
ANNO LXV - 1996 - 1997

STUDI URBINATI
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE



NUOVA SERIE A - 49

ANNO LXV - 1996 - 1997

STUDI URBINATI
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE



NUOVA SERIE A - 49

Direttore responsabile

CARLO BO

Comitato scientifico

ENRICO GABRIELLI, LUIGI MARI, LUCIO MONACO, GUSTABO PANSINI,
EDUARDO ROZO ACUÑA

Direttori

ENRICO GABRIELLI, EDUARDO ROZO ACUÑA

Segreteria e redazione:

Maria Moranti presso la Facoltà di Giurisprudenza – Università degli
Studi di Urbino – Via Giacomo Matteotti, 1 – 61029 Urbino
Tel. 0722303217 – Fax 07222955 – E-mail: mmoranti@bib.uniurb.it

Autorizzazione del Tribunale di Urbino del 22 settembre 195, n. 24

INDICE

LUCIANO ANGELINI, <i>Locus Laboris, e subordinazione dopo la fine dell' "imperativo geografico"</i>	9
GIOVANNI BRANDI, <i>Il patto di riscatto nel Diritto Romano</i>	115
ANGELO DONDI, <i>Abuse of procedural rights in Italy, and some references to the french legal system</i>	139
LUIGI MAZZEO, <i>La responsabilità della Banca nel contratto di cassette di sicurezza: gli itinerari della Giurisprudenza</i>	167
LUCA R. PERFETTI, <i>La legge elettorale tra innovazioni progettate e referendum</i>	211
SILVIA BENINI HEMMELER, <i>L'associazionismo dilettantistico sportivo: profili civilistici e fiscali</i>	235

STVDI URBINATI

LUCIANO ANGELINI

LOCUS LABORIS E SUBORDINAZIONE DOPO LA FINE
DELL' "IMPERATIVO GEOGRAFICO"

Ansie, dilemmi e prospettive del Diritto (del lavoro) alle prese con il
"nuovo" lavoro a distanza ***

*** Questo saggio costituisce rielaborazione ed approfondimento della relazione tenuta a Copanello (Cz) il 17-18 ottobre 1997 nell'ambito del Colloquio Italo-Spagnolo di Diritto del lavoro organizzato dal Dipartimento di Diritto dell'Organizzazione Pubblica Economia e Società dell'Università degli Studi di Reggio-Calabria avente per tema *Nuovi scenari dell'adempimento: il tempo ed il luogo della prestazione di lavoro*. La versione originale della Relazione è pubblicata, con il titolo *Le nuove modalità spaziali dell'adempimento ed il telelavoro*, negli Atti del Colloquio raccolti a cura di Gaeta L., Loffredo A., *I nuovi scenari della prestazione di lavoro*, ESI, Napoli 1998, pp. 197-238.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Luogo di adempimento della prestazione e subordinazione. - 2.1. La nozione di parasubordinazione. - 2.2. La disciplina del lavoro a domicilio. - 3. Luogo di adempimento e sistema industriale. - 3.1. Crisi economica e decentramento produttivo. - 3.2. La "rivoluzione" informatica. - 4. Il fenomeno del telelavoro. Lo "status" giuridico del telelavoratore. - 4.1. Diritti e doveri fondamentali del telelavoratore subordinato. - 4.2. (segue:) *Privacy*, salute e sicurezza. 4.3.(segue:) Tutele sindacali. - 4.4. Telelavoratore subordinato v. telelavoratore domiciliare. - 5. "Status" del telelavoratore e disciplina del rapporto nella contrattazione collettiva. - 6. Il telelavoro *de iure condendo*. - 6.1. (segue:) Nelle pubbliche amministrazioni. - 6.2 - La *querelle* sulla fonte più idonea. L'esperienza delle *best practices*. - 7. Dal telelavoro al diritto del lavoro. - 8. (segue:) Le proposte sulla "ridefinizione" della fattispecie lavoro subordinato. Il "lavoro coordinato". - 9. Oltre i "diritti" nazionali: il telelavoro *off-shore*. - 9.1. Disciplina comunitaria e norme internazionali applicabili. - 10. Sul diritto del lavoro e sull'economia. Osservazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

Lo spunto quasi "obbligato" di ogni riflessione sulla rilevanza giuridica che riveste il luogo - inteso sia come materiale ambito spaziale sia come dimensione organizzativa - nel quale il lavoratore subordinato viene chiamato a prestare la propria attività, non può non essere quello della constatazione di una sostanziale lacuna: nell'ordinamento giuridico italiano non esiste una norma che dispone in via generale del luogo di adempimento della prestazione di lavoro o che ne indica i criteri di possibile individuazione. Detto luogo potrà di volta in volta corrispondere alla sede aziendale, a quella di una delle distinte unità produttive, oppure prescindere totalmente, come accade per i lavoratori a domicilio, i piazzisti, i commessi viaggiatori,

senza, per questo soltanto, comportare alcuna necessaria alterazione della natura giuridica del rapporto. In altri termini, nulla sembra imporre la perfetta coincidenza fra il luogo in cui dev'essere resa la prestazione e quello in cui topograficamente ha sede la "comunità aziendale"¹.

Che si tratti di lacuna o no, quello che è certo è che nessun rilevante problema applicativo ne è derivato. I principi generali dettati dall'art. 1182 c.c. in materia di luogo di adempimento delle obbligazioni, con il loro riferirsi a quanto contenuto più o meno esplicitamente nel contratto, agli usi locali, alla natura della prestazione o ad altre non meglio precisate "circostanze", si sono rivelati del tutto adeguati anche ai fini più propriamente giuslavoristici, come inequivocabilmente risulta dall'assenza di contenzioso giudiziario e dal sostanziale disinteresse della dottrina². Quest'ultima si è piuttosto interrogata sugli effetti che l'individuazione di un dato luogo per l'adempimento della prestazione può determinare sul processo di qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro (v. *infra*).

E' peraltro innegabile che in tema di modalità spaziali dell'adempimento, la prospettiva da indagare sia oggi arrivata ad assumere valenze inedite ed implicazioni che solo pochi anni fa sarebbero state impensabili: gli strumenti di flessibilità gestionale da un lato e l'introduzione delle nuove tecnologie informatiche dall'altro hanno, se non rotto, sicuramente incrinato la classica visione del rapporto di lavoro fondata sull'unità di tempo, di luogo e d'azione³. Grazie in particolare all'avvento della tecnologia informatica, l'imprenditore si trova in condizione di poter decidere se continuare a produrre sfruttando il tradizionale modello fondato sul coordinamento fisico dei lavoratori all'interno delle unità produttive, oppure se ini-

¹ Cipressi P., *Il luogo della prestazione di lavoro subordinato*, Milano 1967, 28 ss.

² Miccio R., *Delle obbligazioni in generale*, Sub. art. 1182, Torino 1961, 92 ss; Di Majo A., *Dell'adempimento in generale*, Sub art. 1182, Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1994, 153-155: l'A. nega che alla prestazione di lavoro possa applicarsi il criterio sussidiario di cui all'ultimo comma, dovendosi invece far esclusivo riferimento alla volontà delle parti ed alla natura della prestazione.

³ Veneziani B., *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, DLRI 1990, 611.

ziare a giovare anche delle opportunità offerte da un coordinamento solo telematico di prestazioni materialmente rese in luoghi di cui non occorre più avere la piena disponibilità. In una realtà produttiva caratterizzata da un così elevato livello di concorrenzialità com'è quello attuale, nessun imprenditore può ragionevolmente astenersi dal valutare la convenienza a conservare inalterata o a modificare l'organizzazione della propria azienda, ovviamente nei limiti consentiti dall'ordinamento⁴: "progettare ed installare nuove tecnologie, costruire sistemi gestionali ed organizzativi e convivere con il loro carattere strategico ed innovativo, richiede ed impone di disporre in anticipo di un modello di organizzazione e di lavoro, di una cultura del lavoro che non è il risultato, ma il prerequisito dello sviluppo tecnologico"⁵.

Del contesto socio-economico appena descritto, uno dei momenti più qualificanti è certamente rappresentato dal consolidarsi del fenomeno del telelavoro esterno, fattispecie particolarmente complessa, in grado di comprendere una pluralità di figure di lavoratori accomunate dall'essere la loro prestazione resa a distanza dal centro aziendale, mediante l'utilizzo determinante del computer.

Sotto il profilo che qui più interessa, vale a dire il luogo della prestazione, non possono sfuggire le molte analogie che il telelavoro presenta con il lavoro a domicilio. Il che non consente tuttavia di riproporre un'istintiva ed automatica riconducibilità del primo al secondo, come si era forse inizialmente prospettato, ma soltanto avanzare alcune ipotesi (di lavoro) che meritano di essere verificate: la prima, che l'esternalizzazione dell'attività lavorativa non sarebbe di per sé in grado di alterare la natura subordinata dei rapporti eventualmente coinvolti; la seconda, che la diffusa utilizzazio-

⁴ Per Nogler L., *Individui, istituzioni e scelte pubbliche nel diritto del lavoro della seconda Repubblica*, LD 1998, 281, la società sta assumendo un grado sempre più rilevante di "riflessività", in ragione del quale non soltanto l'imprenditore, ma anche il consumatore si trova a dover prendere le proprie decisioni sulla base di una valutazione costante circa le condizioni entro le quali i suoi comportamenti si svolgono.

⁵ Butera F., *Il lavoro nella rivoluzione tecno-economica*, DLRI 1987, 735.

ne della telematica ridurrebbe ulteriormente la tradizionale rilevanza assegnata al luogo della prestazione come indice significativo della subordinazione.

Del resto, è incontestabile che sia stata la pur contrastata e non ancora consolidata diffusione del telelavoro ad aver contribuito in modo determinante a riaccendere il dibattito sulla necessità di ridefinire la nozione di subordinazione, conseguendone un'importantissima occasione per ripensare i valori e gli obiettivi del diritto del lavoro del 2000⁶. Infatti, al di là dell'indubbia rivoluzione copernicana che produrrebbe nel nostro ordinamento la traduzione in legge di una delle pur diverse proposte oggi in discussione destinate a ridisegnare i percorsi di qualificazione del rapporto di lavoro e a rimodulare l'insieme delle tutele assicurate ai lavoratori interessati, sarebbe davvero colpevole sottovalutare il fatto che la subordinazione, prima ancora di avere una funzione qualificatoria, è nozione assiologica posta da sempre a fondamento e giustificazione della definitiva "emancipazione" del diritto del lavoro come materia autonoma e distinta⁷.

Sono convinto che, forse più del primo - quello qualificatorio - è questo secondo concetto di subordinazione ad essere oggi maggiormente in sofferenza, dopo che decentramenti ed innovazioni tecnologiche hanno

⁶ Gaeta L., *La qualificazione del rapporto*, in Gaeta L., Pascucci P., *Telelavoro e diritto*, Torino 1998, 20; Romagnoli U., *Un diritto da ripensare*, LD 1995, 467 ss, secondo il quale è inevitabile che i valori propugnati dall'industrialismo continuino ad essere mal digeriti dal diritto del lavoro. V. anche ID., <Noi e loro>: *diritto del lavoro e nuove tecnologie*, RTDPC 1986, 378; Pessi R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano 1989, 215, in part. nota 101. Esorta a ricostruire il diritto del lavoro sulla persona umana, Fabris P., *Una sfida: diritto del lavoro non diritto dell'impiego*, RGL 1998, 150 ss, in part. nn. 5-9.

⁷ D'Antona M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, ADL 1995, 1,67-73. L'esistenza dei due diversi concetti di subordinazione - il classificatorio e l'assiologico - si evincerebbe anche dall'analisi della motivazione della sentenza della Corte costituzionale 31 marzo 1994, n. 115, cit. V. ancora, Romagnoli U., *Il patto per il lavoro: quale lavoro?*, LD 1997, 455-456, 466, Gaeta L., *La qualificazione....*, 22, Simitis S., *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro*, DLRI 1997, 609, 612 ss..

modificato molti dei tradizionali modi di produrre e di lavorare⁸: soltanto la piena consapevolezza di quello che potrebbe conseguire in termini di tenuta dell'intero sistema giuslavoristico, può spiegare l'intensità del confronto dottrinale in atto⁹ e gli accenti di forte preoccupazione che lo attraversano¹⁰.

2. Luogo di adempimento della prestazione e subordinazione

L'indagine sugli effetti che l'individuazione di un dato luogo di adempimento della prestazione determina sulla qualificazione giuridica del rapporto di lavoro non può prescindere dalla nozione di subordinazione contenuta nell'art. 2094 c.c., la quale fa riferimento ad una prestazione d'attività intellettuale o manuale, inserita come collaborazione nell'impresa, "*alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*".

Tale definizione recupera - dopo aver opportunamente provveduto a porre in risalto l'elemento rappresentato dall'assoggettamento pieno ad eterodirezione del lavoratore da parte dell'imprenditore - la nozione che si era già data la legislazione sociale d'inizio secolo: doveva trattarsi anche allora della prestazione personale e continuativa di un'attività inserita nell'azienda, inserimento all'inizio esclusivamente realizzabile attraverso la

⁸ In tal senso, già, Hernandez S., *Il diritto del lavoro verso gli anni novanta*, DL 1988, I, 3 ss.; D'Antona M., *Il lavoro ed i lavori. Intervento*, LD 1988, 411-412, 414. Per Gaeta L., *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli 1993, 152, occorre puntare l'attenzione tanto sulla qualificazione giuridica quanto sull'individuazione delle esigenze di tutela della parte contrattuale più debole. Cfr. Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, Relazione, Giornate di studio Aidlass, Salerno, 22-23 maggio 1998, 2 datt.

⁹ V., ad esempio, gli interventi sollecitati dalla "lettera-epistola" di Mariucci L., *Il diritto del lavoro della seconda Repubblica*, LD, 1997, 163 ss, ivi pubblicati nella rubrica *Parole chiave per un dibattito: Lavoro, Diritto*.

¹⁰ Rusciano M., *Ripercussioni giuridiche delle "metamorfosi del lavoro"*, DL 1995, 250 ss.; Mariucci L., *Il diritto...*, 163 ss. Cfr. anche Ballestrero M.V., in Amato F., *I destini del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società post fordista*, Milano 1998, 112 ss.

“collocazione fisica” del lavoratore al suo interno, e soltanto in seguito indicato con la più generica locuzione di “inserimento organico”, lasciando presumere la possibilità di ricomprendervi anche tutte quelle prestazioni che, soprattutto in ragione della particolare attività, dovevano essere rese topograficamente all’esterno dei confini della fabbrica, pur rimanendo parte integrante ed irrinunciabile della realtà organizzativa voluta dall’imprenditore (piazziisti, commessi viaggiatori, trasportatori)¹¹. D’inserimento non altrimenti specificato, ma assunto ad elemento essenziale (anche se non sufficiente) della fattispecie, tratta esplicitamente la Relazione del Guardasigilli al libro V del Codice Civile, secondo la quale l’art. 2094 non avrebbe rappresentato altro che la traduzione nell’ordinamento giuridico italiano del concetto di inserimento nell’impresa di “provenienza” germanica¹².

A voler molto semplificare, la disposizione codicistica si regge su due fondamentali pilastri interdipendenti¹³: il pieno esercizio dei poteri direttivi, di controllo e disciplinari dell’imprenditore - l’eterodirezione o subordinazione in senso stretto - e l’inserimento collaborativo del prestatore nell’impresa¹⁴, inteso come coordinamento spazio-temporale, non necessariamente realizzabile sotto la forma dell’inserimento fisico del lavoratore all’interno dell’azienda¹⁵, pur richiedendosi modalità spazio-temporali che

¹¹ Fabris P., *Una sfida...*, 161: l’organizzazione costituisce infatti l’elemento centrale dell’attività d’impresa. Cfr. Napoli M., *Il telelavoro come lavoro subordinato*, in ID, *Questioni di diritto del lavoro*, Torino 1997, 148-149: la concezione che considera il lavoro nell’impresa come equivalente del lavoro nell’azienda - rientrando cioè tra i c.d. beni organizzati - deve ormai ritenersi superata; il lavoratore si colloca nella sfera di soggettività propria dell’impresa, che è rappresentata dall’attività dell’imprenditore.

¹² Ichino P., *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, Milano 1992, 63-65, in part. note 48-49.

¹³ Non si tratta infatti di “sinonimi”, come sembra a volte confondere la giurisprudenza: Gaeta L., *Lavoro a distanza...*, 152.

¹⁴ Napoli M., *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in ID, *Questioni...*, 36-37.

¹⁵ Ichino P., *Il lavoro subordinato...*, 31: l’inserimento fisico nell’organizzazione aziendale non sarebbe altro che un modo d’essere tecnicamente osservabile dell’attività solutoria.

consentono l'irrinunciabile predisposizione ed il continuo adattamento della relativa prestazione¹⁶.

Significativa è altresì la relazione che sembra legare i due elementi: l'inserimento stabile nell'impresa individua la componente non sufficiente ai fini qualificatori¹⁷, ma irrinunciabile¹⁸, in quanto requisito funzionale alla concretizzazione del secondo, l'eterodirezione, che invece costituisce il nocciolo "duro" della fattispecie lavoro subordinato¹⁹. La facoltà spettante all'imprenditore di specificare e conformare, nei limiti consentiti dall'Ordinamento, il luogo così come ogni altra rilevante modalità di esecuzione "interna" della prestazione non sarebbe che l'espressione visibile ed autentica dell'esplicarsi del suo potere direttivo e della tipologia del con-

¹⁶ Cipressi P., *Il luogo...*, 48-49. V. Cass. 4 febbraio 1986, n. 708, NGL 1986, 298; Cass. 2 febbraio 1989, n. 628, MGL 1989, 344. V. anche Pessi R., *Contributo...*, 59: il potere direttivo si manifesta attraverso disposizioni relative all'organizzazione "interna" della prestazione, da intendersi come possibilità per l'imprenditore di scegliere, nel compimento di una data attività, tra l'infinita serie di opzioni possibili.

¹⁷ Assanti C., *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milano 1961, 121-122.

¹⁸ *Contra*, Napoli M., *Contratto...*, 56: secondo l'A., il coordinamento spazio-temporale è un'eventualità non una necessità per la configurazione del rapporto di lavoro subordinato; esso può essere recepito come mero dato strutturale del rapporto di lavoro. Cfr. Ferraro G., *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, Relazione, Aidlass, *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Convegno, Salerno, 22-23 maggio 1998, Milano 1999, 50-51, per il quale sarebbero da respingere tutte quelle tesi volte a porre una drastica alternativa fra dipendenza ed eterodirezione; la struttura concettuale della formula codicistica visualizzerebbe un'attività produttiva organizzata secondo tecniche di coordinamento e di comando.

¹⁹ Ichino P. *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano 1990, 88 ss; Pessi R., *Contributo...*, 45; Mengoni L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, RIDL 1986, I, 17. In giur., cfr.: T. Milano 8 settembre 1993, RIDL 1994, II, 85, con nota di Fortunat A., *L'<inserimento organico> del lavoratore in azienda come fonte di presunzione del suo assoggettamento all'obbligo di obbedienza*; P. Alessandria 4 novembre 1996, RIDL 1997, II, 287 ss, con nota di Faleri C., *Rilevanza dell'assoggettamento pieno al potere direttivo, e non dell'inserimento organico, ai fini della qualificazione della prestazione*; P. Monza, 6 dicembre 1994, *ivi* 1995, II, 812. V. anche l'ampia rassegna di Vitali D., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di lavoro subordinato*, RIDL 1989, II, 221-223.

trollo esercitato²⁰. Il che è quanto si verifica nel caso del trasferimento del lavoratore da un'unità produttiva ad un'altra della stessa impresa²¹, oppure nelle ipotesi di comando e distacco, quando si impone al dipendente di adempiere la prestazione dovuta presso un terzo, cioè fuori dalla tradizionale sfera di dominio del datore di lavoro²².

