

GIADA DELLA ROCCA

CONDIZIONI PERSONALI DEL LAVORATORE
E DISTRIBUZIONE DELLE TUTELE

Estratto da «IL DIRITTO DEL LAVORO» - 2001, Fasc. 4 - Parte I



FONDAZIONE DIRITTO DEL LAVORO

ROMA - VIA GRAMSCI, 14

CONDIZIONI PERSONALI DEL LAVORATORE E DISTRIBUZIONE DELLE TUTELE

Sommario: 1. Persona e condizione socialtipica del lavoratore: il problema della crisi della subordinazione come referente per le tutele. - 2. La rilevanza delle condizioni personali del lavoratore per l'attribuzione delle tutele nell'ordinamento vigente: panoramica generale. - 3. Tutele economiche. - 4. Tutele conservative del posto di lavoro. - 5. Tutele garantite mediante la tecnica del divieto. - 6. Tutele promozionali. - 7. Criteri distributivi di vantaggi o di sacrifici. - 8. Le condizioni di debolezza effettiva del lavoratore nelle proposte di riforma. - 9. Il lavoro quale elemento fondativo dei diritti sociali. - 10. Considerazioni conclusive.

1. *Persona e condizione socialtipica del lavoratore: il problema della crisi della subordinazione come referente per le tutele.*

Il diritto del lavoro si è presentato, al suo nascere, come risposta dell'ordinamento ad una grave ed evidente situazione di disparità tra le parti del rapporto contrattuale, il cui oggetto — il lavoro, appunto — costituisce la fonte esclusiva o prevalente di sostentamento e di soddisfazione dei bisogni primari di uno dei contraenti; e si è

qualificato per l'implicazione diretta della persona del lavoratore, che ha costituito non solo l'aspetto caratterizzante, ma anche la ragione medesima della affermazione e della identificazione di tale autonomo ramo del diritto (1).

(1) Sul fondamento personalistico del rapporto di lavoro, cfr. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano, 1915, 440 ss, il quale osserva che "il lavoro, essendo inseparabile dall'uomo, non ne è che una qualità, un atteggiamento, un modo di essere..."; F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., 273 ss.; MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CECA*, Lussemburgo, 1965, 418; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, 25 ss.; SMURAGLIA, *La persona del prestatore di lavoro*, Milano, 1967, 173 ss.; SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979; SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982, 89 ss.; RODRIGUEZ PINERO, *Diritto del lavoro e mercato*, in *Lav. dir.*, 1995, 39; PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo*, Milano, 1997; GRANDI, "Il lavoro non è una merce": una formula da riveditare, in *Lav. dir.*, 1997, 557; SCOGNAMIGLIO, *Danno biolo-*

In simile prospettiva, il lavoro viene giustamente considerato come manifestazione tipica delle esigenze della persona, posto che "in realtà non esiste il lavoro, esistono gli uomini che lavorano" (2). Ed invero, la vita di ciascun essere umano ruota intorno a tre beni essenziali: gli affetti, la salute e una fonte di guadagno. L'uomo lavora per soddisfare i bisogni fondamentali della sua persona e così assicurarsi un reddito adeguato agli *standard* della dignità sociale, che gli permetta di costituire e mantenere una famiglia e gli dia la sicurezza rispetto agli eventi impreveduti che incidono sull'abilità al lavoro e al mantenimento in vecchiaia di un tenore di vita non troppo distante da quello acquisito sul lavoro (3).

Il legislatore è andato progressivamente tessendo un insieme di garanzie centrato sulla tutela della persona del lavoratore, a motivo della sua qualità socialtipica di parte debole, ma anche di peculiari condizioni personali di tale tipo sociale. Già alla sua origine, il diritto del lavoro sorge come legislazione sociale, o legislazione protettiva, ri-

solventesi in una serie di interventi legislativi, frammentari, indirizzati a tutelare certe categorie di lavoratori, ritenuti particolarmente deboli, come donne e fanciulli, o la cui debolezza fosse qualificata da una condizione personale, quale l'infortunio e la malattia (4). Nell'evoluzione giuslavoristica, l'attenzione particolare si è poi ricompattata in una tutela garantita alla generalità dei lavoratori subordinati in quanto tali, indipendentemente dalla verifica dell'effettiva e concreta debolezza economico-sociale dei soggetti.

Invero, il processo di generalizzazione delle tutele si è sviluppato progressivamente. In una prima fase, il diritto del lavoro si è rivolto, bensì, ad un indifferenziato insieme di prestatori di lavoro, ma non all'intero panorama del mondo del lavoro, e neppure a tutto quello del lavoro subordinato. Campeggia, allora, nel quadro giuslavoristico, una peculiare figura tipica — l'operaio dell'industria — alla quale sola si riconnette necessariamente l'esigenza di tutela com-

gico e rapporto di lavoro subordinato, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, 27; GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico critiche sul lavoro come oggetto del contratto*, in *ADL*, 1999, 309 ss.; PERONE, *Lineamenti di diritto del lavoro. Evoluzione e partizione della materia tipologie lavorative e fonti*, Giappichelli, 1999; MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, Relazione al Convegno Aidlass, Ferrara, maggio, 2000; VALLEBONA, *Etica e ordinamento del lavoro*, in questa *Rivista*, I, 2000, 461.

(2) MENGONI, *Lo sviluppo del diritto del lavoro fattore essenziale del progresso sociale*, in *I nuovi termini della questione sociale e l'Enciclica Mater et Magistra*, Milano, 1962, 36.

(3) Con parole autorevoli, F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in questa *Rivista*, 1948, I, 274, "se tutti gli altri contratti riguardano l'avere delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'avere per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro bene".

(4) La legge 17 marzo 1898, n. 80 sugli infortuni è paradigmatica delle vicende relative alla nascita e allo sviluppo del diritto del lavoro. Gli infortuni sul lavoro rappresentano, infatti, la prima evidente manifestazione, sociale e poi anche giuridica, dell'avvenuta industrializzazione, giacché, così, l'infortunio colpisce un soggetto diverso dal capo dell'organizzazione produttiva e nasce quindi il problema di una peculiare responsabilità imprenditoriale per gli infortuni delle persone che adempiono la loro obbligazione contrattuale a favore e nell'ambito dell'impresa. La storia del diritto del lavoro è "consistita (...) nel riconoscere la dimensione personale della prestazione lavorativa, in altri termini nel non trattare il lavoratore come un semplice operatore sul mercato del lavoro, ma nel vedere in lui un uomo reale", non soltanto un "astratto contraente", così SUPLOT, *Principi di eguaglianza e limiti della razionalità giuridica*, in *Lav. dir.*, 1992, 219. Tale dimensione personalistica si prospetta, in primo luogo, appunto, sul terreno dell'antinfortunistica.

pensativa della propria debolezza economica e contrattuale. Tanto, sino a ipotizzare che il nuovo ramo giuridico abbia a riguardare, indistintamente ed esclusivamente, gli operai dell'industria e a presentarlo come diritto di classe.

Siffatta impostazione è stata successivamente abbandonata, ma è rimasta l'idea che alle tutele giuslavoristiche si debba necessariamente assegnare un referente costituito dal complesso dei soggetti che prestano attività di lavoro dipendente nell'impresa o fuori di essa, in veste non solo di operai, ma che, comunque, meritino il sostegno dell'ordinamento per la loro soggezione, socioeconomica prima che tecnico-giuridica, alla controparte datoriale.

È per questo che, nel Novecento, definito il secolo del Lavoro, con la elle maiuscola (5), "il lavoro si declinava al singolare (...), circolava senza aggettivi, sia nel linguaggio dei comuni mortali che in quello dei dotti. Gli uni e gli altri consideravano l'aggettivazione o d'importanza secondaria o addirittura superflua" (6). È stato, evidentemente, il secolo del lavoro subordinato come tale.

In sostanza, il referente socialtipico, la fattispecie astratta e l'apparato di tutela avevano una loro coerenza e consequenzialità. L'apparato normativo giuslavoristico viene costruito in stretta aderenza alla figura del lavoratore della fabbrica medio grande, occupato a tempo pieno e per tutto l'arco della sua vita, inequivocabilmente soggetto rappresentativo della "maggioranza sociale".

Tuttavia, le trasformazioni della produzione e le esigenze del mutato contesto

(5) ACCORNERO, *Era il secolo del lavoro*, Bologna, 1997.

(6) ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 534-535.

economico-sociale — dove, nella realtà postindustriale reddito e prodotto continuano ad aumentare e i posti di lavoro a diminuire, c.d. *jobless growth* (7) — non potevano non avere un notevole impatto sugli ordinamenti giuridici del lavoro, portandovi fattori di crisi, o forse, meglio, l'inizio di una nuova fase di sviluppo e transizione (8).

È noto come la rivoluzione tecnologica e

(7) A riguardo, attenti osservatori dei mutamenti economico-sociali parlano di questo fine secolo come dell'epoca della "fine del lavoro", in un diritto del lavoro definito post-occupazionale, cfr. BRUNETTA, *La fine della società dei salariati*, Marsilio, 1994; DORE, *La disoccupazione moderna: un male incurabile?*, in Bologna, 1994, 2; RIFKIN, *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era post-mercato*, Baldini&Castoldi, 1995; GALLINO, *Se tre milioni vi sembrano pochi. Sui modi per combattere la disoccupazione*, Einaudi, 1998; MEDA, *Società senza lavoro. Per una nuova filosofia dell'occupazione*, 1998; ZOPPOLI, *Lavoro e non lavoro nella stagione dello sviluppo senza occupazione*, in CAPPELLETTI-GAETA (a cura di), *op. cit.*, 205.

(8) Cfr. ROMAGNOLI, *Un diritto da ripensare*, in *Lav. dir.*, 1995, 467; GRANDI, *Problemi e tendenze del diritto del lavoro in alcune odierne società industriali*, in *Annali della Fondazione Giulio Pastore (1995-1996)*, Milano, 1998, 193; ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, 1996; MARIUCCI, *Il diritto del lavoro della seconda Repubblica*, in *Lav. dir.*, 1997, 163; SIMETIS, *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 609; JEAMMAUD, *Il diritto del lavoro alla prova del cambiamento*, in *Lav. dir.*, 1997, 339; D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 311; SMURAGLIA, *Il diritto sindacale e del lavoro nella transizione*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, 199; GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, 9; GHERA, *Prospettive del contratto individuale*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, cit., 1999, 477; SCOGNAMI-GLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, 1171; PESSI, *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 614; AA.VV., *Il diritto del lavoro oggi. Tre domande sul diritto del lavoro per giuslavoristi insi-*

microelettronica abbia favorito l'automazione e il decentramento del processo produttivo, determinando un veloce mutamento dei meccanismi di produzione e una diversificazione delle identità sociali dei produttori; ci si sta avviando sempre più nettamente verso un sistema di economia aperta, caratterizzata dal fenomeno della c.d. globalizzazione dei mercati e della c.d. esternalizzazione dei processi produttivi, il tutto con molteplici conseguenze sul mondo del lavoro (9).

Ed è noto, altresì, come questi muta-

gni e giovani dottorandi, in *Lav. dir.*, 2000, n. 1; FOA-RANIERI, *Il tempo del sapere. Domande e risposte sul lavoro che cambia*, Torino, 2000, 51 ss.; BARBERA, M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, in part. Cap. I.

(9) Non è questa la sede per ripercorrere analisi già ampiamente sviluppate, tuttavia in sintesi si può affermare che si è passati da una prima fase, alla fine degli anni '70, in cui vi è stata un'introduzione massiccia di tecnologia labour saving che ha determinato una riduzione drastica degli organici ad una seconda fase in cui è lo stesso rapporto di lavoro che viene destrutturato e si generalizzano i contratti "atipici" e le forme di precariato legale. Il lavoro, oltre che scarso, diventa incerto e instabile. Infine, nella fase della modernizzazione, che implica sensibili mutamenti delle grandi entità imprenditoriali verso una struttura più molecolare rappresentata dall'impresa-rete, è l'idea stessa di un tempo e di un luogo di lavoro ad essere messa in discussione.

Per un'analisi dell'impatto della rivoluzione tecnologica sul diritto del lavoro, v. PERONE, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: i rapporti collettivi*, Relazione Atti Convegno Aidlass 1985, Milano, 1986; CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, *ibidem*; SUWA, *Innovazione tecnologica, diritto del lavoro e protezione sociale: dal "lavoro" alla "carriera" come forma di proprietà*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, 67. In riferimento ai mutamenti dell'organizzazione del lavoro e al lavoro decentrato, GALLINO, *Profili sociologici*, in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Bari, 1997, 39 ss.; ID., *Mutamenti in corso nell'organizzazione del lavoro*, in *Lav. inf.*,

menti economico-sociali e il conseguente declino del modello fordista di produzione abbiano reso necessaria l'introduzione di maggiore flessibilità nel mercato e nel rapporto di lavoro ed abbiano messo in crisi uno dei cardini del diritto del lavoro, la sua "stella polare" (10); e cioè la fattispecie di lavoro subordinato, a tempo indeterminato, a tempo pieno e per l'intero arco della vita lavorativa (11). Tanto che la stessa dottrina giuslavoristica si è chiesta se il suo tradizio-

1997, 89; ARE, *Luci e ombre della globalizzazione*, in *Nuova storia contemporanea*, 1998, n. 1, 35; AMATO (a cura di), *I "destini" del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società postfordista*, Milano, 1998; Atti Convegno Aidlass 1998, su *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Milano, 1999; PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Padova, 1999; PROSPERETTI, *Globalizzazione e solidarietà sociale*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di G. Giugni*, cit., 1999, 876; ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, Relazione Atti Convegno Aidlass 1999, su *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Milano, 2000, 3-86; PERULLI, *Esternalizzazione del processo produttivo e nuove forme di lavoro*, in questa *Rivista*, 2000, I, 303; NOGLER, *Lavoro e domicilio*, *Art. 2128*, Milano, 2000; CUCCIONINO, *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazione*, in *ADL*, 2000, 385; REGINI, *Modelli di capitalismo. Le risposte europee alla sfida della globalizzazione*, Bari, 2000; Atti Convegno su *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Trento, 23-24 novembre 2000, in corso di pubblicazione; GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Napoli, 2000; DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? I disagi del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, 49; RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000.

(10) ROMAGNOLI, *Dal Lavoro ai lavori*, in *Lav. dir.*, 1997, 6.

(11) Per usare un'efficace metafora di ROMAGNOLI, *Un diritto da ripensare*, in *Lav. Dir.*, 1995, 472, "il contratto stabile, a tempo pieno e indeterminato è una figura iuris malinconicamente avviata a diventare una foto ingiallita dell'album di famiglia".

nale oggetto di studio e, quindi, le stesse categorie qualificatorie, siano ancora validi nello scenario attuale (12).

Il diritto del lavoro, nato per proteggere la persona del lavoratore, come si è accennato, ha finito per garantire un sostanzioso apparato di tutele sempre e solo (almeno fino ad anni recenti) al lavoratore subordinato o a talune altre categorie di lavoratori che è parso presentassero più stretta affinità con esso, senza più verificare l'aderenza del modello astratto alla condizione concreta. Si è passati, così, dalla tutela della persona del lavoratore alla tutela del lavoro subordinato attraverso una stratificazione di garanzie determinata dalla pressione dei gruppi organizzatisi per primi: anzitutto gli operai, poi gli altri lavoratori dipendenti e, in qualche misura, talune categorie di lavoratori autonomi (13).

(12) Ormai la nozione formale di subordinazione come criterio selettivo delle tutele è apertamente in crisi, poiché non è più vero il suo presupposto secondo cui tutti e solo i lavoratori subordinati sarebbero bisognosi di tutela. Non è più vero il "solo", in quanto molti lavoratori non subordinati sono contrattualmente deboli e vanno protetti; non è più vero neppure il "tutti", in quanto all'interno dell'area della subordinazione le esigenze di tutela sono fortemente differenziate, cfr. VALLEBONA, *Il diritto sindacale*, Torino, 1998, 56; ID., *Intervento*, in Atti convegno Aidlass Salerno, 22-23 maggio 1998, Milano, 1999, 225. L'attuale diritto del lavoro protegge pochi, i lavoratori nel rapporto di lavoro, ed esclude molti, i lavoratori nel mercato del lavoro (giovani, marginali, disoccupati, immigrati: i deboli), cattura un modello antropologico di lavoratore che perde centralità, ed è di ostacolo all'affermarsi di una nozione giuridica di "lavoro senza aggettivi" che includa tutta l'area del lavoro oggettivamente diverso da quello stabile e a tempo pieno, certo non confinabile nell'area del non-lavoro, cfr. D'ANTONA, *Le metamorfosi della subordinazione*, in AMATO-BRONZINI (a cura di), *A 25 anni dallo Statuto: quale futuro per il diritto del lavoro?*, Quad. n. 1, Riv. crit. dir. lav., Milano, 1996, 28.

(13) TREU, *Conclusioni*, in Atti del Convegno

Dalla circostanza che il rapporto di lavoro subordinato fosse divenuto, quindi, il presupposto imprescindibile per l'applicazione dell'apparato di tutele apprestate dall'ordinamento, a prescindere dall'accertamento della situazione di dipendenza economica e di debolezza contrattuale effettiva del singolo, è conseguito un incentivo a rivendicare la natura subordinata del rapporto e a favorire una notevole dilatazione della fattispecie, colta sempre più decisamente nella sua configurazione astratta (14).

Questo tipo di impostazione ha retto fin quando vi è stata, in linea di massima, aderenza della fattispecie normativa alla realtà strutturale: ossia fin quando la subordinazione ha, da una parte, rappresentato il prototipo dominante nel panorama del lavoro e, dall'altra, ha effettivamente coinciso con la debolezza contrattuale in concreto, e quindi il lavoratore subordinato è stato davvero il soggetto debole. Al mutare delle strutture produttive e al conseguente articolarsi delle figure lavorative, per le ragioni e secondo le direttrici cui si è fatto sopra cenno, la sicurezza della impostazione tradizionale ha cominciato a venire meno.

Il nodo della confusione che ora si profila ha origine nella scelta di ancorare la protezione sociale al contratto di lavoro e quest'ultimo al solo presupposto della subordinazione tecnica, propria di chi accetta di la-

Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia, Bari, 1997, 229.

(14) Secondo L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e autonomia: fattispecie astratta e situazioni effettive*, in AMATO (a cura di), *I destini del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società postfordista*, cit., 97, il ragionare in termini di fattispecie ha reso astratta la concreta posizione del lavoratore il quale riceve sostegno in sede applicativa come se si presentasse sempre provvisto della originaria situazione di bisogno presupposto all'epoca della formulazione della norma qualificatoria.

vorare alle altrui dipendenze (15). In tal modo, il sistema delle garanzie, anziché su un criterio sociale, è cresciuto e si è consolidato, a ben vedere, essenzialmente su un criterio formale, e come tale suscettibile di mille usi, appropriabile dai gruppi forti (16).

L'impiego di criteri di individuazione della fattispecie di stampo giuridico formale si è reso necessario per l'acclarata inidoneità degli opposti criteri, rivolti a registrare i connotati meramente sociali della subordinazione (17). Senonché, proprio l'adozione di criteri collocati su tale piano hanno condotto a trascurare il filtro sociale delle tutele, fino a doversi registrare, e deprecare, la diffusione di c.d. "proletari di complemento" (18) beneficiari di tutele compensative di una debolezza che, viceversa, non li grava concretamente (19).

(15) Il criterio della subordinazione "è tutt'altro che erroneo dal punto di vista della tecnica legislativa, ed infatti esso è noto in tutte le legislazioni, ma soltanto in Italia si è stabilito che tutte le forme del lavoro subordinato devono avere lo stesso grado di protezione, senza considerare, o meglio senza voler vedere, che sotto questo manto si comprendono condizioni sociali molto diverse tra loro". Cfr. GIUGNI, *La giungla e il deserto*, in *Pol. dir.*, 1977, 355.

(16) GIUGNI, *La giungla e il deserto*, in *Pol. Dir.*, 1977, 350-352.

(17) Sulla subordinazione tecnico-giuridica e socio-economica, per tutti, cfr. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2000, 63; SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli, 2000, 83 ss.

(18) V. GIUGNI, *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Atti Convegno Aidlass, Milano, 1983, 3-42.

(19) Questa politica è stata causa di non pochi effetti degenerativi: mentre una fascia di lavoratori della piccola impresa è stata esclusa dal circuito ufficiale del diritto del lavoro, è successo "che istituti introdotti al fine di assistere o rafforzare il soggetto economicamente debole e in condizione di subalternità sociale sono diventati fonte di pingui privilegi a vantaggio di gruppi che operano ai bordi

Pertanto, lavoratori che versano nella medesima situazione di bisogno effettivo vengono trattati diversamente, alla stregua di meri indici formali. Ad esempio, la diversità si manifesta in funzione del tipo di licenziamento (se il licenziamento è individuale ovvero per riduzione di personale); in funzione della categoria nella quale rientra l'impresa (se questa rientra o meno nel campo di applicazione del trattamento straordinario di integrazione salariale); in funzione della dimensione dell'impresa (se occupa o no più di 15 dipendenti) (20). Per questo, è stato auspicato che "per tornare a realizzare l'eguaglianza non solo dei, ma anche tra i, lavoratori il diritto del lavoro deve paradossalmente valorizzarne le differenze" (21).

In realtà, si tratta di ritornare alle origini del diritto del lavoro, quando questo apprestava le sue garanzie a tutela della persona del lavoratore, perché senza dubbio contrattualmente debole e bisognoso di protezione. Ciò implica il passaggio dalla fattispecie astratta "lavoro subordinato" alla

dell'autorità costituita — e a volte sono autorità essi stessi — e che hanno avuto la sopraffina abilità di coniugare tale loro condizione con l'appartenenza all'area della protezione sociale". In questo senso, GIUGNI, *La giungla e il deserto*, cit., 349.

(20) LISO, *Trattamenti di disoccupazione. Riflessioni critiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, 344. In riferimento alle garanzie lavoristiche legate alla dimensione dell'impresa, cfr. BIAGI, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Milano, 1978; GHERA, *Il lavoro nell'impresa minore: piccola impresa, artigianato, lavoro a domicilio*, in questa *Rivista*, 1981, I, 92; HERNANDEZ, *Spunti critici in tema di dimensioni dell'impresa e diritto del lavoro: regola della "differenziazione" e utilità sociale*, in *Dir. imp.*, 1982, 55; FISHETTI - G. SANDULLI, *La rilevanza della soglia dimensionale nella disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1999, 1157-1169; GREMIGNI, *Diritti e obblighi aziendali in base al numero dei dipendenti*, in *Guida lav.*, 2001, 4, 18.

(21) ROMAGNOLI, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, in Atti Aidlass Gubbio 1994, Milano, 1996, 165.

situazione effettiva del lavoratore, dentro e fuori il rapporto di lavoro, garantendo modelli di tutela capaci di seguire il prestatore nelle sue fasi di lavoro e non lavoro, senza che sia il solo concreto contesto organizzativo nel quale l'attività si iscrive ad imporre il confine della tutela stessa (22). In breve, "la strada per la 'rinascita' conduce alla riscoperta del lavoratore come soggetto" (23).

Ed invero, le trasformazioni indotte sul lavoro dai mutamenti di contesto segnalati hanno condotto, da un lato, un'accorta dottrina a reclamare e, dall'altra, il legislatore — pur, forse, senza adeguata consapevolezza sistematica — a introdurre una ri-soggettivizzazione del lavoro attraverso una rinnovata attenzione alla persona del lavoratore e alle sue concrete esigenze. Non può negarsi, infatti, la rilevanza riconosciuta dall'ordinamento a determinate condizioni personali del lavoratore, intendendosi con tale espressione ciò che è proprio di un individuo e lo distingue da ciò che è proprio di altri (come il sesso, la lingua, la razza, il colore, l'etnia, la religione, la cittadinanza, la nazionalità, l'età, la salute, il carico familiare, il reddito, la maternità, la residenza), cui è possibile ricollegare un complesso omogeneo di attribuzioni a vantaggio dei beneficiari.

È, quindi, apparso interessante analizzare l'apparato di tutele apprestato dal legislatore a garanzia delle condizioni personali del lavoratore, utilizzando una griglia concettuale elaborata in considerazione delle loro differenti caratteristiche, che possono essere raggruppate, fondamentalmente, in due gruppi.

(22) D'ANTONA, *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in I "destini" del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società postfordista, Milano, 1998, 140.

(23) SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, 87.

Da una parte, quelle che rappresentano "fattori di debolezza" del lavoratore (come per esempio il sesso femminile e ulteriormente la maternità, la giovane età, gli stati "patologici", la residenza in un'area depressa, i carichi di famiglia, l'assenza di altre fonti di sostentamento, la condizione di straniero) e che, quindi, divengono condizioni di accesso ad una tutela specifica. In altri termini, si tratta di tutte quelle situazioni in cui il lavoratore potrebbe trovarsi esposto ad una qualche "penalizzazione" e pertanto richiedono un intervento protettivo dell'ordinamento che "compensi" la peculiare debolezza.

Dall'altra, invece, alcune condizioni personali sono considerate "fattori di forza" (per esempio, la famiglia plurireddito o non numerosa, l'anzianità di servizio collegata alla pensionabilità o alla prossimità a pensione) e di conseguenza determinano l'esclusione del lavoratore dal sistema di tutele, in quanto "meno socialmente meritevole", o quanto meno titolare della garanzia solo in subordine all'assenza di altri lavoratori più bisognosi.

Infine, in considerazione della — da varie parti ritenuta — inidoneità del lavoro subordinato a costituire ancora il referente tipo per l'attribuzione delle tutele, verranno esaminate, in una prospettiva *de iure condendo*, le proposte di legge sulla riqualificazione dei rapporti di lavoro e sulla redistribuzione delle tutele lavoristiche legate ancora una volta alle condizioni personali dei "nuovi lavoratori" ad ulteriore conferma della tendenza alla ri-personalizzazione del lavoro.

2. La rilevanza delle condizioni personali del lavoratore per l'attribuzione delle tutele nell'ordinamento vigente: panoramica generale.

Le tutele evocate dalla griglia accennata

nel paragrafo precedente, peraltro, a loro volta, richiedono di essere analiticamente esaminate in funzione della finalità perseguita.

Alla luce della considerazione che precede, va rilevato che il tipo di tutela giuslavoristica più diffuso è sicuramente quello di carattere economico, che può dirsi rappresentare la base di quasi tutte le tutele previste in ragione delle condizioni personali del lavoratore rilevanti per l'ordinamento. Della tendenza sono prova, a ben vedere, gli interventi normativi recenti a protezione dei c.d. nuovi lavori, che garantiscono principalmente una tutela economica, alla quale, a volte, affiancano quella conservativa (come esempio di questo secondo genere di tutela, merita di essere già posta in evidenza la tutela dei lavoratori afflitti dalla tossicodipendenza, che appunto si distingue per risultare, singolarmente, incentrata solo sulla conservazione del posto di lavoro, senza alcun sostegno di tipo economico) (24).

Sempre in tema di tutele conservative, va rivelato che, in altre circostanze, il legislatore interviene in modo da assicurare la conservazione del posto di lavoro attraverso la sospensione del rapporto e/o l'accollo dell'onere economico sulla controparte o su soggetti terzi. Così vengono tutelati gli "stati patologici" del lavoratore (ad esempio malattia, infortunio, invalidità, Tbc, Hiv, tossicodipendenza e alcolismo, *handicap*), nonché le condizioni che rappresentano una realizzazione della persona (maternità, funzioni pubbliche elettive, qualità di studente) o l'adempimento di un dovere (servizio militare) (25).

Comunque sia, è indiscutibile che l'ordinamento ha creato una variegata sfera di

protezione, essenzialmente, con riguardo alle condizioni personali espressive di un'intrinseca debolezza dei relativi soggetti. Alcune di queste condizioni godono di una particolare tutela all'interno del rapporto di lavoro subordinato attraverso la tecnica del divieto, utilizzata per la protezione di beni fondamentali quali la dignità e la riservatezza (ad esempio, il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri, e ora anche del padre, o a causa di matrimonio, di lavoro notturno, di indagini sulle opinioni, ecc.). In quest'ambito, un rilievo fondamentale è rivestito dal divieto di atti discriminatori, consistenti in differenze di trattamento dovute esclusivamente a fattori tipizzati dal legislatore con riferimento a libertà fondamentali (libertà di opinione politica, sindacale, religiosa) o a caratteri propri della persona (sesso, razza, età, lingua, cittadinanza, etnia, infezione da Hiv) (26).

