoro privatizzati almeno parzialmente sul piano delle fonti regolatrici, è proprio così? Chi tratta in sede conciliativa per l'amministrazione non è un « padrone » come il privato datore: può incontrare molti limiti in una situazione che resta largamente regolata da normative di diritto oggettivo e in cui tutto, anche quello che è di derivazione parzialmente pattizia, è preordinato al buon andamento dell'amministrazione stessa che pur resta pubblica. Mi limito qui a sollevare il problema che mi pare degno del più attento studio; per cercare di capire, anche in questo angolo visuale, fino a che punto la situazione è veramente, come si legge nei primi frettolosi commenti delle gazzette, privatizzata o se resta, invece, la realtà di base incancellabile di apparati posti nell'interesse pubblico.

10. Da sempre un filone dell'opinione ravvisa nell'arbitrato una possibile funzionale alternativa al processo, contrapponendosi in materia due opposte politiche del diritto. Si può ricordare lo scontro tra Giugni e Franceschelli in occasione del convegno promosso in Bologna, nel 1967, dai comitati d'azione per la giustizia (v., per tutti, Cecchella, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, 1990). Di qui, nella letteratura formatasi dopo la riforma del 1973, la frequente affermazione che la legge avrebbe miopemente mortificato l'alternativa arbitrale, con la conseguente rivendicazione di adeguata riforma, in un movimento che, allo stato, si è sostanziato nella proposta del CNEL.

In realtà, ricordando che la legge consente piena possibilità di

prevedere procedure arbitrali nella contrattazione collettiva (e la legge del 1990 sui licenziamenti consente perfino l'arbitrato non sindacale), col duplice riconoscimento dell'arbitrato rituale e irrituale (la distinzione è ormai un *rebus* irrisolvibile), deve constatarsi che, al di là dei mugugni della dottrina, tra le forze sociali interessate, fatta eccezione per l'area dirigenziale, vi è ben scarsa propensione, con una netta opzione, al contrario, per la giustizia di Stato. L'ipotesi teorica giugniana, in chiave pluralistica, avrebbe richiesto una forte tensione nel contesto sociale che, al contrario, non è ravvisabile.

Dopo di che, a mio avviso, dobbiamo anche constatare che lo spazio per possibili riforme è assai esiguo. Allo stato, anche della giurisprudenza costituzionale, non pare possibile configurare le eventuali previsioni contrattuali collettive come obbliganti, togliendo alle parti individuali la libertà di scelta per la giustizia di Stato. Siccome di fatto la contrattazione collettiva è già oggi, in pratica, generalmente obbligatoria e nel futuro potrebbe esserlo anche di diritto, quando sarà compiuto il faticoso processo di ritrovamento del modello dell'art. 39 Cost., per questa via potrebbe giungersi alla sostanziale negazione del processo per le controverse di lavoro; con un risultato che non sembra accettabile nel nostro contesto.

È più convincente, *prima facie*, il rilievo che la legge ha eccessivamente mortificato l'arbitrato, quanto meno quello irrituale, prevedendo l'impugnabilità del lodo per violazione anche della contrattazione collettiva inderogabile. Si è affermato che, mentre la normativa è di fatto derogabile in via conciliativa, tanto non sarebbe possibile in via arbitrale (v. Grandi, *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, in *RTDPC*, 1991, 419, n. 9). Anche qui bisogna intendersi, distinguendo tra impugnabilità e forme della medesima. Che il lodo arbitrale, rituale o irrituale, sia impugnabile anche per violazione o falsa applicazione della normativa contrattuale, è ben comprensibile. È da presumersi che quando il lavoratore si rivolge all'arbitrato, esiga nondimeno la piena affermazione dei suoi diritti anche secondo contratto. Tanto che il progetto del CNEL prevede, all'art. 412-*quater*, con piena correttezza, che se le parti hanno chiesto che gli arbitri pronuncino in punto di applicazione della contrattazione collettiva secondo equità, in tale ipotesi il lodo non sia impugnabile.