Nessuna specifica riflessione, poi, viene sollecitata dalla recente legittimazione del lavoro interinale: è senz'altro vero che l'istituto porta all'estremo limite il processo di "frammentazione" del rapporto di lavoro, determinando la dissociazione tra titolarità formale e gestione concreta; tuttavia, per quanto concerne il momento spaziale, la sua rilevanza si conferma identica ad un qualsiasi altro rapporto (di lavoro), essendo l'adempimento direttamente connesso all'esercizio dei poteri direttivo ed organizzativo che spettano per legge non all'agenzia, ma all'impresa utilizzatrice²³.

Sulla possibilità per il datore di lavoro di modificare il luogo di adempimento della prestazione al di là della stessa "dimensione" aziendale sembrerebbe pronunciarsi anche la direttiva del 14 ottobre 1991 n. 91/533, relativa all'obbligo del datore di informare il lavoratore - all'atto dell'assunzione o durante lo svolgimento del rapporto - circa le condizioni applicabili al contratto, in conformità alla nona disposizione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, obbligo che ricomprende anche l'indicazione del luogo di lavoro, nonché della

²⁰ Cass. 25 luglio 1994, n. 6919, DPL 1995, 153; Cass. 2 luglio 1997 n. 5912, *Guida al lavoro* 1997, 1, 36. Per Pessi R., *Contributo* ..., 61, nel lavoro subordinato il potere del creditore non si arresta alla scelta della prestazione dovuta ma penetra al suo interno toccando le modalità del suo stesso esplicarsi. V. anche Ichino P., *Il lavoro subordinato*..., 75-78.

²¹ Vi rientrerebbe anche la trasferta e/o missione, che rappresenta, tuttavia, una modificazione solo temporanea, a fronte del trasferimento che è invece tendenzialmente definitivo: Di Majo A., *Dell'adempimento*..., 155.

²² Rientra nella discrezionalità decisionale del datore di lavoro modificare l'esecuzione della prestazione, attraverso l'esercizio di poteri di supremazia finalizzati a conformare il rapporto all'interesse dell'organizzazione: Veneziani B., *Gruppi* ..., 631.

²³ Biagi M. (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro*, Milano 1997, 61 ss; cfr. Ferraro G., *Dal lavoro subordinato*..., 53.

sede o domicilio del datore²⁴. Sotto tale specifico profilo, il d. lgs. 26 maggio 1997, n. 152, col quale il nostro paese ha dato definitiva attuazione alla citata direttiva, prevede che in mancanza di un luogo fisso o prevalente, sia sufficiente chiarire che il lavoratore potrà essere occupato in più luoghi diversi²⁵.

Con ciò non ci si vuole certo negare che il luogo dell'adempimento rappresenti un indice significativo che ha concorso a qualificare, in quanto rientrante nella disponibilità dell'imprenditore, la natura subordinata del rapporto²⁶; tuttavia sarebbe grave ostinarsi a non riconoscere che più della scelta di un dato luogo, ad avere rilevanza diretta sulla natura giuridica del lavoro sono le forme ed i modi in cui riescono ad esplicarsi i poteri organizzativi ed a determinarsi la condizione di soggezione-dipendenza del lavoratore all'imprenditore²⁷. Forme e modi, questi, legati ad un complesso di variabili, tra cui meritano di essere segnalate il tipo di attività prestata ed il

²⁴ In verità, la direttiva parrebbe volta ad assicurare che anche sull'individuazione dei possibili luoghi di lavoro si raggiunga un accordo fra le parti. In tal senso, *infra*, § 6.2. Cfr. IZZI D., *La Direttiva sugli obblighi di informazione del datore di lavoro*, DRI 1998, 393 ss.

²⁵ Le disposizioni del d. lgs. n. 152/97 sono commentate in RIDL 1997, III, 244 ss. E' opportuno ricordare che non sono previsti obblighi di informazione quando i rapporti abbiano una durata complessiva non superiore ad un mese - anche nel caso di lavoro all'estero - o non raggiungano un determinato orario settimanale. Non ne beneficiano il coniuge, i parenti o affini entro il terzo grado conviventi con il datore, nonché il personale delle rappresentanze diplomatiche.

²⁶ Gaeta L., *Lavoro a distanza...*, 164, valuta l'esternità topografica della prestazione come un semplice elemento descrittivo della fattispecie di lavoro subordinato, dotato di scarsissima selettività.

²⁷ Cass. 29 marzo 1995 n. 3745, OGL 1996, 61; P. Monza 5 marzo 1996, *ivi*, 355; P. Milano 16 ottobre 1996, *ivi*, 805. Sottolinea la necessità di una valutazione globale dei c.d. indici della subordinazione, Napoli M., *Il telelavoro...*, 143, secondo il quale l'elemento spaziale, pur essendo sociologicamente connesso con la nozione classica del diritto del lavoro, non è requisito giuridicamente necessario della subordinazione, se considerato disgiuntamente da altri elementi del modello.

modello organizzativo adottato²⁸.

Sarebbe infatti profondamente sbagliato confondere l'essenza della subordinazione con le modalità che l'hanno resa storicamente visibile²⁹. Per ritornare ai tradizionali esempi del commesso viaggiatore o del rappresentante di commercio, a concorrere all'esatta qualificazione del loro rapporto, più del fatto che l'attività sia svolta topograficamente all'esterno dell'azienda, è sicuramente la valutazione di come siano determinati nel contratto i tempi e gli itinerari, e come ne sia poi stata data effettiva attuazione³⁰.

E' vero che quella proposta è una lettura della nozione delineata

²⁸ Perulli A., *Potere direttivo, organizzazione, impresa*, LD 1989, 230 ss. Cfr.: P. Torino, 7 febbraio 1995, RIDL 1995, II, 501 ss, con nota di Tiraboschi M., *Su qualificazione e inquadramento previdenziale degli istruttori di nuoto e di ginnastica*. Sostiene la configurabilità di un vincolo di subordinazione "attenuato" dalla particolare creatività della prestazione giornalistica, Cass. 20 maggio 1977, n. 4502, FI 1997, I, c. 2834-36.

²⁹ Zoli C., *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, LD 1997, 241 ss; per Gaeta L., *Lavoro a distanza...*, 201, sono i tradizionali indici rivelatori, cioè i differenti modi di vedere la subordinazione, ad essere in crisi, non la nozione. Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 55-56 (datt.): la formula codicistica, cioè, dev'essere letta in chiave dinamica ed evolutivista, alla luce della legislazione che negli anni ha cercato di circoscrivere il potere imprenditoriale a fronte della necessità di tutelare i valori della dignità, professionalità e sicurezza del lavoratore, favorendo la sostituzione della struttura gerarchica con forme più collaborative e responsabilizzanti.

³⁰ Cipressi P., *Il luogo ...*, 133 ss; Ichino P., *Il lavoro subordinato...*, 74. Cfr. Napoli M., *Contratto...*, 41, che sottolinea il diverso atteggiarsi dell'eterodirezione e della dipendenza sul piano del dover essere giuridico rispetto a quello "reale". In giur., cfr. Cass. 10 luglio 1991 n. 7608, RIDL 1992, II, 370, con nota di Viganò B., *Sulla subordinazione la giurisprudenza di merito si allinea con quella di Cassazione*; P. Roma 7 marzo 1991, *ivi* 1992, II, 381, con nota di Nogler L., *E' prestatore di lavoro subordinato colui che si obbliga a prestare lavoro in conformità alle direttive dell'imprenditore sull'intrinseco svolgimento dello stesso*.

dall'art. 2094 molto ampia, totalizzante, quasi avalutativa³¹. Non sembra esistere, tuttavia, un'interpretazione che, come questa, sia in grado di liberare la formula codicistica dai condizionamenti derivanti da una ormai datata dimensione organizzativa d'impresa, e di aprirla contestualmente alle più innovative tecniche produttive, senza comprometterne il nucleo essenziale e con esso le ragioni sociali che legittimano la specifica tutela prevista per i lavoratori subordinati³². D'altra parte, è stata la stessa Corte costituzionale - si può richiamare, ad esempio, la nota sentenza del 29 marzo 1993 n.121 - a decidere di avallare una lettura altrettanto elastica ed "onnicomprensiva" di subordinazione, affermando come la stessa sarebbe riscontrabile ogni volta in cui la prestazione viene caratterizzata oltre che dal vincolo di disponibilità del lavoratore, dall'inserimento "funzionale" nell'organizzazione imprenditoriale³³. Superata l'identità concettuale fra la collaborarazione nell'impresa e la necessaria collocazione fisica del lavoratore all'interno - in senso topografico - della struttura produttiva, infatti, la nozione di subordinazione può essere meglio individuata attraverso il profilo dell'organizzazione, dell'appartenenza e della riferibilità della prestazione ad un determinato centro di imputazione che tutto coordina e controlla³⁴.

³¹ Così, Romagnoli U., *Il patto...*, 460; Ballestrero M.V., *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, LD 1987, 48-49, 52-53. V. anche Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 48-49, secondo il quale i modelli storico-sociologici di impresa risultano stemperati da definizioni normative consapevolmente asettiche ed estensive, tanto da arrivare a fare del lavoro dipendente nell'impresa il tipo normativo generale ed astratto.

³² Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 59 datt.: la fattispecie lavoro subordinato rivela un'incredibile articolazione interna, che la rende perfettamente compatibile con modalità organizzative decentrate, discontinue, precarie, intervallate ed a distanza.

³³ Ancora sulla nozione di inserimento organizzativo, Gaeta L., *Qualità totale e teorie della subordinazione*, in Spagnuolo Vigorita L. (a cura di), *Qualità totale e diritto del lavoro*, Milano 1997, 120 ss.

³⁴ Ichino P., *Telelavoro e normativa: quali prospettive di adeguamento*, in Aa. Vv., *Telelavoro: i miti e le prospettive concrete per l'Italia*, Milano 1989, 102: per l'A., a fronte della dilatazione del concetto stesso di lavoro nell'impresa, dovrebbe assumere maggiore rilevanza il carattere dell'inserzione della prestazione nell'organizzazione aziendale, da in-

2.1. La nozione di parasubordinazione

A supportare questa difficile azione interpretativa è lo stesso legislatore che, novellando l'art. 409 c.p.c. con la legge n. 533 del 1973, introduce nel nostro ordinamento la nozione di parasubordinazione³⁵. Occorre tuttavia precisare non soltanto che l'espressione "lavoro parasubordinato" è stata coniata da dottrina e giurisprudenza, non certo dal legislatore - limitatosi a dichiarare il carattere non subordinato della relativa prestazione -, ma anche che sui rapporti di collaborazione con prestazione d'opera continuativa e coordinata si era già, a suo tempo, pronunciata la legge Vigorelli del 1959, riconoscendo il diritto di questi lavoratori alla garanzia del minimo inderogabile di trattamento economico e normativo³⁶. Intento, quest'ultimo, sicuramente condiviso dal novellato art. 409, n.3, c.p.c.³⁷, il quale, più che perseguire il riequilibrio della disparità di tutele contrattuali oggettivamente esistente tra le parti³⁸, sembrerebbe prevalentemente destinato ad

tendersi sia come coordinamento spazio-temporale, sia come collegamento elettronico a distanza fra gli operatori e l'unità centrale. V. anche, ID, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Milano 1984-85, 549. Ad avviso di Gaeta L., *Lavoro...*, 205-210, 218, un tale dato non dovrebbe essere troppo enfatizzato, ma interpretato nel senso della semplice riferibilità tecnico-funzionale della prestazione all'organizzazione, come tale indifferente al suo eventuale "risultato".

³⁵ Pessi R., *Considerazioni sul rapporto di lavoro parasubordinato: individuazione di una fattispecie*, DL 1980, II, 335; Gregorio S., *La nozione di coordinamento della prestazione d'opera continuativa*, ADL 1995, 181.

³⁶ Ballestrero M.V., *L'ambigua nozione...*, 42-43: il legislatore del 1959 aveva riconosciuto l'esistenza di un tratto comune tra lavoratori subordinati e collaboratori dell'imprenditore con prestazione continuativa e coordinata, consistente nella dipendenza economica dall'imprenditore che, in quanto tale, travalica lo stesso dato tecnico della subordinazione, senza tuttavia poterne prescindere.

³⁷ Montuschi L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, LD 1993, 27 ss.

³⁸ Al lavoratore parasubordinato, infatti, il legislatore riconosce una quota di tutela piuttosto bassa, qual'è quella rappresentata dall'estensione della disciplina del processo del lavoro e la norma sulle rinunzie e transazioni; esclusa è infatti l'applicabilità degli istituti sostanziali del diritto del lavoro.

arginare la tendenza espansiva del diritto del lavoro, ascrivendo al lavoro autonomo fattispecie che altrimenti avrebbero potuto essere interpretativamente ricondotte a quello subordinato, vista la proiezione teleologica condivisa sia dal lavoro subordinato sia da quello parasubordinato a soddisfare esigenze stabili dell'organizzazione aziendale, con il risultato di rafforzare indirettamente la valenza qualificatoria espressa dalla nozione contenuta nell'art. 2094 c.c.³⁹.

Al di là dei rapporti di agenzia e di rappresentanza commerciale espressamente richiamati, gli elementi caratterizzanti la prestazione d'opera oggetto dei rapporti di collaborazione non subordinata rientranti nella nozione legale dell'art. 409, n. 3⁴⁰, sono quelli della coordinazione, della continuità e della prevalente personalità. Tali elementi connotano un'attività simile - almeno in apparenza - a quella resa da un lavoratore subordinato⁴¹, dalla quale è tuttavia necessario riuscire a tenerla ben distinta, in ragione dell'importanza degli effetti giuridici che dalla diversa qualificazione discendono⁴².

Per quanto concerne, ad esempio, l'elemento della coordinazione, mentre nel lavoro subordinato questo viene indicato come effetto dell'eserci-

³⁹ Pedrazzoli M., *Prestazioni d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.)*, RIDL 1994, I, 553; ID, *Dai lavori autonomi*, 46-47: la collaborazione di cui all'art. 409 n. 3, non può essere confusa con la collaborazione nell'impresa che connota la subordinazione, essendo profondamento diverso, nella vita reale delle organizzazioni, il significato dei bisogni e delle motivazioni che ne costituiscono l'economia. V. anche Romagnoli U., *Il patto ...*, 662.

⁴⁰ Al di là del contratto di agenzia - che ha storicamente anticipato la figura del collaboratore che svolge la sua prestazione a favore di una o più imprese rappresentando il vero modello alternativo al lavoro subordinato -, vi possono essere fatti rientrare, ad esempio, contratti come il mandato a termine, il deposito, alcune forme di trasporto e di mediazione, il *franchising*, la fornitura di servizi informatici: Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 28-29.

⁴¹ V. Cass. 8 gennaio 1993, n. 84, RGL 1993, II, con nota di Bartesaghi M., *Il lavoro subordinato nel dilemma del nomen iuris e della prestazione <ambigua>*.

⁴² Cfr. Corte cost. 24 luglio 1995, n. 365, MGL 1995, 325. Anche le tutele specifiche relative all'igiene e sicurezza ed alla dignità dei lavoratori risultano inapplicabili: Cass. 3 maggio 1997 n. 3837, *ivi* 1997, 614; Cass. 18 febbraio 1997, n. 1455, *ivi*, 247.

zio del potere direttivo⁴³, in un rapporto di parasubordinazione esso chiede di essere apprezzato come una delle conseguenze qualificanti il programma negoziale che serve a predisporre il collegamento funzionale della prestazione lavorativa considerata - attraverso modalità esecutive che possono essere anche autonomamente determinate dallo stesso lavoratore - con l'attività aziendale complessivamente esercitata e l'*utilitas* del destinatario⁴⁴. La qualificazione del rapporto risulterà, tuttavia, molto meno incerta se gli elementi indicati nella nozione di parasubordinazione verranno valutati congiuntamente tra loro: la coordinazione, cioè, potrà essere meglio apprezzata se considerata alla luce della continuità della prestazione⁴⁵; allo stesso modo, il discusso problema dell'unicità (della prestazione) potrà essere risolto proficuamente soltanto ricorrendo alla contestuale valutazione della sua necessaria personalità. La ricorrenza di tale requisito, in particolare, non dovrebbe considerarsi esclusa né dalla circostanza che il lavoratore si sia non occasionalmente avvalso di collaboratori o sostituti, né dall'uso di strumenti costosi, nei limiti in cui questi rappresentino un mero supporto alla prestazione e non uno degli elementi identificativi di una più complessa organizzazione imprenditoriale, nella quale il risultato della prestazione è destinato a confluire⁴⁶.

⁴³ Ichino P., *Il lavoro subordinato...*, 21.

⁴⁴ Cass. 19 maggio 1994, n. 4918, RIDL 1995, II, 49 ss con nota di Calafà L., *Consulenti del lavoro, parasubordinazione e pluralità di clienti*. Ad avviso di Pessi R., *Contributo...*, 58, ciò che distingue il coordinamento organizzativo proprio del lavoro autonomo e/ o parasubordinato da quello indicativo della subordinazione è il suo carattere attivo anziché passivo. Cfr. Ichino P., *Il lavoro subordinato...*, 85-88.

⁴⁵ Tale continuità può essere ravvisata sia nella reiterazione della stessa prestazione, sia nella ripetizione di prestazioni diverse, sia nell'esecuzione di un'unica opera, quando l'attività necessaria per l'adempimento ha una certa durata. Cfr. Cass. s.u. 19 luglio 1982, n. 4200, MGC 1982, dove la continuità è intesa nel senso della non occasionalità. V. *amplius*, Santoro Passarelli G., *Il lavoro <parasubordinato>*, Milano 1979.

⁴⁶ Cass. 21 febbraio 1985, n. 1580, RIDL 1985, II, 551 ss. V. anche Ballestrero M.V., *L'ambigua...*, 61: ad avviso dell'A., il requisito della personalità allude all'implicazione della persona del prestatore nel rapporto; si crea una situazione di dipendenza economica che trascende immediatamente in dipendenza personale, non incompatibile con l'eventuale autonomia nell'esecuzione. V. anche Cass. 27 agosto 1991, MGC 1991.

In questa prospettiva, la conclusione più plausibile che può dedursi dall'emersione nell'ordinamento giuridico italiano della figura della parasubordinazione⁴⁷ sembra essere proprio quella di aver concorso a chiarire ulteriormente i tratti distintivi del lavoro autonomo e del lavoro subordinato⁴⁸, senza arrivare alla creazione di un *tertium genus*⁴⁹.

2.2. La legge sul lavoro a domicilio

Forse ancor più significativo è il contributo che il legislatore offre all'attività dell'interprete con l'emanazione della legge n. 877 del 1973 sul lavoro a domicilio, dettata proprio allo scopo di definire gli indici della subordinazione nel caso in cui sia il lavoratore e non, come normalmente accade, il datore di lavoro, ad avere la disponibilità del luogo dove la prestazione viene materialmente adempiuta⁵⁰.