Il gravissimo problema della disoccupazione, specialmente dei giovani e nelle regioni meridionali, ha indotto a emanare una molteplicità di provvedimenti diretti ad incentivare nuove assunzioni. Queste disposizioni prevedono un insieme di tutele di carattere promozionale, o propulsivo o, ancora, di sostegno all'occupazione. In particolare, giova qui soffermarsi su quelle incentrate su determinate condizioni personali (quali la giovane età, la residenza nel Mezzogiorno, l'*handicap*) che hanno indotto ad una serie di interventi tesi ad agevolare l'ingresso nel mondo del lavoro (27).

Infine, è da segnalare un tipo di tutela "distributiva" di vantaggi o sacrifici in caso di concorso tra più lavoratori in specifiche circostanze (assunzioni, promozioni, anticipazioni del TFR, *part-time*, trasferimento

(24) Sul punto, *infra* par. 4.

(25) Per i riferimenti normativi si rinvia al par.

4.

(26) Per i riferimenti normativi si rinvia al par. 5.

(27) V. *infra* par. 6.

del lavoratore, Cigs, licenziamento collettivo) in considerazione di alcune condizioni personali (carichi di famiglia, anzianità, condizione reddituale) che determinano un trattamento differenziato tra i lavoratori interessati dal medesimo provvedimento (28).

È dato, così, cogliere i segnali di un percorso la cui ampiezza non si può ancora misurare, ma che, in ogni caso, testimoniano la linea di tendenza seguita dall'ordinamento positivo e lasciano intravedere gli esiti futuri.

3. Tutele economiche.

Passando dall'esposta panoramica generale all'analisi dell'assetto garantistico predisposto dall'ordinamento, come premesso, va rilevata la diffusione di una prima generale forma di tutela legata alle condizioni personali del lavoratore: quella di tipo economico che, in alcune circostanze, si affianca all'altra di tipo conservativo — e, pertanto, verrà trattata nel paragrafo 4, relativo alla tutela conservativa —, mentre più spesso costituisce l'unica garanzia riconosciuta al lavoratore; ed è di quest'ultima che ora ci occupiamo.

Tra le ipotesi di tutela prettamente economica, particolare attenzione desta, ai fini del ragionamento che si sta svolgendo, quella di maternità. In siffatta cornice occorre, infatti, considerare la tutela della maternità delle lavoratrici autonome (legge n. 546 del 1987) e delle libere professioniste (legge n. 379 del 1990) (29), che si è andata affiancando alla ormai consolidata

tutela delle lavoratrici madri subordinate (30). Le richiamate leggi sottolineano il percorso storico relativo alla valutazione economica sociale e giuridica del lavoro femminile: e, precisamente, il definitivo passaggio dalla tutela della donna in quanto soggetto debole, insieme ai fanciulli, e quindi socialtipo o sottotipo sociale (le c.d. mezze forze) (31), ad una condizione

parto e per i tre mesi successivi ad esso. Devono, però, essere iscritte in appositi elenchi, rispettivamente delle Camere di Commercio, gli Uffici provinciali del Servizio per i contributi agricoli unificati e presso le competenti Casse di previdenza per i liberi professionisti.

In riferimento all'estensione della tutela della maternità alle lavoratrici autonome e libere professioniste è intervenuta più volte la Corte costituzionale, cfr. Corte Cost. 21 aprile 1993, n. 181, in questa *Rivista*, 1993, II, 425; Corte Cost. 21 aprile 1994, n. 150, in *Mass. giur. lav.*, 1994, 297, con nota di SAETTA; Corte Cost. 26 gennaio 1998, n. 3, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 550, con nota di DELLA ROCCA, *La tutela della maternità tra lavoro subordinato e lavoro autonomo*, cui mi permetto di rinviare. In dottrina, criticano l'impostazione della Corte, MISCIONE, *La maternità per le "donne professioniste"*, in *Lav. giur.*, 1998, 465; PERA, *Indennità di maternità senza danno?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 233.

(30) Il legislatore si preoccupa, per la prima volta, della maternità in modo specifico con la legge n. 1347 del 1934 "Disposizioni sulle lavoratrici madri". Tra le prime leggi del periodo post-costituzionale troviamo la legge 26 agosto 1950, n. 860 relativa alla tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri, la legge 7 gennaio 1963, n. 7, relativa al divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio, infine la legge 30 dicembre 1971, n. 1204 relativa alla tutela delle lavoratrici madri subordinate.

(31) Come è stato sottolineato, BALLESTRERO, *Il diritto del lavoro e la differenza di genere*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 287, "le donne, loro malgrado, sono le protagoniste di quella disciplina le cui origini si confondono con la prima legislazione sociale. La legislazione sociale delle origini non è neutra; al contrario, è una legislazione 'sessuata', essendo la protezione 'riservata' ai fanciulli e alle donne".

(28) V. *infra* par. 7.

(29) Queste leggi prevedono che le lavoratrici autonome commercianti, le coltivatrici dirette, le colone, le mezzadre e le libere professioniste hanno diritto ad una indennità di maternità giornaliera per i due mesi che precedono la data presunta del

di parità con l'uomo lavoratore e, quindi, persona che lavora tutelata ancora in relazione ai suoi connotati tipici (in tal senso risulta indicativa la tutela antidiscriminatoria, su cui *infra* par. 5) ma anche, specificamente, in relazione alle peculiari condizioni personali che viene ad assumere (in particolare, la maternità) (32).

La normativa specifica relativa a lavoratrici autonome e libere professioniste, anche se in piena continuità con la legge n. 1204 del 1971, non ha potuto recepire tutte le misure di tutela regolate da quest'ultima, che presuppongono necessariamente il rap-

(32) Sul tema la letteratura è amplissima, cfr. BALLESTRERO, *Il diritto del lavoro e la differenza di genere*, cit., 287; BALLESTRERO, *Azioni positive. Punto e a capo*, in *Lav. dir.*, 1996, 117; BALLESTRERO, *Le azioni positive tra uguaglianza e diritto diseguale*, in *Nuove leggi civ. com.*, 1994, 17; PESSI, *Riflessioni sulla legge n. 125 del 1991*, in questa *Rivista*, 1993, I, 103; DE CRISTOFARO, M.L., *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici*, *Commento alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, Napoli, 1993; MORMILE, voce *Lavoratrici madri*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 3280; MAZZOTTA, *Eguaglianza, parità, pari opportunità*, in *Lav. dir.*, 1992, 481; GAETA-ZOPPOLI, *Il diritto diseguale*, Torino, 1992; CATALANI, *L'eguaglianza di opportunità e il lavoro femminile*, Napoli, 1992; BORTONE, voce *Lavoratrici madri*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XVIII; BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, 1979; DE CRISTOFARO, M.L., *Tutela e/o parità? Le leggi sul lavoro femminile tra protezione e uguaglianza*, Bari, 1979; TREU, *Lavoro femminile e principio d'uguaglianza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 7; Atti Convegno Aidlass su *La disciplina giuridica del lavoro femminile*, Milano, 1978; DE LUCA, *La legge sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro: prime considerazioni*, in questa *Rivista*, 1978, I, 465; TREU, *Commento alla legge 9/12/1977, n. 903*, in *Nuove leggi civ. com.*, 1978, 787; COTTRAU, *La tutela della donna lavoratrice*, Torino, 1972; GUIDOTTI, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli e la tutela delle lavoratrici madri*, in BORSI-PERGOLESI (diletto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Padova, 1959, 271 ss.

porto di lavoro subordinato, e si è limitata, pertanto, a riconoscere prestazioni economiche (33).

A ben vedere, la *ratio* della tutela è la

(33) La Corte Costituzionale (Corte Cost. 21 aprile 1993, n. 181, in questa *Rivista*, 1993, II, 425) — chiamata a vagliare la legittimità dell'art. 4 della legge 29 dicembre 1987, n. 546, nella parte in cui non prevede anche per le lavoratrici autonome l'indennità in caso di astensione anticipata dal lavoro, di cui all'art. 5 della legge n. 1204 del 1971, pur non negando l'esistenza di un trattamento differenziato e meno favorevole per le lavoratrici autonome — ha, tuttavia, dichiarato inammissibile la questione assumendo non essere irragionevole una diversa normativa in base all'opinabile criterio della differente situazione lavorativa in cui si trovano ad operare le lavoratrici autonome rispetto a quelle subordinate. A ben vedere, tale giustificazione è concretamente insussistente giacché quella tutela appare opportuna proprio in considerazione della natura del lavoro svolto dalle lavoratrici autonome o libere professioniste. Infatti, le condizioni di lavoro di questa categoria di lavoratrici sono, generalmente, pregiudizievoli alla salute della donna e, di conseguenza, del bambino, in quanto è risaputo che esse operano sotto pressione e con ritmi che non conoscono orari. Infine, sempre sulla criticabile linea di un'impossibilità di assimilazione delle tutele del lavoro subordinato al lavoro autonomo si pone l'ultima sentenza della Corte Costituzionale (Corte Cost. 26 gennaio 1998, n. 3, cit.) in tema di tutela della maternità delle libere professioniste. In questa sentenza la Corte non ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 11 dicembre 1990, n. 379, nella parte in cui riconosce alle libere professioniste l'indennità di maternità, nei due mesi precedenti la data presunta del parto nonché nei tre mesi successivi, senza imporre come condizione l'astensione effettiva dal lavoro. Le argomentazioni poste dalla Corte alla base della sua motivazione non convincono del tutto nel momento in cui si guarda alla *ratio* della disciplina garantistica, che è quella di "tutelare la salute della donna e del nascituro, soprattutto attraverso lo strumento dell'astensione dal lavoro, ed evitare nel contempo che alla maternità si colleghi uno stato di bisogno, o semplicemente una diminuzione del tenore di vita", che indurrebbe, invece, verso una parificazione delle tutele tra lavoro subordinato ed autonomo. In dottrina, criticano l'im-

medesima, vuoi nel lavoro subordinato vuoi nel lavoro autonomo: vale a dire la tutela della maternità, della funzione familiare, della salute della donna e del nascituro. E questi sono certamente valori che inducono verso la progressiva omogeneizzazione fra disciplina del lavoro subordinato — ancorché possa dirsi che questa risulti eccessivamente rigida e garantista — e disciplina del lavoro autonomo.

La maternità costituisce una delle condizioni personali più intensamente protette dall'ordinamento ed è valore che la stessa Costituzione tutela all'art. 37. Per tale sua rilevanza, la tutela della maternità si ritiene costituisca una c.d. "garanzia generale di istituto" (34), cosicché dovrebbe essere offerta in egual misura o, comunque, con analoghi risultati, ad ogni lavoratrice che versi in condizione di debolezza socio-economica effettiva.

Anzi, in rispondenza a tale esigenza, il legislatore non è rimasto ancorato ai tradizionali confini del diritto del lavoro e, dopo essersi occupato — sebbene parzialmente — delle lavoratrici autonome e libere professioniste, ha allargato l'orizzonte verso nuove figure, estendendo ulteriormente la tutela della maternità al di fuori della "cittadella" del lavoro in senso proprio.

Il processo di estensione dell'apparato protettivo ha infatti portato ad allargare determinate tutele, in particolare quelle economiche, alle giovani occupate con i piani di inserimento professionale (PIP), alle la-

postazione della Corte, PERA, *Indennità di maternità senza danno?*, cit., 233; MISCIONE, *La maternità per le "donne professioniste"*, cit., 465. In senso favorevole, VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. II Il rapporto di lavoro*, Torino, 2000, 243, in particolare nota 41.

(34) Così la definisce D'ANTONA, *Limiti costituzionale alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in ADL, 1995, 89.

voratrici titolari di borse lavoro e impiegate in lavori socialmente utili (LSU). È ciò anche se attraverso tali istituti il legislatore ha introdotto nell'ordinamento una nuova e peculiare fattispecie di lavoro, il c.d. "lavoro senza contratto", non propriamente riconducibile al rapporto di lavoro subordinato, né alla parasubordinazione, o, in generale, al lavoro autonomo (35). È il caso di sottolineare che la tutela economica, qui, viene estesa con riguardo non soltanto alla maternità ma altresì alla malattia e al carico familiare.

Precisamente, nel caso dei piani di inserimento professionale (introdotti dall'art. 15, comma 1, lett. b), della legge n. 451 del 1994) nel 1998 viene estesa la tutela della malattia e della maternità, con la circolare del Ministero del lavoro, n. 120 del 12 ottobre 1998 (36). Per le borse lavoro (istituite dall'art. 26 della legge 24 giugno 1997, n. 196 e attuate dal d.lvo 7 agosto 1997, n. 280), l'INPS, nel messaggio del 27 marzo 1998, n. 13324 (37), ha chiarito che ai titolari viene estesa la tutela in caso di malattia e maternità, nonché, in presenza dei requisiti di legge, l'assegno per il nucleo familiare.

Infine, per i lavori socialmente utili, con

(35) L'espressione è di PERONE, *Lineamenti di diritto del lavoro*, cit., 207, poi, in particolare, 223; VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. II Il rapporto di lavoro*, cit., 32, che definisce tali istituti come "le attività dei senza lavoro"; MARIMPIETRI, *Lavoro e solidarietà sociale*, Torino, 1999, 147; CIUCCIOVINO, *Sulla natura giuridica dei lavori socialmente utili*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 265.

(36) Ministero del lavoro, circolare 12 ottobre 1998, n. 120, in *Guida lav.*, 1998, 42, 17. Successivamente, v. Circolare INPS, 27 gennaio 1999, n. 13, in *Guida lav.*, 1999, 5, 60. Per un quadro riassuntivo, v. SILVESTRI, *Piani di inserimento professionale e Inps*, in *Guida lav.*, 1999, 7, 63.

(37) Messaggio INPS, 27 marzo 1998, n. 13324, in *Guida lav.*, 1998, 14, 17.

circolare n. 66 del 26 maggio 1996 del Ministero del lavoro è stata prevista la tutela in caso di assenze per malattia e maternità, nonché la corresponsione dell'assegno per il nucleo familiare. La disciplina dei lavori socialmente utili (38) è stata modificata, a norma dell'art. 22 della legge 24 giugno 1997, n. 196, dal d.lvo 1 dicembre 1997, n. 468, che, all'art. 8, commi 9 e 15, prevede l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e, in caso di maternità, l'astensione obbligatoria con l'indennità pari all'80% dell'importo dell'assegno (39).

(38) L'art. 45, comma 2, della legge 17 maggio 1999, n. 144 ha delegato il Governo ad apportare, entro il 28 febbraio 2000, "le necessarie modifiche e integrazioni alla previgente disciplina dei lavori socialmente utili" al fine di adeguarla allo sviluppo di iniziative di occupazione stabile e alle nuove competenze degli enti locali in materia di mercato del lavoro. In attuazione di tale delega, il Governo ha emanato il d.lvo 28 febbraio 2000, n. 81, in *Guida lav.*, 2000, 15, 14, che entrerà in vigore il 22 aprile p.v., che modifica soltanto in parte le precedenti disposizioni di legge contenute fondamentalmente nel d.lvo n. 468 del 1997 e nel decreto interministeriale di attuazione del 21 maggio.

(39) In conformità al parere espresso dal Ministero del lavoro, l'INPS ha fornito alcuni chiarimenti con circolare 18 giugno 1999, n. 138 relativamente alla corresponsione dell'assegno per il nucleo familiare alle lavoratrici in maternità obbligatoria impegnate in lavori socialmente utili. L'assegno, in primo luogo, può essere concesso alle lavoratrici che possono far valere una copertura assicurativa in qualunque epoca conseguita. In secondo luogo, l'assegno può essere concesso alle lavoratrici che, pur non potendo far valere alcuna precedente copertura assicurativa, sono state impegnate per almeno una settimana (sei giorni lavorativi) nei lavori socialmente utili.

In riferimento alla tutela della maternità delle lavoratrici impegnate in lavori socialmente utili è intervenuta la Corte Costituzionale (16 luglio 1999, n. 310, in questa *Rivista*, 1999, II, 536, con nota di DELLA ROCCA, *Lavori socialmente utili e maternità: la Corte costituzionale estende la tutela oltre il lavo-*

Tornando su un terreno più propriamente giuslavoristico, va ricordato che con la legge finanziaria per il 1998 (art. 59, comma 16, della legge n. 449 del 1997) (40) le prestazioni di maternità sono state estese anche alle lavoratrici autonome professioniste e parasubordinate non provviste di altra forma previdenziale obbligatoria e iscritte alla gestione separata (attualmente del 12,5%) presso l'INPS, stabilendosi il pagamento di un'aliquota contributiva aggiuntiva dello 0,5%: quindi, sia a coloro le quali eserciti-

ro subordinato, cui mi permetto di rinviare) secondo la quale la non applicazione dell'art. 15 della legge n. 1204 del 1971 alle suddette lavoratrici è incostituzionale. Ma v'è di più. La Corte è arrivata ad affermare che "il rapporto che si instaura a seguito dello svolgimento di lavori socialmente utili, anche se ha origine da motivi assistenziali, riguarda pur sempre un impegno lavorativo certamente precario ma a carattere continuativo e retribuito, pur se non comporta la cancellazione dalle liste di mobilità" con ciò confermando l'attuale tendenza all'estensione delle forme di tutela collegate alle condizioni personali del lavoratore, nell'accezione "lavoro" che abbiamo accolto nel testo (*ex art. 4, comma 2, Cost.*).

(40) In attuazione dell'art. 59, comma 16, della legge n. 449 del 1997 il Ministero del lavoro ha emanato il D.M. 27 maggio 1998, in *Guida lav.*, 1998, 31, 85, e l'INPS ha pubblicato la circolare n. 47 del 1 marzo 1999, *ivi*, 1999, 10, 32 e circolare n. 147 del 12 luglio 1999, *ibidem*, 29, 49. Inoltre, a conferma di una progressiva omogeneizzazione del trattamento del lavoro dipendente e non, il legislatore ha stabilito, da una parte, con il c.d. Collegato Fiscale (art. 34, legge 12 novembre 2000, n. 342), l'assimilazione dei redditi dei parasubordinati a quelli da lavoro dipendente (sul punto, v. BONATI, *Collaborazione coordinata e continuativa: chiarimenti Inps e Finanze*, in *Guida lav.*, 2001, 7, 44) e, dall'altra, con la legge finanziaria per il 2001 (legge 23 dicembre 2000, n. 388), attraverso una norma di interpretazione autentica (art. 80, comma 12), l'estensione della maternità e dell'assegno per il nucleo familiare a favore di lavoratori autonomi e parasubordinati deve essere realizzata nelle forme e nelle modalità previste per il lavoro dipendente.

no un'attività libero professionale e non siano iscritte a casse o albi, sia alle lavoratrici che hanno in corso rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Peraltro, nella prospettiva della creazione di un sistema di protezione sociale ulteriore rispetto alla tutela previdenziale già assicurata alle lavoratrici madri e che prescinde, quindi, dal collegamento con la condizione lavorativa, e dunque in una prospettiva di sicurezza piuttosto che di previdenza sociale, il legislatore ha introdotto nella legge finanziaria per 1999 (art. 66 della legge 23 dicembre 1998, n. 448) l'indennità di maternità alle casalinghe. La norma prevede che, con riferimento ai figli nati successivamente al 1° luglio 1999, alle madri cittadine italiane residenti, che non godono di trattamenti previdenziali di maternità (41) e il cui nucleo familiare di appartenenza risulti in possesso di risorse economiche non superiori a un determinato indicatore della situazione economica (42), spetti un assegno di maternità mensile, erogato dall'INPS, di 200.000 lire, nel limite massimo di cinque mensilità (43). In aderenza alla finalità dell'integrazione paritaria

gato dall'INPS, di 200.000 lire, nel limite massimo di cinque mensilità (43). In aderenza alla finalità dell'integrazione paritaria

gole per la certificazione della situazione economica. Infine, il terzo ha disposto il regolamento attuativo per la concessione dei trattamenti di famiglia e di maternità a favore dei nuclei in disagiate condizioni economiche: in particolare ha previsto delle formule per la riparametrazione del valore della situazione economica, nel caso in cui il nucleo familiare sia composto da più di 5 persone (per ulteriori chiarimenti v. Circolare INPS 20 settembre 1999, n. 179, in *Guida lav.*, 1999, 38, 105). L'ISE costituisce un parametro di riferimento della situazione economica familiare (ottenuto sommando il reddito complessivo ai fini IRPEF, il valore del patrimonio mobiliare e il valore delle proprietà immobiliari diviso per il coefficiente corrispondente alla specifica composizione del nucleo familiare: $ISE = Sr + Sp / NF$) attraverso il quale sarà selezionato l'accesso agevolato al *Welfare* per il godimento di quelle prestazioni c.d. universalistiche erogate dalle amministrazioni pubbliche. In particolare, per l'assegno di maternità destinato alle donne senza alcuna copertura previdenziale e appartenenti a famiglie disagiate, il valore dell'ISE di riferimento non deve superare un valore di lire 50.800.000 annui per i nuclei familiari con tre componenti; per i nuclei familiari con diversa composizione detto requisito economico è riparametrato sulla base della scala di equivalenza prevista dal d.lvo n. 109 del 1998, i cui criteri sono illustrati nell'allegato A del D.M. n. 306 del 1999. Nel caso, invece, per esempio, di un assegno di maternità di lire 203.200 per tredici mensilità, per nuclei familiari di cinque componenti con tre figli minori, il limite ISE è di lire 36.576.000.

(43) Gli artt. 50 e 63 della legge 17 maggio 1999, n. 144 (c.d. Collegato Lavoro) prevedono alcune disposizioni che modificano o integrano l'art. 66 della legge Finanziaria 1999, tra cui, appunto, la previsione che tali assegni siano concessi dai Comuni ma erogati dall'INPS. Inoltre, l'importo dell'assegno è stato progressivamente innalzato: prima dall'art. 49, comma 12, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 (Finanziaria 2000), che lo ha elevato a lire 300.000 mensili, nel limite massimo di cinque mensilità, per ogni figlio nato dal 1° luglio 2000 o per ogni minore adottato o in affidamento preadottivo, sempre dal 1° luglio 2000; in seguito, dall'art. 80, comma 11, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Finanziaria 2001), che lo ha elevato a lire

(41) Alla luce dell'art. 80, comma 10, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, viene data un'interpretazione autentica all'espressione "trattamenti previdenziali di maternità" nel senso che l'assegno di maternità a favore di lavoratrice appartenente a nucleo familiare bisognoso spetta in assenza dei trattamenti economici di maternità erogato dall'INPS ai sensi dell'art. 13, comma 2, della legge n. 1204 del 1971 e successive modificazioni, e di altri trattamenti economici di maternità corrisposti da datori di lavoro non tenuti al versamento dei contributi di maternità.

(42) Per effetto della delega prevista all'art. 59, comma 51, della legge n. 449 del 1997, l'indicatore della situazione economica è stato definito con il d.lvo 31 marzo 1998, n. 109, come modificato dal d.lvo 3 maggio 2000, n. 130, e da tre decreti: il DPCM n. 221 del 1999, il DPCM n. 305 del 1999 e il D.M. 15 luglio 1999, n. 306 (tutti in S.O. alla G.U., del 6 settembre 1999, n. 209). Con il primo si definiscono i criteri unificati di valutazione del tenore di vita delle persone che fanno domanda di agevolazioni sociali; il secondo si occupa delle re-

degli immigrati e dell'estensione delle tutele base, la legge finanziaria per il 2000 (art. 49 della legge 23 dicembre 1999, n. 488) estende la tutela della maternità anche alle extracomunitarie in possesso di carta di soggiorno (art. 9, d.lvo 25 luglio 1998, n. 286) (44) e riduce gli oneri sociali per la maternità stessa.

È evidente l'evoluzione verso un *Welfare* non più occupazionale, ma piuttosto universalistico, delle cui garanzie usufruisce il soggetto, lavoratore subordinato o meno, che versa in condizioni di effettivo bisogno, valutate sulla base del c.d. "riccometro", che dovrebbe funzionare, quindi, da filtro verso quelle prestazioni fondamentali la cui titolarità prescinde dallo *status* professionale (45).

Passando a esaminare, sempre sul piano

500.000, sempre nel limite massimo di cinque mensilità, per ogni figlio nato o per ogni minore adottato o in affidamento preadottivo dal 1° gennaio 2001.

(44) In particolare, l'art. 49, della legge n. 488/1999, al comma 8, attribuisce, a determinate condizioni, alle lavoratrici residenti, cittadine italiane o comunitarie o straniere in possesso di carta di soggiorno, per le quali sono stati versati contributi per la tutela previdenziale obbligatoria della maternità ma non sia stata poi corrisposta, in tutto o in parte, alcuna prestazione, un assegno di importo complessivo di lire 3.000.000, a carico dello Stato e concesso e corrisposto dall'INPS, per ogni figlio nato o per ogni minore adottato o in affidamento preadottivo dal 1° luglio 2000 (elevato a lire 500.000 per ogni figlio nato o per ogni minore adottato o in affidamento preadottivo dal 1° gennaio 2001); mentre, al comma 12, qualora i medesimi soggetti non godano di alcuna tutela economica per la maternità e appartengano a nuclei familiari in condizioni disagiate, prevede la concessione, a decorrere dal 1° luglio 2000, dell'assegno (ex art. 66, legge n. 448/1998) di importo pari a lire 300.000 mensili (sempre elevato a lire 500.000 per i casi appena segnalati), nel limite massimo di cinque mensilità. Per ulteriori approfondimenti, v. RODA, *Maternità per straniere con carta di soggiorno*, in *Guida lav.*, 2000, 1, 52.

(45) In quest'ottica, merita di essere evidenziata la prima forma di tutela universale ispirata a criteri di giustizia distributiva. L'ordinamento si

delle tutele prettamente economiche, il carico di famiglia, è d'obbligo il rilievo per cui la normativa ha ruotato intorno alla condizione familiare, a motivo della preminenza che la stessa Costituzione accorda al valore della famiglia, laddove afferma che "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" (art. 29 Cost.), "provvede che siano assolti i compiti dei genitori incapaci" (art. 30 Cost.), agevola con "misure economiche e con altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose" (art. 31 Cost.) (46).

preoccupa, infatti, degli anziani in disagiate condizioni economiche e che, quindi, non hanno maturato neppure il diritto ad una pensione di vecchiaia "integrata al minimo". In questo caso, lo Stato paga a queste persone l'attuale assegno sociale (ex art. 3, commi 6 e 7, legge n. 335 del 1995 che ha cambiato il nome alla pensione sociale istituita con l'art. 26 della legge n. 153 del 1969), a condizione che abbiano più di 65 anni, siano residenti nel territorio italiano e in base a un criterio di reddito, quindi a prescindere dalla circostanza che siano stati o no lavoratori. Inoltre, i titolari di questo assegno, in quanto ufficialmente riconosciuti come poveri, sono automaticamente esentati dal pagamento dei ticket sanitari. Sull'argomento in generale, cfr. ROSSI, *La pensione sociale, la pensione privilegiata e la pensione di anzianità*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1965, 982; PERSIANI, *Sul diritto dei pensionati sociali all'assistenza di malattia*, in *Sic. soc.*, 1970, 184; CANNELLA, *La pensione sociale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1970, 873; ALIBRANDI, *Pensione previdenziale e pensione sociale; una distinzione qualitativa*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 279; CINELLI, *Pensione sociale*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, V, Torino, 1984, 839; ID., *Tutela degli anziani e degli inabili al lavoro, disciplina della pensione sociale, principio di parità e prassi amministrativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, II, 286. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2000; NEGRI-SARACENO, *Le politiche contro la povertà in Italia*, Bologna, 1996, 50.