L'art. 5 della legge n. 533 è invece censurabile laddove, nel comma 3, prevede per l'impugnazione del lodo irrituale delle disposizioni di cui ai commi 2 e3 dell'art. 2113; di guisa che, se è esatta la tesi che intende questi disposti nel senso della sufficienza dell'impugnativa con qualsiasi atto scritto stragiudiziale per travolgere il lodo abdicativo (v., per riferi-

menti, il mio *Le rinunce e le transazioni del lavoro*, 1990, 64 ss.), è ragionevole concludere per l'eccessività dell'applicazione di quei disposti all'arbitrato. Quanto meno per invalidare il lodo vi sia l'onere di agire giudizialmente in impugnativa; e in quest'ordine di idee è auspicabile la riforma.

Se si fa eccezione del punto poco sopra trattato, nelle grandi linee la soluzione accolta nel 1973 mi pare accettabile. Non sono convinto delle riforme suggerite dal CNEL. Secondo l'art. 412-*quinquies* della proposta, il lodo sarebbe impugnabile solo per violazione delle norme inderogabili di legge o per difetto assoluto di motivazione, dichiarandosi insindacabili gli accertamenti di fatto e le valutazioni di merito. La formula mi pare eccessiva, mentre nella regolamentazione dei rapporti di lavoro legge e contratti collettivi normalmente si intrecciano. Come la mettiamo con le numerose ipotesi in cui la legge fa formalmente riferimento alla contrattazione sindacale di svolgimento?

11. C'è un'ultima possibilità che, per completezza del discorso, va ricordata. Alcuni anni or sono fece impressione (v. Treu e Pessi, in *RIDL*, 1986, I, 394 e 732) il protocollo IRI di relazioni industriali che largamente prevedeva procedure di presenza sindacale all'insegna dell'idea partecipativa, affermando però che le relative controversie che ne potevano derivare non potevano in ogni caso dedursi innanzi al giudice di Stato, tutto dovendosi risolvere secondo le procedure previste nel protocollo medesimo (v. in *RIDL*, 1986, III, 70). Ci si chiede se fosse giuridicamente possibile « far fuori » in questi termini la giurisdizione. Non credo che il dubbio abbia fondamento. Nel sistema domina l'autonomia privata. Come quest'autonomia può sostanziarsi nella previsione di contratti diversi da quelli regolati nel codice civile, purché vi sia un interesse meritevole di tutela (art. 1322 c.c.), mi pare altrettanto possibile che ci si ponga deliberatamente al di fuori della giustizia di Stato. L'autonomia può inventare nuovi contratti spendibili nell'ordinamento generale e può compiere anche l'operazione inversa. Ma qui non siamo nel contesto del contenzioso individuale di lavoro.

28.

SULLA CONCILIAZIONE SINDACALE

La sentenza è pubblicata in *OGL*, 1996, 405, con nota redazionale sostanzialmente adesiva. Per quanto ho scritto, con ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza, sul ruolo attivo del conciliatore sindacale, nel mio libretto *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1990, spec. 80-89, non posso concordare con la tesi del Tribunale. Si ritiene, infatti, che il conciliatore debba avere un ruolo attivo nella vicenda, consigliando il lavoratore, dopo aver attentamente soppesato tutti gli elementi di fatto e di diritto della lite, al meglio in quella situazione data. Non si tratta semplicemente, come opina il Tribunale, di far edotto il lavoratore dei termini della questione e delle implicazioni della progettata sistemazione (potresti ottenere cento e ti danno solo venti). Occorre, al contrario, affinché la transazione sia valida e quindi inoppugnabile, il consenso nel merito dei rappresentanti sindacali, nella convinzione che, in quella data situazione concreta, non è possibile ragionevolmente strappare di più.

Né si tratta di una conclusione espropriativa della volontà decisiva del lavoratore, come prospetta il Tribunale. Di fatto il lavoratore può sempre firmare e, se è convinto che non può sperare di più, può astenersi dall'impugnare la transazione nel termine previsto di sei mesi. È solo in giuoco la valutazione dell'atto compositivo in sé; se c'è il consenso sindacale, testimoniato dalla sottoscrizione dell'atto, la transazione nasce di per sé impegnativa. Ma se consenso sindacale non c'è, nessuno può impedire che il lavoratore curi come vuole il suo affare, magari a condizioni rovinose, col facile giuoco della non impugnazione nel termine. Si tratta solo di avere un poco di pazienza.