⁴⁷ La definizione è di Romagnoli U., *Il patto...*, 46-463: anche da ciò si evince la necessità di rivisitare una nozione che ha acquisito una centralità sempre più evidente con l'evolversi delle attuali tendenze sociali ed economiche, su cui *infra*, in particolare, § 6 (Proposta di legge Smuraglia).

⁴⁸ Di operazione culturale senza adeguate basi giuridiche parla Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 40, traendone da ciò la conseguenza della progressiva dilatazione da parte della dottrina e della giurisprudenza, che ne ha compromesso l'omogeneità sociale e giuridica. Nessun aiuto ricostruttivo, poi, verrebbe offerto dal riferimento alla categoria dei collaboratori coordinati richiamati dall'art. 2, co. 26 della legge n. 335/95, che ha esteso anche alle forme di collaborazione coordinata e continuativa la tutela previdenziale, essendo quest'ultima una norma ispirata a finalità meramente impositive.

⁴⁹ La nozione, infatti, identifica soltanto un sottotipo che afferisce all'ampia categoria del lavoro autonomo. V. Ballestrero M.V., *L'ambigua...*, 64; Mengoni L., *La questione...*, 10. Ritiene che l'attuale nozione di parasubordinazione non sia in grado di esprimere un tipo negoziale, Perulli A., *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, LD 1997, 186.

⁵⁰ Di Majo A., *Sub. art. 1182...*, 154. Per converso, potremmo dedurre che, nella visione del legislatore, prestare in locali di pertinenza dell'imprenditore costituisce un importante elemento identificativo della natura subordinata della prestazione, indipendentemente da quale luogo materialmente esso sia ed al di là delle modalità con cui il potere direttivo finisce per esercitarsi: così Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 57 datt.

In base alla normativa appena richiamata, va considerato a domicilio il lavoro retribuito, prevalentemente personale (aiuto accessorio dei familiari, esclusa la manodopera salariata⁵¹), prestato dal lavoratore presso la propria abitazione o "locale" - nel senso di ambito spaziale non avente necessariamente un contenuto fisico o solido sufficiente all'esecuzione della prestazione, come può esserlo anche un luogo o un territorio - di cui abbia la piena disponibilità, reso nell'osservanza delle direttive impartite una volta per tutte al momento della stipulazione del contratto dall'imprenditore-committente.

Ai fini della presente ricerca, della definizione riportata, va in particolare sottolineato come, nonostante coordinamento ed eterodirezione si manifestino con modalità oggettivamente diverse rispetto a quanto disposto nell'art. 2094 c.c., il legislatore prescriva che deve sempre trattarsi di un rapporto di lavoro subordinato, con estensione delle relative tutele, quando non incompatibili con le particolari modalità della prestazione⁵². Tutto questo vale a confermare la tesi secondo la quale l'esternalizzazione in senso topografico della prestazione costituirebbe un semplice elemento descrittivo della fattispecie⁵³: l'inserimento nel ciclo produttivo richiede di essere apprezzato in "chiave" necessariamente funzionale.

⁵¹ La Cassazione - con sentenza del 5 gennaio 1995, n. 151 (MGL 1995, 173 ss) - ha riconosciuto la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a domicilio anche quando il soggetto si sia avvalso della collaborazione di persone "esterne", purchè ciò non concretizzi un'organizzazione di tipo imprenditoriale.

⁵² Pizzi P, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro*, RGL 1997, I, 227; Ichino P., *Il lavoro subordinato...*, 132: l'inciso "in deroga" starebbe ad indicare non l'eccezionalità della disposizione, ma l'estraneità della fattispecie dal campo di applicazione dei criteri indicati dall'art. 2094 c.c.

⁵³ La piena coincidenza fra la nozione di subordinazione dettata dall'art. 1 della legge n. 877/1973 e dall'art. 2094 c.c. è sostenuta da Mariucci L., *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano 1979, cui accede anche Ballestrero M.V., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori al lavoro a domicilio*, RGL 1979, I, 325-331. Parla invece di coincidenza, oggetto della presunzione assoluta di cui all'art. 2, co.1, Balandi G.G., *La vecchia e la nuova legge sul lavoro a domicilio*, RGL 1979, I, 614 ss. Nel senso della netta distinzione, De Cristofaro M., *Il lavoro a domicilio*, Padova 1978, 169 ss.

La scelta non stupisce: è del tutto ragionevole che il legislatore, preso atto dell'inevitabile limitazione dei poteri direttivi derivante dalla mancanza di uno stretto coordinamento spazio-temporale dovuta all'esecuzione della prestazione in un luogo che non rientra nella disponibilità dell'imprenditore, sia arrivato ad affermare che anche in presenza di una forma così "attenuata" di eterodirezione il rapporto deve considerarsi subordinato⁵⁴. L'obiettivo perseguito sembra essere proprio quello di tracciare in modo definitivo la linea di confine tra lavoro autonomo e subordinato⁵⁵, riconducendo ad unità il lavoro tecnicamente svolto all'interno o all'esterno dell'organizzazione produttiva⁵⁶.

Come ha ripetutamente sostenuto la stessa Cassazione, il nesso tra la nozione codicistica di subordinazione e quella che qualifica il lavoro a domicilio costituisce un rapporto di genere a specie, privo di sostanziali "disomogeneità", fatta eccezione per il suo specifico atteggiarsi determinato dalle oggettive particolarità della prestazione⁵⁷. Lavorare fuori dell'azienda, essere sottoposti a controlli non diretti, autogestire i propri tempi, disporre di una minima autorganizzazione non integrano necessariamente i requisiti del lavoratore autonomo ma, sempre entro certi limiti, sono compatibili anche con la natura subordinata del rapporto⁵⁸. La "deroga" rispet-

⁵⁴ Ichino P., *Il lavoro subordinato*...., 69, 121-124; ad avviso di Napoli M., *Contratto*..., 19, 63, il contratto di lavoro a domicilio è l'inveramento del contratto di lavoro subordinato, il suo apparire, il modo in cui si manifesta quando il luogo della prestazione è il domicilio del lavoratore. Tutti gli altri elementi della fattispecie dell'art. 2094 - collaborazione (personalità, continuità, professionalità), dipendenza (inserimento o alienità dell'organizzazione), eterodirezione (collegamento strutturale) sono presenti, anche se differenzialmente specificati.

⁵⁵ Ichino P., *Il lavoro subordinato*...., 124, in part. nota 169; cfr. Ferraro G., *Dal lavoro subordinato*...., 30..

⁵⁶ L'obiettivo è condiviso anche dalla recente Circolare Inps n. 79/97 - pubblicata in DPL 1997, 1180 -, anch'essa riconducibile alla necessità di chiarire i termini della sempre più incerta demarcazione tra lavoro autonomo e subordinato, incertezza che scarica proprio sulla qualificazione giuridica del lavoro a domicilio un alto livello di conflittualità.

⁵⁷ V. l'ampia rassegna curata da Poso V.A., *Il lavoro a domicilio*, GC 1986, II, 3-22.

⁵⁸ Lunardon F., *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, DLRI 1990, 403; Cass. 15 luglio 1987 n. 6197, MGL 1988, 259. Cfr. Mannacio G., *La subordinazione nel lavoro a domicilio*, DPL 1988, 389-391.

to alla nozione dell'art. 2094, cui il legislatore del 1973 fa espresso riferimento, sembrerebbe finalizzata a non precludere al lavoratore a domicilio la possibilità di servirsi di strutture operative normalmente estranee al lavoratore dipendente, senza mettere in gioco la natura subordinata del rapporto, e con essa tutte le garanzie a tale qualificazione connesse⁵⁹. A voler concludere, sembra possibile sostenere che la subordinazione all'interno dell'azienda condivide con quella che caratterizza la prestazione domiciliare lo stesso *genus*: possono verificarsi "sfumature" e fisionomie diverse, più o meno incisive, ma queste non saranno mai in grado di mutare la sostanza giuridica del rapporto.

Ad un'analogia "finalità definitoria" e sempre in materia di lavoro a domicilio pare indirizzata anche la recente Convenzione Oit del 20 giugno 1996. Infatti, al di là dell'obiettivo di sollecitare la diffusione di una disciplina efficace ed omogenea⁶⁰, detta Convenzione si sofferma ad indicare gli elementi essenziali della nozione di lavoro a domicilio subordinato⁶¹, tra cui assumono un ruolo assolutamente preminente l'autonomia e l'indipendenza economica, nell'ambito del differente apprezzamento concreta-

⁵⁹ Gaeta L., *Lavoro a distanza...*, 197; Napoli M., *Contratto...*, 63-64: l'insieme delle "deviazioni" non giustifica sul piano della fattispecie la configurazione di un diverso modello legale.

⁶⁰ La Convenzione insiste sulla necessità di realizzare una più completa uguaglianza professionale e retributiva tra tutti i lavoratori (art. 4) - con particolare attenzione alla libertà sindacale, alla tutela della salute e sicurezza sociale, alla formazione, alla protezione della maternità -, unitamente ad un più severo controllo sulle modalità di esecuzione della prestazione attraverso informazioni scritte sulle condizioni di lavoro, tenuta di registri, possibilità di ispezionare i locali in cui il lavoro viene svolto, con il dovuto rispetto della vita privata del lavoratore e della sua famiglia. Il miglioramento della situazione in cui versano i lavoratori a domicilio dovrebbe realizzarsi anche attraverso la previsione di specifiche procedure di consultazione con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative.

⁶¹ Ai sensi dell'art.1, è lavoro a domicilio la prestazione resa non occasionalmente da un lavoratore nella sua casa o in locali di sua scelta diversi da quelli del datore, non beneficiando di un grado di autonomia o di indipendenza economica che lo facciano ritenere autonomo dalla legislazione, regolamentazione o giurisprudenza nazionali.

mente consolidatosi negli ordinamenti nazionali⁶².

3. Luogo di adempimento e modello industriale

Come anticipato nelle considerazioni introduttive, non si può certo dire che, almeno fino alla metà degli anni settanta, alla riflessione sulle modalità spaziali dell'adempimento della prestazione di lavoro sia stata riservata una grande attenzione⁶³. Nessuna sollecitazione è sicuramente venuta dal mondo della produzione. Fino ad allora, infatti, la storia del sistema industriale italiano è stata pressoché monopolizzata dalle vicende di un capitalismo che puntava alla realizzazione di grandi realtà produttive, destinate a sfruttare al meglio le potenzialità dell'economia di scala, funzionali alla produzione di grande serie, per il soddisfacimento di una domanda impersonale e di massa in tendenziale espansione. In questo contesto, l'organizzazione del lavoro finiva necessariamente per essere condizionata da un penetrante ed incisivo coordinamento spazio-temporale delle prestazioni di lavoro che esasperava il processo di divisione dell'attività produttiva ed incrementava il livello degli investimenti: ne conseguiva la necessità di concentrare la forza lavoro, di omogeneizzare gli orari, di facilitare le direttive e di controllarne il rispetto⁶⁴.

A ben vedere, tra gli elementi strutturali su cui si fonda questo siste-

⁶² Quello che ai nostri fini interessa sottolineare è che la Convenzione Oil riconosce l'esistenza di un certo grado di autonomia ed indipendenza economica del prestatore domiciliare, grado che i singoli ordinamenti sono legittimati ad individuare compatibilmente con la natura subordinata del suo rapporto di lavoro. V. Di Martino V., *Il telelavoro in Italia ed in Europa tra sperimentazione e regolamentazione*, LI 1997, nn. 15-16, 10.

⁶³ A parte l'opera già più volte citata di Cipressi P., *Il luogo...*, l'interesse suscitato dal luogo di adempimento della prestazione di lavoro subordinato è stato davvero marginale: v. ad es., Assanti C., *Autonomia...*, 121 ss.

⁶⁴ Carinci F., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, DLRI 1985, 205 ss.

ma di organizzazione del lavoro industriale - le unità di tempo, di luogo e d'azione⁶⁵ - proprio la dimensione spaziale della fabbrica fordista sembra assumere il ruolo di presupposto da cui non è possibile prescindere salvo la "rivoluzione" del modello organizzativo⁶⁶, essendo tale dimensione quella economicamente più funzionale all'esistenza dell'indispensabile "comunità di lavoratori", nonché alla migliore gestione - in termini di distribuzione, determinazione e misurazione temporale - di ogni loro singola prestazione lavorativa⁶⁷.

Anche da questo particolare punto di vista, quindi, la valutazione circa la scarsa rilevanza del luogo "topografico" di esecuzione della prestazione rispetto alla qualificazione giuridica del rapporto sembra uscirne confermata, unitamente alla convinzione che sulla scelta operata dal legislatore del 1942 molto abbia pesato la constatazione di un adempimento normalmente prestato all'interno delle fabbriche⁶⁸. Non è certamente in di-

⁶⁵ Venenziani B, *Il lavoro e i lavori. Intervento*, LD 1989, 198.

⁶⁶ Si è, invece, sostenuto come sia lo svuotamento del tempo il vero presupposto dello svuotamento dello spazio, esercitando il primo una sorta di "priorità causale" sul secondo. In altri termini, il coordinamento del tempo sarebbe alla base del controllo dello spazio: Calafà L., *Le strutture della flessibilità temporale*, in Gaeta L., Pascucci P., *Telelavoro*...., 30, in part. nota 21.

⁶⁷ De Masi D., *Aspetti psico-sociali*, in Aa.Vv., *Il telelavoro nelle banche e nelle assicurazioni*, Roma 1995, 48-49. L'A. ricorda che se è sicuramente vero che i principi sui quali opera l'industria tradizionale sono la standardizzazione e la specializzazione delle mansioni, restano sempre l'unità di tempo e di luogo a rappresentarne il fondamento. Ne è prova il fatto che mentre nel periodo pre-industriale gli artigiani potevano iniziare e finire il lavoro ciascuno per proprio conto, l'introduzione della catena di montaggio non avrebbe potuto attuarsi senza l'attività sincronica di più persone.

⁶⁸ Gaeta L., *Lavoro a distanza*...., 162-164: l'idea di costruire la subordinazione intorno al lavoro in fabbrica è fuori luogo; lavoro nell'impresa significa soltanto lavoro prestato a favore di un'organizzazione produttiva. Cfr. Napoli M., *Contratto*...., 37 ss, 59: il valore dell'art. 2094 c.e., quali che siano le sue capacità qualificatorie, starebbe proprio nel fatto di prescindere dalle concrete determinazioni storiche. La norma non presuppone alcun prototipo normativo; tutti i tipi sociali di lavoro subordinato appaiono con essa compatibili. Cfr. Simitis S., *Il diritto*...., 615, il quale ricorda che è la stessa struttura del diritto del lavoro a presupporre che i posti di lavoro disponibili presso un datore siano dislocati in un luogo fisso e facciano parte di un processo produttivo istituito e definito dallo stesso datore in tutti i suoi aspetti.

scussione il fatto che la scelta del luogo sia espressione significativa del potere direttivo esercitato dall'imprenditore; se ne dà soltanto per scontato l'esito, e quindi pleonastica l'indicazione, proprio in considerazione dell'esigenza di "concentrazione" dei fattori produttivi che l'adozione del modello fordista rende quasi imprescindibile⁶⁹.

3.1. Crisi economica e decentramento produttivo

Stando così le cose, non sorprende che l'interesse degli imprenditori verso forme e strumenti di esternalizzazione del lavoro dalla fabbrica - lavoro a domicilio, appalti di servizi, decentramenti produttivi - sia stato per molto tempo scarso, essenzialmente legato a specifiche produzioni o ad attività marginali, quelle che richiedono pochi controlli e limitati supporti strumentali.

Tuttavia, una tale situazione economico-produttiva, protrattasi quasi immutata fino ai primi anni settanta, si è poi rapidamente evoluta, spinta da una crisi economica che ha costretto l'impresa, nel tentativo di ridurre costi e rischi, ad inseguire una forte flessibilizzazione dei processi e dei prodotti⁷⁰. La scelta obbligata è stata quella che ha portato al decentramento di attività non essenziali rispetto alla produzione principale⁷¹. Il ciclo produt-

⁶⁹ Sul luogo della prestazione come elemento "naturale" del contratto, v. *amplius*, Cipressi P., *Il luogo ...*, 70 ss, in part. 73: inoltre, l'indicazione del luogo, presupposto comunque necessario all'esecuzione della prestazione, incombe sul datore-creditore, nella duplice veste giuridica di facoltà discrezionale e di onere.

⁷⁰ Flessibilità contrassegnata, dal lato dei rapporti di lavoro, dall'adozione di moduli di impiego alternativi al contratto a tempo pieno ed indeterminato, in grado di accrescere enormemente la potenzialità e la discrezionalità organizzativa del *management* aziendale: Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 6-7 datt.

⁷¹ Matarazzo G., *Aspetti economici e strategici*, in Scarpitti G.-Zingarelli D. (a cura di), *Il telelavoro. Teorie e applicazioni. La destrutturazione del tempo e dello spazio nel lavoro post-industriale*, Milano 1996, 198-99. De Luca Tamajo R., *Profili lavoristici*, Aa. Vv., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Napoli 1997, 63.

tivo direttamente organizzato dall'impresa si riduce per un sistematico ricorso ad integrazioni esterne, sia con altre imprese, sia grazie alla sperimentazione di forme nuove di collaborazione professionale di cui si avverte via via l'esigenza⁷².

La conseguenza diretta ed immediata di tutto ciò è stata la valorizzazione di lavoratori dotati di ampi margini di autonomia organizzativa, responsabili del proprio percorso formativo, impegnati a fornire una prestazione qualificata per obiettivi concordati piuttosto che in base a parametri temporali quantitativamente determinati, senza necessariamente comportare un mutamento del relativo regime giuridico⁷³. Anche il variegatissimo fenomeno dei gruppi di imprese si iscrive a pieno titolo in un tale contesto⁷⁴.

3.2. La "rivoluzione" informatica

Negli stessi anni in cui si consolidano i processi di decentramento, il modello del lavoro industriale è interessato da un altro fattore di grande portata "rivoluzionaria", almeno sotto il profilo organizzativo che più ci interessa: il ricorso alla tecnologia informatica⁷⁵. Non pare pertanto

⁷² Perulli A, *Il diritto...*, 177-78; Zoli C., *Subordinazione ...*, 252-55. A differenza del lavoro autonomo che produce beni materiali, quando oggetto dell'attività sono soltanto dei servizi, la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato diventa impraticabile: Vitali D. *Orientamenti...*, 228-234.

⁷³ Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 5, 61 ss, in part. 68: si ripresenta qui il controverso legame fra contratto di lavoro ed organizzazione d'impresa. E' difficile non vedere come le nuove istanze produttive collochino il potere d'impresa in una dimensione di efficienza e di competitività che va ben al di là della ristretta dimensione negoziale.

⁷⁴ Veneziani B., *Gruppi...*, 611-12; 636. Come sottolinea Vardaro G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in Gaeta L., Marchitello A., Pascucci P. (a cura di), *Itinerari*, Milano 1989, 321 ss, l'avvento combinato della crisi economica e dell'innovazione tecnologica ben difficilmente avrebbe potuto lasciare "indenne" la figura del datore di lavoro.