(46) Il diritto del lavoro, e in particolare il sistema di sicurezza sociale, non ha riconosciuto alla famiglia una sua rilevanza autonoma ma è stata

In particolare, i carichi familiari rilevano ai fini dell'attribuzione di benefici di carattere economico sia nella determinazione della retribuzione sufficiente — alla luce dell'art. 36 Cost. (47) — sia, in un quadro previdenzialistico, ai fini del diritto all'assegno per il nucleo familiare.

Il difficile contemperamento tra il principio della sufficienza e quello della proporzionalità sanciti dall'art. 36 Cost. (48) spie-

ga l'evoluzione del nostro ordinamento nel senso di soddisfare il profilo familiare della tutela del reddito del lavoratore (49) non propriamente attraverso interventi sulla determinazione della retribuzione, ma con interventi di natura previdenziale, in particolare con l'integrazione della retribuzione da parte di prestazioni previdenziali (50): in un primo momento, per mezzo degli assegni familiari — regolati dal r.d.l. 21 agosto

spesso considerata "esclusivamente come parametro di valutazione dell'ampiezza del bisogno individuale e della determinazione dell'intensità della tutela" da riconoscere al singolo lavoratore, peraltro subordinato, inserito in un nucleo familiare. Sull'argomento, cfr. ALES, *Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un "nuovo" Stato Sociale*, in questa *Rivista*, 1999, I, 157; Id., *Famiglia e sicurezza sociale nei principi costituzionali*, *ibidem*, 1996, I, 405.

(47) V. Corte Cost. 10 dicembre 1987, n. 599, in *Giust. civ.*, 1987, 3506.

(48) I giudici, da parte loro, mancando ogni indicazione sulle concrete modalità e sugli strumenti di applicazione di tali principi, si sono divisi su due posizioni: quella prevalente [Cfr. Cass. 20 dicembre 1971, n. 3698, inedit. a quanto consta; Cass. 15 gennaio 1981, n. 349, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1117; Pret, Ispica 22 giugno 1987, in questa *Rivista*, 1989, II, 292; Cass. 15 maggio 1987, n. 4503, in *Giust. Civ., Mass.*, 1987, fasc.5; Cass. 15 maggio 1990, n. 4147, in *Giust. civ., Mass.*, 1990, fasc. 5; Cass. 3 dicembre 1994, n. 10366, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 546; Cass. 9 agosto 1996, n. 7383, in *Riv. It. dir. lav.*, 1997, II, 481] ha ritenuto il contratto collettivo un punto di riferimento facoltativo e, nel determinare la retribuzione sufficiente, ha tenuto conto anche delle condizioni territoriali o socioeconomiche dell'ambiente in cui il lavoratore presta la propria attività lavorativa, nonché, in alcuni casi, delle stesse condizioni personali e familiari, ammettendo quindi delle deroghe rispetto ai minimi contrattuali; quella minoritaria [Cfr. Cass. 29 agosto 1987, n. 7131, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1283; Cass. 25 febbraio 1994, n. 1903, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 101; Cass. 14 maggio 1997, n. 4224, in *Foro it.*, 1998, 3227; Cass. 26 marzo 1998, in *Foro it.*, 1998, 3227] ha più semplicemente dato prevalenza al principio della proporzionalità e ha ritenuto il contratto collettivo un punto di rife-

rimento obbligatorio e vincolante, limitandosi ad applicare i minimi salariali nazionali. In dottrina, cfr. PROSPERETTI, U., *Lo sviluppo del diritto del lavoro in relazione alle modificazioni della vita economica*, in *Problemi di diritto del lavoro*, Milano, 1970, vol. 1, 111 e *Norma e fatto economico nel contratto collettivo di lavoro*, *ibidem*, 200; VALLEBONA, *Costo del lavoro e autonomia collettiva*, in questa *Rivista*, 1978, I, 368; Id., *Il lavoratore-consumatore nel diritto del lavoro attuale*, in questa *Rivista*, 1983, I, 208; Id., *Limiti legali all'autonomia collettiva per il contenimento del costo del lavoro*, *ivi*, 1984, I, 128; Id., *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, 412. Sulla rilevanza delle condizioni ambientali e territoriali, ma non anche di quelle personali e familiari, v. PONTRANDOLFI, *Influenza delle condizioni territoriali sui minimi salariali della contrattazione collettiva e sulla determinazione giudiziale della retribuzione*, in *Nuove forme di retribuzione e attualità dei principi costituzionali*, Atti Convegno Confindustria, 3 febbraio 1997, 2 dattil.

(49) È "la identificazione tra retribuzione e unico reddito del prestatore di lavoro a connotare la posizione (o, se si vuole, lo status) professionale del lavoratore. A tale stregua, il diritto del lavoro si qualifica per le sue finalità protettive di un soggetto la cui debolezza sociale (...) deriva dalla mancanza di ulteriori fonti di reddito", così PERONE, *Tutela della retribuzione e del reddito nel diritto del lavoro e nei diritti della previdenza sociale*, in questa *Rivista*, 1985, I, 123. Infatti, "con il dato della sufficienza viene introdotto, nella retribuzione, un elemento personalistico, inerente altresì alla considerazione del nucleo familiare (c.d. salario familiare), che rappresenta un primo, significativo carattere differenziale rispetto al corrispettivo contrattuale", così SCOGNAMIGLIO, *Lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, 11.

(50) PERONE, *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, 43.

1936, n. 1632 — e successivamente dell'assegno per il nucleo familiare (art. 2, legge 13 maggio 1988, n. 153).

Facendo leva sugli assegni familiari, il legislatore ha inteso eliminare, o quanto meno ridurre, la accertata situazione di bisogno determinata dal carico di famiglia nei casi in cui il sostentamento di questa derivi dallo svolgimento di un'attività lavorativa (51). Con la legge n. 153 del 1988 (poi integrata dalla legge n. 451 del 1994), gli assegni familiari vengono sostituiti dall'assegno per il nucleo familiare, parametrato sul reddito totale familiare (52). Si è passati, così, da un debole beneficio riconosciuto a tutti i lavoratori con familiari a carico ad una misura, di carattere più marcatamente assistenziale, rivolta alle famiglie di lavoratori che versano in particolari e comprovate condizioni economiche di bisogno (53).

(51) PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit.

(52) L'importo varia in funzione diretta al numero dei componenti della famiglia ed inversa al reddito del nucleo familiare nonché alla presenza al suo interno di particolari condizioni di difficoltà (presenza di disabili, vedovanza, separazione, divorzio). Con tale nuovo istituto il legislatore si è preoccupato di adeguare la retribuzione alle esigenze del nucleo familiare riconnesse alla insufficienza del reddito, in onore della formula costituzionale che vuole la retribuzione "sufficiente" a soddisfare i bisogni non solo del lavoratore ma anche dei componenti della sua famiglia. L'assegno per il nucleo familiare si pone, quindi, quale tipico "strumento di redistribuzione dei redditi". In altre parole realizza "un'integrazione monetaria del reddito familiare, coprendo in parte il divario tra il reddito considerato necessario, per le varie tipologie familiari, affinché possa essere garantito un adeguato tenore di vita", cfr. AMENDOLA, *L'assegno per il nucleo familiare*, in *Prev. soc.*, 1988, 25; PROSPERETTI, voce *Assegni familiari*, in *Enc. giur.*, 1994.

(53) Il fatto che i sostegni alla famiglia siano iscritti nel sistema della previdenza comporta che la famiglia in quanto tale, e in particolare quella con i figli, non costituisca un soggetto privilegiato

I carichi di famiglia rappresentano una condizione personale di tale intensa considerazione costituzionale da assumere rilievo ai fini della distribuzione della relativa tutela economica anche al di là del rapporto di lavoro subordinato, per estendersi, ancora una volta, alle nuove figure lavorative, fino ad includere i cittadini in condizione di bisogno. In questa prospettiva va sottolineata l'estensione dell'assegno per il nucleo familiare sia ai lavoratori autonomi e parasubordinati (art. 59, comma 16, della legge 27 dicembre 1997, n. 449), sia a favore di quei nuclei familiari composti da tre o più figli minori che risultino in una condizione di "non abbienza" (art. 65 della legge 23 dicembre 1998, n. 448).

Mentre inizialmente l'assegno spettava al solo lavoratore subordinato (54), la legge n. 449 del 1997, all'art. 59, comma 16, ha previsto per i lavoratori autonomi e parasubordinati, iscritti alla gestione separata presso l'Inps e non provvisti di alcuna forma previdenziale obbligatoria, oltre ad un

dalle politiche sociali italiane. Ad esempio, in Italia, a differenza di altri paesi europei — dove gli assegni per i figli costituiscono una quota consistente del reddito delle famiglie di modeste condizioni economiche e contribuiscono in modo rilevante a proteggere dalla povertà i nuclei con figli minori —, non sono previsti assegni per i figli pagati indipendentemente dal reddito. v. NEGRI-SARACENO, *Le politiche contro la povertà in Italia*, Bologna, 1996, 37; SARACENO, *Le politiche familiari in Italia*, in *Assist. soc.*, 1999, 15; ZANONI, *I provvedimenti economici per la famiglia: l'assegno al nucleo familiare e l'assegno di maternità*, *ibidem*, 1999, 89; MISCI, *I provvedimenti economici per la famiglia: reddito minimo d'inserimento, indicatore della situazione economica equivalente, sanitemetro*, *ibidem*, 93.

(54) Infatti la somma dei redditi da lavoro dipendente, da pensione o da altra prestazione previdenziale, deve essere superiore al 70% del reddito complessivo del nucleo familiare altrimenti il diritto non sorge.

incremento del prelievo contributivo pari al 1,5% — ulteriormente incrementato dello 0,5% ogni biennio fino a raggiungere, nel 2028, a regime, il 19% (55) — una nuova aliquota contributiva, pari allo 0,5%, per garantire a questi soggetti sia, come abbiamo visto, il diritto all'indennità di maternità, sia il diritto all'assegno per il nucleo familiare (56).

Nella tendenza accennata si iscrive l'ulteriore estensione effettuata a favore dei giovani titolari di borse lavoro (art. 26 della legge n. 196 del 1997), in presenza dei requisiti e delle condizioni di legge (57).

(55) Tuttavia, nel tentativo di rafforzare la tutela assistenziale nei confronti di questi lavoratori, la legge n. 448 del 1999 ha disposto un'accelerazione al già descritto progressivo aumento dell'aliquota contributiva pensionistica — l'aumento biennale di 0,5% viene raddoppiato, portandolo al 1%, e pertanto il traguardo del 19% sarà raggiunto nel 2014 — e sono state estese alle ipotesi di degenza ospedaliera per malattia le disposizioni dettate in tema di tutela della maternità e assegni al nucleo familiare.

(56) Con il D.M. 27 maggio 1998, in G.U. del 24 luglio 1998, n. 171, il Ministero del lavoro ha disciplinato l'estensione, a decorrere dal 1 gennaio 1998, dell'assegno di maternità e dell'assegno per il nucleo familiare ai soggetti iscritti alla gestione separata dei lavoratori autonomi e parasubordinati — istituita con legge 8 agosto 1995, n. 335 —; inoltre, anche l'INPS, con circolare n. 47 del 1999, in *Guida lav.*, 1999, 10, 32, ha stabilito delle istruzioni operative a riguardo. In questo caso, il diritto sorge se la somma dei redditi derivanti dall'attività di lavoro autonomo o lavoro coordinato e continuativo non è inferiore al 70% del reddito complessivo del nucleo familiare. L'assegno comunque non spetta ai nuclei composti da due genitori e un figlio minore e i nuclei senza figli minori, purché non vi siano inabili.

(57) Così ha chiarito l'INPS nel messaggio del 27 marzo 1998, n. 13324, in *Guida lav.*, 1998, 14, 17. In particolare, l'assegno per il nucleo familiare trova il suo presupposto in uno stato di bisogno attuale, derivante dalla presenza di familiari a carico e che, ai sensi dell'art. 2, d.lvo 13 marzo 1988, n.

Nel quadro della sicurezza sociale si iscrive, inoltre, il riconoscimento dell'assegno anche alle famiglie numerose e non abbienti. L'art. 65 (58) della legge n. 448 del 1998 dispone, a partire dal 1° gennaio 1999, che l'assegno per il nucleo familiare — per un ammontare pari alla misura massima di 200.000 lire al mese per 13 mensilità — venga riconosciuto ai nuclei con almeno tre figli di età inferiore ai 18 anni che risultino in possesso di risorse economiche non superiori al valore dell'indicatore della situazione economica (ISE) di cui al d.lvo 31 marzo 1998, n. 109 e successive modificazioni (59). Il progresso segnalato, quindi, è

69. compete in misura differenziata in rapporto al complesso dei redditi assoggettabili all'Irpef del nucleo familiare. Cfr. BUSSINO, *Borse di lavoro: i chiarimenti dell'Inps*, in *Guida lav.*, 1998, 14, 13; Messaggio INPS, 20 febbraio 1998, n. 8583, *ibidem*, 9, 19.

(58) L'art. 65 è stato, in parte, modificato dall'art. 50 della legge 17 maggio 1999, n. 144 (c.d. Collegato Lavoro) che ha stabilito che l'assegno è erogato dall'INPS sulla base dei dati forniti dai Comuni. Inoltre, nel caso in cui il nucleo familiare sia composto da più di 5 persone, il D.M. 15 luglio 1999, n. 306, ha previsto delle formule ai fini della riparametrazione del valore della situazione economica. Per ulteriori chiarimenti v. Circ. INPS, 20 settembre 1999, n. 179, in *Guida lav.*, 1999, 38, 105. Infine, tale articolo è stato ulteriormente modificato dall'art. 80, commi 4, 5, 6, 7, 9, della legge 23 dicembre 2000, n. 388. In particolare, l'erogazione di detto assegno può essere effettuata dai Comuni anche associati tra loro, ovvero dall'INPS, a seguito della stipula di specifici accordi tra i comuni e l'istituto medesimo. I nuclei interessati sono quelli composti dal richiedente, cittadino italiano o comunitario, e da tre minori conviventi che siano figli del richiedente o del coniuge. L'ammontare dell'assegno è sempre pari alla misura massima di lire 200.000 per tredici mensilità e varia a seconda del valore dell'Indicatore della situazione economica del beneficiario, ma deve essere comunque corrisposto in misura almeno pari a lire 20.000.

(59) In generale sull'Indicatore della situazione economica, c.d. ISE, v. nota n. 42.

notevole: questa volta si prescinde dalla tipologia dell'attività lavorativa svolta, avendo riguardo solo alla situazione economica complessiva del soggetto richiedente, nonché al numero dei componenti il suo nucleo familiare (60).

Un'ulteriore tutela di tipo economico, che si collega alle peculiari disagiate condizioni economiche del lavoratore, è rappresentata dall'esonero dal pagamento delle spese in caso di soccombenza nelle controversie in materia assistenziale e previdenziale. Tuttavia, dopo una serie di interventi del legislatore e della Corte costituzionale (61),

(60) Questi sono segnali importanti di una estensione, al di là del rapporto di lavoro subordinato, di certe tutele fondamentali. Infatti, se con la finanziaria per il 1998 ci si è preoccupati di una nuova fascia di lavoratori non ancora tutelata, con la finanziaria per il 1999 si prescinde completamente dai tipi di lavoro prestato, preoccupandosi di apprestare la tutela ai nuclei familiari numerosi e in disagiate condizioni economiche.

(61) Ricordando brevemente la normativa, inizialmente la materia era regolata dall'art. 57 della legge 30 aprile 1969, n. 153, che stabiliva l'esonero dal pagamento delle spese, competenze e onorari, del lavoratore soccombente nei giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali, a meno che il giudizio intentato verso gli stessi non fosse manifestamente infondato e temerario. Dopo l'intervento della Corte costituzionale (Corte Cost. 1 marzo 1973, n. 23, in questa *Rivista*, 1973, II, 249, con nota di MARTONE, che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 57 della legge n. 153 del 1969 nella parte in cui esclude dal beneficio in esso previsto le controversie del lavoratore nei confronti dell'INAIL), il legislatore, con la legge 11 agosto 1973, n. 533 (sulla legge in generale, PERONE, *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975), all'art. 9 ha mantenuto il principio di soccombenza estendendolo a tutti i giudizi promossi dai lavoratori per ottenere prestazioni previdenziali, sempre che la pretesa non fosse manifestamente infondata e temeraria. Non solo. Agli artt. 11-15 la legge, per garantire l'accesso dei non abbienti alla giustizia — nell'art. 11, comma 2, della legge n. 533 del 1973 si rinviene la definizione di "non abbienza" agli effetti dell'ammissione al patrocinio gratuito nelle controversie di lavoro e

il primo, con l'art. 4, comma 2, della legge 14 novembre 1992, n. 438, ha abolito totalmente la previsione di favore per il lavoratore soccombente, senza rispondere all'invito della Corte e quindi senza distinguere tra lavoratore abbiente e non abbiente (62). Ciò ha portato ad una nuova pronuncia del Giudice delle leggi (63), che ha ritenuto illegittima l'abrogazione generalizzata e indi-

previdenziali (redditi inferiori ai due milioni all'anno) — ha previsto il patrocinio a spese dello Stato per le controversie individuali del lavoro e per quelle in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria. È stato allora che ci si è iniziati a porre l'interrogativo se fosse legittimo l'indiscriminato esonero a favore di tutti i lavoratori, a prescindere dalle loro condizioni economiche. Se la Corte Costituzionale (Corte Cost. 4 luglio 1979, n. 60, in *Giust. civ.*, 1979, I, 553) in un primo momento ha ritenuto legittimo prescindere dalle condizioni economiche del lavoratore — in quanto il costo del processo "può essere gravoso anche per coloro le cui condizioni economiche non consentono l'ammissione al gratuito patrocinio" — in seguito (Corte Cost. 16 aprile 1987, n. 135, in *Foro it.*, 1987, II, 1974) ha affermato che "non si possa continuare a non tener in conto delle condizioni economiche del lavoratore ed in specie della sua possibile condizione di non abbiente. Proprio le possibili elevate condizioni economiche dei 'lavoratori' (il termine è comprensivo di varie categorie anche molto differenziate tra loro) fondano l'opportunità di una revisione della norma censurata e una sua più restrittiva previsione. (...) Ma la determinazione concreta delle condizioni e degli estremi della situazione di non abbiente importa scelte affidate alla discrezione del legislatore e che questa Corte non può compiere". Quindi l'esenzione non è più legittima per i lavoratori abbienti che si trovano in elevate condizioni economiche, salvo il rinvio al legislatore per stabilire la soglia limite oltre la quale non scatta il diritto.

(62) In dottrina, criticano la scelta effettuata dal legislatore, CINELLI, *Gli incerti prodromi della riforma previdenziale: le misure urgenti della legge n. 438 del 1992*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, 57; PIRTAU, *Onere di soccombenza e termini di decadenza: il contenzioso previdenziale dopo il decreto-legge n. 384 del 1992*, in questa *Rivista*, 1992, I, 534.

(63) Corte Cost. 13 aprile 1994, n. 134, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 535, con nota di ANDREONI, *L'onerosità del processo previdenziale nelle scelte legislative e del-*

scriminata dell'art. 152 disp. att. c.p.c., che trascuri qualunque distinzione tra abbienti e non abbienti, poiché in tal guisa si determinerebbe una situazione di disparità sostanziale nel processo rispetto all'Istituto assicuratore, in violazione dell'art. 3, comma 2, Cost.. Alla luce di tale intervento viene auspicata una revisione della disciplina ed una previsione dettagliata che risponda al principio di giustizia distributiva (64).

4. Tutele conservative del posto di lavoro.

Un ruolo rilevante nell'attribuzione di tutele collegate con le condizioni personali

la Corte costituzionale; in *Giust. civ.*, 1994, 1106 e 2287 con nota di SORDI, *La Corte Costituzionale e le spese processuali nelle cause previdenziali*; e 3153 con commento di GIORGIS, *La sentenza n. 134 del 1994: una conferma dell'esistenza dei limiti costituzionali alla riduzione dello Stato sociale*.

(64) In questo senso merita di essere messa in evidenza una recente sentenza della Corte costituzionale (8-12 marzo 1999, n. 65, in *Dir. prat. lav.*, 1999, 20, 1442) nella quale la Corte, per stabilire se il lavoratore autonomo debba essere iscritto nella prima o seconda classe del collocamento, ha individuato, quale criterio distintivo, il reddito imponibile prodotto nell'anno solare e lo ha addirittura quantificato nel limite di lire 7.200.000 annue imponibili, in analogia con quanto disposto dal d.lvo n. 468 del 1997 in materia di LSU. Pertanto, se tale limite individua un reddito insufficiente ad assicurare un'esistenza dignitosa, ci si chiede, allora, se questo principio possa avere una portata generale ed essere applicato in via analogica al caso in esame, fungendo da limite per stabilire il patrocinio gratuito — in considerazione del fatto che la soglia dei 2 milioni all'anno individuata dall'art. 11, comma 2, della legge n. 533 del 1973 è ormai inadeguata — ed invece il limite per l'esonero dalle spese giudiziali previdenziali in caso di soccombenza possa essere ormai individuato da un reddito inferiore all'Indicatore della situazione economica (ISE), introdotto dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 109, come modificato dal d.lgs. 3 maggio 2000, n. 130, una sorta di "ricometro" utilizzato per individuare gli aventi diritto alle prestazioni sociali.

del lavoratore viene svolto da norme intese alla conservazione del posto di lavoro attraverso la sospensione del rapporto. Il legislatore interviene in modo da assicurare la funzionalità del rapporto al ricorrere di situazioni che ne altererebbero altrimenti l'equilibrio. A seconda dell'evento, al lavoratore viene garantita la conservazione del posto e, nella gran parte dei casi, altresì una tutela di tipo economico, che grava sulla controparte (mantenimento della retribuzione) o su soggetti terzi (prestazione previdenziale).

È da osservare che, in quest'ambito, alcune condizioni personali (sieropositività, tossicodipendenza, onere di familiari stretti del lavoratore) costituiscono significativi esempi della tendenza dell'ordinamento verso forme di tutela che si estendono a nuove situazioni di bisogno, rilevanti pur sempre nel quadro del rapporto di lavoro subordinato; altre (maternità, infortunio, malattia) sono attributive della tutela (sospensiva e/o economica) a nuove categorie di soggetti protetti, oltre l'ambito tradizionale del lavoro subordinato.

Nell'ambito di considerazioni ora svolte, va anzitutto sottolineato che la maternità, tra le condizioni personali tutelate fin dalle origini (65), in ragione della sua essenziali-

(65) Non è questa la sede per ripercorrere i noti contenuti della disciplina relativa alla tutela delle lavoratrici madri, tuttavia il tema trattato induce alla segnalazione di recenti interventi giurisprudenziali tesi al perfezionamento della tutela legislativa. In particolare, quell'orientamento giurisprudenziale relativo ai permessi retribuiti in caso di parto gemellare, secondo il quale, in ipotesi di parto gemellare, il datore di lavoro deve riconoscere alla madre un numero di ore giornaliere di riposo retribuito per allattamento e un numero di giorni di permesso retribuito per malattia dei bambini doppio rispetto a quello previsto dalla legge per l'ipotesi di un solo neonato, cfr. Pret. Venezia, 15 settembre 1998 e Pret. Catania 19 ottobre 1998, in

tà e della sua rilevanza costituzionale (artt. 31 e 37 Cost.), nel tempo, è stata estesa al di là dei confini del lavoro subordinato (66).

La disciplina della maternità, ancorché connessa alla peculiare condizione fisiologica della donna, nondimeno, ha risentito del processo verso la parificazione dei sessi, cosicché alcune norme di tutela, e in particolare quelle concernenti la tutela conservativa, ormai, si riferiscono anche al padre lavoratore. Già l'art. 7 della legge n. 903 del 1977 individua la figura del padre-

Guida lav., 1998, 49, 24, con nota di GOTTARDI; Pret. Milano 4 dicembre 1998, *ibidem*, 50, 11; Pret. Roma 9 febbraio 1999 e Trib. Trani 19 febbraio 1999, *ibidem*, 1999, 8, 21 e 23; Trib. Vercelli 23 luglio 1999, in *Guida lav.*, 1999, 41, 27, che ha riconosciuto, in caso di parto trigemellare, da parte di una lavoratrice con orario di lavoro superiore alle sei ore, quattro ore di permesso giornaliero, due per il primo figlio aumentate di un'ulteriore ora per ogni altro gemello. Inoltre, merita menzione la recente sentenza della Corte Costituzionale (30 giugno 1999, n. 270, in *Guida lav.*, 1999, 39, 25, con nota di GOTTARDI, *Tutela previdenziale della lavoratrice nell'ipotesi di parto prematuro*) che ritiene illegittimo il comma 1, lett. c) dell'art. 4 della legge n. 1204 del 1971 nella parte in cui non prevede, per l'ipotesi di parto prematuro, una decorrenza dei termini del periodo di astensione idonea ad assicurare una adeguata tutela della madre e del bambino. La Corte ha rinviato al legislatore o, in mancanza, al giudice il compito di individuare la regola idonea a soddisfare le rilevate esigenze. La decorrenza potrebbe avvenire al momento dell'ingresso del neonato nella casa familiare o alla data presunta del termine fisiologico di una gravidanza normale. La prima ipotesi è analoga a quella relativa all'affidamento preadottivo del neonato (Corte Cost. 24 marzo 1998, n. 332, in *Foro it.*, 1999, I, 60), mentre la seconda è accolta nella legge 8 marzo 2000, n. 53 relativa ai congedi parentali.

(66) Tuttavia, poiché il tipo di tutela che ha trovato estensione fuori dal rapporto di lavoro subordinato è solo di tipo economico, è stata trattata nel paragrafo precedente, appositamente dedicato alle tutele economiche.

lavoratore (67) quale titolare del diritto-dovere di partecipazione alla cura e all'assistenza della prole. Un decisivo passo in avanti verso la parità sostanziale, poi, è stato compiuto dalla legge 8 marzo 2000, n. 53, di recepimento della Direttiva comunitaria 3 giugno 1996, relativa ai congedi parentali (68).

Oltre alla maternità, anche la condizione

(67) Non è possibile ripercorrere *funditus* il contrasto giurisprudenziale relativo al padre lavoratore, tuttavia non si può non dar conto delle principali sentenze in proposito. Cfr. Pret. Milano, 31 ottobre 1978, in *Orient. giur. lav.*, 1979, 417, con nota di GALLI, *Parità di trattamento uomo-donna ed astensione obbligatoria dal lavoro dopo il parto*; Corte Cost. 19 gennaio 1987, n. 1, in *Dir. prat. lav.*, 1987, 6, 405; SAETTA, *Il padre lavoratore e la sentenza 1/87 della Corte Costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 1987, 155; LIGUORI, *Il diritto di assenza del padre lavoratore: note sui c.d. "permessi di paternità"*, in *Il dir. di fam. e della persona*, 1982, 984; SILVAGNA, *Commento alla sentenza della Corte Cost. del 19/1/1987*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, 155; FELICETTI, *Anche il padre lavoratore ha diritto ad assentarsi dal lavoro per accudire il figlio*, in *Corr. giur.*, 1987, 1, 297; Corte Cost. 15 luglio 1991, n. 341, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 529; DI NUNZIO, *Un altro passo verso la parità tra i sessi nel diritto del lavoro*, *Giur. it.*, 1991, I, sez. I; Corte Cost. 21 aprile 1993, n. 179, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 143; Corte Cost. 21 aprile 1994, n. 150, in *Mass. giur. lav.*, 1994, 297, con nota di SAETTA.