⁷⁵ Zanelli P., *Nuove tecnologie. Legge e contrattazione collettiva*, Milano 1993; Calafà L., *Le strutture...*, 30.

un'esagerazione affermare che proprio la tecnologia informatica ha segnato in modo irreversibile la trasformazione dell'ufficio e della fabbrica, imposto flessibilità e mobilità, accentuato il ridimensionamento e la disarticolazione delle strutture, costretto a rivedere le qualificazioni professionali, reimpostando i sistemi di comunicazione, coordinamento e controllo⁷⁶.

Tutto ciò si è inevitabilmente tradotto nella trasformazione visibile delle modalità esecutive della prestazione di lavoro⁷⁷: meno "subordinazione", più cooperazione, maggior adattabilità, intensificata relazione uomo-macchina, parziale declino delle tradizionali mansioni di produzione, aumento dei compiti di *problem solving*, di controllo e di regolazione⁷⁸. I processi decisionali si socializzano, il *management* perde gran parte dei suoi accenti autoritativi privilegiando funzioni di indirizzo e coordinamento⁷⁹. Da parte sua, il lavoratore viene responsabilizzato più sui risultati che sulle procedure, e vede aumentare la discrezionalità tecnica e decisionale rispetto agli obiettivi dell'impresa, nella realizzazione dei quali è più consapevolmente coinvolto⁸⁰.

L'avvento della telematica ha inoltre reso praticabile un'ulteriore fram-

⁷⁶ Perulli A., *Diritto del lavoro e flessibilità. Linee di ricerca*, LD 1989, 406-412; Pessi R., *Contributo...*, 216-217; Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 52-55; D'Antona M., *Diritto del lavoro...*, 314-315.

⁷⁷ Sulla necessità di adeguare la capacità produttiva alla discontinuità del mercato, v. Veneziani B., *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, DLRI 1987, 5-8.

⁷⁸ Galantino L., *I riflessi dell'innovazione tecnologica sull'inquadramento professionale e sulla struttura retributiva dei lavoratori*, DL 1986, I, 181. Più recentemente, ID, *I profili giuslavoristici della qualità*, in Galantino L. (a cura di), *Qualità e rapporto di lavoro*, Milano 1995, 1 ss.

⁷⁹ Carinci F., *Rivoluzione...*, 225. Per Ballestrero M.V., *La flessibilità nel diritto del lavoro. Troppi consensi?*, LD 1987, 295-96, alcune recenti innovazioni tecnologie accentuerebbero, invece che ridurre, la quota di subordinazione e i tassi di sfruttamento del prestatore di lavoro.

⁸⁰ Butera F., *Il lavoro...*, 735-36. Scarpelli F., *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, DRI 1994, 2, 43 ss: V. anche Ballavista A., *Il controllo sui lavoratori*, Torino 1995.

mentazione “qualitativa” del sistema di organizzazione produttiva, impensabile soltanto qualche anno prima. Con la diffusione di tale tecnologia, infatti, decentramento ed esternalizzazione d’attività diventano una strategia che le imprese possono perseguire senza rinunciare a quel coordinamento spazio-temporale ritenuto necessario all’utile integrazione delle singole prestazioni nell’organizzazione imprenditoriale⁸¹. Infatti, sono proprio queste nuove e singolari potenzialità gestionali a spingere l’impresa ad “esportare” al di là del tradizionale perimetro aziendale funzioni quali la progettazione, la ricerca, la contabilità, il *know-out*, dando vita ad un decentramento funzionale e ad una riorganizzazione imprenditoriale che comporta veri e propri interventi strutturali, spaziali e di redistribuzione delle decisioni e delle responsabilità⁸².

E’ innegabile che sistemi lavorativi decentrati, periferici, domiciliari come quelli descritti finiscano per accrescere fungibilità ed assonanze non casuali tra forme di lavoro (autonomo) coordinate e continuative ed atipiche prestazioni di lavoro dipendente, tanto da favorire una possibile permeabilità-contiguità di situazioni giuridiche che restano diverse, soprattutto per l’assetto di interessi che in esse si esprime⁸³. Ad essere superata, quindi, non è tanto la necessità di una loro corretta qualificazione giuridica, ma la tradi-

⁸¹ Ichino P., *Il lavoro subordinato...*, 129; ID, *Incidenza dell’innovazione tecnologica sulla struttura del rapporto di lavoro subordinato e sui relativi criteri di distinzione dal lavoro autonomo*, RGL 1985, I, 199-203; Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi...*, 51-53: in contesti come questi è quasi fisiologico che il contratto di lavoro assuma la forma di un programma di lavoro, in quanto modello sicuramente più efficiente rispetto a quello gerarchico.

⁸² Veneziani B., *Nuove tecnologie...*, 8-9. D’Antona M., *Intervento*, in Aa. Vv., *Nuove forme...*, 149, 151: è innegabile che al centro di tutti i processi di trasformazione vi sia l’impresa; centrale, pertanto, è ricercare proprio nell’impresa, intesa come “costante” del processo produttivo, il punto di ricomposizione di tutte le nuove forme di organizzazione del lavoro che si aggiungono al tradizionale modello fordista. Per una ricostruzione delle dinamiche socio-economiche, v. Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, RIDL 1988, I, 53-63.

⁸³ Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 7-8 datt.

zionale rilevanza qualificatoria attribuita al luogo di lavoro, come sembra invece ostinarsi a ribadire la giurisprudenza francese con la criticata riproposizione di un'anacronistico "imperativo geografico", che svaluta la portata del criterio discrezionale oggi più efficiente, quello relativo alle specifiche modalità con cui il singolo lavoratore partecipa all'attività produttiva della sua impresa⁸⁴.

4. Il fenomeno del telelavoro. Lo "status" giuridico del telelavoratore

La più concreta espressione del massimo concorso sinergico realizzabile fra un utilizzo pressoché esclusivo dello strumentario telematico ed una prestazione di lavoro da rendere a "distanza", cioè topograficamente al di fuori dell'ambito aziendale⁸⁵ - senza rinunciare al necessario collegamento funzionale con esso - è oggi sicuramente rappresentata dal fenomeno del telelavoro. Pur rientrando nella generale tendenza alla delocalizzazione di attività e funzioni imprenditoriali nello spazio⁸⁶, esso si distingue nettamente dalle forme classiche e consuete di decentramento produttivo: non si

⁸⁴ Supiot A., *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del "tempo di lavoro")*, LD 1997, 20 ss: è soprattutto la perdita di una dimensione spaziale circoscritta al perimetro aziendale a segnare il superamento della definizione generale ed astratta di lavoro che aveva caratterizzato, con alterne vicende, la lunga fase della rivoluzione industriale.

⁸⁵ A ben riflettere, la nozione di distanza non sembra tanto riferirsi al mero luogo di esecuzione della prestazione, quanto all'insieme dei suoi referenti, che sono, oltre all'azienda, i colleghi, i clienti, gli utenti. In tal senso, si potrebbe addirittura parlare di un riaccostamento più o meno strisciante che il telelavoro sarebbe in grado di realizzare, non disgiuntamente dalla minaccia portata all'efficacia dell'intervento dei tradizionali modelli di tutela dei lavoratori: Gaeta L., *Il telelavoro: legge e contrattazione*, DLRI 1995, 549, e ID, *Lavoro a distanza...*, 10. Contra, Nogler L., *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, QL 1998, n. 21, 1 ss. datt.

⁸⁶ Sottolinea la difficoltà di individuare i confini "fisici" dell'azienda Pessi R., *Contributo...*, 216.

risolve, infatti, nella mera dislocazione territoriale di unità che mantengono la loro autonomia organizzativa, ma comporta una destrutturazione dei tradizionali luoghi di lavoro, attraverso la dislocazione dei singoli posti, che si “allontanano” dall’ufficio e dalla fabbrica⁸⁷. Ciò comporta che il telelavoro, pur realizzando (di per sé) soltanto una mera modifica del luogo di esecuzione della prestazione, non potrebbe mai venire unilateralmente imposto dal datore attraverso il ricorso al potere di trasferimento del dipendente, ai sensi e per gli effetti della disciplina prevista nell’art. 13 St. lav.⁸⁸. Non si tratta soltanto di evitare uno sfavorevole mutamento delle condizioni giuridiche di svolgimento del rapporto, ma piuttosto di ribadire che anche quando non sia di tipo domiciliare, cioè avvenga in locali a disposizione dell’impresa, l’adozione del telelavoro deve sempre essere fondata su una idonea manifestazione di volontà, in ragione dell’altissimo grado di coinvolgimento personale del lavoratore che essa comporta⁸⁹.

A voler tentare una definizione - forzatamente approssimativa, basti pensare ad alcune teorie sociologiche secondo le quali il telelavoro prescinderebbe dall’utilizzo della stessa tecnologica informatica⁹⁰ -, si potrebbe

⁸⁷ Cepollaro G, *Presupposti e definizioni*, in Scarpitti G.- Zingarelli D. (a cura di), *Telelavoro...*, 43-44. Sulla difficoltà di definire il fenomeno del telelavoro Nogler L., *Qualificazione...*, 5, il quale ne sottolinea anche la potenziale “pericolosità” nel caso la definizione venga “sovraccaricata” di pregiudizi in grado di condizionare la stessa procedura di selezione della disciplina applicabile. V. anche Simitis S., *Il diritto...*, 617, secondo cui il posto di lavoro avrebbe ormai cessato di essere il simbolo dell’appartenenza all’impresa.

⁸⁸ Di contrario avviso Del Punta R., *Esigenze e poteri dell’imprenditore*, in Gaeta L., Pascucci P., *Telelavoro...*, 59, per il quale la situazione descritta dovrebbe essere considerata, funzionalmente se non “ontologicamente”, alla stregua di un comune trasferimento da un’unità produttiva ad un’altra, non soltanto nel caso in cui il decentramento avvenga presso un apposito centro servizi, ma anche quando la scelta ricada sul domicilio del lavoratore.

⁸⁹ Romei R., *I controlli e la tutela della privacy*, in Gaeta L., Pascucci P. (a cura di), *Telelavoro...*, 108: più che l’oggettiva distanza del luogo di materiale esecuzione della prestazione dalla sede aziendale, la volontarietà sembrerebbe imposta dalla rilevanza degli effetti derivanti dalla sostituzione delle relazioni fisiche di interazione-collaborazione con forme di comunicazione e controllo telematici.

⁹⁰ De Masi D., *Aspetti...*, 45. Ritene invece che occorra evitare, in sede definitiva, sia una visione ristretta, sia una visione eccessivamente ampia, Napoli M., *Il telelavoro...*, 142-146.

dire che il telelavoratore è colui che si impegna a prestare la propria attività con uno strumento telematico⁹¹, topograficamente al di fuori dell'impresa o dell'unità produttiva di appartenenza⁹², su incarico e/o nell'interesse della quale la prestazione è svolta⁹³. In tal senso, il telelavoro si propone come fattispecie potenzialmente in grado di ricomprendere una pluralità di figure che, pur condividendo l'utilizzo del computer e la prestazione a "distanza" dal centro aziendale di imputazione, non potranno essere tutte qualificate di lavoro subordinato⁹⁴. Sta qui l'interesse che il fenomeno (telelavoro) ha saputo suscitare tra i giuslavoristi⁹⁵: aver reso ancora più evidente il rischio che a fattispecie "socialmente" molto simili possano essere attribuite qualificazioni giuridiche diverse, con tutto ciò che ne consegue in termini di tutele applicabili⁹⁶, specie quando si utilizzino con eccessiva rigidità i criteri qualificatori elaborati dalla giurisprudenza per le tradizionali modalità

⁹¹ Ai fini di una corretta operazione qualificatoria è essenziale definire il ruolo giocato dallo strumento elettronico: così Gaeta L., *La qualificazione ...*, 3, il quale consiglia di utilizzare le previsioni disciplinanti il lavoro svolto all'interno dell'azienda, che si riferiscono ad attività produttive svolte davanti al computer per più della metà dell'orario di lavoro.

⁹² La postazione può essere indifferentemente installata presso il domicilio del lavoratore o altro locale di cui egli abbia la disponibilità. L'individuazione del proprietario/possessore del *locus laboris* può essere rilevante soltanto sotto il profilo della qualificazione giuridica del rapporto, non certo per la configurazione della fattispecie del telelavoro.

⁹³ Di Martino V., *Il telelavoro...*, 7.

⁹⁴ In base alla definizione adottata dalla *European Foundation for the Improvement of Living and Working Condition*, è telelavorata ogni prestazione svolta per conto di un imprenditore o un cliente da un lavoratore dipendente, un lavoratore autonomo o un lavoratore a domicilio, effettuata regolarmente, e per una quota consistente del tempo, da una o più località diverse dal posto tradizionale, utilizzando tecnologie informatiche e/o delle telecomunicazioni. V. Blanpain R., *The legal and contractual situation of teleworkers in the European Union. The law aspects including self-employees. Consolidated Report*, European Foundation, Working Paper, n. VP/97/28/EN, 1995, 3 ss.

⁹⁵ Ichino P., *Incidenza...*, 199 ss; Gaeta L., *Prime osservazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro*, Lav. '80 1986, 44 ss; Zanelli P., *Nuove tecnologie...*, 51ss.

⁹⁶ Del Punta R., *Esigenze aziendali...*, 48.

di prestazione del lavoro industriale⁹⁷.

Soltanto attraverso un'attenta valutazione di tutti gli aspetti del telelavoro - quelli attinenti ai soggetti, al tipo di organizzazione, alla quantità ed alla qualità della prestazione - sarà possibile arrivare ad accertare, caso per caso, quali di questi telelavoratori siano da considerare parasubordinati, autonomi o veri e propri imprenditori⁹⁸, come tali esclusi dall'insieme delle tutele assicurate dall'ordinamento giuslavoristico⁹⁹. Per quanto concerne i criteri utilizzabili, la dottrina che se ne è interessata, ha ritenuto di indicare tra i più significativi quelli relativi all'aspetto organizzativo ed al momento qualitativo della prestazione¹⁰⁰.

Sotto il primo profilo il telelavoro manifesta tutta la sua straordinaria

⁹⁷ P. Milano 28 agosto 1996, RIDL 1997, II, 282 con nota di Caro M., *Sulla qualificazione del lavoro informatico*; P. Milano 24 aprile 1995, RIDL 1996, II, 509, con nota di Bonardi O., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di subordinazione e autonomia nel lavoro informatico*. Cfr. Gaeta L., *Lavoro a distanza...*, 201.

⁹⁸ Gaeta L., *La qualificazione...*, 7 ss; Del Punta R., *Esigenze...*, 51, secondo cui nel telelavoro imprenditoriale, autonomo o parasubordinato, i poteri del committente non risiedono nel rapporto ma insistono sul rapporto; al committente dell'*opus*, cioè, non possono essere imposti altri limiti che non siano quelli derivanti dal contratto.

⁹⁹ Colotto S., *Gli aspetti giuridici del telelavoro e le tutele legali del telelavoratore*, in CNEL, Gruppo di lavoro sulla Società dell'Informazione, *Il telelavoro: gli effetti della disciplina legislativa e contrattuale*, Seminario, Roma, 12 giugno 1998, Doc., solo datt., 8-9. V. anche Pelaggi L., *Il telelavoro: difficoltà di classificazione e possibili interventi legislativi*, *ivi*, 6-8, il quale ricorda come in questi casi la tutela lavoristica operi soltanto in presenza di uno pseudo-appalto ai sensi della l. n. 1369/60, che si realizza quando il telelavoratore non ha una propria struttura imprenditoriale o è in rapporto di dipendenza economica esclusiva con l'impresa committente. In giurisprudenza - v. Cass. 26 febbraio 1994, n. 1979, DL 1994, II, 170 e Cass. 1° febbraio 1993, OGL 1993, 611 -, si parla di pseudo-appalto quando vi è l'utilizzazione di capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, a fronte di un apporto marginale ed accessorio reso personalmente dall'appaltatore; detti limiti possono tuttavia non rilevare proprio nel campo dei servizi implicanti elevate conoscenze tecniche o l'utilizzazione degli elaboratori elettronici in base a ben determinate istruzioni: Cass., Sez. Un., 19 ottobre 1990, n. 10183, MGL 1991, 84. Né bisogna dimenticare che l'operatività della l. n. 1369/60 è esclusa dalle disposizioni dell'art. 10 l. n. 196/97, quando cioè l'impresa svolga un'attività di fornitura di lavoro temporaneo.

¹⁰⁰ Gaeta L., *Il telelavoro ...*, 552; Pascucci P., *Il quadro giuridico del telelavoro*, in Aa.Vv., *Il telelavoro nelle Banche...*, 30-31.

flessibilità, attraverso le tante modalità in base alle quali può articolarsi: il telelavoro domiciliare, il centro di telelavoro o agenzia di servizi (da rendere a terzi o a più aziende determinate), il centro satellite (un'azienda colloca una certa fase "telematica" della sua attività in un luogo distinto dalla sua sede), il sistema distribuito (piccole unità disseminate sul territorio svolgono le varie fasi del lavoro, comunicando telematicamente tra loro), ed il telelavoro mobile (svolto da un singolo lavoratore senza una precisa collocazione in un locale inteso in senso stretto)¹⁰¹.

Per quanto concerne il "momento qualitativo" della prestazione - quello in grado di evidenziare il tipo di collegamento che si instaura tra chi effettua il telelavoro e la struttura nel cui interesse esso viene svolto¹⁰² -, tre sono le ipotesi che si possono concretizzare: *off line*, in cui il telelavoratore, ricevute le istruzioni preventive, svolge l'attività informatica per proprio conto, senza alcun collegamento elettronico con il computer aziendale, al quale perverranno soltanto i dati che sono il risultato del lavoro svolto; *one way line*, dove il telelavoratore esegue la propria attività su di uno strumento elettronico posto in collegamento con il computer-madre in cui i dati confluiscono automaticamente, senza tuttavia consentire di interagire elettronicamente; *on line*, la forma più diffusa, nella quale il telelavoratore è inserito in una rete di comunicazione che permette un dialogo interattivo con il sistema centrale, consentendo all'imprenditore di esercitare controlli ed impartire direttive in tempo reale¹⁰³.

Le particolari modalità di esecuzione che caratterizzano ogni prestazione telelavorata non potranno non condizionare, stante l'attuale ordina-

¹⁰¹ Napoli M., *Il telelavoro...*, 145-146; Gallino L., *Profili sociologici*, in Aa.Vv., *Nuove forme...*, 45 ss.

¹⁰² Gaeta L., *Lavoro a distanza...*, 70-71; Cfr. anche Pizzi P., *Il telelavoro*, Roma, 1997, 45 ss.

¹⁰³ Nelle ipotesi *off line* e *one way line*, la mancanza di un coordinamento in tempo reale impedirebbe la qualificazione del rapporto come subordinato ordinario, qualificazione che ricorrerebbe nella sola ipotesi di collegamento *on line*: Ichino P., *Il lavoro subordinato...*, 69. Concorda sulla necessità di provare l'assoggettamento continuo all'eterodirezione per l'identificazione della natura subordinata del rapporto, Pessi R., *Contributo...*, 49, 87.

mento, il processo di attribuzione al telelavoratore del suo effettivo *status* giuridico¹⁰⁴. Si tratta, tuttavia, di un comune problema di qualificazione che dovrà essere risolto utilizzando le ormai consolidate procedure basate sulla sussunzione sillogistica della fattispecie concreta in una delle due fattispecie astratte contrapposte, da cui discende l'inevitabile applicazione di determinati effetti, in base alla disciplina predisposta dal nostro diritto del lavoro¹⁰⁵. L'uso più flessibile dei tradizionali indici rilevatori, a cui se ne sono aggiunti di nuovi, non sembra in grado di contraddire l'esclusività del metodo¹⁰⁶: si tratta per lo più di evitare generalizzazioni di principio e meccanicistici confronti tra fattispecie astratta e concreta, anche attraverso "presunzioni" con cui rendere più facile accertare la sussistenza di tutti gli elementi essenziali della stessa¹⁰⁷. Con l'avvertenza che, senza trascurare la valutazione del comportamento e della concreta attuazione data alle direttive del programma, sarà inevitabile guardare con maggior attenzione anche lo sche-

¹⁰⁴ Ad avviso di Gaeta L., *La qualificazione...*, 5, il problema dell'identificazione del telelavoro finisce per risolversi in concreto in un problema di qualificazione.

¹⁰⁵ Per le complesse questioni di metodo da affrontare, cfr. Perulli A., *Diritto...*, 495; Nogler L., *Osservazioni su accertamento e qualificazione del rapporto di lavoro*, GC 1992, I, 107-108; Ichino P., *Autonomia e subordinazione...*, 89, 92-93.

¹⁰⁶ Gaeta L., *Lavoro a distanza...*, 231 ss; Ballestrero M.V., *L'ambigua...*, 50-52; Pizzi P., *Brevi considerazioni...*, 225-226. V. anche Tosi P., *Intervento*, Aa.Vv., *Nuove forme...*, 162, il quale sostiene l'equivocità della contrapposizione tra metodo tipologico e sussuntivo. La prospettiva tipologica rappresenterebbe soltanto un modo empirico di risolvere in concreto i problemi di qualificazione, ovviando all'incapacità identificatoria della fattispecie astratta. In senso critico, Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi...*, 49, secondo il quale il metodo tipologico non ha funzionato, come avrebbe dovuto, sotto il profilo della graduazione delle tutele, realizzando nei fatti un loro ragguagliamento verso l'alto.

¹⁰⁷ D'Antona M., *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni, Comparazione e prospettive*, Bologna 1989, 216. Sostiene il superamento del metodo sussuntivo da parte di quello per approssimazione o tipologico, De Luca Tamajo R., *Profili...*, 58, che richiama i molti tentativi fatti dalla giurisprudenza per sdrammatizzare gli esiti della qualificazione del rapporto attraverso l'estensione alla parasubordinazione delle garanzie dell'art. 2126 c.c. in materia di rapporti di fatto, nonché di quelle dell'art. 36 Cost. in tema di retribuzione. V. anche ID, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del <lavoro coordinato>*, ADL, 1997, n. 5, 48-49.

ma negoziale prescelto dalle parti, in sede sia collettiva che individuale¹⁰⁸.

A ben vedere, non si deve far altro che richiamare gli schemi giuridici della subordinazione già tratteggiati, con le cautele che la complessità del fenomeno sollecita¹⁰⁹, prestando moltissima attenzione alle singolari modalità di collegamento dell'attività telelavorata con l'organizzazione complessiva predisposta dall'imprenditore¹¹⁰. E' indubbio infatti che, alla fine, l'identificazione della natura giuridica del rapporto dipenderà dall'esistenza e dal grado di intensità del legame organizzativo - in particolare, dei rapporti di potere che si sono instaurati - fra telelavoratori e impresa¹¹¹; senza dimenticare, poi, che nel telelavoro - almeno nel c.d. telelavoro interattivo - la macchina, prima ancora di essere lo strumento tecnico tramite il quale realizzare il collegamento funzionale tra lavoratore ed impresa, è momento di espressione dei poteri di eterodeterminazione che abbiamo ripetutamente indicato essere il vero "nocciolo duro" della subordinazione¹¹².

La specifica analisi del telelavoro ci conferma, quindi, una nozione di impresa come attività organizzata e luogo di esecuzione del contratto, alla

¹⁰⁸ Ichino P., *La rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto di lavoro*, QRIDL 1989, n. 1, 47-48; Tiraboschi M., *Autonomia e subordinazione nelle tecniche di interpretazione dei precedenti giudiziari*, RGL 1994, II, 364. In giur., Cass. 29 maggio 1996, n. 4948, DPL 1996, 959. Bartesaghi M., *Il lavoro...*, 556; Pessi R., *Contributo...*, 221; Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi...*, 48: si tratta di riaffermare la centralità del contratto, più che come modo di costituzione del vincolo, di regolamento che conserva all'individuo il potere di autorealizzazione, contro ogni propensione allo status.

¹⁰⁹ Sulla distinzione tra telelavoro autonomo e dipendente, Gallino L., *Mutamenti in corso nell'organizzazione del lavoro*, LI 1996, nn. 15-16, 89-92.

¹¹⁰ Flammia R., *Telelavoro e subordinazione*, in Aa.Vv., *Il telelavoro nelle banche...*, 40; Lassandari A., *Qualificazione del rapporto di lavoro, oneri probatori e rilievo della volontà delle parti*, RIDL 1995, II, 492; Lunardon F., *L'uso...*, 403 ss. Nogler L., *Qualificazione...*, 12-13.

¹¹¹ Per Gaeta L., *Qualità totale...*, 121, il ruolo del carattere dell'inserzione dev'essere "svalutato" a quello di mera attribuibilità tecnica della prestazione ad una determinata struttura di riferimento.

¹¹² Ad avviso di Ichino P., *Il lavoro subordinato...*, 212-213, l'assoggettamento necessario ai fini della qualificazione non sarebbe sufficientemente individuato nel solo rispetto delle procedure imposte dall'adozione del software di base, bensì nella facoltà contrattualmente riservata al datore di scegliere e sostituire discrezionalmente il programma operativo specifico. Sul punto, v. anche Gaeta L., *La dignità del lavoratore e i <urbamenti> dell'innovazione*, LD 1990, 209.

cui identificazione non è rilevante tanto il dato geografico quanto piuttosto quello organizzativo: sarà quindi l'intensità del vincolo a dover esattamente connotare la posizione del singolo nella collettività di lavoro, e con essa a determinare esattamente il tipo contrattuale cui giuridicamente ricondurlo¹¹³.

4.1. Diritti e doveri fondamentali del telelavoratore subordinato

Non diversamente da ogni altro lavoratore subordinato, anche il telelavoratore che si sia visto attribuire tale *status*, al di là delle particolari modalità che ovviamente caratterizzano l'esecuzione della sua prestazione¹¹⁴, sarà tenuto al rispetto dei doveri e, contestualmente, potrà godere di quell'insieme di diritti fondamentali che l'ordinamento giuslavoristico vi ricollega.

Anche il telelavoratore subordinato, cioè, dovrà adempiere la sua prestazione con diligenza e perizia, in relazione alle mansioni svolte ed alle direttive impartite, nelle quali si esprimono l'interesse e le esigenze dell'organizzazione imprenditoriale in cui la prestazione dev'essere inserita¹¹⁵; il tutto integrato da una serie di altrettanto doverosi comportamenti correlati, destinati a garantire la "conservazione" della capacità lavorativa e la custodia degli strumenti di lavoro¹¹⁶. Ne consegue la responsabilità del

¹¹³ Sull'ineliminabile connessione fra contratto, persona ed impresa si sofferma Fabris P., *Una sfida...* 157-161.

¹¹⁴ Su cui incide in modo rilevante il tipo di collegamento informatico con la sede centrale dell'impresa, v. *supra*.

¹¹⁵ Ad avviso di Santoro Passarelli G., *Il telelavoro...*, 7, sarebbero proprio le particolari modalità della prestazione a ridurre drasticamente le concrete possibilità di attribuire mansioni diverse da quelle alle quali il lavoratore è normalmente adibito.

¹¹⁶ Speciale V., *Gli obblighi del lavoratore e le conseguenze dell'inadempimento*, in Gaeta L., Pascucci P., *Telelavoro...*, 67, in part., 70-74: un tale obbligo di custodia assume connotati specifici quando il lavoratore esegue la prestazione nel proprio domicilio, indipendentemente dal fatto che il suo rapporto venga configurato come attività domiciliare in senso tecnico, a meno che, in quest'ultima ipotesi, le attrezzature siano di proprietà del lavoratore. Tuttavia, ad ogni lavoratore che svolga l'attività in locali di propria pertinenza non può essere accollato un obbligo di custodia ulteriore, se non specificamente previsto nei contratti individuali o collettivi di lavoro, in molti dei quali si precisa che le attrezzature sono concesse al lavoratore in comodato (art. 1804 c.c.).

telelavoratore per errori e negligenze, o anche per il mancato rispetto di eventuali *standards* qualitativi¹¹⁷.

Neppure per quanto concerne il dovere di obbedienza - che costituisce il lato passivo del potere direttivo - il telelavoro presenta caratteristiche molto diverse dal normale rapporto di lavoro, se non per il fatto che le funzioni gerarchiche vengono normalmente espletate in via telematica. E' sotto questo specifico profilo che il lavoro a distanza riesce ad esprimere il suo massimo potenziale di flessibilità, grazie alla predisposizione di modelli in cui la rigida predeterminazione dei tempi di esecuzione del lavoro è stata sostituita da ampie facoltà di autorganizzazione discrezionale nella giornata (lavorativa), spesso con il solo limite rappresentato dalla previsione contrattata di fasce di reperibilità¹¹⁸. Il che finisce, innanzitutto, per influire sulla determinazione della retribuzione, nonostante occorre riconoscere che, nella maggior parte dei casi, il *software* è in grado di verificare non soltanto il rispetto dell'orario di lavoro, ma anche l'intensità ed i risultati dell'attività svolta¹¹⁹.

Alla maggiore autonomia e flessibilità appena descritte sembrerebbero collegarsi anche le accresciute possibilità di porre in essere violazioni dell'obbligo di fedeltà e di non concorrenza: il dipendente può avere un

¹¹⁷ Speciale V., *Gli obblighi...*, 66 ss: il telelavoratore sarà altresì soggetto agli ulteriori obblighi e doveri che sono normalmente riconducibili alla diligenza, alla correttezza e buona fede, come, ad esempio, quelli della reperibilità domiciliare in caso di visite di controllo o della comunicazione per assenza giustificata (69-70).

¹¹⁸ Dovrebbe trattarsi anche in questo caso di un obbligo accessorio finalizzato alla realizzazione del necessario coordinamento temporale tra lavoratore e impresa - vedi l'ipotesi di periodici rientri per la partecipazione a riunioni in azienda -, il cui mancato rispetto configura una violazione del dovere di obbedienza: Speciale V., *Gli obblighi...*, 80.

¹¹⁹ A parte il caso del telelavoro domiciliare - dove la legge impone la retribuzione a cottimo pieno - e l'esperienza della contrattazione collettiva al ribasso per i dipendenti delle aziende artigiane e delle piccole imprese cooperative (su cui, *infra*), le tematiche retributive sono decisamente sottovalute, rilevando soltanto nelle situazioni in cui il telelavoro viene introdotto come forma di flessibilizzazione organizzativa finalizzata all'ottimizzazione dei costi e della produttività: così, Zoppi L., *La retribuzione*, in Gaeta L., Pascucci P., (a cura di), *Telelavoro...*, 117, 122-123.

facile accesso ad altri *computers*, programmi o *file*; può venire a conoscenza di notizie riservate relative al modello organizzativo ed al *know how*; può inserirsi nelle complesse procedure di trasmissione dei dati e delle informazioni¹²⁰. Da qui l'esigenza, sempre più avvertita da parte delle aziende, di predisporre programmi che consentono il controllo della correttezza dei comportamenti del lavoratore relativi all'uso della strumentazione informatica di cui dispone.

Alla stregua degli obblighi del telavoratore, anche in merito alla natura ed alle caratteristiche del potere disciplinare non appaiono ravvisabili sostanziali differenze. Tuttavia, le particolari modalità della prestazione impongono alcuni significativi adeguamenti della disciplina prevista, dovuti, ad esempio, all'impossibilità di affiggere il codice disciplinare in un luogo accessibile a tutti (art. 7, co. 1, St. lav.) o al rispetto della forma scritta delle infrazioni e delle sanzioni, fino a condizionare la stessa procedura di intimazione del licenziamento disciplinare. Al di là, infatti, della non irrilevante questione dell'unità produttiva, cui il telavoratore dev'essere aggregato ai fini dell'applicazione dell'art. 18 St. lav.¹²¹, va sottolineato come il licenziamento può indifferentemente trovare causa sia nel mezzo utilizzato sia nelle specifiche modalità di esecuzione della prestazione, la violazione delle quali produce effetti che nella stragrande parte dei casi compromettono irreparabilmente il legame fiduciario tra lavoratore ed impresa: gravità del comportamento e sue eventuali giustificazioni sono, cioè, irrimediabilmente connesse al tipo di telavoro svolto, alla proprietà degli strumenti informatici, nonché alla disponibilità dei luoghi in cui la prestazione viene resa¹²².

¹²⁰ Speciale V., *Gli obblighi...*, 83-84.

¹²¹ La consistenza dell'unità produttiva cui il dipendente appartiene serve anche a determinare il tipo di tutela - obbligatoria o reale - da applicare contro i licenziamenti illegittimi. Sull'individuazione dell'unità produttiva nel telavoro, v. anche Santoro Passarelli G., *Il telavoro...*, 9-10 (datt.): la postazione di telavoro non può essere mai considerata un'unità produttiva autonoma, in quanto persegue scopi meramente strumentali rispetto ai fini dell'impresa: cfr. Del Punta R., *Esigenze...*, 62.

¹²² Speciale V., *Gli obblighi...*, 94-95. Del Punta R., *Esigenze...*, 63-63: specifici problemi possono essere determinati dall'onere di provare l'inutilizzabilità *aliunde* del telavoratore (art. 3 l. n. 604/66), o dalla selezione dei licenziandi, nell'ambito della procedura di licenziamento collettivo. Sul licenziamento nel telavoro domiciliare, v. *infra*.

Un adattamento altrettanto significativo è inoltre richiesto dall'applicazione delle norme in materia di sospensione del rapporto, quando il telelavoro, specie nella versione domiciliare¹²³, non venga addirittura utilizzato come ipotesi alternativa alla stessa sospensione, essendo in grado di realizzare il miglior temperamento possibile fra responsabilità professionali ed esigenze personali e familiari¹²⁴. In quest'ultimo senso, infatti, un recente accordo aziendale¹²⁵ ha addirittura previsto, negli stessi casi in cui sia possibile per il lavoratore ricorrere ai congedi parentali, la trasformazione volontaria del rapporto interno all'azienda in telelavoro, consentendogli di evitare i molti svantaggi di tipo professionale che ogni astensione dal lavoro necessariamente porta con sé¹²⁶.

Per quanto concerne la malattia, ad esempio, il fatto che la prestazione da adempiersi sia resa dal proprio domicilio determina una restrizione delle situazioni che giustificano la sospensione del rapporto, dovendo l'infermità, com'è noto, produrre una specifica incapacità al lavoro¹²⁷. Basti pensare a tutte quelle ipotesi in cui più che a prestare rileva l'impossibilità a raggiungere il posto di lavoro, o a condividere lo stesso ambiente per

¹²³ Può trattarsi di lavoro a domicilio in senso tecnico, ai sensi e per gli effetti della legge n. 877/1973, o più semplicemente di prestazione di lavoro subordinato *tout court*, solo materialmente eseguita al domicilio del lavoratore.

¹²⁴ Il che può avere anche risvolti negativi, specie per quelle lavoratrici che vedono ricomporsi quell'unico universo familiare dal quale il lavoro aveva rappresentato, con il distacco fisico, l'occasione di una liberazione: così, Calafà L., *Le strutture...*, 43.

¹²⁵ Si tratta dell'Accordo del gruppo Elettrolux Zanussi siglato il 6 dicembre 1997, in Gaeta L., Pascucci P. (a cura di), *Telelavoro...*, 313-314: l'obiettivo perseguito è quello di evitare il ricorso non necessario alla sospensione del rapporto di lavoro per accedere ad aspettative facoltative *post-partum*, per malattie del bambino o per l'assistenza di congiunti.

¹²⁶ V. la Direttiva 3 giugno 1996, n. 96/34/CE, di attuazione dell'accordo-quadro Unice, Ceep, e Ces del 14 dicembre 1995. Con il termine congedi parentali si intende far riferimento, ad esempio, all'astensione facoltativa per la nascita o l'adozione di un bambino; per un grave *handicap* del figlio o per riposo durante il primo anno di vita. Sul punto cfr. Santucci R., *La sospensione del rapporto*, in Gaeta L., Pascucci P. (a cura di), *Telelavoro...*, 143-144, nonché ID., *Le cause sospensive del rapporto di lavoro*, Torino 1993, 149 ss.

¹²⁷ Del Punta R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano 1992, 44.

pericolo di contagio¹²⁸. Analoghe considerazioni per la maternità ed il puerperio: il ricorso al telelavoro può eliminare le condizioni lavorative o ambientali rischiose per la salute della donna e del bambino, condizioni che altrimenti obbligherebbero l'imprenditore se non a sospendere il rapporto, certamente a spostare la lavoratrice ad altre mansioni¹²⁹.

Non va infine dimenticato che malattia e maternità, alla stregua dell'infortunio, dell'invalidità, della disoccupazione e della vecchiaia rilevano anche quali eventi generatori di bisogni che l'ordinamento considera meritevoli di tutela. Relativamente a tale profilo, il pericolo maggiore per il telelavoratore non è tanto rappresentato dall'attribuzione dello *status* di subordinazione o di autonomia - che pur serve ad individuare la gestione previdenziale competente¹³⁰ -, quanto dall'eventuale inquadramento con forme contrattuali atipiche, discontinue e a basso reddito, comprensive cioè sia dei rapporti subordinati diversi da quelli a tempo pieno ed indeterminato, sia dei rapporti autonomi o parasubordinati che difettino proprio della libertà (intesa in un senso più socio-economico che giuridico) di rifiutare offerte di lavoro non adeguatamente retribuite, vale a dire di contrattare effettivamente la prestazione¹³¹. Il problema è quello di lavoratori che per le particolarità del loro rapporto non riescono a disporre di mezzi sufficienti per accedere autonomamente ai fondi previdenziali; un rischio, quest'ul-

¹²⁸ Santoro Passarelli G., *Il telelavoro...*, 8-9: l'assenza del telelavoratore può rappresentare per il datore un sacrificio superiore a quello normalmente sopportato per il dipendente interno (all'azienda), visto che assai difficilmente la sua postazione potrà essere utilizzata da un altro. V. anche Ghera E., *Diritto del lavoro*, Bari 1997, 188.

¹²⁹ Gottardi D., *Un progetto...*, 207. E' evidentemente esclusa ogni possibilità di utilizzare la lavoratrice madre durante i periodi di astensione obbligatoria.

¹³⁰ Anche dopo la riforma operata con la legge 8 agosto 1995, n. 335, il nostro ordinamento non è ancora diventato un vero sistema di sicurezza sociale, nonostante si sia significativamente emancipato dal modello assicurativo puro.

¹³¹ In tal senso, Avio A., *Le tutele previdenziali*, in Gaeta L., Pascucci P. (a cura di), *Telelavoro...*, 178-180. Cfr. Cinelli M., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia: quale ruolo per la previdenza sociale*, RIDL 1996, I, 399 ss.

timo, che ricade in modo particolare sul lavoratore autonomo, per il fatto che, privo di "difesa" collettiva, dovrà accollarsi integralmente l'onere di proteggersi dalle situazioni di bisogno¹³².