(68) La legge è diretta a garantire una migliore conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei lavoratori, condizione indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo della parità di opportunità e di trattamento tra le donne e gli uomini. Con riferimento al contenuto, il congedo viene concesso in occasione della nascita o dell'adozione di un bambino, al fine di consentire la cura del bambino, ha durata trimestrale e può essere richiesto non soltanto in successione al congedo di maternità ma in qualsiasi momento, entro un periodo di durata variabile che può giungere fino agli otto anni del bambino. La determinazione delle condizioni di accesso e delle modalità di applicazione del congedo è rimessa alle fonti, anche di origine contrattuale, dei singoli Stati. La legge prevede, invece, una disposizione che assicura al lavoratore, al

"patologica" del lavoratore (invalidità e infortunio (69), malattia (70), tossicodipendenza, *handicap*) risulta protetta, general-

termine del periodo di congedo, il ritorno al medesimo posto occupato in precedenza o equivalente, nonché misure contro i licenziamenti intimati a causa della domanda o della fruizione del congedo. La legge è stata, poi, integrata e chiarita da una serie di altri interventi: Circolare Ministero del Lavoro 7 luglio 2000, n. 43 su cui GREMIGNI, *Maternità: parte l'astensione obbligatoria flessibile*, in *Guida al lav.*, 2000, 29, 21; Circolare Ministero del Lavoro 19 luglio 2000, n. 53 su cui GOTTARDI, *Congedi parentali: nuovi chiarimenti dal Ministero*, *ibidem*, 30, 12; Circ. INPS 4 settembre 2000, n. 152, *ibidem*, 35, 27 sempre in tema di flessibilità dell'astensione obbligatoria; Circolare INPS 23 gennaio 2001, n. 15, in *Guida lav.*, 2001, 6, 20, relativa alle regole applicative in materia di copertura figurativa, di riscatti e di versamenti volontari, su cui RODA, *Congedi parentali: l'ultima circolare dell'Inps*, *ibidem*, 15. In giurisprudenza, Trib. Milano, ordinanza 24 gennaio 2001, in *Guida lav.*, 2001, 7, 13, commentata da GOTTARDI, *La prima sentenza post legge n. 53/2000: i riposi giornalieri in caso di adozione*, *ivi*, 10.

Sul tema, cfr. IZZI, *Congedi parentali: un passo avanti verso la parità lavoratori-lavoratrici*, in *Dir. prat. lav.*, 1997, n. 21, 1523; GOTTARDI, *I congedi parentali in Europa*, in *Lav. inf.*, 1996, 15; RICCIARDI, *Congedi parentali: come migliorare il rapporto vita/lavoro*, in *Il progetto*, 1997, n. 17, 70; LAI, *I congedi parentali e familiari*, in *Dir. prat. lav.*, 1997, 40, 2686; GOTTARDI, *Congedi parentali* (voce), in *Nov. Dig.*, Utet, 1999; FONTANA, *Il lento e faticoso sviluppo della disciplina sui c.d. "permessi di paternità"*, in questa *Rivista*, 1999, I, 407; GOTTARDI, *I congedi parentali entrano nel nostro ordinamento*, in *Guida lav.*, 2000, 9, 12; RICCIARDI, *I congedi parentali*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, n. 4, 350; DI NUNZIO, *La nuova tutela della maternità e della paternità*, in *Guida lav.*, 2000, 12, 10; ROZZA, *Permessi per eventi particolari*, *ibidem*, 15; BONATI, *La riforma dei congedi parentali e il rapporto di lavoro*, *ibidem*, 19; NUNIN, *La direttiva n. 96/34/CE sui congedi parentali ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 2000, I, 207; DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, 149.

(69) Infatti, tali tutele costituiscono i primissi-

mente, con tutela sospensiva e/o economica, che trova applicazione non più (o non soltanto) all'interno del rapporto di lavoro subordinato ma anche in riferimento ad altre nuove figure professionali caratterizzate da debolezza contrattuale analoga a quella del lavoratore subordinato (71).

In particolare, la riforma previdenziale

mi provvedimenti giuslavoristici della fine del secolo scorso: da una parte, la legge 17 marzo 1898, n. 80 — che rese obbligatoria per i datori di lavoro l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro — rappresenta il primo intervento statale a tutela di chi, vivendo del proprio lavoro, si viene a trovare in condizione di bisogno; dall'altra, la legge 18 luglio 1898, n. 350, che istituì la Cassa nazionale di previdenza per la vecchiaia e l'invalidità degli operai a carattere volontario. La previdenza volontaria si trasformò in obbligatoria con l'istituzione della Cassa nazionale per le assicurazioni sociali (d.lgt. 21 aprile 1919, n. 603) ed erogava pensioni in caso di vecchiaia, invalidità e ai superstiti. In generale, v. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit.

(70) La tutela sospensiva ed economica contro le malattie è stata l'ultima a trovare realizzazione mediante un intervento diretto dello Stato. Infatti, la prima tutela forma di tutela, in tal senso, fu quella della tubercolosi, considerata malattia sociale, istituita con il d.l. 27 ottobre 1927, n. 2055. A questa si aggiunse la tutela contro le malattie professionali introdotta con il regio decreto 13 maggio 1929, n. 928. Una tutela della malattia generalizzata, per quasi tutti i lavoratori subordinati, e obbligatoria si è realizzata solo con le casse mutue costituite ad opera della contrattazione collettiva corporativa che prevedevano discipline differenziate per ciascuna delle categorie di lavoratori alle quali si riferivano. È con la legge di riforma sanitaria (legge 23 dicembre 1978, n. 833), che ha istituito il Servizio sanitario nazionale, che si è passati alla tutela della salute nella sua globalità e di tutti i cittadini, senza distinzioni di condizioni individuali e sociali.

(71) Nell'ottica dell'irrelevanza della subordinazione quale elemento pregiudiziale per l'applicazione delle tutele, la stessa Corte costituzionale ha esteso la tutela antinfortunistica ad altre figure lavorative in base ad una "tendenziale estensione della garanzia a tutti i soggetti che, per ragioni di lavoro latamente considerate, siano esposti allo

di cui alla legge 8 agosto 1995, n. 335, ha introdotto (art. 2, commi 25-32) la più volte richiamata gestione separata dell'INPS (72) finalizzata all'estensione dell'assicurazione generale obbligatoria per invalidità, vecchiaia e superstiti ai soggetti che esplicano attività di lavoro autonomo, libero professionale o sono titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa non subordinati (73). In tale gestione sono state, pertanto, ricomprese le numerose categorie professionali di recente comparsa nel mondo del lavoro, che fino ad allora non

stesso rischio obiettivamente riferibile alle lavorazioni protette". Cfr. Corte Cost. 10 dicembre 1987, n. 476, in *Giust. civ.*, 1988, I, 316, che ha esteso la tutela infortuni ai partecipanti all'impresa familiare; Corte Cost. 21 marzo 1989, n. 137, in *Mass. giur. lav.*, 1989, 141; Corte Cost. 2 marzo 1990, n. 98, in questa *Rivista*, 1990, II, 383, con nota di GATTA; Corte Cost. 15 luglio 1992, n. 332, in *Mass. giur. lav.*, 1992, 451, con nota di ALIBRANDI, che ha esteso la tutela antinfortunistica all'associato in partecipazione che presta opera manuale. In generale, v. CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 73.

(72) Attualmente il contributo dovuto è del 13% (compresa la quota dello 0,5% per la maternità) in quanto la legge n. 449 del 1997, all'art. 59, comma 16, aveva previsto un incremento del prelievo contributivo pari al 1,5%, ulteriormente incrementato dello 0,5% ogni biennio fino a raggiungere, nel 2028, a regime, il 19% ma, come già ricordato, la legge n. 488 del 1999 ha raddoppiato l'aumento biennale al 1% e, pertanto, il traguardo del 19,5% sarà raggiunto nel 2014.

(73) La legge 3 agosto 1998, n. 315, ha, addirittura, esteso ai dottorandi di ricerca l'obbligo di iscrizione alla gestione separata dell'INPS, sebbene l'art. 2, comma 26, della legge n. 335 del 1995 abbia espressamente escluso da tale obbligo i soggetti assegnatari di borse di studio. L'INPS è, in seguito, intervenuto a ribadire la legittimità di tale obbligo nella circolare 5 maggio 1999, n. 101, in *Guida lav.*, 1999, 19, 78. Per ulteriori chiarimenti v. *Trattamento fiscale delle borse di studio*, in *Guida lav.*, 1999, 40, 65; *Il Sole 24 ore*, 18 ottobre 1999, 14.

erano protette dal sistema previdenziale. La tutela di questi soggetti viene arricchita dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449, che, all'art. 59, comma 16, che, come già anticipato, prevede l'estensione della tutela relativa alla maternità e agli assegni per il nucleo familiare attraverso il pagamento di un'aliquota contributiva aggiuntiva del 0,5% (74) e dalla legge 17 maggio 1999, n. 144 che, all'art. 55, comma 1, lett. i), delega il Governo a stabilire l'estensione dell'obbligo di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali ai parasubordinati soggetti a rischi lavorativi specifici (75).

(74) Con il D.M. 27 maggio 1998, in G.U. del 24 luglio 1998, n. 171, il Ministero del lavoro ha disciplinato l'estensione, a decorrere dal 1° gennaio 1998, dell'assegno di maternità e dell'assegno per il nucleo familiare ai soggetti tenuti all'iscrizione alla gestione separata; inoltre, anche l'INPS, con circolare n. 47 del 1999, in *Guida lav.*, 1999, 10, 32 e circolare 12 luglio 1999, n. 147 ha indicato le condizioni e i termini per poter percepire gli assegni.

(75) La delega al Governo, contenuta nell'art. 55, comma 1, lett. i), della legge 17 maggio 1999, n. 144, ha trovato attuazione con l'art. 5 del d.v.o. 23 febbraio 2000, n. 38 e, pertanto, i collaboratori coordinati e continuativi sono assoggettati all'obbligo assicurativo con l'INAIL dal 16 marzo 2000. Per ulteriori chiarimenti, cfr. Circolare INAIL, 11 aprile 2000, n. 32, in *Guida lav.*, 2000, 16, 66, con articolo di CASALE, *Parasubordinati: istruzioni Inail e calcolo del premio*; DE FUSCO-CACCIAPAGLIA, *Lavoratori parasubordinati e assicurazione Inail*, *ibidem*, 12, 91; PESSI, *Prime considerazioni sull'estensione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali ai lavoratori parasubordinati ad opera del d.lgs. 23 febbraio 2000*, n. 38, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1999, 969 ss.; MAGNO, *La nuova classificazione dei datori di lavoro e dei lavoratori ai fini INAIL*, in questa *Rivista*, 2000, I, 591, in part. 596. Inoltre, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 34 della legge 21 novembre 2000, n. 342, c.d. collegato fiscale alla finanziaria 2000, sono state introdotte in materia rilevanti innovazioni concernenti anche i redditi derivanti da rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, su cui v. INAIL, Nota

In riferimento, poi, alle condizioni personali del lavoratore che denotano la sensibilità dell'ordinamento verso nuove situazioni di bisogno o, come sono state recentemente qualificate dalla dottrina (76), "situazioni soggettive emergenti" (sieropositività, tossicodipendenza e alcolismo), il legislatore ha apprestato un apparato di tutele conservative diversificato.

Se la tutela nei confronti dell'Aids si risolve essenzialmente nella mera protezione del lavoratore da possibili discriminazioni o da controlli ingiustificati (su cui infra par. 5), la disciplina relativa al lavoratore tossicodipendente e alcolista (D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, come modificato dalla legge 18 febbraio 1999, n. 45) (77) è più severa e dettagliata ancorché egli goda esclusivamente di tutela sospensiva (ai fini riabilitativi) e non anche economica (78).

26 gennaio 2001, *Assicurazioni Inail dei lavoratori parasubordinati*, in *Guida lav.*, 2001, 7, 93.

(76) SMURAGLIA, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, 447-481.

(77) Cfr. PANDOLFO, *Prime norme contrattuali sui tossicodipendenti*, in *Dir. prat. lav.*, 1986, 1068; FEZZI, *Il diritto al lavoro dei tossicodipendenti*, in *Lav.* 80, 1990, 609; PERA, *Disposizioni per la tossicodipendenza e l'Aids nel rapporto di lavoro*, cit.; TOFO, *La tutela del lavoratore tossicodipendente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, 247; PAPPALARDO, *Tossicodipendenza. Le ripercussioni sul rapporto di lavoro*, in *Consulenza*, 1996, 14, 1309; PELAGGI, *L'inadempimento del lavoratore per incapacità naturale causata da etilismo*, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 423; ICHINO, *Una sentenza inaccettabile della Cassazione: l'alcolista ha sempre ragione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 541; DELL'OLIO, voce *Sospensione del rapporto*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1998, 36. SMURAGLIA, *Diritti fondamentali della persona e rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, cit., 467.

(78) In particolare, l'art. 125, del D.P.R. n. 309 del 1990, prevede per determinate categorie di lavoratori, destinati a mansioni che comportano rischi per la sicurezza, incolumità e salute dei terzi,

Anche i portatori di handicap e i loro familiari sono oggetto di disciplina particolare, introdotta dalla legge n. 104 del 1992 ("Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti della persona con handicap"), la quale definisce la persona con handicap (79) — quale nuovo soggetto di diritti, di garanzie e di tutele, sia nella

accertamenti sanitari obbligatori, prima dell'assunzione e periodicamente. Quest'obbligo investe tutti i lavoratori che svolgano mansioni a rischio, non rilevando, in questo caso, il tipo di contratto concluso. Inoltre, l'art. 124 stabilisce la conservazione del posto di lavoro, nel limite di tre anni, per il lavoratore che decide di affrontare un programma terapeutico e riabilitativo. Questa volta, però, del diritto ne gode solo il prestatore assunto con contratto a tempo indeterminato. In quest'ottica è auspicabile un intervento legislativo che bilanci le situazioni, quanto meno all'interno del rapporto di lavoro subordinato. A riguardo è stato, giustamente, affermato, TOFO, cit., 255, che "questa via è, del resto, obbligata se non si vuole arrivare all'affermazione per cui l'ordinamento tutela in modo difforme la medesima esigenza, sol che di essa sia portatore un lavoratore assunto a tempo determinato o, invece, indeterminato". È da rilevare che la tutela, sia per il lavoratore tossicodipendente che per i suoi familiari — che possono chiedere una aspettativa per "concorrere al programma terapeutico e riabilitativo" —, è solo sospensiva e non anche economica, in quanto non è prevista né il mantenimento della retribuzione né un'indennità sostitutiva.

(79) L'art. 3, comma 1, della legge n. 104 del 1992 (come integrata e modificata dalle seguenti leggi: legge 21 maggio 1998, n. 162, concernente misure di sostegno in favore di persone con handicap grave; legge 28 gennaio 1999, n. 17, di integrazione e modifica della legge 104/1992; e la legge 18 maggio 2000, n. 126, recante disposizioni urgenti per assicurare la prosecuzione degli interventi assistenziali in favore dei disabili con handicap intellettuale), definisce soggetto con handicap chi "presenta una minorazione fisica, psichica e sensoriale che sia comunque causa di difficoltà di apprendimento e di relazione e integrazione lavorativa e che determini un processo di svantaggio sociale e di emarginazione"; e, al comma 2, aggiunge che si tutela il diritto alla persona con handicap ad ottenere prestazioni e servizi "in relazione alla qua-

forma di servizi per la prevenzione, la cura e la riabilitazione che in quella di interventi di integrazione lavorativa "volti a superare stati di emarginazione ed esclusione" — e riconosce tutele di tipo conservativo a favore dei soggetti stessi e dei loro familiari (80).

Per quanto riguarda, invece, le incom-

lità e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale residua e all'efficacia delle terapie riabilitative". Infine, al comma 3, viene individuato il soggetto portatore di un handicap grave, contraddistinto da una forte riduzione dell'autonomia personale e relazionale, al quale si riconosce priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici.

(80) È all'art. 33, commi 1, 2, 3 e 6, della legge n. 104 del 1992 (come modificato dagli artt. 19 e 20 della legge n. 53 del 2000) che troviamo una serie di agevolazioni che consistono in permessi giornalieri o mensili e congedi per il lavoratore che assiste il disabile (parente o affine entro il 3° grado) e per i lavoratori handicappati in situazione di gravità e, all'art. 80, comma 2, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, viene prevista la possibilità di godere di due anni di congedo continuativo o frazionato, completamente coperti dal punto di vista economico e previdenziale, per i genitori di disabili gravi.

In generale, la disciplina è la seguente: la lavoratrice madre o, in alternativa, il padre lavoratore, possono optare per il prolungamento del periodo di astensione facoltativa fino al compimento del terzo anno di età del bambino handicappato grave, a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso gli istituti specializzati. Sia il padre che la madre hanno diritto ad una indennità giornaliera pari al 30% della retribuzione. I beneficiari possono chiedere al datore di lavoro, in alternativa all'assenza facoltativa, di usufruire di un permesso giornaliero, retribuito, di due ore, sempre fino al compimento del terzo anno di età del bambino. Finché il bambino non ha superato i tre anni di età i genitori (la madre o, in alternativa, il padre) possono allontanarsi dal lavoro in caso di malattia documentata del bambino. Dopo i tre anni la madre o il padre hanno diritto a tre giorni di permesso al mese indipendentemente da stati di malattia acuta. Possono chiedere i permessi non solo i genitori del bambino, convivente o anche non convivente, ma anche i parenti o affini entro il 3° gra-

benze riguardanti la cura dei familiari del lavoratore, sono stati previsti permessi e congedi per decessi, gravi infermità e gravi motivi familiari con un regolamento (D.M. 21 luglio 2000, n. 278) che, con ritardo, dà attuazione al rinvio operato dall'art. 4, della legge n. 53 del 2000 relativa ai congedi parentali. Sebbene la materia fosse, in parte, regolata dai contratti collettivi, la previsione legislativa — che adegua la normativa italiana a quella europea — segna l'importanza acquisita nell'ordinamento positivo degli interessi ai quali viene accordata protezione per il tramite di questa tipologia di congedi, nonché la necessità di una disciplina organica ed omogenea (81).

Infine, tra le condizioni personali attri-

do o il coniuge dell'handicappato convivente. In questo caso il diritto scatta a condizione che non esista altro soggetto, non lavoratore convivente, in grado di assicurare l'assistenza. E ancora, è importante che la legge, all'art. 33, comma 5, abbia previsto di agevolare l'attività lavorativa di questi genitori nel senso di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e quindi più consona alle loro esigenze e di non essere trasferiti, senza il loro consenso, ad altra sede (sul punto cfr. infra nota n. 107). Sull'argomento cfr. Circ. INPS 18 febbraio 1999, n. 37, in *Guida lav.*, 1999, 8, 24; Messaggio INPS, 15 marzo 1999, n. 23307, *ibidem*, 13, 22; Circ. INPS 17 luglio 2000, n. 133, *Guida lav.*, 2000, 29, 15, su cui GOTTARDI, *Permessi e congedi per persone handicappate*, *ibidem*, 12; *Id.*, *Il congedo per la cura di figli disabili gravi*, *ibidem*, 2001, 2, XXIX dell'inserto.

(81) D.M. 21 luglio 2000, n. 278 (G.U. 11 ottobre 2000, n. 238), in *Guida lav.*, 2000, 41, 16. Non è possibile, in questa sede, sviluppare *funditus* quanto previsto dal D.M., ci limitiamo, pertanto, ad alcune brevi osservazioni. Finora la materia era regolata, in maniera frammentaria, dai contratti collettivi e, pertanto, sono fatte salve le condizioni di miglior favore ivi previste e viene escluso il cumulo del trattamento legislativo con quello contrattuale. In particolare, il D.M. prevede tre giorni lavorativi di permesso retribuito (a carico del datore di lavoro) all'anno in caso di decesso o documentata grave infermità del coniuge,

butive di una tutela conservativa, devono essere segnalate quelle collegate all'adempimento di doveri (servizio militare e civile), allo svolgimento di funzioni pubbliche elettive e all'esercizio di diritti (nella fattispecie, il diritto allo studio). In particolare, durante il servizio di leva non è prevista alcuna retribuzione o indennità economica collegata al sospensione del rapporto di lavoro, ma il periodo viene computato ai fini dell'anzianità di servizio; nel caso di funzioni pubbliche elettive, i lavoratori (in applicazione dell'art. 51, comma 3, Cost.) possono godere di un'aspettativa non retribuita per tutta o parte del mandato, durante la quale è accreditata una contribuzione figurativa, o, in alternativa, di permessi; nel caso del lavoratore studente, egli gode di permessi giornalieri retribuiti per sostenere prove di esame (82).

5. Tutele garantite mediante la tecnica del divieto.

Tra le tutele riconducibili alle condizioni personali del lavoratore un ruolo fonda-

anche legalmente separato, o di un parente entro il secondo grado, anche non convivente, o del convivente o altro soggetto componente la famiglia anagrafica del lavoratore. Prevede, inoltre, un periodo di congedo non retribuito per un periodo continuativo o frazionabile ma non superiore ai due anni nell'arco della vita lavorativa per gravi motivi familiari. Per un primo commento, v. GOTTARDI, *Il regolamento sui congedi per eventi e cause particolari*, in *Guida lav.*, 2000, 41, 12; DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, cit., 174.

(82) Sull'argomento, per tutti, PERONE, *Statuto dei lavoratori*, Torino, 1997, 133, secondo il quale "lo specifico rilievo dei permessi va scorto nella loro funzione che (...) riguarda interessi riconducibili direttamente alla persona del lavoratore". Sul lavoratore studente sia consentito rinviare a DELLA ROCCA, *Il lavoratore studente universitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 142.

mentale viene svolto dalla tutela antidiscriminatoria (83). Posto che la discriminazione consiste in una ingiustificata differenza

(83) Tuttavia, deve essere precisato che la tutela antidiscriminatoria non può essere confusa con un inesistente principio generale di parità di trattamento che, invece, trova conferma in disposizioni particolari che impongono tale parità in determinate situazioni. In particolare, è di grande rilievo il principio di pari trattamento retributivo di donne e minori rispetto all'uomo adulto a parità di lavoro (nel senso di parità di mansioni e non di rendimento). Inoltre, per il conseguimento di un'effettiva parità tra uomini e donne, al di là dell'aspetto retributivo già garantito come diritto, è prevista l'adozione di apposite misure per assicurare pari opportunità ed evitare discriminazioni anche mediante azioni positive. In generale, cfr. PERONE (a cura di), *Parità uomo-donna. La legge sulla parità tra uomini e donne*, Roma, 1978; DE LUCA, *La legge sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro: prime considerazioni*, cit., 465; TREU, *Commento alla legge 9/12/1977, n. 903*, cit., 787; DE CRISTOFARO, *Tutela e/o parità?*, cit., 147; TOMASONE, *La legge sulle azioni positive dalla parità formale alla parità sostanziale*, in *Lav. inf.*, 1991, n. 7, 5; DE CRISTOFARO, *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici*, *Commento alla L. 10 aprile 1991, n. 125*, cit., 2; PESSI, *Riflessioni sulla legge n. 125 del 1991*, in questa *Rivista*, 1993, I, 103; ID., *Lavoro e discriminazione femminile*, in *Riv. giur. lav.*, 1994, 3, 413-479; GOTTARDI, *Promozione delle pari opportunità*, in *Guida al lav.*, 1999, 23, 24. Sul principio di parità di trattamento nel diritto comunitario, cfr. FOGLIA, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro: la giurisprudenza*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1992, 781; D'HARMANT FRANCOIS, *Il lavoro femminile nella giurisprudenza europea: parità e tutela*, in questa *Rivista*, 1993, I, 371; BALLESTRERO, *Pari opportunità e azioni positive. Il diritto comunitario e la sua applicazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Pari e dispari*, 1994, n. 4; FOGLIA, *Il principio di parità di trattamento: nuovi spunti dal diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 1994, II, 187; RIVARA, *Discriminazione e effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Lav. dir.*, 1995, 79; ROCCELLA, *La Direttiva comunitaria sulla parità di trattamento nelle condizioni di lavoro negli orientamenti della Corte di Giustizia: una giurisprudenza ancora in evoluzione*,

di trattamento dovuta a determinati fattori tipizzati dal legislatore che rispondono all'esigenza di tutela di libertà fondamentali (politica, sindacale, religiosa) o caratteri propri della persona (sesso, lingua, razza, nazionalità, etnia, infezione da Hiv) l'ordinamento dispone la nullità di qualsiasi patto od atto diretto alla discriminazione del prestatore di lavoro per ragioni sindacali, politiche, religiose, razziali, di lingua o di sesso (art. 15 stat. lav. come novellato dall'art. 13 della legge n. 903 del 1977), per infezione da Hiv (art. 5, comma 5, legge n. 135 del 1990), e, da ultimo, per ragioni nazionali, etniche o di cittadinanza (artt. 43 e 44 d.lvo 25 luglio 1998, n. 286).

L'atteggiamento del legislatore mostra la progressiva affermazione di un generale principio di non discriminazione, sia nel-

l'accesso al lavoro che nelle condizioni di lavoro, anche oltre il lavoro subordinato.

Infatti, senza soffermarsi sulle norme antidiscriminatorie "storiche" — come quelle a danno della donna, o per l'età, ragioni politiche, sindacali e religiose — ciò che qui preme sottolineare è l'estensione della tutela antidiscriminatoria verso nuove fattori tipizzati dal legislatore in relazione a peculiari condizioni del soggetto.

Ci si riferisce, in particolare, alla tutela dell'infezione da Hiv (AIDS), per la quale il legislatore ha dovuto apprestare una specifica forma di tutela in considerazione del notevole impatto sociale sul mondo del lavoro (legge 5 giugno 1990, n. 135) (84). Indubbiamente, l'emergere di tali nuove patologie comporta il diffondersi di un nuovo possibile fattore di discriminazione nel mon-

in *Dir. rel. ind.*, 1996, 81. In riferimento alla legittimità delle quote riservate alle donne nell'accesso al lavoro o nella progressione di carriera, in caso di qualificazione pari a quella dei concorrenti maschi, cfr. Corte di Giustizia 17 ottobre 1995, C-450/1993, Kalanke v. Bremen, in questa *Rivista*, 1995, II, 421, con nota di FOGLIA, *La Corte di Giustizia rifiuta le quote di riserva a favore delle lavoratrici?* e in *Mass. giur. lav.*, 1996, 202; Corte di Giustizia 11 novembre 1997, C-409/1995, Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen, in questa *Rivista*, 1998, II, 109, con nota di ALES, *Azioni positive e parità di trattamento uomo-donna nel diritto comunitario: la Corte di Giustizia supera l'indirizzo Kalanke?*, e in *Riv. giur. lav.*, 1997, II, 325; BALLESTRERO, *Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti*, in SCARPONI (a cura di), *La pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di quote al vaglio di legittimità*, Trento, 1997, 37; OLIVIERO, *Lavoro femminile e "quote riservate"*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, I, 36; VENEZIANI, *A proposito di quote e percentuale nel diritto del lavoro italiano e comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, 337; SCARPONI, *La sentenza Marshall sui sistemi di quote: continuità e discontinuità rispetto a Kalanke*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, n. 1; CALAFA, *Le "quote condizionate" a favore delle donne al vaglio della Corte di Lussemburgo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 207.

(84) Sull'argomento, cfr. DI LECCE, *Aids: test anti-Hiv e possibili discriminazioni del lavoratore sieropositivo*, in *Lav.* 80, 1988, 599; PERA, *Disposizioni per la tossicodipendenza e l'Aids nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, III, 198; BIANCONCINI, *L'infezione da virus da Hiv e il rapporto di lavoro*, *ibidem*, 227; APOLLONIO, *Rapporto di lavoro e Aids*, in *Dir. prat. lav.*, 1990, 3021; ZOCCHI DEL TRECCO, *Aids e informazioni sul patrimonio genetico*, *ibidem*, 1991, 1649; GIRONI, *Accertamenti sierologici del sangue in tema di infezioni da Hiv. Problematiche giuridiche*, in *Foro it.*, 1991, 564; AA.VV., *Aids e lavoro*, Torino, 1991; PIZZUTI, *Accertamenti obbligatori sul lavoratore in tema di infezione da Hiv e principi costituzionali*, in questa *Rivista*, 1994, II, 478; ALAIMO, *Aids e lavoro nella recente giurisprudenza italiana e comunitaria*, in *Lav. dir.*, 1996, 350; VALLEBONA, *Tossicodipendenze (dir. lav.)*, voce, in *Enc. giur. Treccani*, 1997, 3; CARUSO, *Aids e rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, 111; TOPO, *Minorità psico-fisiche e lavoro: handicap, sieropositività, tossicodipendenza*, in CAPPELLETTI-GAETA (a cura di), *Diritto lavoro alterità. Figure della diversità e modelli culturali*, Napoli, 1998, 251-264; SMURAGLIA, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, cit., 468.

do del lavoro, che l'intervento legislativo vuole fronteggiare (85).