4.2. (segue:) *Privacy, salute e sicurezza*

Il telelavoro, specie nella versione *on line*, induce ad indagare anche la complessa questione della legittimità degli inevitabili controlli sull'attività lavorativa che sono un'implicita conseguenza delle particolari modalità esecutive di una prestazione che - proprio in quanto resa a distanza con l'ausilio del *computers* - non può fare a meno di un elevato livello di interazione tra il lavoratore e la direzione aziendale. La norma in gioco è l'art. 4 Stat. lav., formulando la quale il legislatore non intendeva impedire ogni forma di controllo sull'esecuzione della prestazione, ma limitarsi a quelle (forme) che fossero attuate a distanza tramite strumenti e macchinari¹³³, o venissero eseguite con modalità anelastiche, occulte e onnipersive, potenzialmente lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore, se non congruamente giustificate - da esigenze organizzative, produttive e di sicurezza dei lavoratori -, dopo idoneo consenso sindacale o autorizzazione amministrativa¹³⁴.

¹³² Sono davvero minime le provvidenze offerte dall'Inps a coloro che esercitano abitualmente attività, anche non in via esclusiva, di lavoro autonomo, o che sono titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, V. Avio A., *Le tutele...*, 172, 174. Sulla tutela economica della maternità a favore delle lavoratrici autonome e delle libere professioniste, v. Santucci R., *La sospensione...*, 142.

¹³³ Una parte della dottrina ha interpretato l'art. 4 in modo estensivo, tanto da esigere la verifica della legittimità del controllo potenzialmente esercitabile attraverso ogni tipo di apparecchiatura utilizzata dal lavoratore Cfr.: Liso F., *Opinione*, su *Computer e controllo dei lavoratori*, DLRI 1986, 371; Pisani C., *I controlli a distanza sui lavoratori*, DLRI 1987, 121 ss; Dell'Olio M., *Art. - 4 St. lav. ed elaboratori elettronici*, DL 1986, I, 487.

¹³⁴ Ghezzi G., *Opinione*, su *Computer...*, 353 ss. In giurisprudenza, il primo caso di contrasto fra tecnologie informatiche e art. 4 St. lav. è stato affrontato e risolto da Pret. Milano 5 dicembre 1984, RIDL 1985, II, 209 ss, con nota di Padovani T., *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa svolta mediante elaboratori elettronici*. V. anche Bellavista A., *Elaboratori elettronici, controlli a distanza e tecniche di tutela*, DL 1989, I, 61.

Parte della dottrina ha ritenuto che per alcune ipotesi di telelavoro l'applicazione della norma descritta avrebbe potuto comportarne l'assoluta inammissibilità, o comunque un'ammissibilità condizionata alla stipulazione di un accordo sindacale. Al di là della limitazione molto forte che ne conseguirebbe, quello che di una tale tesi suscita maggiori perplessità non è tanto il fatto che il telelavoro possa essere regolamentato da accordi sindacali - anzi, è indubbiamente opportuno che tutti i principali aspetti connessi all'esecuzione della prestazione lo siano¹³⁵ -, ma che la conclusione di un contratto collettivo rappresenti una sorta di "modalità obbligata" per poter telelavorare¹³⁶. Sicuramente più condivisibile, sotto questo specifico profilo, è la tesi prospettata da chi cerca di circoscrivere l'operatività del divieto soltanto a quei controlli che consentono di pervenire ad una rappresentazione analogica della realtà, quelli cioè che riescono a fornire un'esatta "ricostruzione" del comportamento tenuto dal prestatore di lavoro¹³⁷.

Nonostante ciò, resta difficile non vedere come il telelavoro si atteggia diversamente dalle figure contemplate dall'art. 4, non soltanto perché la prestazione è normalmente caratterizzata da maggiori ambiti di libertà e di autonomia, ma soprattutto perché l'interattività è funzionalmente destinata a ripristinare l'unità spaziale interrotta dalla alterità dei luoghi ove le prestazioni lavorative sono svolte, piuttosto che a realizzare obiettivi di controllo dell'esatto adempimento della prestazione. Il controllo inevitabilmente esercitato sull'operato del telelavoratore, cioè, non differirebbe - per genere o intensità -, da quello che si realizza in azienda attraverso l'interazione "fisica" con colleghi e superiori¹³⁸: a conferma di quanto le parti ribadiscono nella mag-

¹³⁵ Su cui vedi *infra*, § 5.

¹³⁶ Romei R., *I controlli...*, 97 ss, in part. 108-109, per il quale, ai fini del divieto, non rilevante sarebbe il consenso prestato dal singolo telelavoratore nel contratto (106).

¹³⁷ Pascucci P., *Il quadro giuridico del telelavoro*, in *Il telelavoro nelle banche e nelle assicurazioni*, a cura di Assicredito, Roma 1995, 34. Nello stesso senso Pera G., *Innovazioni tecnologiche e Statuto dei lavoratori*, QRIDL 1989, 7; *Contra, amplius*, Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Torino 1995, 70, per il quale il divieto andrebbe esteso a qualsiasi mezzo comunque idoneo a riprodurre a distanza l'attività del lavoratore.

¹³⁸ Così, Romei R., *I controlli...*, 111.

gior parte dei contratti collettivi fino ad oggi stipulati, quando affermano che le modalità di svolgimento della prestazione di lavoro a distanza non costituiscono una forma di controllo rilevante ai fini dell'art. 4 St. lav., essendo questa funzionale all'esatta esecuzione della prestazione¹³⁹.

Un'ulteriore dimostrazione della validità dell'ipotesi ricostruttiva secondo la quale l'esternalizzazione del lavoro industriale sarebbe fenomeno in grado di accrescere gli spazi di elusione delle garanzie del lavoro può ottenersi dall'attenta valutazione degli effetti che questa forma di lavoro produce sull'integrità psico-fisica del prestatore; questione condivisibilmente assunta come pregiudiziale anche ai fini di una necessaria valutazione "sociale" dell'opportunità di consentire un ricorso generalizzato alle possibili forme di telelavoro, a prescindere dalle diverse qualificazioni giuridiche che queste dovessero concretamente finire per assumere¹⁴⁰.

Sotto il profilo appena accennato (della salute e sicurezza), il telelavoro, caratterizzato com'è dall'impiego delle moderne tecnologie informatiche e telematiche, trova nel nostro ordinamento un riferimento importantissimo, rappresentato dal titolo VI del d.lgs n. 626/94 e dall'allegato VII sulle prescrizioni minime per il corretto uso di attrezzature munite di videoterminale. Si tratta di un complesso di misure che l'imprenditore dovrà porre in essere dopo aver opportunamente valutato gli specifici rischi per la vista e gli occhi, o quelli connessi alla postura o all'affaticamento

¹³⁹ V. ad esempio gli accordi: *Dun & Bradstreet* (art. 2.4), *Confcommercio* (art. 7), *Terziario* (art. 7). Si tratta, tuttavia, di clausole inidonee a sanare l'illegittimità di eventuali controlli effettuati in forma occulta, essendo la norma inderogabile e la contrattazione collettiva impossibilitata a disporre *in pejus*: Santoro Passarelli G., *Il telelavoro nella contrattazione collettiva*, in Cnel, Gruppo di lavoro sulla Società dell'Informazione, *Effetti prevedibili dell'introduzione e della diffusione del telelavoro sul piano della disciplina contrattuale e legislativa*, Documentazione, Seminario, Roma 12 giugno 1988, 6 (datt.). V. anche Garilli, *Tutela della persona e tutela della sfera privata nel rapporto di lavoro*, RCDP 1992, 334.

¹⁴⁰ Esposito M., *Salute e sicurezza*, Gaeta L., Pascucci P. (a cura di), *Telelavoro...*, 126-128: è evidente il rischio che, anche sotto il delicato profilo della salute e sicurezza, l'intera area del lavoro autonomo si sottragga totalmente a misure protettive e difensive specifiche, ciò rappresentando un incentivo alla fuga dal lavoro subordinato.

fisico e mentale, nonché aver preso coscienza delle generali condizioni ergonomiche e di igiene ambientale sulle quali garantire un'adeguata sorveglianza sanitaria.

Resta il fatto che le disposizioni del Decreto non sono di generale applicazione: ad esempio, ne sono esclusi gli addetti ai sistemi informatici montati su navi o mezzi di trasporto, o i responsabili dei c.d. sistemi portatili, quelli che sono svincolati da un determinato posto di lavoro (art. 50)¹⁴¹. Si esige inoltre che i lavoratori utilizzino le apparecchiature in modo sistematico ed abituale per almeno quattro ore consecutive giornaliere, dedotte le interruzioni stabilite dalla contrattazione collettiva o, in mancanza, abbiano diritto a quindici minuti di pausa ogni centoventi di applicazione continuativa (art. 51)¹⁴².

4.3. (segue:) Tutele sindacali

Non certamente più semplice è riuscire a delineare quale sia il grado di adattamento richiesto (dal telelavoro) alla vigente disciplina sindacale, nonostante l'importante aiuto che viene dall'ormai lunga esperienza fatta in materia di lavoro a domicilio, specie in tema di applicazione dei diritti previsti dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori¹⁴³. Lavoro a domicilio e telelavoro - anche quando quest'ultimo sia tecnicamente inquadrabile nello schema dell'art. 2094 c.c. -, infatti, producono sempre quella "polverizzazione" delle risorse umane sul territorio che appare il più serio ostacolo al consolidamento di una vera forma di tutela collettiva¹⁴⁴.

¹⁴¹ Giordano B., *Videoterminali: tutela e disciplina per i soggetti esclusi*, ISL 1997, 20 ss; Nogler L., *Qualificazione...*, 15 (datt.).

¹⁴² Sull'ambito di effettiva applicazione della disciplina si pronuncia anche Corte giust. Cee, 12 dicembre 1996 - Cause riunite C-74/95, C-129/95 -, DPL, 1997 II, 64-68.

¹⁴³ Su cui v. Mariucci L., *Il lavoro...*, 206; Ballestrero M.V., *L'applicazione...*, già ampiamente richiamati *supra*, § 2.2.

¹⁴⁴ Così Pascucci P., *Libertà ed attività sindacale*, in Gaeta L., Pascucci P. (a cura di), *Telelavoro...*, 147 ss. Della fabbrica, come del luogo in cui i lavoratori, lavorando fianco a fianco presero coscienza dei loro interessi collettivi, parla esplicitamente Simitis S., *Il diritto...*, 617.

Occorre innanzitutto partire dalla rivisitazione della nozione di unità produttiva dettata dall'art. 35 St. lav.: il carattere di autonomia che connota l'attività in essa eseguita - da intendersi come indipendenza tecnica ed amministrativa, tanto sotto il profilo della direzione e dell'indirizzo che di quello del controllo -, non potrà mai essere individuato nella singola postazione di telelavoro, essendo tale prestazione, anche quando dotata di una certa autonomia, necessariamente strumentale rispetto ai fini produttivi dell'intera impresa o dell'unità (produttiva) in cui è funzionalmente ed organizzativamente integrata, alla quale il telelavoratore va giuridicamente aggregato e quindi necessariamente computato¹⁴⁵.

Risolto il problema dell'identificazione dell'unità produttiva, resta quello della concreta fruizione dei diritti sindacali riconosciuti dal Titolo III St. lav., la maggior parte dei quali parrebbe presupporre la presenza fisica dei lavoratori all'interno dell'azienda. A ben vedere, però, non si intravedono grossi ostacoli ad immaginare un loro possibile "godimento" telematico¹⁴⁶. Il videoterminale, infatti, si presta ad essere sfruttato anche come eccezionale strumento d'esercizio dell'attività sindacale: quelli che mutano radicalmente sono gli obblighi del datore di lavoro, il quale non è più tenuto a mettere a disposizione luoghi e spazi, bensì, accollandosene i costi, gli stessi canali informatici che servono all'attività produttiva¹⁴⁷. Non sembra pertanto azzardato immaginare, in futuro, lo svolgimento di una telecontrattazione, oppure il ricorso a forme di sciopero e serrata telematici¹⁴⁸, che potrebbero rispettivamente concretizzarsi attraverso lo

¹⁴⁵ Santoro Passarelli G., *Il telelavoro....*, 9-10 (datt.). V. *amplius*, Cester C., *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Padova 1983. In giur., Cass. 9 giugno 1993, n. 6413, NGL 1994, 110; Cass. 23 dicembre 1991, n. 13991, GC 1992, I, 913.

¹⁴⁶ Giugni G., *E' necessario subito un altro (tele)statuto*, *Téléma* 1995, 2, 46 ss; Pascucci P., *Telelavoro e sindacato*, *Prisma* 1997, 2, 69 ss.

¹⁴⁷ Per quanto riguarda i permessi, solo per quelli retribuiti, gli oneri potrebbero essere addossati all'impresa: Pascucci P., *Libertà....*, 159, il quale ricorda che ogni ulteriore modalità di godimento dei diritti sindacali dovrà essere prevista in sede di contrattazione collettiva (su cui, *infra*).

¹⁴⁸ In tali casi va ovviamente confermato il necessario rispetto della disciplina limitativa dettata dalla l. 146/90 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali: così Pascucci P., *Libertà....*, 163-164.

spegnimento del terminale e la chiusura del centro aziendale di raccolta dati.

4.4. Telelavoratore subordinato v. telelavoratore domiciliare

Il giurista che approccia un fenomeno complesso com'è quello del telelavoro si trova anche a dover individuare il confine che separa il telelavoro subordinato *tout court* da quello domiciliare¹⁴⁹. Non basta infatti che la teleprestazione sia materialmente eseguita presso il domicilio del lavoratore o in un locale di cui egli abbia la disponibilità perché al rapporto venga fatta assumere la qualificazione tecnico-giuridica di lavoro domiciliare (ai sensi e per gli effetti della legge del 1973¹⁵⁰), non essendo a tal fine decisivo neppure il *nomen iuris* attribuito dalle parti nel contratto, ma soltanto il concreto atteggiarsi del rapporto stesso¹⁵¹.

Per determinare quale sia la linea di confine tra la teleprestazione riconducibile all'ambito della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., oppure a quello della subordinazione tecnica "domiciliare"¹⁵², l'interprete dovrà innanzitutto verificare il tipo di attività prestato, chi abbia avuto il possesso dei mezzi, delle attrezzature e degli strumenti, nonché, se sia stato fatto

¹⁴⁹ Si accede infatti, come ripetutamente già sostenuto, alla tesi che sostiene la possibile esistenza sia del telelavoro subordinato ordinario che di quello a domicilio: Gaeta L., *Il telelavoro...*, 555 ss; Ichino P., *Subordinazione e autonomia...*, 93, 144, 147; ID, *Il lavoro subordinato...*, 73, 133. *Contra*, Flammia R., *Telelavoro...*, 639, il quale ritiene che la "speciale" disciplina del lavoro a domicilio è stata dal legislatore concepita esclusivamente per il lavoro manifatturiero.

¹⁵⁰ V. Napoli M., *Il telelavoro come lavoro subordinato*, in ID, *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Torino 1996, 148.

¹⁵¹ Santoro Passarelli G., *Il telelavoro...*, 13-14, 16, sostiene che l'estrema elasticità con cui gli istituti giuridici possono essere utilizzati nel telelavoro renda improponibile qualsiasi soluzione aprioristica.

¹⁵² Ichino P., *Il lavoro subordinato...*, 212, 215-217. Secondo Pessi R., *Contributo...*, 207-211, il concetto di subordinazione definito dalla legge sul lavoro a domicilio costituisce l'atteggiarsi "minimo" della subordinazione, vale a dire l'insieme più ampio rispetto al quale la nozione "rigorosa" dell'art. 2094 rappresenterebbe un sottoinsieme.

ricorso all'aiuto - purché accessorio - dei familiari del prestatore¹⁵³. La proprietà dei mezzi e dei materiali in capo al telelavoratore a domicilio, infatti, ha un'indubbia rilevanza sulla diligenza dell'adempimento - diligenza che, disciplinata in via autonoma dall'art. 11 legge n. 877/73, altrimenti non diverge da quella prevista dall'art. 2104 c.c. -, non potendo sulla stessa influire il mancato rispetto di quegli obblighi di custodia e conservazione che invece sempre incombono sul prestatore subordinato *tout court*. Tuttavia, per converso, il telelavoratore che avesse deciso di servirsi dell'aiuto dei propri familiari, può vedersi chiamato a rispondere anche dei loro eventuali errori o negligenze¹⁵⁴, ed a rispettare l'obbligo di non concorrenza, nel caso gli sia stata affidata una quantità di lavoro sufficiente a procurargli una prestazione continuativa corrispondente all'impegno di un "normale" lavoratore.

Circa l'intensità con cui i poteri direttivi e di controllo dell'imprenditore vengono esercitati¹⁵⁵, il telelavoro domiciliare esige che le direttive - normalmente predeterminate dall'imprenditore attraverso l'imposizione del *software* applicativo - siano dettate una volta per tutte all'inizio del rapporto, senza facoltà di variazione unilaterale in corso d'opera¹⁵⁶. Lo stesso dicasi dell'attività di controllo, essendo impossibile per il commit-

¹⁵³ Purtroppo si tratta di criteri che vanno utilizzati solo in alcuni casi, ben potendo il lavoratore a domicilio lavorare individualmente con mezzi altrui: Gaeta L., *La qualificazione...*, 13-14. V. anche ID, *Il "diritto sommerso": vent'anni di giurisprudenza sul lavoro a domicilio*, RGL 1981, 72; Già, ID, *Il telelavoro...*, 560-564. Cfr. Nogler L., *Qualificazione...*, 7-10; Massi E., *Il lavoro...*, 1443. In giur., Cass. 15 febbraio 1997, n. 2433, DPL 1997, 1726. E' diffusa fra gli interpreti la consapevolezza che telelavoro a domicilio e telelavoro subordinato *tout court* sono difficilmente distinguibili tra di loro.

¹⁵⁴ Speciale V., *Gli obblighi...*, 74 ss.

¹⁵⁵ Pizzi P., *Brevi considerazioni* ..., 228; De Cristofaro M., *Il lavoro...*, 229, 241. Napoli M., *Il telelavoro...*, 147-148, ritiene che a differenza del lavoro domiciliare, che è lavoro reso fuori dall'impresa, il telelavoro prestato al domicilio del lavoratore debba essere considerato come funzionalmente reso nell'impresa, alla stregua di quelli fisicamente svolti all'interno dell'azienda.

¹⁵⁶ Gaeta L., *La qualificazione...*, 14.

tente esercitare un'ingerenza continua e diretta analoga a quella di un rapporto subordinato *tout court*¹⁵⁷.

La maggiore autonomia di cui gode il telelavoratore domiciliare si evince anche dall'assenza di vincoli d'orario, fatta ovviamente eccezione per il rispetto dei termini massimi di consegna e la definizione contrattuale di possibili obblighi di reperibilità¹⁵⁸. A ciò è sostanzialmente legata la scelta - fatta dallo stesso legislatore - del sistema (obbligatorio) di retribuzione a cottimo pieno, sulla base di tariffe stabilite nei contratti collettivi o da un'apposita Commissione paritetica regionale. Quello che è certo è che tale sistema retributivo risulta essere meno garantista per il lavoratore, se non altro perchè vede prevalere il criterio della proporzionalità su quello della sufficienza¹⁵⁹, nonostante tutti gli opportuni temperamenti che la contrattazione collettiva è stata in grado di apportarvi¹⁶⁰. Purtroppo, sotto quest'ultimo aspetto, la recente esperienza contrattuale è negativamente segnata dal preoccupante caso dellastipulazione di un contratto collettivo nazionale, applicabile alle aziende artigiane ed alle piccole imprese cooperative, il quale prevede per i dipendenti impegnati nel telelavoro la riduzione del 30% della paga base nazionale, in ragione dei

¹⁵⁷ Romei R., *I controlli...*, 102-103, ad avviso del quale sarebbero le stesse modalità di esecuzione del telelavoro domiciliare a rendere nei fatti impossibile una forma di controllo che assuma le caratteristiche richieste dall'applicabilità dell'art. 4 St. lav.

¹⁵⁸ Anche se non vale da solo ad attestarne la sussistenza, il rispetto di un rigido orario di lavoro è un elemento assai indicativo dello stato di subordinazione: Cass. 9 novembre 1992, n. 12063, RFI 1992, voce "*Lavoro (rapporto)*", n. 468. Analizza l'influenza dell'innovazione tecnologica sulla retribuzione, Galantino L., *I riflessi...*, 181.

¹⁵⁹ Zoppoli L., *La retribuzione...*, 119-123: l'opportuna, da un lato, disincentivazione del telelavoro a domicilio, potrebbe, dall'altro, favorire il completo abbandono della subordinazione, con tutto ciò che ne consegue per il livello di tutele che soltanto il riconoscimento di tale *status* può assicurare al lavoratore.

¹⁶⁰ V. *infra*, il sistema utilizzato nel Contratto D&B. *Cosmos*. A differenza del tradizionale lavoro a domicilio, nel caso del telelavoro, un sistema di retribuzione a tempo è quasi sempre praticabile, alla stregua del controllo sull'attività produttiva esercitabile attraverso la predisposizione di un adeguato *software*: Gaeta L., *Lavoro a distanza...*, 141; Pizzi P., *Brevi considerazioni...*, 230.

risparmi che i dipendenti stessi realizzerebbero sull'ammontare delle proprie spese di produzione del reddito¹⁶¹.

Nessuna particolare difficoltà interpretativa sembra invece presentare l'applicazione al telelavoratore dei divieti contenuti nell'art. 2 della legge n. 877 del 1973, i quali inibiscono il datore di lavoro dall'utilizzare lavoratori a domicilio sia nei casi di ristrutturazione, riorganizzazione o riconversione a cui abbiano fatto seguito licenziamenti collettivi o sospensioni, sia nei casi di cessione di macchinari e attrezzature con l'intento di proseguire fuori dall'azienda attività fino ad allora svolte all'interno¹⁶². Non si tratta, infatti, di stabilire se queste disposizioni e le loro manifeste finalità di controllo del decentramento produttivo siano superate, a fronte di fenomeni tanto "dirompenti" com'è quello del telelavoro. Piuttosto, facendo proprie le sollecitazioni della Commissione europea¹⁶³, l'interprete si sente indotto a valorizzare il fatto che tutti questi nuovi strumenti organizzativi possono rappresentare una risorsa strategica importante per la creazione di posti di lavoro aggiuntivi proprio nelle aree soggette ai più forti processi di ristrutturazione, a tutto vantaggio di categorie poste ai margini del mercato del lavoro; finalità così importanti non vanno in alcun modo compromesse da una rigida presunzione (tutta da provare) di patologia del decentramento stesso¹⁶⁴.

Ritornando alla rilevanza delle conseguenze derivanti dalla diversa qualificazione del rapporto, questa la si può apprezzare soprattutto sotto il

¹⁶¹ Si tratta del primo contratto collettivo nazionale stipulato "contro" i sindacati confederali. Il contratto collettivo nazionale finisce così per perdere la sua funzione di strumento idoneo a garantire i minimi di trattamento retributivo: V., *amplius*, Lassandari A., *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, LD 1997, 261 ss.

¹⁶² La conseguenza della loro violazione comporta la costituzione automatica di un rapporto di lavoro subordinato "normale".

¹⁶³ Commissione delle Comunità europee, *Crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, Libro bianco 1993, suppl. n. 6.

¹⁶⁴ Cepollaro G., *Presupposti...*, 46 ss; Zingarelli D., *Prospettive per la collettività*, in Aa.Vv., *Telelavoro...*, 97 ss; Gaeta L., *La qualificazione...*, 16.

profilo delle tutele applicabili¹⁶⁵, nel senso che non tutte quelle attribuite al telelavoratore inquadrato come subordinato *tout court* possono considerarsi autonomamente estese alla fattispecie domiciliare¹⁶⁶. Esempi significativi sono offerti dall'applicazione della disciplina introdotta dal citato Decreto n. 626 del 1994 in materia di salute e sicurezza, decreto che, come ricordato, contiene una serie di specifiche disposizioni relative all'uso di videoterminali¹⁶⁷. A parte il limite formale ivi imposto - che ne condiziona l'applicazione al lavoro a domicilio ad una "espressa previsione" (art. 3, co. 1) -, sono comunque molte le disposizioni che non potranno essere estese al telelavoro domiciliare se non dopo gli opportuni adattamenti, relativi, ad esempio, alla disciplina delle pause, alla distribuzione delle mansioni per evitare la ripetitività ed alla verifica dell'adeguatezza strutturale del posto di lavoro¹⁶⁸. Un'omissione, quella descritta, che sta a confermare più che la miopia, lo sfavore con cui il legislatore continua a considerare tutte le possibili forme di decentramento domiciliare di lavoro¹⁶⁹.

Un esempio altrettanto rilevante è rappresentato dalla normativa di tutela contro i licenziamenti individuali - compresi quelli disciplinari¹⁷⁰ -,

¹⁶⁵ Ballestrero M.V., *L'applicazione...*, 317 ss.

¹⁶⁶ Così Del Punta R., *Esigenze...*, 56, che richiama criticamente Gaeta L., *Lavoro a distanza...*, 234 ss, il quale, viceversa, ritiene che la legge n. 877 del 1973 garantisca le stesse tutele previste per il lavoratore subordinato *tout court*. V. anche Pelaggi L., *Il telelavoro...*, 13.

¹⁶⁷ Ci si riferisce, in particolare, agli obblighi di informazione-formazione ed alla sorveglianza sanitaria. V. Gugliotta G., *La tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori*, in Aa.Vv., *Il telelavoro nelle Banche...*, 124-125: l'adempimento dell'obbligo di sicurezza del datore incontra la grossa limitazione rappresentata dall'inviolabilità del domicilio del lavoratore. Così anche Gaeta L., *Il telelavoro...*, 570.

¹⁶⁸ Nogler L., *Qualificazione...*, 15 ss, in part. 18. V. *amplius*, Esposito M., *Telelavoro e sicurezza*, in Aa. Vv., *La sicurezza del lavoro: problemi, teorie e aspetti applicativi del nuovo quadro legislativo*, datt., 3-4.

¹⁶⁹ Esposito M., *Salute...*, 132: la disposizione confermerebbe quella sorta di "tutela in negativo" del lavoro a domicilio che si realizzerebbe anche attraverso i divieti dettati dall'art. 2, co. 1, L. n. 877, di cui *supra*. Cfr., *amplius*, Natullo G., *La nuova normativa sull'ambiente di lavoro*, DLRI 1996, 677.

¹⁷⁰ La gamma dei comportamenti sanzionabili nel lavoro a domicilio è comunque più ristretta rispetto a quella del "normale" lavoro all'interno dell'impresa: cfr. Balandi G.G., *La vecchia e la nuova legge sul lavoro a domicilio*, RGL 1975, I, 611.

da cui tutti i lavoratori a domicilio dovrebbero andare esclusi¹⁷¹. Sul punto, la giurisprudenza di merito ha assunto posizioni contrastanti, diversamente da quella di legittimità che ha optato per l'inapplicabilità¹⁷², salvo i casi in cui vi sia un diverso accordo delle parti, oppure in ragione delle concrete modalità di svolgimento del rapporto, in particolare quando questo risulti caratterizzato da una qualificata e ragionevole continuità di prestazioni, tale da renderlo meritevole di beneficiare della stessa stabilità assicurata agli altri lavoratori subordinati¹⁷³.

5. "Status" del telelavoratore e disciplina del rapporto nella contrattazione collettiva.

Un aiuto importante, sia sotto il profilo di una più corretta qualificazione del rapporto di telelavoro sia per quanto più specificamente concerne la sua disciplina, può arrivare dall'analisi della contrattazione collettiva¹⁷⁴, anche se purtroppo le esperienze confrontabili, di livello prevalentemente

¹⁷¹ De Cristofaro M., *Il lavoro...*, 28. Per l'inapplicabilità, Mariucci L., *Il lavoro...*, 149 ss, e Ballestrero M.V., *L'applicazione...*, 340. Ad avviso di Napoli M., *Contratto...*, 20, la tesi dell'esclusione contribuisce a confermare che il lavoro a domicilio costituisce un tipo legale a se stante. V. anche Speciale V., *Gli obblighi...*, 89 ss, in part. 95, il quale, ricordando che la legge 108/90 non fa alcun riferimento ai telelavoratori, precisa che, anche in questo caso, le particolari modalità attuative della prestazione potrebbero influenzare in concreto l'individuazione delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo.

¹⁷² Cass. 17 marzo 1981, n. 1570, GC 1981, I, 1276, con nota di Pera G., *Applicabilità al lavoro a domicilio della disciplina limitativa dei licenziamenti*; Cass. 22 gennaio 1987, n. 615, RGL 1987, II, 64, con nota di Montanari M., *Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sull'applicabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti al rapporto di lavoro*. V. anche Santoro Passarelli G., *Il telelavoro...*, 15-16.

¹⁷³ Cfr. Pera G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, 28. Gottardi D., voce *Lavoro a domicilio*, in D. IV, vol. VIII, Torino, 1992, 187. Sull'estrema elasticità con cui gli istituti giuridici possono essere utilizzati nel telelavoro e sulle conseguenze di ciò in termini di corretta qualificazione del rapporto, Pizzi. P., *Telelavoro: prime esperienze applicative nella contrattazione collettiva italiana*, DL 1996, I, 184.

¹⁷⁴ Del ruolo anticipatorio della contrattazione collettiva, quale strumento di pressione sulla futura attività legislativa in funzione di "apripista" parla Pascucci P., *Libertà...*, 149.

aziendale - per la comprensibile necessità di valutare attentamente la realtà organizzativa in cui lo si vuole proficuamente introdurre¹⁷⁵ -, non sono ancora moltissime (il primo risale al 1994)¹⁷⁶.

Dall'analisi dei contenuti dei contratti collettivi fino ad oggi stipulati¹⁷⁷ si evince innanzitutto la fortissima resistenza del Sindacato a svincolare il telelavoro dallo schema della subordinazione. Le ragioni sono facilmente intuibili¹⁷⁸; tra queste, la più rilevante sembra essere quella dettata dalla volontà di preservare l'efficacia e l'effettività dell'azione e dell'organizzazione sindacale. Il già illustrato processo di ristrutturazione economica e produttiva derivante dal decentramento produttivo e dall'introduzione della tecnologia informatica, infatti, non incide soltanto sull'identità dell'impresa¹⁷⁹, ma fa paventare una drastica riduzione d'efficacia dell'azione sindacale, a fronte di una solidarietà collettiva non più facilitata dal lavorare, tutti o quasi, negli stessi tempi e negli stessi luoghi¹⁸⁰.

E' del resto evidente che cambiando i contenuti del lavoro nell'impresa - fino a poco tempo fa caratterizzati da un'elevata schematizzazione e formalizzazione delle operazioni, nonché dalla rigida controllabilità di un'attività parcellizzata prima ancora che fungibile -, anche l'azione e l'organizzazione sindacale che su quei contenuti si sono conformate, hanno bisogno

¹⁷⁵ Di Nicola P., *Contrattare il telelavoro*, LD 1997, 493 ss; De Filippi F., *L'accordo sindacale: caratteristiche e orientamenti*, in Bracchi G., Campodall'Orto S. (a cura di), *Progettare il telelavoro*, Milano 1997, 140 ss: assai variabile, infatti, è il grado di telelavorabilità delle diverse attività produttive e della conseguente flessibilità sul sistema organizzativo della produzione.

¹⁷⁶ Nogler L., *Qualificazione...*, 3-4, 11; Pizzi P., *Brevi considerazioni...*, 221; Pascucci P., *Libertà...*, 149-150.

¹⁷⁷ Alcuni dei più recenti accordi sono pubblicati in LI 1997, nn. 15-16, 80 ss.

¹⁷⁸ Cfr. Bano F., *La dimensione collettiva nella <società dei lavori>*, LD 1997, 450-451; Flammia R., *Telelavoro*, MGL 1995, 638 ss..

¹⁷⁹ Cfr. Fabris P., *Una sfida...*, 157 ss.

¹⁸⁰ Le forme attraverso le quali la partecipazione dei lavoratori al processo produttivo può realizzarsi porta a scavalcare il ruolo di mediazione del sindacato, favorendo l'instaurazione di relazioni dirette tra la direzione aziendale e i singoli lavoratori o gruppi di essi: Romei R., *Informazione, consultazione e controllo dei poteri del datore di lavoro nei sistemi di qualità totale*, DRI 1994, 73. V. anche Supiot A., *Alla ricerca ...*, 24.

di evolversi adeguatamente. Detto altrimenti, con la ricomposizione del lavoro in dimensioni e in sedi in cui la misura del gruppo e del reparto è stata pesantemente alterata, anche l'utilizzazione dei tradizionali strumenti di tutela collettiva centrati sui luoghi di lavoro è diventata più complessa: il sindacato si trova costretto a considerare con maggiore attenzione le peculiarità delle posizioni professionali dei singoli individui e delle nuove categorie di lavoratori, rinunciando a farsi veicolo di "interessi di serie", organizzabili e realizzabili secondo modelli superati di uniformità e di rigidità¹⁸¹.

Tuttavia, non si tratta soltanto di accettare l'idea che la rappresentanza dei lavoratori non possa restare indenne dai contraccolpi di scelte economico-organizzative tanto rilevanti¹⁸²; il sindacato non può né deve evitare di confrontarsi con fenomeni come il lavoro a distanza, soprattutto per lo stretto rapporto che si instaura fra questi e le più efficaci strategie occupazionali di cui oggi si dispone. Di fronte ad una crisi occupazionale tanto preoccupante, l'esigenza delle imprese di poter contare su nuovi spazi di flessibilità e di mobilità trova nello sviluppo di strumenti come il telelavoro una prospettiva importante, di sicuro interesse anche per gli stessi lavoratori, purché il tutto venga adeguatamente governato¹⁸³. Non sorprende, pertanto, che l'Accordo del lavoro del 1996 abbia dedicato un intero paragrafo alla c.d. *Società dell'informazione*, giustamente considerata un'occasione per realizzare un complessivo riposizionamento strategico e tecnologico degli apparati e delle applicazioni della nostra industria nazionale, sul quale costruire le basi di uno sviluppo competitivo della produzione, dell'occupazione e dell'ottimale riequilibrio territoriale¹⁸⁴.

¹⁸¹ Perone G.G., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: i rapporti collettivi*, DLRI 1985, 247-251.

¹⁸² Pascucci P., *Libertà....*, 154-157, 165: anche da questo particolarissimo profilo, può essere evidenziata la portata degli effetti conseguenti alla mancanza di una disciplina organica della rappresentanza sindacale nell'ordinamento giuridico italiano, che sono in grado di "spingersi" al di fuori dell'area della subordinazione.

¹⁸³ Pascucci P., *Libertà....*, 151.

¹⁸⁴ Come sottolinea Bano F., *La dimensione....*, 445, sarebbe sempre da imputare all'uscita dall'epoca fordista l'assunzione di compiti nuovi di valorizzazione e riconoscimento sociale del lavoro fuori-mercato, in particolare del c.d. *no-profit*.

Ritornando all'analisi dei più significativi contratti collettivi è facile evidenziare come la comprensibile diffidenza sindacale verso il fenomeno del telelavoro abbia finito per incidere sulla tipologia delle sperimentazioni, rese possibili dalla volontaria adesione di lavoratori già dipendenti al progetto proposto dall'imprenditore, progetto nel quale dev'essere loro riconosciuta la facoltà di "ritornare" a lavorare all'interno dell'azienda. E' molto probabile, infatti, che una trasformazione della natura del rapporto - da subordinato ad autonomo - non sarebbe stata accettata, così com'è altrettanto credibile immaginare che se i lavoratori in questione fossero stati dei neo assunti, le imprese non si sarebbero mostrate altrettanto garantiste¹⁸⁵.

Rispetto al descritto contesto, non può certo meravigliare il fatto che la quasi totalità degli accordi ribadisca che il telelavoro rappresenta una mera modifica del luogo di adempimento dell'obbligazione lavorativa, senza incidere né sull'inserimento del lavoratore nell'organizzazione d'impresa, né sul conseguente assoggettamento alle direttive ed al controllo del datore, tanto da poter essere fatto rientrare a pieno titolo nell'ambito di applicazione dell'art. 2094 c.c., con l'estensione del relativo pacchetto di tutele, salvi gli adeguamenti imposti dalle particolari modalità con cui la prestazione viene resa ed il potere direttivo esercitato¹⁸⁶.

In merito alla necessaria e delicata distinzione tra telelavoratore subordinato e telelavoratore domiciliare, al di là del *nomen iuris* attribuito dalle parti al contratto - gli unici accordi collettivi che qualificano il telelavoratore come un lavoratore domiciliare sono quelli stipulati dalla *Dun & Bradstreet Kosmos S.p.A. (DBK)* e dalla *Federelettrica* -, è soltanto dall'analisi delle singole clausole che si può apprezzare se, ed in che termini, i nostri telelavoratori non siano tenuti a rispettare rigidamente un orario, o se il (loro) collegamento informatico con il sistema centrale sia programmato secondo uno schema di non continuità o di non predeterminabilità da parte dell'impresa¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Pizzi P., "Telelavoro"..., 186-187; Santoro Passarelli G., *Il telelavoro...*, 17-18. Gaeta L., *La qualificazione...*, 1.

¹⁸⁶ V. ad es., P: Milano 3 aprile 1995, RIDL 1995, II, 758 ss, con nota di Bellavista A., *Il diritto di affissione ex art. 25 St. lav. e i sistemi aziendali di comunicazione elettronica con i dipendenti*.

¹⁸⁷ Pizzi P., *Il telelavoro...*, 179 ss. Su cui. v. § 4.3; Santoro Passarelli G., *Il telelavoro...*, 13-14.

Il contratto della *DBK*, in particolare, si segnala per alcune importanti disposizioni relative al sistema retributivo - previsto a cottimo pieno, con ammontare determinato in base alla produttività media dei lavoratori impiegati in azienda ed ai minimi contrattuali riconosciuti per il terzo livello del Ccnl¹⁸⁸ -, che garantisce la retribuzione anche per il periodo delle ferie e durante le situazioni di legittima sospensione del rapporto¹⁸⁹. In verità, di telelavoro domiciliare trattano sia il Protocollo sull'introduzione sperimentale del telelavoro domiciliare, stipulato tra la Federelettrica e le organizzazioni di categoria Cgil, Cisl, Uil¹⁹⁰, sia il contratto delle aziende di telecomunicazione siglato dall'Intersind e dai sindacati confederali nel settembre 1996: in quest'ultimo caso, le parti si limitano alla descrizione di una delle modalità in cui il telelavoro può realizzarsi, senza prevedere alcuna variazione rispetto alla ricomprensione del rapporto nell'ambito della subordinazione ordinaria.