Sintomatico della sensibilità del legislatore verso nuovi fattori di discriminazione è altresì il d.lvo 25 luglio 1998, n. 286 (86)

(85) Dispone, infatti, l'art. 5 della legge che "nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da Hiv se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse (...). L'accertata infezione da Hiv non può costituire motivo di discriminazione, in particolare per l'iscrizione alla scuola, lo svolgimento di attività sportive, per l'accesso o il mantenimento dei posti di lavoro". Su tale norma si è abbattuta la scure, peraltro un po' spuntata, della Corte Costituzionale 2 giugno 1994, n. 218, in questa Rivista, 1994, II, 478, con una sentenza di tipo additivo, che ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 5, comma 3 e 5, della legge n. 135 per contrasto con l'art. 32 Cost., "nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da Hiv come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi".

(86) Cfr. Testo unico dell'immigrazione (D.lvo 25 luglio 1998, n. 286, S.O. n. 139/L alla G.U. 18 agosto 1998, n. 191), in *Guida al lav.*, 1998, 35, 35; Regolamento di attuazione D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, *ibidem*, 1999, 45, inserto; circolare Inps, 21 aprile 2000, n. 82, *ibidem*, 2000, 18, 119, relativa ai requisiti e modalità per la concessione dell'assegno sociale agli stranieri; Circolare Ministero del Lavoro 25 luglio 2000, n. 55, *ibidem*, 2000, 36, 10, con la quale il Ministero fornisce alcune precisazioni per l'applicazione della normativa relativa al rilascio delle autorizzazioni al lavoro degli stranieri. In giurisprudenza, v. Corte Cost. 30 dicembre 1998, n. 454, in *Giur. cost.*, 1998, 3765 e *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 277 con nota di GUARISO, *Sul principio di parità di trattamento fra lavoratori italiani ed extracomunitari*. Sull'argomento, cfr. BARBERA, *Discriminazione ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 481; LO FARO, *Immigrazione, lavoro e cittadinanza*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 535; DAMIANI, *Le politiche dell'immigrazione in Italia in base alla legge n. 40/1998*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, 311-320; VISCOMI, *La legge italiana del 1998 sul lavoro immigrato extracomunitario*, in CAPPELLETTI-GAETA (a cura di), *op. cit.*, 283-307; CA-

che prende atto della presenza ormai strutturale di immigrati in Italia e si preoccupa quindi di tutelare la condizione dello straniero, soggetto "debole" in quanto "diverso" per cultura, tradizioni, religione, abitudini. Il decreto, agli artt. 43-44, definisce la nozione di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, linguistici e di cittadinanza, riferendosi ad ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata su uno dei motivi individuati ed avente per scopo o effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio in condizioni di parità dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica.

Infine, occorre accennare ad altre tutele, collegate alle condizioni personali del lavoratore, basate sulla tecnica del divieto imposto al datore di lavoro: tutele che evidenziano il rafforzamento normativo dei diritti della persona, alla quale è riconosciuto, in costanza di rapporto di lavoro, il diritto ad utilizzare parte del tempo tradizionalmente destinato al lavoro per scelte collegate al mondo degli affetti familiari.

Innanzitutto, per proteggere la funzione familiare del lavoratore o della lavoratrice (cura dei figli, assistenza del coniuge o di parenti prossimi in caso di gravi e documentati motivi familiari) il legislatore ha posto il divieto di licenziamento per maternità (art. 3 legge n. 860 del 1950, art. 2 legge n. 1204 del 1971 come modificata dal-

STELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1999, 321-331; SMURAGLIA, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro*, cit., 471; GAROFALO-McBRITTON, *Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, 483.

do del lavoro, che l'intervento legislativo vuole fronteggiare (85).

Sintomatico della sensibilità del legislatore verso nuovi fattori di discriminazione è altresì il d.lvo 25 luglio 1998, n. 286 (86)

(85) Dispone, infatti, l'art. 5 della legge che "nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da Hiv se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse (...). L'accertata infezione da Hiv non può costituire motivo di discriminazione, in particolare per l'iscrizione alla scuola, lo svolgimento di attività sportive, per l'accesso o il mantenimento dei posti di lavoro". Su tale norma si è abbattuta la scure, peraltro un po' spuntata, della Corte Costituzionale 2 giugno 1994, n. 218, in questa Rivista, 1994, II, 478, con una sentenza di tipo additivo, che ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 5, comma 3 e 5, della legge n. 135 per contrasto con l'art. 32 Cost., "nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da Hiv come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi".

(86) Cfr. Testo unico dell'immigrazione (D.lvo 25 luglio 1998, n. 286, S.O. n. 139/L alla G.U. 18 agosto 1998, n. 191), in *Guida al lav.*, 1998, 35, 35; Regolamento di attuazione D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, *ibidem*, 1999, 45, inserto; circolare Inps, 21 aprile 2000, n. 82, *ibidem*, 2000, 18, 119, relativa ai requisiti e modalità per la concessione dell'assegno sociale agli stranieri; Circolare Ministero del Lavoro 25 luglio 2000, n. 55, *ibidem*, 2000, 36, 10, con la quale il Ministero fornisce alcune precisazioni per l'applicazione della normativa relativa al rilascio delle autorizzazioni al lavoro degli stranieri. In giurisprudenza, v. Corte Cost. 30 dicembre 1998, n. 454, in *Giur. cost.*, 1998, 3765 e *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 277 con nota di GUARISO, *Sul principio di parità di trattamento fra lavoratori italiani ed extracomunitari*. Sull'argomento, cfr. BARBERA, *Discriminazione ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 481; LO FARO, *Immigrazione, lavoro e cittadinanza*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 535; DAMIANI, *Le politiche dell'immigrazione in Italia in base alla legge n. 40/1998*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, 311-320; VISCOMI, *La legge italiana del 1998 sul lavoro immigrato extracomunitario*, in CAPPELLETTI-GAETA (a cura di), *op. cit.*, 283-307; CA-

che prende atto della presenza ormai strutturale di immigrati in Italia e si preoccupa quindi di tutelare la condizione dello straniero, soggetto "debole" in quanto "diverso" per cultura, tradizioni, religione, abitudini. Il decreto, agli artt. 43-44, definisce la nozione di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, linguistici e di cittadinanza, riferendosi ad ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata su uno dei motivi individuati ed avente per scopo o effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio in condizioni di parità dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica.

Infine, occorre accennare ad altre tutele, collegate alle condizioni personali del lavoratore, basate sulla tecnica del divieto imposto al datore di lavoro: tutele che evidenziano il rafforzamento normativo dei diritti della persona, alla quale è riconosciuto, in costanza di rapporto di lavoro, il diritto ad utilizzare parte del tempo tradizionalmente destinato al lavoro per scelte collegate al mondo degli affetti familiari.

Innanzitutto, per proteggere la funzione familiare del lavoratore o della lavoratrice (cura dei figli, assistenza del coniuge o di parenti prossimi in caso di gravi e documentati motivi familiari) il legislatore ha posto il divieto di licenziamento per maternità (art. 3 legge n. 860 del 1950, art. 2 legge n. 1204 del 1971 come modificata dal-

STELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1999, 321-331; SMURAGLIA, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro*, cit., 471; GAROFALO-McBRITTON, *Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, 483.

l'art. 17 della legge n. 53 del 2000) (87) nonché a causa di matrimonio (art. 1, comma 1, legge n. 7 del 1963). Tale tutela opera oggettivamente in presenza dell'evento protetto (matrimonio o maternità), a prescindere dalla loro conoscenza da parte del datore di lavoro al momento del recesso. Si tratta di un divieto che ha lo scopo di garantire l'effettività della tutela, assicurando la conservazione del posto di lavoro nel momento di maggior bisogno e inibendo lo svolgimento di date mansioni pericolose, faticose ed insalubri durante il periodo di gestazione e fino a sette mesi dopo il parto (art. 3 legge n. 1204 del 1971) (88).

Giova ricordare come sia stato novellato l'art. 5 della legge n. 903 del 1977, che conservava il divieto di lavoro notturno, dall'art. 17, comma 1, legge n. 25 del 1999 (89), che lo ha reimpostato salvaguardando la funzione familiare dei genitori (90).

Anche in riferimento alla disciplina pro-

(87) Pertanto è vietato il licenziamento della lavoratrice madre nel periodo dall'inizio di gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino e del padre per il periodo dell'astensione obbligatoria di tre mesi successivi alla nascita del figlio e fino al compimento di un anno di età del bambino. L'art. 2, comma 3, della legge n. 1204 del 1971 prevede che il divieto non si applica nelle seguenti ipotesi: a) colpa grave del lavoratore, costituente giusta causa di risoluzione del contratto; b) cessazione dell'attività dell'azienda alla quale il lavoratore è addetta; c) ultimazione delle prestazioni per le quali il lavoratore è stata assunto o risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine. Cfr. BALZARETTI, *Brevi spunti sulle eccezioni al divieto di licenziamento della lavoratrice madre*, in *Lav. prev. oggi*, 1995, 1.

(88) MORMILE, *Voce Lavoratrici madri*, in *Encicl. giur.*, Roma, 1993, 3280.

(89) In generale, la disciplina del lavoro notturno è stata riformata dal d.lvo n. 532 del 1999, in attuazione della delega contenuta nell'art. 17 della legge n. 25 del 1999; v. anche Circolare Min. Lav. 14 marzo 2000, n. 13, in *Guida lav.*, 2000, 12, 58.

(90) Sicché attualmente il lavoro notturno della donna è vietato solo nel periodo "dall'accertamen-

tativa dei minori (legge 17 ottobre 1967, n. 977, come modificata dal d.lvo 4 agosto 1999, n. 345) (91) la tecnica di tutela, ragione dell'età, utilizzata dal legislatore sempre quella del divieto. Infatti, viene vietata l'assunzione di minori di 15 anni (92); l'orario di lavoro è sottoposto ad un limite massimo, differente per gli adolescenti e i fanciulli; è vietato il lavoro notturno salvo caso delle prestazioni nel mondo dello spettacolo; è garantito un periodo minimo di ferie annuali retribuite.

6. Tutele promozionali.

Per alcune categorie di condizioni per-

to dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino" (art. 5, comma 1, legge n. 903 del 1977 nuovo testo), mentre non può essere imposto contemporaneamente ad entrambi i genitori di un figlio di età inferiore ai tre anni, l'unico genitore affidatario di un figlio di età inferiore a dodici anni e al genitore con a carico un minore (art. 5, comma 2, nuovo testo).

(91) Il d.lvo 4 agosto 1999, n. 345, in G.U. 17 ottobre 1999 (integrato e corretto dal d.lvo 18 agosto 2000, n. 262, in *Guida lav.*, 2000, 39, 12), ha recepito la Direttiva Cee 94/33 sulla "Protezione dei giovani sul lavoro". V. inoltre Circolare Ministero del Lavoro 5 gennaio 2000, n. 1, in *Dir. pr. lav.*, 2000, 302 e il d.l. 18 febbraio 2000, n. 35, riguardante "Il differimento dell'efficacia delle disposizioni del d.lvo n. 345 del 1999", in G.U. 18 febbraio 2000, n. 44. Cfr. MASSI, *La protezione dei giovani sul lavoro*, in *Dir. pr. lav.*, 1999, 3; MASCHERONI, *Tutela del lavoro minorile: la nuova disciplina*, in *Guida lav.*, 1999, 41, 10; BONATI, *Nuove regole per l'ammissione al lavoro dei minori*, in *Dir. pr. lav.*, 1999, 41, 14; ID., *La disciplina del rapporto di lavoro dei minori*, *ibidem*, 2000, 39, 12; GONZI, *Obbligo formativo ed età per l'ammissione al lavoro*, *ibidem*, 17; NUNIN, *Il lavoro dei minori: interventi recenti internazionali e interni*, in *Riv. pr. lav.*, 2000, 655.

(92) Con due eccezioni: è abbassata a 14 anni per il lavoro agricolo, domestico e il lavoro non industriale ed è innalzata a 16 o 18 anni per i lavori, pesanti o pericolosi, individuati nel d.l. n. 432 del 1976.

nali — come la giovane età, la residenza nel Mezzogiorno o l'essere portatori di *handicap* fisico o psichico — considerate dal legislatore portatrici di una intrinseca debolezza, viene apprestata una disciplina legislativa promozionale (93), volta a determinare l'accesso "agevolato" al lavoro.

In riferimento all'età, è dato dividere i cittadini in tre classi: l'età scolare, tendenzialmente coincidente con la fanciullezza nel senso del diritto del lavoro; l'età lavorativa, comprendente l'adolescenza e l'età adulta; l'età pensionabile (94). A questa divisione ha corrisposto un diverso modo di atteggiarsi del legislatore. Infatti, si è passati da una legislazione "protettiva" dei primi del novecento — quando il problema era, essenzialmente, quello di evitare lo sfruttamento del lavoro minorile, e ci si preoccupava di vietare determinati comportamenti —, ad una legislazione "promozionale" — nel momento in cui il problema cruciale è diventato quello di assicurare un'occupazione, anche al di fuori del lavoro subordinato — raggiunta l'età lavorativa (95).

(93) Come è stato affermato di recente, LISO, *Brevi note a proposito dell'iniziativa legislativa in materia di lavori atipici*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 860, "la funzione del diritto del lavoro non è più solo difensivistica, vuole anche essere promozionale di un bene primario, l'occupazione. Se si vuole, la finalità protettiva è perseguita con modalità concepite in termini più coerenti con il mutato contesto economico, attraverso una selezione e graduazione più accurata degli interessi oggetto di protezione".

(94) MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1124.

(95) In una circolare del Ministero del lavoro n. 52 del 10 aprile 1998 — in cui vengono fornite le direttive per l'attuazione degli impegni assunti dai rappresentanti degli Stati comunitari, nel corso dell'incontro tenutosi a Lussemburgo il 21 novembre 1997, allo scopo di incoraggiare l'occupazione e favorire incentivi ai disoccupati nella ricerca di

In considerazione della situazione di forte disoccupazione, l'attenzione del legislatore e delle parti sociali si è spostata verso i giovani (considerati tali fino ai 32 anni), dando luogo ad una disciplina "propulsiva", che va oltre la prospettiva della mera tutela, incentrandosi nella promozione e incentivazione dell'occupazione giovanile, spesso al di fuori del rapporto di lavoro subordinato (96).

occasioni di lavoro — vengono individuate tre tipologie di giovani disoccupati tra i 18 e i 25 anni: 1) disoccupati iscritti da più di 6 mesi e che da più di un anno non hanno contatti con la sede; 2) disoccupati da più di 6 mesi e più vicini ai 25 anni; 3) disoccupati senza anzianità di iscrizione e più vicini ai 18 anni. V. *Guida lav.*, 1998, 17, 13. Sull'argomento, tra gli altri, cfr. MAZZIOTTI, *Il problema dell'occupazione nel diritto del lavoro*, in questa *Rivista*, 1995, I, 119; REYNERI, *Occupati e disoccupati in Italia*, Bologna, 1997; BALLETTI, *Disoccupazione e lavoro*, Torino, 2000; BARBERA, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione europea?*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, n. 2, 166.

(96) Quel che preme mettere in luce è il passaggio dalla tutela promozionale nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato — attraverso l'apprendistato (legge 19 gennaio 1955, n. 25 e successive modifiche), il contratto di formazione e lavoro (legge 19 dicembre 1984, n. 863 e successive modifiche) e il *part-time* (d.lvo 25 febbraio 2000, n. 61 che, all'art. 11, ha esplicitamente abrogato le previgenti disposizioni contenute all'art. 5 della legge n. 863 del 1984 e successive modifiche) (per un primo commento, cfr. RENDINA, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *Guida lav.*, 2000, 13, 12; BONATI, *Previdenza e contributi nel nuovo part-time*, *ibidem*, 22; PARLATO, *L'iter legislativo della riforma*, *ibidem*, 28; VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 492; PAPALEONI, *La riforma del part-time*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, I, 207; ROMEI, *Prime riflessioni sulla nuova legge sul rapporto di lavoro a tempo parziale*, in *ADL*, 2000, 247) — ad una che va al di là del lavoro subordinato, pur di garantire un ingresso nel mondo del lavoro — attraverso i piani di inserimento professionale (legge n. 451 del 1994 e successive modifiche), le borse lavoro (legge n. 196 del 1997), i lavori socialmente utili, i tirocini forma-

Oltre l'età, è la residenza a porsi come condizione giustificatrice di peculiare attenzione della normativa giuslavoristica di tipo promozionale. Gran parte dei "nuovi lavori" configurati dal legislatore richiedono, tra i requisiti, che le aziende operino nelle aree del Mezzogiorno. Lo stesso requisito è richiesto per gli sgravi contributivi (previsti dall'art. 18 del d.l. n. 918 del 20 agosto 1968, convertito nella legge 25 ottobre 1968, n. 1089, ed ora regolati dall'art. 59 del T.U. approvato con D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218 e successive modifiche) che hanno la finalità, da un lato di sostenere le imprese operanti nel Mezzogiorno, dall'altro, di incentivare l'occupazione dei lavoratori colà residenti.

Appunto per assicurare tale ultima finalità la giurisprudenza (97), attraverso un itinerario contrastato, è giunta ad affermare

tivi e di orientamento — Per una prospettiva comunitaria, BATTISTI, *Il dibattito sul reddito minimo nei paesi della CEE*, in questa *Rivista*, 1994, I, 116. In generale, cfr. SAMEK LUDOVICI, *Europa. Politiche occupazionali e welfare: un'analisi comparativa*, in *Assist. soc.*, 1999, n. 3-4, 100; SCIARRA, *Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, 1151; CARUSO, *Alla ricerca della "flessibilità mite": il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, 141; FICARI, *Occupazione flessibile e persona del lavoratore*, Roma, 2000.

(97) Cass. S.U. 22 aprile 2000, n. 5311, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 951, con nota di G. SANDULLI, *L'ultima sentenza della Cassazione sugli sgravi nel Mezzogiorno*, e in *Guida al lav.*, 2000, 20, 43, con nota di SILVESTRI, *Il principio della residenza per gli sgravi al sud*; Cass. S.U. 25 ottobre 1999, n. 753, in *Guida lav.*, 1999, 43, 29, con nota di BONATI, *Sgravi al Sud solo per la manodopera locale*, secondo la quale "quello che rileva è la situazione del lavoratore, che, indipendentemente dal luogo di nascita, effettivamente sia residente nelle zone protette, senza che abbia rilievo l'ubicazione dell'ufficio del collocamento presso il quale risulti iscritto". Tale intervento risolve il contrasto giurisprudenziale tra quell'orientamento favorevole all'esclusione della rilevanza dell'area di provenienza dei dipendenti occupati (Cass. 20 maggio 1991, n. 5660, in

che il beneficio contributivo in tanto può essere riconosciuto in quanto riguardi rapporti di lavoro instaurati con lavoratori effettivamente residenti nelle zone individuate dall'art. 1 del richiamato T.U. n. 218 del 1978. Gli sgravi, quindi, non vanno soltanto a chi localizza l'azienda al Sud o sposta la manodopera al Sud, ma a chi assume manodopera locale, residente, cioè, nelle aree destinarie del beneficio in questione. Alla luce di tale orientamento è ragionevole ritenere che anche per alcuni dei "nuovi lavori" sussista l'obbligo di valersi di giovani residenti nelle aree del Mezzogiorno e in quelle depresse del centro-Nord (98). Tuttavia, è necessario ricordare che per evitare il note-

Foro it., 1991, I, 2758; Cass. 17 luglio 1991, n. 7916, ined. a quanto consta; Cass. 29 luglio 1993, n. 8413, in *Giust. civ., mass.*, 1993, 1253; Cass. 15 luglio 1995, n. 7727, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 613; Cass. 25 marzo 1997, n. 2639, *ibidem*, 1997, 485, con nota di DE MARINIS, *Sgravi contributivi per il Mezzogiorno e territorialità della prestazione lavorativa* e quello, invece, che riteneva rilevante l'area di provenienza dei lavoratori (Cass. 16 marzo 1984, n. 1838, in *Foro it.*, 1984, I, 1853; Cass. 16 luglio 1984, n. 4162, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 494; Cass. 30 gennaio 1985, n. 634, in *Inform. Prev.*, 1985, 490; Cass. 6 agosto 1987, n. 6771, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, 807, con nota di TODARO, *Imprese di navigazione e sgravi contributivi*; Cass. S.U., 14 ottobre 1988, n. 5570, in *Foro it.*, 1989, I, 2652; Cass. 22 dicembre 1988, n. 6995, in *Giust. civ., Mass.*, 1988, fasc. 12; Cass. 12 giugno 1995, n. 6612, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 613, con nota di SANDULLI, G.).

(98) Tuttavia, al di là degli svariati interventi a favore dell'occupazione giovanile nelle aree del Sud, si ritiene, VALLEBONA, *Intervento*, in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Bari, 1997, 222, che vi sia "un solo provvedimento giuslavoristico serio da adottare per combattere immediatamente la piaga della disoccupazione giovanile nel Mezzogiorno: ripristinare provvisoriamente in determinate aree il principio del licenziamento libero *ex art.* 2118 c.c. fino ad una determinata età (ad esempio trenta anni) per tutti i nuovi lavoratori regolarmente assunti".

vole impatto organizzativo e, soprattutto, economico che avrebbe avuto sulle aziende una tale interpretazione, il legislatore è intervenuto con la legge n. 488 del 1999, in particolare l'art. 38, comma 5 e 6, riconoscendo gli sgravi contributivi alle aziende che operano nel Mezzogiorno e che impiegano lavoratori anche non residenti nella predetta area.

Nell'ambito delle condizioni personali oggetto di una particolare tutela idonea a garantire l'inserimento nel mondo del lavoro, l'*handicap* rileva come condizione personale di svantaggio sociale che impedisce al soggetto un processo di reale integrazione socio-professionale. Integrazione che, viceversa, l'ordinamento è tenuto a garantire, alla luce del comma 3 dell'art. 38 Cost., ad ogni persona attraverso tutele specifiche ed effettive (99).

Conseguentemente, i portatori di *handicap*, da una parte, sono tutelati come potenziali lavoratori — rientrando tra le categorie c.d. protette per i quali sono previsti un collocamento mirato (100), che rappresenta

(99) Già la sentenza della Corte costituzionale 8 giugno 1987, n. 215, in *Foro it.*, 1987, I, 2935, invitava il legislatore a predisporre un'adeguata normativa che, prevedendo le possibili situazioni di bisogno del disabile, potesse assicurare al portatore di handicap un tipo di vita dignitoso e che, soprattutto, gli consentisse di godere, alla stregua degli altri cittadini, dei diritti costituzionalmente garantiti (alla salute, alla famiglia, al lavoro, all'istruzione, ecc.). Dopo la legge n. 104 del 1992, la Corte è intervenuta ancora (29 ottobre 1992, n. 406, in *Giur.it.*, 1994, I, 1, 196) per sottolineare l'ampia sfera dei provvedimenti adottati dal legislatore per assicurare quanto più possibile un'adeguata tutela a favore dei portatori di *handicap*.

(100) La legge 2 aprile 1968, n. 482, che prevedeva una riserva di posti calcolata in percentuale sulla forza lavoro occupata da un datore privato o pubblico, è stata sostituita dalla legge 12 marzo 1999, n. 68 concernente agli artt. 1-5 norme per il diritto al lavoro dei disabili che, peraltro, si applica

ancora il prevalente canale di accesso al lavoro per questi soggetti, e norme speciali nel quadro della promozione dell'occupazione giovanile (101) —; dall'altra, essi sono tutelati come soggetti bisognosi di cure e quindi oggetto di una disciplina particolare (legge 5 febbraio 1992, n. 104) che mira a favorire la loro integrazione nella famiglia, nella scuola, nella società.

7. Criteri distributivi di vantaggi o sacrifici.

Le condizioni personali nel diritto del lavoro rilevano, non solo, come abbiamo visto, per garantire determinati assetti protettivi ma anche per distribuire vantaggi o sacrifici in caso di concorso tra più lavoratori

anche alle altre categorie protette (invalidi, orfani o coniugi dei caduti o dei grandi invalidi di guerra o del lavoro e i profughi italiani rimpatriati) fino ad apposita organica disciplina. Sull'argomento, cfr. VALLEBONA, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 476; PASQUALETTO, *La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili: prime osservazioni*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, 93; STELLUTI, *Le nuove norme per il diritto al lavoro dei disabili*, in *Lav. inf.*, 1999, 6, 5; D'HARMANT FRANCOIS, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie: prime note*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 339; MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in *ADL*, 1999, 659; MANCINI-SABBATINI (a cura di), *Riabilitazione-lavoro. Una metodologia per l'inserimento lavorativo delle persone ex-tossicodipendenti, disabili e pazienti psichiatrici*, Roma, 1999; CINELLI-SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Torino, 2000.

(101) In considerazione dell'inserimento mirato nel mondo del lavoro del portatore di *handicap*, nel quadro della promozione dell'occupazione giovanile, la legge n. 196 del 1997 ha previsto, all'art. 15, la possibilità di concludere contratti di formazione e lavoro anche con soggetti portatori di *handicap*, sulla base di progetti previsti dai contratti collettivi nazionali e, all'art. 16, nel disciplinare l'apprendistato, ha stabilito che per l'apprendista portatore di handicap i limiti di età sono elevati di due anni (dai 24 ai 26 anni).

in specifiche circostanze (concorsi privatistici per assunzione o per promozione, anticipazioni del Tfr, *part-time*, trasferimento del lavoratore, Cigs, licenziamenti collettivi).

In riferimento ai concorsi privatistici per assunzione o promozione, la discrezionalità del datore di lavoro (ex art. 41 Cost.) incontra un limite nella liceità del motivo determinante l'apposizione di specifiche clausole in quanto la selezione deve avvenire secondo criteri predeterminati. Ed infatti la giurisprudenza ha ritenuto nulle le clausole di esclusione dei candidati legati da vincoli di parentela con amministratori o dipendenti dell'ente datore di lavoro, le clausole di preferenza territoriale che discriminano i residenti in alcuni Comuni rispetto ad altri, quelle di esclusione dei candidati con titolo di studi superiore a quello richiesto e quelle che favoriscono coloro che hanno già svolto il servizio militare (102).

Inoltre, i lavoratori concorrono, e devono quindi essere selezionati, nel caso delle anticipazioni del Tfr (art. 2120, comma 6, c.c.). In questo caso l'eventuale conflitto tra i lavoratori riguarda la distribuzione di vantaggi e non di svantaggi, come invece accade nel caso della Cig (103).

In particolare, la legge n. 297 del 1982 riconosce a favore dei lavoratori un diritto di anticipazione qualora possano dimostrare di versare in particolari condizioni di bi-

sogno, prima della cessazione del rapporto. Tale diritto è subordinato a specifiche condizioni legali riguardanti la persona che ne fa richiesta, il numero di lavoratori che ne usufruiscono, la destinazione della somma di denaro. Condizione personale fondamentale per avvalersi di tale facoltà è una data anzianità minima (maturazione di almeno 8 anni di servizio) e le cause giustificatrici per le quali è ammessa l'anticipazione sono situazioni di bisogno dovute o ad eventuali spese sanitarie (104) per terapie ed eventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche oppure all'acquisto della prima casa di abitazione per sé o per i figli (105). A ben vedere, in questo caso l'anzianità di servizio è solo una condizione di accesso al diritto, mentre il diritto stesso sorge per tutelare diritti della persona costituzionalmente garantiti, alla salute e ai trattamenti sanitari e all'abitazione.

È evidente che alcune delle condizioni legali necessarie per il sorgere del diritto all'anticipazione (anzianità di servizio mini-

(104) La necessità di spese sanitarie per la salute dei familiari non è espressamente considerata dalla legge, al contrario di quanto avviene per l'altra causa di giustificazione (acquisto della prima casa). Tuttavia l'anticipazione è sicuramente dovuta anche in tali casi, sia perché la lettera della norma non indica il beneficiario della spesa sanitaria (trattandosi di spese sostenute dal lavoratore e non necessariamente per il lavoratore), sia perché l'aver consentito l'anticipazione per la casa del figlio e non per la salute dello stesso costituirebbe una ingiusta disparità a danno al diritto alla salute, cfr. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984, 100 ss.

(105) La necessità della prima casa può riguardare alternativamente il nucleo familiare del lavoratore o quello del figlio, così che deve ritenersi ammissibile la richiesta di anticipazione per l'acquisto della prima casa di abitazione per un figlio che si stacca dal nucleo familiare del lavoratore richiedente anche se quest'ultimo possiede già un'abitazione, cfr. Cass. 8 luglio 1997, n. 6189, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 641.

(102) Cfr. Cass. 14 marzo 1990, n. 2057, in *Riv. giur. lav.*, 1990, II, 464; Cass. 16 gennaio 1987, n. 345, in *Or. giur. lav.*, 1987, 147; Cass. S.U. 29 novembre 1986, n. 7081, in *Foro it.*, 1987, I, 1139; Cass. 25 luglio 1984, n. 4373, in *Giust. civ.*, 1985, I, 740; Cass. 28 marzo 1984, n. 2052, in *Foro it.*, 1984, I, 1540; Cass. S.U. 23 luglio 1981, n. 4736, in *Foro it.*, 1982, I, 111; Cass. S.U. 11 dicembre 1979, n. 6452, in *Foro it.*, 1980, I, 322.

(103) NAPOLI, *Il trattamento di fine rapporto: configurazione dell'istituto e problemi applicativi*, in *Contrattazione*, 1982, 5, 29.

ma, mancato godimento precedente del beneficio, sussistenza di una delle cause giustificatrici) fungono da criteri selettivi al fine della limitazione dei partecipanti al concorso e non sono sostituibili da eventuali diversi criteri contrattuali. Questi ultimi operano soltanto per la selezione interna tra concorrenti già individuati in base ai criteri di legge oppure per l'attribuzione degli eventuali anticipi eccedenti il numero delle domande degli aventi titolo per legge. In questo caso l'accordo collettivo può legittimamente prevedere la fissazione di criteri di priorità potendosi ricorrere, ad esempio, sempre con riferimento alle condizioni personali degli interessati, all'anzianità di servizio, ai carichi di famiglia, al livello del reddito, all'esistenza di uno sfratto esecutivo, alla necessità di trasferimento per lavoro, alla gravità della malattia, ecc. (106).

In riferimento al lavoro *part-time* (107), l'art. 5, comma 2, d.lvo 25 febbraio 2000, n. 61, ha previsto un diritto di precedenza del lavoratore a tempo parziale in caso di nuova assunzione di personale a tempo pieno (in una unità produttiva situata nell'arco di 100 km), se l'assunzione riguarda mansioni identiche o equivalenti. Ma, e qui sta la novità rispetto alla disciplina previgente, a parità di precedenza, il legislatore ha ritenuto di dare preferenza ai lavoratori con maggior carico familiare e, in via secondaria, a quelli con più anzianità di servizio. Ancora una volta, la selezione tra i lavoratori avviene in considerazione di due condizioni personali quali il carico familiare e l'anzianità.

Anche il problema della scelta di chi trasferire tra più dipendenti, tutti in linea di

massima idonei a ricoprire il posto nell'unità di destinazione, se, da una parte, va risolto secondo il criterio della oggettiva convenienza aziendale, dall'altra, risente delle condizioni personali degli interessati. La contrattazione collettiva tende ad affiancare alle esigenze organizzative anche la considerazione delle condizioni personali del lavoratore, con clausole di vario tipo che vanno da quella di assoluta intrasferibilità dei lavoratori con una lunga anzianità di servizio a quelle secondo cui il datore di lavoro deve tenere conto anche degli interessi del lavoratore, pur potendo, comunque, far prevalere le oggettive ragioni aziendali.

In quest'ambito, pertanto, influenza preponderante è svolta dall'anzianità di servizio che non rappresenta, quindi, un presupposto considerato dalla legge per determinare il trasferimento, ma una delle condizioni personali rilevanti per la contrattazione collettiva ai fini della scelta del lavoratore da sottoporre a questo provvedimento.

È innegabile che nel trasferimento si intreccino elementi ed esigenze più strettamente personali e necessità obiettive dell'impresa.

L'unico parametro che il legislatore ha previsto per controllare la "correttezza" del provvedimento è dato dalla razionalità dell'apparato tecnico-produttivo. Però la razionalità non è "oggettiva, scientifica, immodificabile", è necessario per questo che essa debba misurarsi con le esigenze personali del lavoratore (108).

Il datore di lavoro dovrà innanzitutto rispettare le regole di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.; dovrà, poi, tener conto di quanto stabilito in sede di contrattazione collettiva sui criteri perso-

(106) DE LUCA TAMAJO-GIUGNI, *Commento dell'art. 1 della legge n. 297 del 1982*, in *Nuove leggi civ. com.*, 1983, 277.

(107) Sulla normativa relativa al *part-time*, v. *retro* nota n. 96.

(108) ROMAGNOLI, *La disciplina del mutamento di mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 343.

nali di cui avvalersi; infine dovrà operare una valutazione comparativa tra i potenziali destinatari del provvedimento. La legge non specifica, comunque, criteri di scelta di carattere personale, lasciando questo compito alla contrattazione collettiva.

La delicatezza degli elementi personali e/o familiari del/dei lavoratore/i da trasferire impongono al datore di lavoro la trasparenza e la logicità delle sue scelte, soprattutto nei casi in cui sussista una fungibilità delle posizioni lavorative (109).

La legge n. 104 del 1992, all'art. 33,

(109) Da una parte, c'è chi ritiene (ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Milano, 1988, 295) che debbano essere presi in considerazione come criteri "l'anzianità, prima anagrafica poi aziendale, del lavoratore, i precedenti trasferimenti, la possibilità di destinarvi un altro dipendente in servizio in una sede più vicina a quella da coprire, la situazione personale e familiare quale emerge dalle condizioni di salute del dipendente e delle persone conviventi o da lui eventualmente assistite, nonché da impegni extralavorativi di una certa rilevanza", o, ancora, (TESTA, *Motivi del trasferimento e valore della "persona" nel contratto di lavoro subordinato*, in questa *Rivista*, 2000, I, 563, qui 569; in giurisprudenza, Cass. 26 gennaio 1995, n. 909, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 833) "situazioni personali del lavoratore particolarmente vincolanti come stati di deficienza fisica o anche circostanze familiari". Dall'altra, si ritiene (DE FALCO, *La rilevanza dei presupposti soggettivi nel trasferimento del lavoratore*, in questa *Rivista*, 1994, I, 67, qui 74; in giurisprudenza, Pret. Foggia, 19 febbraio 1990, in *Dir. prat. lav.*, 1990, 1241) che sia condivisibile l'orientamento per il quale, una volta dimostrata la maggiore attitudine professionale al trasferimento dell'uno piuttosto che dell'altro lavoratore "non esiste alcun principio secondo cui debba essere il più giovane dei vari dipendenti in ballottaggio a dover essere trasferito, piuttosto che quello la cui prestazione sia più facilmente fungibile". Dall'analisi dei contratti collettivi si evidenzia che molto spesso l'elemento determinante per escludere il trasferimento di un lavoratore è la sua anzianità, vuoi di servizio vuoi anagrafica. Altri hanno esigenze più generiche e si limitano a ribadire semplicemente che l'azienda, nel disporre il trasferimento,

comma 5, ha previsto l'agevolazione dell'attività lavorativa di genitori di figli portatori di *handicap* nel senso di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e quindi più consona alle loro esigenze e di non essere trasferiti, senza il loro consenso, ad altra sede (110).

Un ambito particolarmente significativo in cui le condizioni personali rilevano per selezionare più lavoratori è quello concernente i soggetti coinvolti in licenziamenti collettivi. La legge n. 223 del 1991 prevede, all'art. 5, come criteri legali sussidiari di scelta dei lavoratori da licenziare quelli,

terrà conto delle condizioni personali e di famiglia che l'interessato potrà rendere note. Per es. il Regolamento per il personale del Banco di Napoli all'art. 14 stabilisce che gli impiegati, i subalterni e gli ausiliari con 20 anni di servizio non possono essere trasferiti se non a domanda; Il CCNL per il personale direttivo delle aziende di credito all'art. 107 stabilisce che il lavoratore che abbia compiuto 45 anni di età può essere trasferito solo a domanda. Cfr. GRAGNOLI, *Condizioni personali del dipendente e trasferimento in un regolamento aziendale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, 443.

(110) La Corte Costituzionale (29 luglio 1996, n. 325, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 343 e 27 novembre 1997, n. 396, in *Foro it.*, 1998, I, 708) ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, che, nel riconoscere il diritto del lavoratore di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, richiede che l'assistenza sia già in atto e la reale convivenza del lavoratore con il portatore di handicap e, pertanto, il diritto non sorge qualora il lavoratore non sia convivente con il disabile e il trasferimento sia richiesto per attendere alle cure del proprio congiunto. Tuttavia, è la stessa Corte a non escludere che il legislatore possa in futuro rivedere ed eventualmente ampliare l'art. 33, comma 5. Ed infatti, l'art. 19, legge n. 53 del 2000, ha soppresso la locuzione "con lui convivente" originariamente prevista, pertanto, affinché il diritto sorge è sufficiente che il lavoratore dimostri di assistere, materialmente e moralmente, con continuità il familiare handicappato, al di là della convivenza (v. Pret. Modica, 12 luglio 2000, pubblicata in questo fascicolo, II, 1).

operanti in concorso, relativi all'anzianità (111), ai carichi di famiglia (c.d. criteri sociali) ed alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative (112).

(111) In riferimento all'anzianità, l'art. 5 della legge non specifica che tipo di anzianità si debba intendere, se cioè si riferisce all'anzianità di servizio o anagrafica. Nel corso della stesura della legge n. 223 del 1991, il legislatore aveva fatto una scelta esplicita a favore dell'anzianità aziendale, ma nella stesura finale l'aggettivo aziendale è scomparso suscitando opinioni contrastanti. L'opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza ritiene che l'anzianità menzionata dalla legge sia quella aziendale o di servizio per due ordini di ragioni: la prima, di carattere letterale, ravvisata nel fatto che se il legislatore avesse voluto intendere l'anzianità anagrafica avrebbe utilizzato il termine "età"; la seconda, di carattere sostanziale, ravvisa la ratio del criterio nel fatto che il lavoratore più anziano aziendalemente è quello che più ha dato all'azienda, e perciò è quello che più deve ottenere dall'azienda, quello che ha più diritto ad essere garantito. (Cfr. DEL PUNTA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e cig*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1983, 791. In giurisprudenza: Pret. Roma, 22 giugno 1976, in *Riv. giur. lav.*, 1976, II, 1202; Trib. Arezzo, 3 aprile 1981, in *Orient. giur. lav.*, 1982, 567; Pret. Milano, 31 marzo 1982, *ibidem*, 1982, 902; Pret. Bologna 6 aprile 1992, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 1020; Pret. Padova 19 luglio 1993, in questa *Rivista*, 1993, II, 532). In ogni caso, c'è anche chi sostiene che l'anzianità si riferisca all'anzianità anagrafica sulla base della seguente considerazione: dato che i criteri sociali servono a delineare il lavoratore con una situazione economica e familiare migliore e con una minore debolezza nell'ambito del mercato del lavoro, è evidente che più il lavoratore è anziano, più sarà difficile il suo reinserimento in altre attività produttive. (Cfr. FOCARETA, *op. ult. cit.*, 335-336, secondo il quale vi sarebbe addirittura un interesse pubblico a che siano licenziati i lavoratori più giovani; ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali dei lavoratori*, Milano, 1988, 277. In giurisprudenza Trib. Milano, 31 marzo 1982, in *Lav. 80*, 1982, 461; Cass. 5 novembre 1990, n. 10578, in *Dir. prat. lav.*, 1990, 828).

(112) I primi due criteri vengono definiti sociali, in quanto riguardano gli aspetti più propriamente personali utili a compiere una scelta equa tra i

Nell'ipotesi ora ricordata, l'anzianità è quella di servizio, e non già anagrafica. Peraltro, in generale, l'età del lavoratore è valutata dall'ordinamento in particolare allorché i lavoratori superino una certa soglia (60-65 anni). Così avviene che, la connessa disponibilità di un continuativo reddito sostitutivo della retribuzione (pensione di vecchiaia) ed una presunta sopravvenuta inidoneità al lavoro, al raggiungimento dell'accennata anzianità, hanno indotto, da una parte, il legislatore a valorizzare le ragioni di un ricambio occupazionale ripristinando il potere di licenziamento *ad nutum* (113). A sua volta, l'autonomia colletti-

vati lavoratori. Parte della dottrina ritiene che i criteri sociali siano da preferire alle esigenze tecnico-organizzative poiché queste ultime risulterebbero già assorbite nella stessa fattispecie o almeno nella delimitazione dell'ambito di applicazione dei criteri. Cfr. DE SIMONE, *Problemi d'identità: il "cittadino-lavoratore" e l'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1995, 30; FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, 343; *contra*, GALANTINO, *Il diritto del lavoro*, Torino, 1996, 542. Tuttavia appare interessante sottolineare un'ordinanza della Pretura di Bologna del 6 aprile 1992, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 1012, secondo la quale i criteri hanno una rilevanza diversa e che debba essere seguito l'ordine in cui essi sono elencati nell'art. 5 della legge n. 223 del 1991. In questo modo dovrebbe assumere importanza maggiore proprio il criterio dei carichi di famiglia, seguito dall'anzianità ed, infine, dalle esigenze tecnico-produttive. L'accordo interconfederale del 1950 menzionava, oltre ai suddetti criteri, anche quello della situazione economica, ma questa dizione è scomparsa nell'accordo successivo del 1965. C'è chi ha sostenuto (VENTURA, *Licenziamenti collettivi*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 29) che, dato che non se n'è fatta più menzione, non sarebbe consentito dilatare il contenuto semantico della locuzione "carichi di famiglia" fino a farvi rientrare la condizione economica complessiva del soggetto.

(113) Infatti, ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge n. 108 del 1990, restano privi delle garanzie derivanti dall'art. 18 Stat. lav. e dalla legge n. 604 del 1966 "i lavoratori ultrasessantenni, in possesso

va si è determinata a prendere in considerazione il dato anagrafico quale suo proprio criterio nell'ambito dei soggetti rientranti nei licenziamenti collettivi.

Non è dato, tuttavia, trascurare che la Corte Costituzionale (114) ha sottolineato che "il solo fatto dell'età non può essere una buona ragione per negare cautele e garanzie che sono informate al rispetto della personalità umana"; pertanto, l'esclusione legale dei lavoratori anziani dal regime di stabilità reale e obbligatoria viene confinata alla sola ipotesi in cui il dipendente abbia comunque maturato il diritto alla pensione una volta superati i 60 anni di età, in mancanza dell'esercizio del diritto di opzione (115).

Ancora in riferimento alla rilevanza del criterio dell'anzianità nell'ambito dei licenziamenti collettivi, è da porre in evidenza l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene legittima, nell'accordo collettivo, la previsione del criterio di scelta della pensionabilità o della prossimità al trattamento pensionistico del dipendente, secondo la previsioni dell'art. 7, commi 6 e 7, della legge n. 223 del 1991, tanto più se giustificato da una situazione di mercato nella quale i giovani hanno difficoltà a trovare lavoro (116). In questo caso, la condizione personale opera

dei requisiti pensionistici, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 6 della legge n. 54 del 1982". V. VALLEBONA, *Il licenziamento del lavoratore pensionabile*, in questa *Rivista*, 1991, I, 241; HERNANDEZ, *Età lavorativa, età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro*, *ibidem*, 1996, I, 523; PILEGGI, *Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro*, 1996, Roma, 27; PICCININNO, *Il regime (ad esaurimento) delle opzioni per la prosecuzione del rapporto oltre l'età pensionabile*, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 321.

(114) Corte Cost. 14 luglio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, 2465.

(115) NICCOLAI - DE SIMONE, in MAZZOTTA, *I licenziamenti*, Milano, 1992, 588.

(116) V. Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268, in

in senso negativo, senza distribuire tutele ma sacrificando determinati lavoratori per favorirne altri.

In analogo ordine di considerazioni, va sottolineato che i carichi di famiglia — intesi nell'accezione più ampia di onere gravante sul reddito familiare complessivo del lavoratore — rilevano ai fini di una tutela che si estrinseca, sostanzialmente, nella stabilità dell'occupazione (117) (in quanto criterio

Foro it., 1994, 2307 — emessa a seguito dell'ordinanza di rimessione sollevata dal Pretore di Torino 27 maggio 1993, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 311, con nota di FIGURATI, *Osservazioni sulla legittimità degli accordi di cui all'art. 5 della legge 23 luglio 1991, n. 223* — che ha affermato che "la svalutazione del privilegio tradizionale dell'anzianità di servizio, nei confronti dei lavoratori prossimi al raggiungimento dei requisiti di età e di contribuzione per fruire di un trattamento di quiescenza, può essere giustificata in una situazione del mercato tale da escludere per i lavoratori più giovani la possibilità di trovare a breve termine un altro posto di lavoro..."; Pret. Bergamo 8 ottobre 1992, in *Mass. giur. lav.*, 1992, 508; Pret. Cassino 23 luglio 1993, in *Foro it.*, 1993, 2929; Pret. Napoli 4 ottobre 1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 786; Pret. Milano 5 maggio 1997, in *Lav. giur.*, 1997, 765; Cass. 11 novembre 1998, n. 11387, in *Foro it.*, 1999, I, 885; Cass. 2 marzo 1999, n. 1760, in *Guida lav.*, 1999, 15, 21; *contra*, Pret. 26 marzo 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 1029; Pret. Milano 28 novembre 1996, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 377.

In dottrina, PERA, *Licenziamento per riduzione di personale dei lavoratori prossimi al pensionamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 383; DEL PUNTA, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, in *Lav. dir.*, 1999, 403. Sollevano perplessità sull'oggettività di tale criterio: D'ANTONA, *Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della legge n. 223/1991*, in *Foro it.*, 1993, I, 2035; *Id.*, *Sub. art. 5, l. 223/1991*, in *Nuove leggi civ. com.*, Napoli, 1994, 931; CHIUSOLO, *Alcune riflessioni sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1994, 16.

(117) In riferimento all'assunzione è stato affermato, REYNERI, *Occupati e disoccupati in Italia*, Bologna, 1997, 27, che i datori di lavoro tengono in

concorrente con quello dell'anzianità e delle esigenze produttive nell'individuazione dei lavoratori da sottoporre a licenziamento collettivo) o, come abbiamo analizzato (*retro* par. 3), in benefici di carattere economico sempre col fine ultimo di giustificare la garanzia di un reddito per il mantenimento della famiglia.

Appunto poiché la legge attribuisce ai criteri sociali (carichi di famiglia e anzianità) la funzione di individuare i lavoratori meno deboli socialmente, si può ritenere che il criterio del carico di famiglia faccia riferimento al complessivo stato di bisogno del lavoratore e della sua famiglia (118). Posto che la ratio dell'istituto consiste nella destinazione al sacrificio del licenziamento i lavoratori dotati di maggior resistenza economica, è ragionevole effettuare una valutazione che tenga conto anche degli eventuali redditi aggiuntivi della famiglia del lavoratore (119).

Qualora l'esigenza di riduzione di perso-

gran considerazione il fatto che il lavoratore abbia una famiglia da mantenere. Infatti, si ritiene che per chi ha famiglia perdere il posto comporta più rischi che per un giovane, che può contare sul sostegno dei genitori. Sarebbe questa condizione di debolezza a predisporre il lavoratore ad erogare la propria prestazione lavorativa con minori resistenze assoggettandolo più facilmente ai dettami dell'organizzazione produttiva.

(118) Cfr. DEL PUNTA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e cig*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1983, 792; VIDIRI, *Crisi aziendale: scelta dei lavoratori da licenziare e da porre in cassa integrazione*, in questa *Rivista*, 1983, I, 33. In giurisprudenza, v. Cass. 1 febbraio 1989, n. 618, in *Mass. giur. lav.*, 1989, 203.

(119) In giurisprudenza, Cass. 1 febbraio 1989, n. 618, in *Mass. giur. lav.*, 1989, 203; Cass. 5 aprile 1993, n. 4084, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 503, con nota di BIANCONCINI; *contra* Cass. 18 gennaio 1986, n. 324, in *Mass. giur. lav.*, 1986, Massime, 41, 154 e, in dottrina, VENTURA, *I licenziamenti collettivi*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 29, secondo il quale non sarebbe consentito dilatare il contenuto semantico

nale riguardi un'impresa già ammessa al trattamento di integrazione salariale straordinaria (120), la selezione dei lavoratori avviene sempre in base ai criteri analizzati (anzianità di servizio e carico di famiglia) nell'ambito, però, dei "lavoratori sospesi", di parte dei quali l'azienda non è in grado di garantire il reimpiego (121). In siffatta prospettiva, diventa essenziale il rispetto del

della locuzione "carichi di famiglia" fino a farvi rientrare la condizione economica del soggetto.

Parte della dottrina ritiene, inoltre, che dare rilievo alla situazione economica complessiva del nucleo familiare può portare ad esiti involontariamente discriminatori, cfr. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, 106; FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, 343; DE SIMONE, *Problemi d'identità: il "cittadino-lavoratore" e l'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1997, 34. Il problema si pone nel caso in cui vi sia, per es., un doppio reddito familiare ed entrambi i coniugi dipendenti dalla medesima azienda. In giurisprudenza, per un caso emblematico v. Cass. 5 aprile 1993, n. 4084, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 503, con nota di BIANCONCINI, secondo la quale è legittimo l'accordo sindacale che, nell'ipotesi in cui entrambi i coniugi siano dipendenti della stessa impresa, prevede che ne sia collocato in CIG solo uno (nel caso di specie, anteriore alla legge n. 223 del 1991, erano state sospese le mogli dei coniugi rimasti a lavoro). Tuttavia, le possibili discriminazioni nei confronti delle donne sono state superate con il meccanismo delle c.d. quote riservate, introdotte dall'art. 6, comma 5 bis, della legge n. 236 del 1993.

(120) Cfr. FERRARO, Cassa integrazione guadagni, in FERRARO, MAZZIOTTI, SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992, 3 ss.; PAPALEONI, *Cassa integrazione guadagni*, in PAPALEONI, DEL PUNTA, MARIANI, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993, 92 ss.; LISO, *La galassia normativa dopo la legge n. 223 del 1991*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, 1.

(121) In senso contrario, e quindi per una selezione estesa anche in questo caso a tutti i lavoratori dell'azienda, cfr. Cass. 20 novembre 1997, n. 11569, in *Mass. giur. lav.*, 1998, suppl., 12; Cass. 23 dicembre 1997, 12989, *ibidem*, 1998, suppl., 23;

principio della rotazione ai fini dell'individuazione dei lavoratori da sospendere: altrimenti la collocazione in cassa integrazione in spregio a tale principio potrebbe equivalere ad una prenotazione per il licenziamento di lavoratori sgraditi.

Infine, giova un'ulteriore osservazione a proposito dei licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo. È convinzione diffusa che il lavoratore, al fine di sottrarsi al licenziamento, non possa comparare la propria posizione con quella degli addetti ai posti residui e non possa pretendere che, in virtù di criteri di scelta prefissati e basati anche su situazioni personali, il licenziamento ricada su un altro dipendente, in quanto il nesso causale, tra l'insindacabile decisione economica imprenditoriale e il licenziamento, sussiste proprio per quel lavoratore addetto al posto soppresso e non per gli altri (122). La questione si pone in maniera del tutto peculiare nell'ipotesi di c.d. licenziamento plurindividuale per riduzione di personale allorché la decisione datoriale coinvolge più lavoratori fungibili tra loro, senza che ricorra la fattispecie del licenziamento collettivo. In questo caso si ritiene che il datore di lavoro debba individuare il/i lavoratore/i secondo criteri di correttezza e buona fede nell'ambito del

gruppo interessato (123). Tuttavia, ammesa oramai una mera differenza numerica tra il licenziamento collettivo e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, esigenze di coerenza sistematica oltre che di equità inducono a postulare l'applicazione anche a quest'ultimo dei menzionati criteri di scelta, allorché il licenziamento coinvolge, appunto, più lavoratori fungibili tra loro (124).

8. *Le condizioni di debolezza effettiva del lavoratore nelle proposte di riforma.*

Le trasformazioni intervenute nell'economia mondiale segnalate all'inizio (ossia la globalizzazione dei mercati e la rivoluzione tecnologica) hanno portato ad una situazione di disoccupazione ormai strutturale, dovuta ad un progressivo ridimensionamento dell'area coperta dal lavoro subordinato tradizionale, e ad una continua flessibilizzazione del mercato del lavoro, che ha prodotto una proliferazione crescente di tipologie nuove e diverse dall'incerta collocazione (125). Se si considera che quasi i due

Cass. 11 novembre 1998, n. 11387, in *Foro it.*, 1999, I, 885.

(122) Cfr. Cass. 19 gennaio 1988, n. 368, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce Lavoro (rapporto), n. 2011; Cass. 5 aprile 1990, n. 2824, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 306; Cass. 27 aprile 1991, n. 4688, in *Giur. it.*, 1991, I, 877; Pret. Milano 30 maggio 1985, in *Orient. giur. lav.*, 1995, 671. In dottrina, VALLEBONA, *Commento all'art. 5 della l. n. 604/66*, in MAZZOTTA (a cura di), *I licenziamenti*, Milano, 1992, 385; DELLA ROCCA, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra dottrina e giurisprudenza*, in AA.VV., *Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza nel diritto del lavoro*, Roma, 2000, 481, cui mi permetto di rinviare.

(123) In tal senso Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, in questa *Rivista*, 1993, II, 286 con nota di VALLEBONA, *Licenziamento individuale per riduzione di personale*.

(124) Isolata, in tal senso, una sentenza in cui, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, rileva l'anzianità, v. Pret. Milano 5 settembre 1992, in *Orient. giur. lav.*, 1992, 1034.

(125) A ben vedere, le stesse modalità di svolgimento del lavoro stanno cambiando. Infatti, si assiste ad una situazione in cui, da una parte, abbiamo la prestazione del lavoratore subordinato sempre più autonoma e discrezionale e, dall'altra, quella del lavoratore autonomo c.d. di "seconda generazione" (tale accezione, ampiamente utilizzata, è il titolo di un fortunato volume di BOLOGNA-FUMAGALLI, *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Milano, 1997) che opera in condizioni di dipendenza economica — nel caso di committente unico o prevalente — ed ha bisogno di tutele simili a quelle garantite al lavoratore dipendente. Cfr. SE-

terzi delle opportunità di impiego offerte dall'attuale mercato del lavoro si collocano nell'area dei lavori c.d. atipici e non regolamentati (126) è evidente che la tutela offerta dal diritto del lavoro nella sua versione forte si applica ormai in un'area in cui si colloca meno della metà dei lavoratori attivi.

Di fronte alla crisi della prevalenza del lavoro prestato in maniera subordinata, il legislatore si è orientato verso singoli interventi che valgano ad assegnare determinate tutele minimali ai c.d. rapporti di confine (lavoro "parasubordinato") (127), accompagnandoli ad interventi analoghi che dichiaratamente fanno riferimento a rapporti di lavoro non subordinato (piani di inserimento professionale, borse lavoro, lavori socialmente utili).

Parallelamente, sono emerse iniziative legislative volte alla regolamentazione sistematica della "parasubordinazione", caratte-

— MENZA, *Nuove forme del lavoro indipendente*, in *Stato e merc.*, 2000, 143.

(126) Se si considera, poi, l'entità del lavoro sommerso diventa ancora più evidente che l'attuale sistema di garanzie e tutele riguarda solo una minoranza di lavoratori.

(127) Lo stesso lavoro parasubordinato serviva ad apprestare un minimo di garanzie a prestatori di lavoro non subordinati e tuttavia deboli, in particolare: la tutela processuale ex art. 409, n. 3, c.p.c., il criterio di favore per la competenza territoriale individuata in base al domicilio del lavoratore ex art. 413, comma 3, c.p.c. novellato dall'art. 1 legge 11 febbraio 1992, n. 128, la rivalutazione monetaria dei crediti del lavoratore ex art. 429 c.p.c., la disciplina delle rinunzie e transazioni ex art. 2113 c.c. Cfr. SANTORO PASSARELLI, G., *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979; ID., *Chiose sulla parasubordinazione*, in questa *Rivista*, 1989, I, 209; PESSI, *Considerazioni sul rapporto di lavoro parasubordinato*, in questa *Rivista*, 1980, II, 355; GRIECO, *Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro*, Napoli, 1983; e, da ultimo, NOGLER, *La doppia nozione giust-lavoristica di parasubordinazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 1024.

rizzate dal progressivo spostamento dell'epicentro dal problema della qualificazione al problema della individuazione di quante e quali tutele garantire ai lavoratori al di là del rapporto di lavoro subordinato.

Questi provvedimenti risentono — fino al punto di ricalcarne, in alcuni casi, pedissequamente le conclusioni — di un dibattito dottrinale (128) sviluppatosi su

(128) Il dibattito dottrinale che muove sempre dalla necessità di una revisione della nozione della subordinazione — presenta tuttavia sfumature differenti in considerazione alla maggiore o minore resistenza ad abbandonare gli schemi tradizionali, cui corrisponde la propensione a valorizzare l'uno o l'altro degli elementi che costituiscono il parametro di riferimento per la costruzione della fattispecie della subordinazione: il referente socialtipico, la fattispecie astratta e l'apparato di tutele. In particolare, le strategie proposte si differenziano essenzialmente in quelle che focalizzano il loro discorso sulla fattispecie astratta — per adattarla alle nuove realtà sociali [Per citare alcuni autori, MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale)*, in *Enc. Dir.*, 1973, 377; GIUGNI, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 11; TREU, *Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1987, 723. In riferimento alla corrente dottrinale relativa all'estensione del campo di applicazione del diritto del lavoro anche all'area del lavoro autonomo, v. LEGA, *Il diritto del lavoro e il lavoro autonomo*, in *Riv. dir. lav.*, 1950, I, 115-158; e, più recentemente, FERRARO, *Prospettive di revisione del libro V del codice civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, 1-35; PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., 226-228] o per introdurre un *tertium genus* [cfr. DE LUCA TAMAJO, FLAMMIA, PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Atti Convegno Cnel del 27 maggio 1996; DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro; l'emersione del "lavoro coordinato"*, cit.; PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di colla-*

questi temi (129).

L'analisi dottrinale ha portato all'individuazione e all'estensione di un pacchetto di tutele la cui parte più rilevante è quella relativa alle condizioni personali (130). I pro-

borazione lavorativa, in questa *Rivista*, 1998, I, 203. Aderisce a questa impostazione PICCININNO, *Esigenza dell'intervento legislativo per superare la dicotomia subordinazione-autonomia e per dislocare le tutele anche per il lavoro coordinato*, in AA.VV., *I "destini" del lavoro*, cit., 128]. E quelle, invece, che affrontano il discorso "dal lato" degli effetti — per una modulazione/redistribuzione delle tutele [cfr. D'ANTONA, *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in AA.VV., *I "destini" del lavoro*, cit., 143; ID., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, n. 1, 89; ID., *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro*, cit., 195; ID., *Intervento*, in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Bari, 1997, 145; ID., *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, cit., 138; ALLEVA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, in GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Roma, 1996, 187; ID., *Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto contrattuale*, in *Lav. giur.*, 1994, 8, 777; ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., 54; ID., *Un solo diritto e un solo mercato per lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in AA.VV., *I "destini" del lavoro*, cit., 54; ID., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989, 263-280; ID., *Primi appunti sull'estensione dell'obbligo previdenziale ai lavoratori parasubordinati*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, 389-402].

(129) Per usare le parole di DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, in *ADL*, 1997, 50, il giurista è, ormai, chiamato "a brandire la sciabola del riformatore più che ad usare il pennino dell'esegeta".

(130) Al lavoro coordinato dovrebbe essere garantito un zoccolo minimo di tutela, fissata legislativamente, consistente: nella previsione di un regime previdenziale obbligatorio minimo, nella predisposizione di adeguate tutele della persona del la-

getti di legge (131) raccolgono pienamente questa indicazione ed appaiono, come si è

voratore, nella previsione di divieti di discriminazione, nella fissazione di standard di sicurezza, nella possibilità dell'azione sindacale, eventualmente nell'introduzione di un compenso orario minimo. Spetterebbe, poi, all'autonomia collettiva e individuale graduare la disciplina al di sopra di questi standard minimali. Comune alle proposte che si preoccupano della distribuzione delle tutele, senza toccare le fattispecie, nel rispetto della dicotomia lavoro subordinato-lavoro autonomo, è il tentativo di garantire un minimo di garanzie comune a tutti i rapporti di lavoro. Lo zoccolo minimo di tutele (c.d. garanzie generali di istituto) di cui dovrebbero godere tutti i lavoratori è costruito, in gran parte, sulla rilevanza delle condizioni personali del lavoratore: il divieto di discriminazione, nell'accesso al lavoro e nel trattamento, una forma generale di tutela della continuità del reddito del lavoratore in caso di malattia, infortunio, maternità, l'assicurazione contro il rischio della povertà per invalidità o vecchiaia.

(131) Il primo (n. 2049 del 29 gennaio 1997) a firma dei senatori Smuraglia, De Luca e altri, è l'unico che ha proseguito il suo percorso parlamentare e, per ciò, viene affrontato nel testo. Qui merita di essere menzionato il secondo (n. 3423 del 13 marzo 1997), a firma dei deputati Mussi, Innocenti e altri, dal titolo "Norme per l'inquadramento giuridico e per la tutela della parasubordinazione e del lavoro autonomo non regolamentato", vuole disciplinare tutti coloro che svolgono attività parasubordinata. Tale disegno è caratterizzato dall'estensione al lavoro parasubordinato di alcune garanzie essenziali per la persona del lavoratore. Infatti, fondamentale importanza nell'ambito dell'intera proposta di legge rivestono le disposizioni contenute agli artt. 7-8 con le quali viene stabilita l'applicazione della legge sulla parità di trattamento e sulle azioni positive, nonché l'estensione, ancora una volta, sia dell'assicurazione generale obbligatoria per invalidità, vecchiaia e superstiti (attraverso l'iscrizione al fondo speciale di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335 del 1995) sia della tutela antinfortunistica e della maternità. In particolare, è prevista un'indennità di maternità in analogia alle disposizioni della legge n. 379 del 1990 (relativa all'indennità di maternità per le libere professioniste). Accanto a tali disposizioni, viene prevista l'estensione ai parasubordinati di alcune

premessi, la traduzione di indicazioni e proposte di fonte dottrinale in materia di rimodulazione dei rapporti di lavoro e riequilibrio delle tutele.

norme generali in materia di lavoro, tra cui il diritto di associazione e di attività sindacale.

Infine, il terzo disegno (n. 3972 del 9 luglio 1997) a firma dei deputati Lombardi, Salvati, Delbono, reca il titolo "Disciplina del contratto di lavoro coordinato". Anche in questo caso, sebbene il progetto miri ad introdurre nell'ordinamento un vero e proprio *tertium genus* — mostrando di essere l'esplicita espressione della proposta dottrinale esaminata — l'attenzione si focalizza sulle tutele riconosciute al prestatore di lavoro coordinato. Tuttavia, appare evidente la previsione di un ambito di tutele sostanziali estremamente ridotte rispetto agli altri due progetti di legge. In particolare, l'art. 8 si limita a prevedere un generale divieto di discriminazione per ragioni politiche, sindacali, di religione, di razza, di lingua e di sesso, nonché il diritto del lavoratore coordinato alla tutela della propria salute. Con riguardo alla tutela previdenziale, ancora una volta è prevista l'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 2, commi da 26 a 32, della legge n. 335 del 1995. A differenza dei DdL precedenti, questo non dice nulla in riferimento alla maternità, ma il problema è automaticamente risolto dall'aliquota contributiva aggiuntiva del 0,5% — prevista dall'art. 59, comma 16, della legge 449 del 1997 — per il finanziamento della tutela relativa alla maternità e agli assegni al nucleo familiare dei lavoratori iscritti alla gestione separata. Merita menzione, infine, la proposta sullo "Statuto dei lavori" elaborata in sede ministeriale il 25 marzo 1998 a cura di Biagi. Per certi versi appare la riscrittura dello Statuto dei lavoratori solo che le varie tutele variano a seconda dei "lavori" interessati. Ogni istituto, infatti, ha un suo campo di applicazione che, da ampio e onnicomprensivo — all'art. 1 viene definito genericamente il lavoratore in quanto tale —, arriva a restringersi fino ai soli lavoratori subordinati a tempo indeterminato. Cfr. NAPOLI, *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, in *Dir. rel. ind.*, 3, 1998, esprime parere contrario sulla costituzione di uno Statuto dei lavori in quanto "esso costituisce un regresso, poiché oggetto di tutela non può che essere la persona umana nella sua dimensione soggettiva, alla quale soltanto possono essere imputati diritti".

A ben vedere, i vari progetti (132) delineano un assetto regolativo incentrato sulla definizione di un apparato di garanzie in cui, ancora una volta, sono le condizioni personali del singolo lavoratore ad assumere un rilievo specifico. In particolare, soffermano la loro attenzione proprio su quelle tutele, quali il principio di non discriminazione e pari opportunità, la tutela della vec-

(132) Per un quadro critico delle proposte, in particolare sul DdL Smuraglia, cfr. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. dir.*, 1997, 173; PEDRAZZOLI, *Classificazione dei rapporti di lavoro e prospettive di riforma*, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 957; Id., *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 9; PISANI, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, in CARINCI (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 1998, 38 ss.; HERNANDEZ, *Il disegno di legge sui lavori "atipici": verso nuove rigidità?*, in questa *Rivista*, 1999, I, 385; SALA CHIRI, *I lavori "atipici" nel progetto di legge approvato dal Senato*, *ibidem*, 399; GUIDO, *La collaborazione coordinata e continuativa dal primo contratto collettivo al disegno di legge Smuraglia*, *ibidem*, 325; BIAGI-TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "Statuto dei lavori"?*, in *Lav. dir.*, 1999, 571; FONTANA, *L'economia e il diritto del lavoro. Note sulla riforma dei lavori*, in *ADL*, 1999, 391; MONTUSCHI, *Un "nuovo" lavoro da regolare*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, 723; ACCORNERO, LISO, MARESCA, *I c.d. lavori atipici. Aspetti sociologici, giuridici ed esigenze delle imprese*, Roma, 2000; DE LUCA TAMAJO, *L'ipotesi di un "tertium genus" e il disegno di legge n. 5651 sui c.d. "lavori atipici"*, in questa *Rivista*, 2000, I, 264; HERNANDEZ, *Lavori atipici e autonomia collettiva: un incontro difficile*, *ibidem*, 289; MENGONI, *Quale disciplina per i lavori atipici?*, *ibidem*, 317; LISO, *Brevi note a proposito dell'iniziativa legislativa in materia di lavori atipici*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 860; ALLEVA, *I lavori atipici: pericolo od opportunità?*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, 515; ALLAMPRESE, *Brevi osservazioni sul D.d.l. in materia di collaborazioni non occasionali*, in *Lav. giur.*, 2001, 18; BIAGI-TIRABOSCHI, *Quale regolamentazione per le collaborazioni coordinate e continuative?*, in *Guida lav.*, 2001, 9, 18-27.

chiaia, maternità, infortuni, malattia, che abbiamo evidenziato nei paragrafi precedenti.

Non è questa la sede per ripercorrere i contenuti di tutti i progetti di legge, tuttavia, ai fini della presente indagine, merita qualche considerazione il disegno di legge n° 2049 del 29 gennaio 1997 (approvato dal Senato il 4 febbraio 1999), a firma dei senatori Smuraglia, De Luca e altri, dal titolo "Norme di tutela dei lavoro atipici", successivamente all'ordine del giorno della Commissione Lavoro della Camera (atto n. 5651) col titolo "Norme in materia di rapporti di collaborazione coordinata non occasionale" con significativi emendamenti al testo iniziale. Il progetto, in cui viene rivisto l'aspetto definitorio (133), senza, però, introdurre il requisito della committenza unica o prevalente (134); presta particolare attenzione

(133) A testimonianza della difficoltà di fornire schemi formali soddisfacenti, all'art. 1 si è passati dalla definizione di "contratti che implicano una prestazione lavorativa, con carattere di continuità e in qualsiasi forma coordinata rispetto alla complessiva attività produttiva non riconducibile né alla tipologia del lavoro subordinato né a quella del lavoro autonomo" (ampiamente criticata, cfr. PERA, *Tutela del lavoro parasubordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, 379; PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, cit.; AMATO, *I "destini" del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società postfordista*, Milano, 1998, 18; DELL'OLIO, *L'evoluzione della subordinazione nell'esperienza italiana*, in AA.VV., *Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro*, Milano, 1998, 21) a quella di "rapporti di collaborazione, di carattere non occasionale, coordinati con l'attività del committente, svolti senza vincolo di subordinazione, in modo personale e senza impiego di mezzi organizzati e a fronte di un corrispettivo". Vengono, inoltre, espressamente esclusi dal campo di applicazione amministratori unici, amministratori delegati, presidenti, componenti del c.d.a., del collegio dei revisori e sindaci di società.

(134) In tal senso, v. VALLEBONA, *Lavoro autonomo coordinato e diritto sindacale*, in questa *Rivista*,

alle tutele minime riconducibili alla persona del lavoratore. Così, viene ribadita, all'art. 1, comma 1, lett. a) e lett. b), l'applicazione di alcune disposizioni antidiscriminatorie (artt. 1, 8, 14, 15 stat. lav.) e delle norme sulla parità di trattamento e azioni positive (legge n. 903 del 1977 e legge n. 125 del 1991 e successive modificazioni) Per quanto riguarda la tutela previdenziale (135), l'art. 5 del progetto prevede che i prestatori di lavoro "atipico" sono tenuti ad iscriversi alla Gestione separata presso l'INPS (di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335 del 1995) finalizzata all'estensione dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia e superstiti nonché della tutela della maternità (136).

9. Il lavoro quale elemento fondativo dei diritti sociali.

La schematica rassegna proposta — relativa, da una parte, agli orientamenti dell'ordinamento vigente a tutela delle condizioni

sta, 2000, I, 314, secondo il quale "la vera utile modifica della vigente nozione di lavoratore parasubordinato appare l'introduzione, in conformità al sistema tedesco (KEMPEN-KRETZSCHMAR, *I problemi e le difficoltà di organizzare sindacalmente i lavoratori "semiautonomi" in Germania*, in *Lav. dir.*, 1999, 617), del requisito della committenza unica o prevalente, su cui, invece, tace il progetto Smuraglia".

(135) In proposito, da ultimo, v. VERNIZZI, *Rapporti di collaborazione coordinata e continuativa: casi controversi e imposizione contributiva*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, 108-113; GUAGLIONE, *L'estensione delle tutele del lavoro subordinato al lavoro parasubordinato*, in AA.VV., *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Milano, 1993, 107 ss.

(136) Infatti, come abbiamo visto, l'art. 59, comma 16, della legge n. 449 del 1997 ha stabilito che al contributo della gestione separata, attualmente del 12,5%, va aggiunta una aliquota contributiva pari a 0,5% per il finanziamento dell'onere derivante dall'estensione a questi lavoratori della tutela relativa alla maternità e agli assegni al nucleo familiare.

personali del lavoratore, e, dall'altra, alle proposte di riforma —, mostra come l'intervento protettivo sia stia estendendo al di là del rapporto di lavoro subordinato e, per questo, appare più coerente con lo spirito della Costituzione che "tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni" (art. 35). A rigore, ogni forma di lavoro — "il lavoro senza aggettivi" (137) — è ormai meritevole di adeguate forme di tutela (138).

(137) D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 199; *Id.*, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Bologna, 1989, 47; ALLEVA, *Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto contrattuale*, in *Lav. giur.*, 1994, 781; D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, n. 1, 88; *Id.*, *Intervento*, in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, cit., 148-149.

(138) In generale, per un'interpretazione estensiva cfr. LAVAGNA, *Studio delle figure giuridiche soggettive nella Costituzione italiana*, Studi econ-giur., Univ. di Cagliari, 1953, 42; NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 67; F. SANTORO PASSARELLI, *Vicende attuali del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1964, I, 211 ss.; U. PROSPERETTI, *Posizione professionale del lavoratore*, 33; TREU, *Sub. art. 35, primo comma*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 13 ss.; PESSI, *I rapporti di lavoro c.d. atipici tra autonomia e subordinazione nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, 138 ss.; MAZZIOTTI, voce *Lavoro* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, 34; G. PROSPERETTI, *Dalla tutela del rapporto alla tutela della persona*, cit., 36; PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo*, Milano, 1997, 105 ss.; PESSI, *Profili previdenziali del lavoro c.d. parasubordinato*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, I, 526; MARIMPIETRI, *Lavoro e solidarietà sociale*, cit., 43-44; ICHINO, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel titolo III della Costituzione*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, 527. Per un significato più restrittivo, cfr. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-50, 5; ESPOSITO, *Costituzione italiana*, 14; MORTATI, *Sub. art. 1*, in BRANCA (a cura

Si può ritenere, infatti, che i diritti fon-

di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, n. 8, 11; MANCINI, *Sub art. 4*, *ibidem*, 207.

In giurisprudenza, è da sottolineare un recente orientamento di tipo "espansivo" volto a collegare l'apparato garantistico alla prestazione di lavoro indipendentemente dal tipo contrattuale in cui è dedotta. cfr. Corte Cost. 10 dicembre 1987, n. 476, cit., relativa all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni per i familiari partecipanti all'impresa familiare; Corte Cost. 19 gennaio 1995, n. 28, in questa Rivista, 1995, II, 3, sulla equiparabilità della situazione della casalinga extracomunitaria residente in Italia a quella di un lavoratore extracomunitario qui residente e occupato ai fini del ricongiungimento familiare dei figli minori, secondo la quale "anche il lavoro effettuato all'interno della famiglia, per il suo valore sociale ed anche economico, può essere ricompreso, sia pure con le peculiari caratteristiche che lo contraddistinguono, nella tutela che l'art. 35 Cost. assicura al lavoro in tutte le sue forme"; Corte Cost. 24 luglio 1995, n. 365, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 325, relativa all'applicabilità della prescrizione breve di un anno prevista dall'art. 2951 c.c. anche ai crediti del trasportatore parasubordinato, per la quale "l'art. 35 Cost. non esclude forme diverse di tutela secondo la varia natura dei rapporti in cui l'attività di lavoro è dedotta"; Corte Cost. 12 febbraio 1996, n. 30, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 155, secondo la quale sussistono "aspetti di tutela che non presuppongono il concetto stretto di subordinazione, ma hanno una propria ratio di tutela della persona del lavoratore, comprendendo tutti i casi di lavoro prestato, a qualunque titolo"; Cass. S.U. 30 ottobre 1998, n. 10906, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 192 relativa all'estensione ai soci delle cooperative del processo del lavoro in virtù di una graduale equiparabilità del rapporto del socio ai rapporti previsti dall'art. 409 c.p.c.; Corte Cost. 16 luglio 1999, n. 310, cit., secondo la quale esistono delle "provvidenze che rappresentano soprattutto forme di tutela di una condizione personale (quale la maternità) che trova una peculiare considerazione costituzionale" e, continua la Corte, "il rapporto che si instaura a seguito dello svolgimento di lavori socialmente utili o di attività di utilità collettiva, anche se ha origine da motivi assistenziali, riguarda pur sempre un impegno lavorativo certamente precario ma a carattere continuativo e retribuito, pur se non comporta la cancellazione dalle liste di collocamento" anche se "detta attività presenta carat-

damentali nel mercato del lavoro riguardano il lavoratore, non in quanto parte attuale di un qualsiasi tipo di rapporto contrattuale, ma in quanto persona che sceglie il lavoro come proprio programma di vita, che si aspetta dal lavoro: l'identità, il reddito, la sicurezza, cioè i fattori costitutivi della sua vita e della sua personalità (139). O meglio ancora, diritti che derivano dalla relazione del lavoro in senso vasto: il diritto all'equo compenso, in relazione alla qualità o quantità dell'apporto; il diritto alla conservazione del posto e i diritti relativi alla salute e alla libertà (140).

Il lavoro si pone come il fondamentale criterio di valutazione sociale in base al quale l'idealtipo del *civis bonus* è il cittadino-lavoratore, l'unico titolare dei c.d. diritti so-

ciali (141). Nell'interpretazione dei primi costituzionalisti vi è stata una immedesimazione tra il cittadino e il lavoratore ma il lavoro menzionato nei principi costituzionali è stato poi identificato con il lavoro subordinato, creando tutte le distorsioni attuali. E l'ordinamento, continuando ad apprestare le tutele in base alla sola condizione che il lavoratore fosse qualificato come subordinato in senso tecnico, ha, da una parte, creato delle disuguaglianze all'interno dello stesso rapporto, e, dall'altra, lasciato privi di tutela tutti quei lavoratori contrattualmente deboli ma non subordinati (142).

Il nodo della questione risiede proprio in questo: nell'aver costruito lo Stato sociale sulla subordinazione (143). È evidente, infatti, che il mercato del lavoro è sempre

teristiche peculiari che possono giustificare la sua riconduzione, da parte del legislatore, al di fuori dell'ambito del rapporto di lavoro tipico". Sul dibattito relativo alla riconducibilità o non dei lavori socialmente utili alla fattispecie del lavoro subordinato, cfr. MARIMPIETRI, *Lavoro e solidarietà sociale*, cit., 130 ss.

Contra, Corte Cost. 17 dicembre 1975, n. 241, in *Mass. giur. lav.*, 1975, 669 relativa all'esclusione della tutela dell'attività sindacale nei confronti di lavoratori a committente unico e con attività svolta nei locali di questo; Corte Cost. 20 aprile 1989, n. 226, in *Foro it.*, 1989, I, 2090, in tema di decorso della rivalutazione e sul privilegio sugli interessi dopo l'apertura della procedura concorsuale; Cass. S.U. 16 gennaio 1986, n. 224, in *Foro it.*, 1986, I, 1575 e Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, 2432 sull'inapplicabilità del principio della retribuzione sufficiente ex art. 36 Cost. ai lavoratori autonomi parasubordinati; Corte Cost. 20 luglio 1995, n. 344, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 533 in tema di tutela del Fondo di garanzia; Corte Cost. 30 dicembre 1998, n. 451, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 346 che ha ritenuto legittima l'esclusione dei soci di cooperativa dal privilegio dell'art. 2751 bis, n. 1, c.c.

(139) D'ANTONA, *op. ult. cit.*, 146.

(140) PERA, *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, cit., 371.

(141) Da qui l'affermazione secondo la quale "nella norma costituzionale l'interesse dei lavoratori, e cioè di quei cittadini che hanno contribuito con il loro lavoro al benessere della collettività, appare destinato ad essere soddisfatto con un trattamento preferenziale rispetto a quello riservato all'interesse dei cittadini in genere" PERSIANI, *Commento all'art. 38*, in GIUGNI-BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, 240.

(142) G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e subordinazione: pluralità di fattispecie o di tutele?*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 55.

(143) Pertanto, "il problema è proprio quello di superare il nostro modello di *Welfare* lavoristico e (...) trovare il modo di mutare il suo referente, costituito, appunto, dal rapporto di lavoro di tipo fordista. Insomma, il problema non è tanto la costruzione delle fattispecie, quanto quello delle garanzie che gli sono correlate". Cfr. PROSPERETTI, *Intervento*, in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, cit., 187. Nello stesso senso GRANDI, *Intervento*, in *Atti Convegno Aidlass*, Salerno 22-23 maggio 1998, Milano, 1999, 183, secondo il quale "altro problema, e di ben altra natura, è quello attinente alla rimodulazione degli assetti protettivi, allo scopo di includervi anche alcuni segmenti del lavoro autonomo. Questo problema, che è di politica normativa, non ha una relazione diretta con la tematica definitoria delle

più caratterizzato da due strati: quello dei lavoratori occupati e garantiti e quello degli esclusi dai privilegi dei primi o comunque che soffrono di una condizione di sottoprotezione sociale o quanto meno di incertezza relativa al loro futuro (lavoratori in cassa integrazione, giovani in cerca di lavoro, donne, immigrati, anziani) (144).

Bisogna prendere atto che "oramai il lavoro si declina al plurale (...), da uniforme che era si diversifica, si pluralizza" (145), si adegua "più agli interessi del lavoratore in carne ed ossa che a quelli del lavoratore massificato del quale ci parlano leggi e contratti collettivi" (146). In altri termini, non è il lavoro a perdere importanza, è il lavoro dipendente a perdere i suoi connotati (147).

È necessario, pertanto, reimpostare un sistema di tutele non più incentrato sul rapporto di lavoro subordinato, ma sulla diretta tutela della persona del lavoratore, come unitario centro di imputazione (148) ovvero è il sistema stesso di protezione sociale

attività lavorative né con l'esigenza di una loro globale ristrutturazione sistematica. La questione protettiva si può risolvere per via di adattamento delle tutele, senza mettere in discussione i criteri essenziali di qualificazione delle fattispecie del lavoro, se si tiene ferma la dicotomia irriducibile ad una superiore unità tra subordinazione e autonomia nell'organizzazione e nell'esecuzione delle attività lavorative personali".

(144) VENEZIANI, *La crisi del Welfare State e i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, 76.

(145) ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza*, cit., 542.

(146) D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, 485.

(147) SUPLOT, *La crisi del Welfare State e i mutamenti del diritto del lavoro in Francia*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, 65.

(148) G. PROSPERETTI, *Dalla tutela del rapporto di lavoro alla tutela della persona*, in *Scintillae Juris, Scritti in onore di G. Gorla*, 1995, 5, che riconosce

che richiede di essere ridisegnato (149). Riconosciuto che il presupposto su cui è sorto — quello secondo il quale i lavoratori dipendenti costituiscono la stragrande maggioranza della popolazione e comunque identificano ed esauriscono l'area meritevole di protezione sociale — è ormai superato, il sistema va allora svincolato sì dal lavoro (150) ma solo se inteso unicamente come lavoro subordinato. Non è condivisibile, quindi, la posizione drastica di chi propone la separazione tra la protezione sociale e il lavoro (151) — spostando dallo *status* di lavoratore allo *status* di cittadino il centro gravitazionale dei diritti sociali —, ma, semplicemente, il nesso dovrebbe essere allargato dal lavoro subordinato ad altre forme di lavoro (152), altrettanto bisognose di tutele. Pertanto, alcuni indici proposti per

"l'esigenza di costruire un diritto sociale autonomo rispetto alla vicenda economica: si tratta di concepire un sistema di tutele della persona, da realizzarsi tramite diritti pretensivi, anche variabili sotto il profilo del quantum ma non sotto quello dell'an, cioè della esistenza comunque di tali tutele". "In questo senso è necessaria una sorta di rivoluzione culturale che ci consenta di reimpostare un sistema di tutele non più impiantato sul rapporto di lavoro ma sulla diretta tutela della persona".

(149) Per usare l'espressione di FERRERA, *Patto sociale e riforma del "Welfare" in Europa*, in Atti Convegno in ricordo di Massimo D'Antona, Roma 14 ottobre 1999, su *La concertazione tra parti sociali e istituzioni*, 2 del dattil., "modernizzare il Welfare significa ri-calibrare la protezione offerta dallo Stato, spostando risorse dalle categorie e dai rischi più tutelati (in alcuni casi, troppo tutelati) a categorie e rischi meno tutelati (in alcuni casi non tutelati per niente)".

(150) BALANDI, *Lavoro e diritto alla protezione sociale*, cit., 158.

(151) BALANDI, *Non lavoro e protezione sociale*, cit., 15; Id., *Lavoro e diritto alla protezione sociale*, cit., 159. Critica il passaggio dalla tutela del lavoratore alla tutela del cittadino, DE SIMONE, *Problemi d'identità: il "cittadino lavoratore" e l'evoluzione del diritto del lavoro*, cit., 17 ss.

(152) ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel pri-*

identificare l'area debole e meritevole della società — come il reddito disponibile, l'età, la composizione del nucleo familiare, la condizione professionale (153), possono, piuttosto, servire ad identificare l'area debole dei lavoratori in quanto tali.

Pertanto, è il lavoro in generale il principale canone giuridico per l'attribuzione di tutele e in questo senso è condivisibile l'affermazione secondo la quale "dobbiamo riferirci ad un concetto di lavoro che sia ricomprensivo di ogni formula e modalità di utile attività comunque ed in qualsiasi regime espletata" (154), e nonché la necessità di "costruire un sistema di tutele il cui campo d'azione non si limiti al lavoro subordinato, ma investa, sia pure in modo differenziato e con tecniche diverse rispetto al passato, tutte le forme di prestazione lavorativa personale" (155).

Se fin qui ci si è riferiti ad un concetto

sma del principio d'eguaglianza, cit., 548, individua bene la questione: "La verità è che il secolo XXI erediterà dal XX la sfida di sdrammatizzare l'impatto sul vissuto quotidiano del passaggio dallo statuto *de l'emploi* allo statuto *de l'actif* — come dicono in Francia — ossia dal lavoro subordinato al lavoro *tout court* — come in Italia propone D'ANTONA, in AA.VV. *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, cit., 148 — od anche dalla cittadinanza industriale alla cittadinanza industriosa (...)" in ID., *Dal lavoro ai lavori*, in *Lav. dir.*, 1997, 3; dello stesso A., *Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale*, in *Lav. Dir.*, 1999, 215. V. anche SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Paris, 1999, 86-92, secondo il quale bisogna passare dal paradigma del *emploi* a quello dello status professionale che non è quello definito dall'esercizio di una professione o di un impiego determinato, ma ingloba le diverse forme di lavoro che qualunque persona può compiere durante la sua esistenza. Per alcuni commenti sul "rapporto Supiot" v. *Riv. it. dir. lav.*, 1999, III, 126.

(153) BALANDI, *Lavoro e diritto alla protezione sociale*, cit., 159.

(154) PROSPERETTI, *Dalla tutela del rapporto alla tutela della persona*, cit., 36.

(155) ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., 30.

di lavoro formale di mercato, inteso in senso generale quale attività lavorativa tesa a raggiungere risultati economicamente valutabili, tuttavia non si può non valutare positivamente la possibilità di riferirsi ad un concetto ancora più ampio di lavoro, in cui rilevi anche l'utilità sociale del lavoro non sinallagmatico (156).

In quest'ottica, lo stesso art. 4 Cost. assume un significato particolare quando, oltre a riconoscere ai cittadini un generico diritto al lavoro e a impegnare la Repubblica per la sua realizzazione, afferma, al 2° comma, che "ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società". In altri termini, la titolarità dei diritti sociali di cittadinanza spetta a quei cittadini dei quali sia stata accertata la condivisione del dovere di "svolgere una attività o una funzione" utile alla società, e quindi diviene il lavoro socialmente utile l'elemento fondativo della cittadinanza (157).

(156) In questo senso, cfr. MARIMPIETRI, *Lavoro e solidarietà sociale*, cit..

(157) Cfr. ACCORNERO, *Il lavoro come diritto e come cittadinanza*, in *Lav. dir.*, 1996, 725; ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza*, cit., 549; ID., *Il patto per il lavoro: quale lavoro?*, in *Lav. dir.*, 1997, 465; ID., *Rappresentare la cittadinanza industriosa*, ivi, 1999, 547; MISCIONE, *Il diritto del lavoro, un diritto universale (...fondato sul lavoro)*, in *Lav. giur.*, 1999, 815; sia consentito rinviare anche a DELLA ROCCA, *Dalla subordinazione alla cittadinanza sociale: le nuove forme di tutela del lavoro*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1999, I, 1077. In questa direzione si sta orientando l'ordinamento e, in parte, la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale (cfr. sentenze citate alla nota n. 138), con l'obiettivo di garantire, anche al di fuori del rapporto di lavoro subordinato, determinate tutele, come quella della malattia, infortunio, maternità e l'assegno per il nucleo familiare, collegate alla persona del lavoratore in quanto tale, autonomo o parasubordinato che sia.

Sebbene questo tipo di impostazione possa aprire un'altra problematica, che esula dalla finalità del presente contributo, — relativa alla rilevanza del cittadino in quanto tale quale titolare di diritti sociali (158) — quello che preme sottolineare è la rilevanza dell'utilità sociale del lavoro, in quanto attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società, quale condizione di accesso alla protezione sociale.

In base alle considerazioni svolte, accogliendo la definizione giuridica di lavoro in quanto prestazione o attività a favore d'altri, fattore di utilità economica o sociale (159), la tutela può continuare ad essere collegata allo *status* lavorativo.

(158) Per un'analisi su questo tema v. ROMAGNOLI, *Uguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, cit., 149; DE SIMONE, *Problemi d'identità: il "cittadino lavoratore" e l'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1995, 30; BALANDI, *Non lavoro e protezione sociale*, in *Lav. dir.*, 1995, 9; ALES, *Famiglia e sicurezza sociale nei principi costituzionali*, in questa *Rivista*, 1996, I, 423 ss.; BALANDI, *Lavoro e diritto alla protezione sociale*, in *Lav. dir.*, 1997, 151 ss.; ID., *Non lavoro e protezione sociale*, cit., 15; ID., *Diritti sociali e riforma dello Stato sociale*, in *Pol. dir.*, 1999, 53; ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'uguaglianza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 533; PERONE, *Lineamenti di diritto del lavoro*, cit., 159; ASSANTI, *Lavoro e cittadinanza*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, 46; ROMAGNOLI, *Rappresentare la cittadinanza industriale*, in *Lav. dir.*, 1999, 550. Sulla posizione extraprofessionale del lavoratore, cfr. VALLEBONA, *Il lavoratore-consumatore nel diritto del lavoro attuale*, in questa *Rivista*, 1983, I, 200-215; PERONE, *L'accordo sul costo del lavoro: problemi e prospettive*, in questa *Rivista*, 1983, I, 91.

(159) Cfr. PEDRAZZOLI, *Classificazione dei rapporti di lavoro e prospettive di riforma*, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 957; ID., *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati, Relazione*, in Atti Convegno Aidlass Salerno, 22-23 maggio 1998, su *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Milano, 1999, 95; ID., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, 49; ID., *Consensi e dissensi sui recenti progetti dei rapporti di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel.*

In altri termini, si tratta di ridefinire il rapporto tra lavoro e cittadinanza e di rivedere il nostro sistema di protezione sociale, attualmente basato sulla condizione di occupato. Infatti, in ragione della notevole disoccupazione ormai strutturale, mantenere solo il lavoro "tradizionale" quale centro di imputazione delle tutele creerebbe comunque una discriminazione all'interno della società lasciando esclusi dalla tutela tutti quei soggetti che, per svariate ragioni, rimangono fuori dal mondo del lavoro (lavoratori impiegati nei LSU, occupati in piani di inserimento professionale, titolari di borse lavoro o borse di studio — come i dottorandi —, occupati nel lavoro di cura, nel volontariato, nella formazione professionale) ma che, invece, comunque, trovano nell'attività svolta la dimensione esistenziale caratterizzante la loro personalità (160).

ind., 1998, n. 21, 9. L'impostazione proposta dall'A., che "chiude il cerchio di tutti i lavori possibili" con l'art. 2222 cod. civ., è criticata da PERULLI, *Locatio operis e lavoro "sans phrase" nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 87; nonché GRANDI, *Intervento*, in Atti Convegno Aidlass Salerno 22-23 maggio 1998, Milano, 1999, 181, secondo il quale l'operazione proposta "è improponibile, poiché tra lavoro autonomo e lavoro subordinato non si tratta di un rapporto tra tipo e sottotipo, ma di una differenziata tipologia di attività lavorative...".

(160) Cfr. DE MARINIS, *Nuove regole della flessibilità e tendenze evolutive del diritto del lavoro. Spunti per un dibattito*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 12, in part. 18, per il quale "alla centralità del lavoro si affiancano o si sostituiscono diverse forme di impegno, altrettanto rilevanti sul piano sociale e non estranee al soddisfacimento di interessi pubblici generali. Basti pensare al lavoro di cura e di assistenza..."; nello stesso senso, v. PENNACCHI, *Lo stato sociale del futuro*, Donzelli, 1997, 47, secondo il quale è la nozione stessa di lavoro che sta mutando e viene sostituita da una nozione di "lavori" al plurale e di "attività", in queste riconducendovi quelle di cura e riproduttive. Anche ALES, *Famiglia e sicurezza sociale nei principi costituzionali*, cit., 430, ri-

Il cittadino del mondo postfordista deve essere tutelato anche nel mercato del lavoro attraverso una maggiore universalità delle protezioni fondamentali, attualmente garantite al lavoratore subordinato, cui corrisponda, come elemento simmetrico, la ponderazione delle peculiari condizioni e qualità dei singoli sulle quali parametrare differenziate tutele.

Il baricentro delle tutele deve spostarsi dalla tutela di una parte (lavoro subordinato) alla tutela del tutto (lavoro) (161), o, ancora, si deve passare dalla tutela del lavoratore subordinato a quella del lavoratore "potenziale" e quindi del cittadino che cerca lavoro o che il lavoro non l'ha più (162). Il tutto, lo si è accennato, con riguardo a specifiche condizioni dei soggetti protetti.

Il problema non è, quindi, di fattispecie ma di disciplina protettiva ed è per questo che il problema va affrontato proprio "dalla parte delle tutele", nel senso che la loro distribuzione deve avvenire non in base a mo-

tiene che "il lavoro di cura svolto nella famiglia possa essere considerato quale attività socialmente utile anche dal punto giuridico e, come tale, da ricomprendersi tra le condizioni individuali rilevanti ai fini dell'attribuzione delle prestazioni di sicurezza sociale, nell'ottica dell'alternanza tra lavoro nella famiglia e lavoro nel mercato".

(161) Questa è quella che PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, Relazione Convegno Aidlass, Salerno 22-23 maggio 1998, Milano, 1999, 103, definisce "sineddoche giuslavoristica" che comporta la confusione tra il tutto e le parti.

(162) In effetti, per usare le parole di PEDRAZZOLI, *op. ult. cit.*, 17, "la nostra Costituzione, anzitutto, non può patrocinare una specifica definizione o concezione di lavoro. Nei contesti pur diversi in cui ricorrono le parole "lavoro", "lavoratori" e "sindacale" in quanto attinente l'interesse del lavoro (artt. 3, 2° co., 4, 35, 38, 39), la Costituzione si riferisce al tutto del lavoro, non a una sua parte, e ha in mente, a volte il contesto del lavoro che c'è, altre volte esclusivamente o almeno in parte, quello del lavoro che non c'è, altre volte infine quello del lavoro che c'è stato".

delli astratti di rapporto (163) — difficil-

(163) Infatti, il dibattito relativo alla redistribuzione delle tutele, vuoi all'interno vuoi fuori dal rapporto di lavoro subordinato, continua, per lo più, a svilupparsi intorno al discorso legato a fattispecie astratte. In questo senso vedi i tentativi di elaborazione della categoria del lavoro parasubordinato, G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979. — elaborato al fine di apprestare un minimo di garanzie a prestatori di lavoro non subordinati e tuttavia deboli ma privi di qualsiasi tutela —; GRIECO, *Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro*, Napoli, 1983; BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 1987, 41; ed anche le recenti proposte sul *tertium genus*: il c.d. lavoro coordinato, DE LUCA TAMAJO, FLAMMIA, PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *Lav. inf.*, 1996, 75; DE LUCA TAMAJO, *Il lavoro coordinato*, in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Bari, 1997, 53, Id., *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, in *ADL*, 1997, 41; PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in questa *Rivista*, 1998, I, 203. Infine, la proposta di legge n. 3972 alla Camera dei deputati di iniziativa LOMBARDI, SALVATI, DE BONO.

Tuttavia, così il problema non si risolve ma si complica. La tutela resta collegata alla norma astratta inderogabile sottoposta al controllo successivo del giudice e non vengono privilegiate, contrariamente a quanto sarebbe ragionevole aspettarsi, tecniche alternative di fissazione di precetti specifici da parte dell'autonomia collettiva o dell'autorità amministrativa o dell'autonomia individuale assistita. Solo così, sarebbe dato "da un lato, individuare un apparato di tutele calibrato sull'effettiva situazione del lavoratore (...); dall'altro lato, sarebbero eliminate le controversie sulla qualificazione del rapporto (...)" Così, VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in questa *Rivista*, 1992, I, 479; Id., *Intervento*, in *Atti Aidlass 1991*, Milano, 1994, 130; Id., *La flessibilità del rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 533; Id., *Diritto sindacale*, cit., 57; Id., *Intervento*, in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione,*

mente inquadrabili —, quanto in base alla concreta situazione di debolezza socio-economica e quindi contrattuale del singolo lavoratore, come quella derivante dalla monocommittenza, dovendosi tener conto delle sue condizioni personali quali le condizioni della famiglia, la condizione reddituale, la residenza, l'età, ecc. (164). In altre parole, bisogna agire sul lato delle tutele allo scopo di modularle secondo criteri socialmente equi (165).

10. Considerazioni conclusive.

È ormai evidente che le tutele non possono più essere riconosciute automaticamente e indistintamente al ricorrere della condizione di lavoratore dipendente (cioè in favore dei prestatori stabilmente occupati con un contratto di lavoro a tempo indeterminato con un'impresa medio-grande), e quindi attribuite in base a fattispecie astratte (lavoro subordinato) o oggettive (dimensioni dell'azienda o numero di addetti). Occorre, invece, individuare, mediante norme inderogabili, alla luce dei principi costituzionali, lo zoccolo minimo di protezione da

coordinazione, autonomia, cit., 221; Id., *Etica e ordinamento del lavoro, Relazione*, Convegno CNEL 7 settembre 2000, 7, dattil.

(164) Pertanto, sarà sempre più necessario "privilegiare interventi che tengano conto delle esigenze sempre più diversificate dei singoli e delle famiglie; quindi non predefiniti e standardizzati, ma variabili e in qualche misura personalizzati...". cfr. TREU, *Lineamenti per una riforma dello Stato sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, 16. Tuttavia, la giurisprudenza ha affermato l'assoluta irrilevanza della effettiva situazione di debolezza del lavoratore ai fini della qualificazione del rapporto e, quindi, dell'accesso alle tutele, cfr. Cass. 19 maggio 1994, n. 4918, in *Foro it.*, 1995, I, 1488; Cass. S.U. 14 dicembre 1994 n. 10680, in *Mass. giur. lav.*, 1995, suppl. 9.

(165) ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prima del principio d'eguaglianza*, cit., 544.

riconoscere a tutti i lavoratori in quanto tali. Vi deve essere, quindi, un adattamento delle tutele ai diverse forme di lavoro partendo dall'assunto che le tutele del lavoro subordinato sono troppo penetranti mentre non ne esistono per la parasubordinazione e per le forme di collaborazione autonoma.

Un procedimento di questo tipo richiede un progressivo ridimensionamento della tecnica di tutela tradizionale basata su norme inderogabili *in peius*, iniziando a concedere maggiori spazi all'autonomia individuale (166) oltre, quindi, alla tradizionale facoltà di deroga *in melius* delle norme che fissano trattamenti minimi legali o collettivi calibrati su di un modello astratto di prestatore.

A ben vedere, le tutele inizialmente riconosciute dall'ordinamento al lavoro subordinato ed estese man mano alle nuove forme di lavoro rappresentano forme di tutela di condizioni personali che trovano una peculiare considerazione costituziona-

(166) A tale proposito è stato proposto di fare leva sulla volontà assistita — nel senso che la volontà negoziale manifestata dal lavoratore, garantita da un soggetto terzo imparziale e qualificato, sia ritenuta comunque valida a prescindere da ogni contrasto con norme inderogabili — come via possibile per adeguare la regolamentazione alle situazioni concrete e realizzare una opportuna graduazione delle tutele. Cfr., VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, cit., 479; Id., *Intervento*, in *Atti convegno Aidlass 1998*, cit., 226. In realtà, abbiamo visto che i vari disegni di legge hanno previsto il meccanismo della certificazione della qualificazione dei rapporti, che è un sistema che si affianca a quello dell'inderogabilità delle norme protettive consentendo ai singoli, nel momento dell'instaurazione del rapporto, di scegliere, sotto il controllo del sindacato e di organi amministrativi, qual'è il modello di tutela più adatto per quel tipo di rapporto. Nel senso di lasciare i lavoratori liberi di negoziare con la controparte la modulazione di tutele al di sopra di un minimo inderogabile, v. anche ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., 56-57.

le. Occorre, quindi, superare il binomio lavoro subordinato-apparato di tutele, proteggendo anche i lavoratori occupati in altre forme di lavoro e che si caratterizzano per una debolezza socio-economica analoga a quella del lavoratore subordinato in senso tecnico.

In realtà, i primi interventi normativi in materia lavoristica, sono stati diretti a tutelare categorie di soggetti, ritenuti socialmente deboli, come donne e fanciulli, o soggetti la cui debolezza era qualificata da una condizione personale, come l'infortunio e la malattia o la maternità. Questa attenzione particolare si è trasformata in una tutela garantita alla generalità dei lavoratori subordinati in quanto tali, a prescindere dalla verifica dell'effettiva debolezza economico-sociale.

L'aver costruito tutte le tutele all'interno del rapporto di lavoro subordinato, unitamente al costante ridimensionamento del suo ambito di applicazione, ha portato a quella che ormai è comunemente definita la "crisi del diritto del lavoro" e della sua funzione di protezione sociale riguardando quest'ultimo una parte di lavoratori, non più rappresentativi della grande "maggioranza sociale", lasciando il "deserto" o il "quasi nulla" al di fuori di questo.

Dall'analisi svolta è emersa l'esistenza nel nostro ordinamento di due tendenze contrapposte: da un lato, il permanere del presupposto base per l'applicazione dell'apparato protettivo, rimasto legato alla qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato in senso stretto e la contemporanea presenza di certi requisiti oggettivi (come la dimensione dell'azienda, la categoria nella quale rientra l'impresa, la natura dell'attività); e, dall'altro, l'estensione di alcune tutele base (maternità, infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia, assegno per il nucleo familiare) ad altri lavoratori, non

subordinati, ma comunque deboli e sottoprotetti.

Infatti, se inizialmente si è cercato di sopperire al vuoto normativo attraverso un'estensione della fattispecie, sino a ricomprendere nelle tutele alcune figure lavorative al margine del lavoro subordinato, ci si è poi resi conto dell'insufficienza di un procedimento di questo tipo. Ciò ha condotto il legislatore ad intervenire in modo specifico per garantire le tutele fondamentali al di fuori del lavoro subordinato, alla persona del lavoratore *tout court* in considerazione di quelle condizioni personali di rilevanza costituzionale.

Si riduce, in tal modo, l'enfasi posta sulla definizione della fattispecie, rilevando, piuttosto, il profilo della disciplina protettiva, ossia del come tutelare quella fascia di "lavoratori non subordinati" deboli e sottoprotetti e le condizioni personali, nel momento in cui denotano un bisogno o una debolezza concreta, possono ben rappresentare il limite entro cui garantire o non le tutele essenziali.

In particolare, alla luce dei recenti interventi normativi, è possibile individuare la strada intrapresa dal diritto del lavoro: se, da un lato, ai lavoratori subordinati rimane garantito l'assetto protettivo del diritto del lavoro nel suo insieme, dall'altro, ai nuovi lavoratori (non subordinati) contrattualmente deboli (in condizioni di comittenza unica o prevalente) vengono reputati meritevoli dell'estensione di quelle tutele fondamentali collegate alle condizioni personali, indicatrici di una situazione di debolezza o di bisogno effettivi, che trovano una peculiare considerazione costituzionale.

È evidente ormai la tendenza costante ad un più intenso intervento dello Stato, che assume tra i suoi fini la realizzazione della tutela previdenziale, e l'estendersi di questa sia nuove situazioni di bisogno sia a

nuove categorie di soggetti, oltre l'ambito tradizionale del lavoro subordinato (167).

La condizione familiare e reddituale del lavoratore (se non del cittadino in generale) (168) stanno divenendo i capisaldi di un nuovo modo di distribuire le tutele, quali

(167) In questa logica è stata proposta, PROSPERETTI, *Dalla tutela del rapporto di lavoro alla tutela della persona*, cit., 22; Id., *I nuovi confini della solidarietà nella società post-industriale*, cit., 243, in una prospettiva di sostegno della competitività del sistema produttivo nel mercato globalizzato, l'attuazione di politiche volte alla riduzione del carico contributivo alle imprese, in particolare degli oneri sulle retribuzioni, prospettando un finanziamento del Welfare dai soggetti coinvolti nel rapporto di lavoro alla fiscalità generale.

Indicazioni di questo genere emergono dal "Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione" del 22 dicembre 1998, in *Dir. prat. lav.*, 1999, 2, inserto, in cui, al punto 3.38, il Governo e le Parti sociali hanno concordato "sulla opportunità che, con la necessaria gradualità, la riduzione del carico contributivo si realizzi attraverso lo spostamento sulla fiscalità generale di funzioni che afferiscono alla cittadinanza sociale, a partire dalle garanzie di reddito in caso di maternità e per seguire con gli assegni al nucleo familiare". È evidente la natura programmatica dell'accordo, che si limita a prevedere che "i provvedimenti attuativi saranno opportunamente concordati con le parti sociali", ma è senz'altro un punto significativo.

(168) A ben vedere, i segnali che arrivano dai più recenti provvedimenti fanno presagire forme di tutela che prescindono dallo status lavorativo incentrandosi direttamente sulla persona in sé. La vera priorità del nuovo Welfare, come ha affermato il Ministro per la Solidarietà Sociale Livia Turco, in *Intervista*, in *Il Sole 24 ore*, 7 maggio 1999, è la politica complessiva per le famiglie: servizi per la prima infanzia, nuove norme per gli asili nido, la legge sui congedi parentali, il sostegno complessivo alla maternità. Gli assegni sociali di sostegno ai nuclei familiari numerosi e non abbienti e alle madri senza o con bassissimo reddito afferiscono proprio all'area delle politiche per le famiglie e tendono ad affiancare agli interventi di tipo assicurativo-previdenziale, tipici di un Welfare lavoristico-occupazionale, logiche che portano al riconoscimento di veri e propri diritti di cittadinanza.

criteri di selezione orizzontale tra tutti i cittadini in condizioni di bisogno dell'apparato di garanzie in una logica di estensione *tout court* delle tutele base, non più ancorate alla condizione lavorativa ma alla diretta tutela della persona — il Welfare State del futuro (169) —, in cui il "riccometro" servirà da spartiacque.

Pertanto, se è stata la persona del lavoratore, inserito in un contesto produttivo, il referente nonché l'obiettivo della tutela apprestata dal diritto del lavoro del Novecento, la crisi della prevalenza del lavoro prestatato in maniera subordinata (170) non de-

(169) Per alcuni riferimenti sul recente dibattito relativo alla riforma del Welfare State, cfr. PROSPERETTI, *I nuovi confini della solidarietà nella società postindustriale*, Relazione al Convegno Assistenza e previdenza: costo del lavoro e solidarietà sociale, tenutosi a Roma alla LUMSA il 17 maggio 1996, in questa *Rivista*, 1996, I, 243; AA.VV., *Welfare, dallo Stato alla comunità*, Roma, Ediesse, 1996; AA.VV., *Disuguaglianza e Stato sociale. Riflessioni sulla crisi del Welfare italiano*, Roma, Donzelli, 1996; NEGRI-SARACENO, *Le politiche contro la povertà in Italia*, Il Mulino, 1996; PENNACCHI, *Lo stato sociale del futuro*, Roma, Donzelli, 1997; BERCUSSON, *Un manifesto per l'Europa sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, III, 3; AA.VV., *La democrazia del reddito universale*, Roma, Manifestolibri, 1997; BALANDI, *Lavoro e diritto alla protezione sociale*, in *Lav. dir.*, 1997, 151; Id., "Pubblico", "privato" e principio di sussidiarietà nel sistema del Welfare State, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 213; Id., *Diritti sociali e riforma dello Stato sociale*, cit., 53; PERSIANI, *Crisi e riforma del Welfare State*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 229; ALES, *Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo Stato sociale*, cit., 153; CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 73; Id., *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *ADL*, 1999, 53; DELLA ROCCA, *Dalla subordinazione alla cittadinanza sociale: le nuove forme di tutela del lavoro*, cit., 1077, cui mi permetto di rinviare; PROSPERETTI, G., *Globalizzazione e solidarietà sociale*, cit., 876; FERRERA, *Patto sociale e riforma del "Welfare" in Europa*, cit.; CINELLI, *La protezione sociale dei lavori atipici*, in questa *Rivista*, 2000, I, 273.

(170) V. da ultimo, D'ANTONA, *Diritto del lavoro*

ve portare alla "morte del diritto del lavoro" ma all'individuazione di un nuovo referente, individuato, genericamente, nella persona che lavora. E, nel momento in cui è accertato che tale generica persona lavoratrice è in una situazione di effettiva debolezza (171), determinata dalla "dipendenza economica", ha bisogno che gli vengano ga-

rantite certe tutele e, sicuramente, quelle legate alle condizioni personali costituiscono, in un certo senso, l'obiettivo e la frontiera stessa dell'intervento protettivo (172).

GIADA DELLA ROCCA

ro di fine secolo: una crisi di identità?, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 311.

(171) La disciplina protettiva non dipende da modelli astratti di rapporto ma va ricollegata alla concreta situazione di debolezza socioeconomica e quindi contrattuale del singolo lavoratore attraverso la regolazione diretta del singolo rapporto. In particolare, bisognerebbe tener conto di fattori ambientali (ad es. il livello del costo della vita e la possibilità di soddisfazione non mercificata di bisogni nel luogo di residenza), personali (ad es. le condizioni della famiglia del lavoratore: monoreddito o plurireddito; con patrimonio o senza patrimonio) e professionali (ad es. la possibilità di reperimento immediato di altra occupazione). In tal senso, cfr. VALLEBONA, *Intervento*, in Atti Convegno Aidlass su *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Milano, 1994, 130; ID., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in questa *Rivista*, 1992, I, 479; ID., *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, *Relazione* Convegno Aidlass 1997, su *Autonomia collettiva e occupazio-*

ne, Milano, 1998, 79; ID., *Istituzioni di diritto del lavoro. Il diritto sindacale*, cit., 56.

(172) Come ha bene evidenziato BALLESTRERO, *Il diritto del lavoro e la differenza di genere*, cit., 299, "insieme al suo oggetto (il lavoro disintegrato in molti lavori di incerta definizione) sono cambiati i modi di intervento del diritto, che sembra destinato a perdere l'ambizione di realizzare l'egualianza tra i lavoratori, cancellando le differenze che li dividono, e accentua invece la diversificazione dei trattamenti, attribuendo rilevanza a fattori differenziati vari ed eterogenei: l'area geografica, la qualificazione professionale, l'età, le condizioni di salute, la lingua divengono elementi della "identità" dei lavoratori. La collettività dei lavoratori si frammenta in gruppi portatori di diverse identità: i giovani, gli adulti, gli anziani, i malati, i portatori di handicap, i tossicodipendenti, i lavoratori del Sud, e così via. Non solo: (...) il diritto del lavoro immette tra i fattori differenzianti anche il genere (femminile) di appartenenza, che diviene appunto fattore determinante l'ambito di applicazione del diritto diseguale".