Nell'ultimo degli accordi citati, ad esempio, si precisa che la telelavorabilità della prestazione non altera la "qualità" dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale, fatta eccezione per le ordinarie funzioni gerarchiche che potranno essere espletate per via telematica - dopo l'opportuna valutazione del raggiungimento degli obiettivi concordati - e la segretezza delle informazioni aziendali utilizzate, che il lavoratore

¹⁸⁸ Dividendo quest'ultimo fattore per il primo, si ottiene il c.d. *valore unitario di retribuzione*, il quale, moltiplicato per il risultato della sommatoria del prodotto tra il numero di pratiche effettivamente svolte dal telelavoratore ed il rispettivo coefficiente di difficoltà del lavoro affidato, determina la retribuzione giornaliera lorda. Inoltre, poichè la retribuzione spettante al telelavoratore domiciliare è determinata con riferimento alla media delle retribuzioni percepite nei mesi antecedenti l'assenza, diventa prioritario assicurargli un carico di lavoro costante. Il punto critico del modello è, pertanto, la sua oggettiva discrezionalità: Santoro Passarelli G., *Il telelavoro...*, 12-13; cfr. Zoppoli L., *La retribuzione...*, 117-118.

¹⁸⁹ Sull'importanza, ai fini della qualificazione del rapporto, anche delle caratteristiche della controprestazione datoriale, Pessi R., *Contributo...*, nonché ID, *Spunti per una riflessione sulla fattispecie di lavoro subordinato*, DL 1988, I, 503, 529.

¹⁹⁰ Nel quale il telelavoro viene apprezzato sia come strumento di flessibilizzazione del rapporto di lavoro, sia per le opportunità di miglioramento delle condizioni ambientali e sociali che offre: Di Nicola P., *Contrattare*, 515.

si impegna ad assicurare. Inoltre, tutte le sperimentazioni che nasceranno dal contratto verranno concordate tra le parti, fissando attività e relative figure professionali per i lavoratori coinvolti, nel rispetto di alcuni importantissimi principi regolatori che consistono nella volontarietà del telelavoro, nella responsabilità per la sicurezza dei dati, nella prioritaria valutazione dei rischi della prestazione piuttosto che nel tempo passato sul posto di lavoro.

Interessante ed innovativa è quella parte dell'intesa - fatta propria dagli estensori di una delle proposte di legge presentate in Parlamento (su cui, *infra*) - che prevede l'istituzione di una Commissione paritetica Sindacati-Intersind, con compiti di monitoraggio degli esperimenti, di studio e soluzione dei problemi aperti dal lavoro a distanza, di proposta per l'elaborazione di schemi giuridici meglio rispondenti alle nuove tipologie d'attività produttiva¹⁹¹.

Il più significativo tra tutti gli accordi stipulati in materia di telelavoro resta tuttavia quello firmato il 20 giugno 1997 tra la Confcommercio e i sindacati confederali del terziario, della distribuzione e dei servizi, in attuazione di quanto previsto dalla Dichiarazione congiunta allegata all'accordo di rinnovo del Ccnl del 29 dicembre 1996¹⁹². Significativo lo è, innanzitutto, perché si tratta di un'intesa nazionale che concerne il settore in cui rientrano le attività più facilmente "telelaborabili", nel quale è maggiormente diffusa la consapevolezza dell'importanza strategica che uno strumento gestionale come quello del telelavoro può rappresentare per la flessibilità delle imprese e per la migliore gestione dei tempi di vita dei lavoratori¹⁹³. Ma lo è anche perché i firmatari, dopo aver riconosciuto che si tratta di un

¹⁹¹ Di Nicola P., *Contrattare...*, 513-514.

¹⁹² Il testo dell'accordo è pubblicato in LI 1997, n. 13, 33-37. L'essere stata la stipulazione del protocollo sul telelavoro prevista nel contratto collettivo comporta che tutte le disposizioni del contratto collettivo compatibili con quelle del protocollo si applichino integralmente anche ai telelavoratori.

¹⁹³ Scarpitti G., *Settori e professioni*, in Scarpitti G.- Zingarelli D. (a cura di), *Il telelavoro...*, 51, 56-57; Forlani L., *Contratti o legge per il telelavoro*, LI 1997, n. 12, 12-15. Sulla rapida evoluzione che interessa l'intero settore terziario, cfr., *amplius*, Aa.Vv., *Il diritto del lavoro tra flessibilità e tutela. Le trasformazioni nel settore terziario*, Atti Convegno Centro studi "Domenico Napolitano", Milano, 18-19 ottobre 1991, Milano 1992.

fenomeno che interessa tutti i rapporti di lavoro - subordinati, parasubordinati, o autonomi che siano - si sono formalmente impegnati a dar vita ad altre intese (sindacali) finalizzate a mettere nero su bianco alcune indispensabili garanzie anche per i telelavoratori parasubordinati ed autonomi, dall'applicabilità di questo accordo necessariamente esclusi¹⁹⁴. Così facendo, il sindacato si è formalmente candidato a rappresentare le esigenze di tutto il variegato mondo dei telelavoratori, nell'intento di arrivare a predisporre delle "griglie" di tutela minimali in grado di rispondere ad esigenze fondamentali di chi presta il proprio lavoro in condizioni assai simili, al di là di una qualificazione giuridica sempre più incerta¹⁹⁵.

L'accordo merita di essere segnalato anche per il tentativo di proporre, primo nel panorama italiano, quelli che in altri paesi chiamano "codici di buone pratiche"¹⁹⁶: si tratta di atti prevalentemente di fonte sindacale, ma non anche contratti collettivi, con cui vengono individuati alcuni dei principali "parametri sociali" destinati a fissare ciò che dovrebbe essere considerato giusto ed accettabile in una specifica materia¹⁹⁷. Non è tuttavia escluso che anche un contratto collettivo possa assumere la valenza di un "codice di buone pratiche" nel momento in cui - contando sull'alto grado di oggettiva condivisibilità delle soluzioni in esso prospettate - viene proposto come modello di riferimento oltre il suo ambito di efficacia giuridica; l'intento è quello di servire ad estendere - attraverso il condizionamento dei futuri contratti sia collettivi sia individuali, anche di lavoro autonomo - ad ogni prestazione telelavorata, al di là della natura giuridica del rapporto in cui sia dedotta, un livello di tutele ritenuto oggettivamente irrinunciabile per la particolare attività espletata¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Vengono altresì fatti salvi gli accordi esistenti e si prevede una revisione in caso di regolamentazione legislativa dell'istituto (art. 18): è interessante che una clausola collettiva nazionale faccia espresso riferimento all'eventuale possibile futura approvazione di una apposita normativa di legge in materia di telelavoro.

¹⁹⁵ Rusciano M., "Universalità" v. specialità degli Statuti giuridici del lavoro dipendente, LD 1997, 425.

¹⁹⁶ Su cui, *infra* § 6.

¹⁹⁷ Di Nicola P., *Contrattare...*, 504 ss.

¹⁹⁸ Nogler L., *Qualificazione...*, 3.

Per quanto concerne, invece, gli aspetti più significativi della disciplina contenuta nelle sue clausole, dopo aver indicato a titolo esemplificativo alcune possibili tipologie di telelavoro dipendente (lavoro a domicilio, centri di telelavoro, telelavoro mobile, *hoteling*, che riguarda l'attività di dipendenti, con postazioni di telelavoro di riferimento in azienda, svolta presso realtà esterne), l'accordo specifica che i rapporti di telelavoro - sia quelli instaurati *ex novo* sia quelli risultanti dalla trasformazione di lavori precedentemente eseguiti nei locali dell'impresa - non modificano l'appartenenza in organico del lavoratore presso l'unità produttiva di origine, né incidono sul suo inserimento nell'organizzazione aziendale, lasciando inalterato il livello di assoggettamento al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro¹⁹⁹.

Condizione necessaria per la costituzione *ex novo* o la trasformazione del telelavoro è l'accordo scritto stipulato tra l'impresa ed il lavoratore, dal quale risulteranno le modalità pratiche di espletamento delle prestazioni telelavorabili, nel rispetto di alcuni fondamentali principi: la volontarietà delle parti di svolgere un'attività telelavorata, con la garanzia di poter tornare al tradizionale lavoro in azienda, trascorso un determinato periodo; la garanzia di pari opportunità di carriera e di formazione rispetto a coloro che stanno in azienda; la predeterminazione delle condizioni relative alla prestazione, con particolare riferimento all'eventuale indicazione degli orari; il mantenimento qualitativo e quantitativo dell'impegno professionale (equa ripartizione delle turnazioni, reperibilità); l'indicazione dei legami funzionali (interruzioni, guasti) e di quelli gerarchici, mantenuti o modificati rispetto al lavoro interno.

Alcune disposizioni riguardano l'esercizio dei diritti sindacali e di informazione: ai telelavoratori è consentito l'accesso all'attività aziendale per partecipare alle assemblee, nonché alle informazioni di interesse sindacale e del lavoro attraverso l'istituzione di una bacheca elettronica (art.8)²⁰⁰. L'azienda è anche tenuta ad inviare al domicilio del lavoratore una copia

¹⁹⁹ Napoli M., *Il telelavoro...*, 145 ss.

²⁰⁰ P. Milano 3 aprile 1995, *già cit.*

del Ccnl applicato, così come ad organizzare in modo completo ed efficace i propri flussi di comunicazione con tutti i lavoratori, anche attraverso supporti telematici/informatici.

Infine, in merito alle misure di prevenzione e sicurezza, come richiesto dal Decreto legislativo n. 626 del 1994, vengono previste apposite visite del responsabile aziendale e del delegato alla sicurezza per verificare il posto di lavoro, le attrezzature ed il comportamento del lavoratore (art. 15), aprendo con l'Inail un apposito tavolo di confronto per accertare e disciplinare le possibili conseguenze derivanti dallo svolgimento del telelavoro nei locali domestici.

6. Il telelavoro *de iure condendo*

Il ruolo di grande rilievo che la contrattazione collettiva sembra destinata a ricoprire per la disciplina del telelavoro²⁰¹ non viene messo in discussione neppure nelle proposte di legge che sono state recentemente presentate al Parlamento italiano²⁰². Tra queste, tuttavia, quella avanzata dagli onn. Sciacca e Nappi²⁰³ non si occupa degli aspetti più propriamente giuslavoristici del telelavoro, che si limita a definire ricorrendo ai noti presupposti della separazione topografica “dal posto di lavoro tradizionale” e dell'utilizzo di tecnologie informatiche e delle telecomunicazioni. Gli estensori indicano soltanto alcuni criteri di accettabilità dell'istituto - la volontarietà, l'individuazione di diritti specifici, la conservazione di contatti costanti con la realtà aziendale -, che non riducono in alcun modo gli spazi di “creatività” e di autonomia delle parti sociali.

²⁰¹ Forlani L., *Contratti...*, 12 ss.

²⁰² Si fa riferimento alla proposta Sciacca-Nappi ed a quella Mussi-Cortiana, il cui testo è disponibile anche nei siti Internet <http://www.mlink.it/telelavoro/legge> e <http://www.citinv.it/associazioni/ALSOLE/doc./telelav/ddltelelav.html>. Non in modo esclusivo, si interessa di telelavoro anche la proposta Smuraglia, su cui *infra*, pure disponibile nel sito <http://www.camera.it>.

²⁰³ Trattasi del *ddl* C-2470 presentato alla Camera dei deputati dall'on. Sciacca.

L'obiettivo è quello di riuscire ad incentivarne l'utilizzo, anche attraverso l'istituzione di un Fondo nazionale che consenta al Governo di finanziare esperimenti pilota che siano posti in essere da aziende, cooperative ed associazioni senza scopo di lucro²⁰⁴. Condizione richiesta per poter accedere ai finanziamenti è che tutte le aziende con più di quindici dipendenti stipolino un accordo sindacale che regoli la durata, il numero dei lavoratori coinvolti, i criteri di ammissione e di risoluzione del rapporto ed i diritti specifici dei telelavoratori durante l'esperimento. Nelle realtà produttive di minori dimensioni sarà lo stesso imprenditore a dover presentare una dichiarazione di accettazione del progetto da parte dei dipendenti coinvolti.

Una funzione assai rilevante viene attribuita ad una Commissione di esperti chiamati ad assolvere tre compiti fondamentali: valutare e selezionare i progetti; svolgere attività di supporto e consulenza; analizzare gli impatti economici e sociali del telelavoro nel nostro paese, in particolare come strumento utile a creare nuova occupazione e favorire l'inserimento professionale delle c.d. fasce deboli. Tra i protagonisti della diffusione del telelavoro in Italia la proposta indica anche la PA nella sua veste di datore di lavoro, chiamandola a mettere a disposizione adeguate risorse per specifiche sperimentazioni da attuarsi nei ministeri come negli enti locali²⁰⁵. A tal fine, è prevista la stipulazione di un accordo tra l'Aran e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, in cui dovranno essere specificati i criteri di selezione dei dipendenti che, dietro domanda, saranno ammessi al telelavoro, nonché la durata minima e massima della sperimentazione, unitamente all'indicazione del tempo di periodica permanenza in ufficio.

²⁰⁴ Tale Fondo dovrebbe essere alimentato sia da contributi statali sia da erogazioni degli Enti locali, in proporzione al livello di inquinamento esistente nei territori di loro competenza. Attualmente, molti esperimenti di telelavoro sono finanziati sulla base di convenzioni tra imprese ed uffici territoriali del lavoro prevalentemente destinate a favorire l'inserimento dei portatori di *handicaps*.

²⁰⁵ Tra cui, *infra*.

Ampio e ben strutturato è inoltre il disegno di legge Mussi-Cortiana²⁰⁶, il quale meriterebbe d'essere segnalato soltanto per il lodevole tentativo che persegue di dettare una disciplina comune per tutti coloro che prestano la loro attività "con l'ausilio di strumenti telematici, prevalentemente al di fuori dei locali del datore o del committente cui la prestazione inerisce"(art.7)²⁰⁷, senza che rilevi in modo determinante la natura subordinata o parasubordinata del rapporto che specificatamente li impegna²⁰⁸. All'ampia e variegata categoria di telelavoratori così individuata verrebbero attribuiti alcuni importanti diritti fondamentali, tra cui quello alla riservatezza, all'inviolabilità del domicilio, alla tutela dei dati personali, alla libertà sindacale, alla salute ed all'informazione.

Tuttavia, diversamente dalla bozza originariamente formulata²⁰⁹, il testo presentato al Parlamento non cerca di adattare le figure generali del contratto di lavoro alla singolarità della fattispecie (del telelavoro), rinunciando non soltanto ad escludere dal campo di applicazione le prestazioni "professionali" di tipo imprenditoriale - prevalentemente caratterizzate dall'apporto organizzativo e dall'assenza di continuità e coordinamento -, ma

²⁰⁶ Si tratta, in realtà, di due proposte sostanzialmente identiche ma formalmente distinte: il *ddl S-2305, Norme per la promozione e l'incentivazione del telelavoro*, presentato al Senato dal sen. Cortiana; il *ddl C-4090 - Norme per la tutela del telelavoratore* - presentato alla Camera dei deputati dall'on. Mussi. Esse traggono ispirazione da una bozza elaborata da un gruppo di lavoro costituito da tecnici della comunicazione telematica, sindacalisti e giuslavoristi, bozza che si distingue dai progetti presentati per un impianto più ampio ed articolato. V., *infra*.

²⁰⁷ L'art. 7, co. 2, al fine di evitare operazioni elusive, equipara al telelavoro a distanza quello svolto in locali di pertinenza esclusiva o parziale del datore o committente, quando "tali locali siano esclusivamente destinati a tale scopo o comunque quando non costituiscano unità produttive autonome sotto il profilo del potere di direzione, di indirizzo e di controllo".

²⁰⁸ Scarpelli F., *Le proposte di legge*, in Gaeta L, Pascucci P.(a cura di), *Telelavoro e diritto*, Torino 1998, 259 ss.

²⁰⁹ V., *supra*, nota 131.

anche a definire un preciso percorso di qualificazione in base al quale distinguere il telelavoro coordinato e continuativo²¹⁰ da quello subordinato²¹¹; un compito, quest'ultimo, genericamente assegnato alla contrattazione collettiva. La scelta - di rinviare alla contrattazione collettiva la necessaria definizione delle tipologie contrattuali del telelavoro - sembra discutibile²¹². Infatti, qualora tale definizione (collettiva) dovesse porsi come vincolante per l'interprete, si sarebbe attribuita alle parti sociali la piena disponibilità della normativa legale (inderogabile) in materia di lavoro subordinato; una soluzione che, anche alla luce della recente e nota giurisprudenza della Corte costituzionale, sarebbe difficile non considerare illegittima²¹³.

Da menzionare per il loro carattere fortemente innovativo sono poi alcune disposizioni sul telelavoro coordinato e continuativo; in particolare, merita di essere ricordata quella che si prefigge lo scopo di accreditare presso l'impresa o l'Ente che utilizza il telelavoro una valida rappresentanza collettiva²¹⁴, alla quale attribuire, oltre alla titolarità dei diritti sindacali, il compito di stipulare veri e propri accordi (collettivi) che eliminino il ri-

²¹⁰ Che la "bozza" originaria definiva come la prestazione di colui che, in assenza di subordinazione, svolge la propria attività "con carattere prevalentemente personale, con apporto non prevalente di una propria organizzazione, secondo una serie di prestazioni continuative nel tempo e coordinate dal committente, sulla base del programma di lavoro e delle istruzioni generali fornite dal committente, ma in assenza di un potere di direzione delle modalità di esecuzione".

²¹¹ La tecnica utilizzata è quella che si fonda sulle c.d. presunzioni legali, su cui v. Nogler L., *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, RIDL 1997, I, 311 ss.

²¹² Scarpelli F., *Le proposte...*, 264.

²¹³ V. ad esempio, C. cost. 31 marzo 1994, n. 155, in RIDL 1995, II, 277, su cui anche § 7.

²¹⁴ Compete al Ministero del lavoro accertare annualmente quali siano i soggetti collettivi più rappresentativi - vale a dire quelli che nella proposta sono indicati come associazioni professionali dei lavoratori autonomi sul piano nazionale - sulla base di criteri quali il numero di iscritti, l'equilibrata presenza associativa e di sedi sul territorio e nei settori produttivi, unitamente all'adesione ad associazioni internazionali di telelavoratori.

schio di prevedere regolamentazioni troppo rigide che potrebbero ostacolare l'opportuno consolidamento del fenomeno²¹⁵.

Non meno significativa è inoltre la norma dettata dall'art. 20, la quale prospetta un regime di relativa stabilità del telelavoratore parasubordinato, a cui verrebbe riconosciuto il diritto a vedersi rinnovare il contratto ogni volta in cui il committente decida di intrattenere nuovi rapporti (di telelavoro autonomo) con caratteristiche professionali omogenee al proprio. In caso di inottemperanza, al telelavoratore spetterà un congruo risarcimento, salvo la prova da parte del committente della sua inadeguatezza professionale o dell'esistenza di ragioni inerenti l'organizzazione produttiva che lo abbiano indotto ad agire altrimenti.

Ad un ancor più avanzato stadio di discussione parlamentare è giunto il *ddl* Smuraglia che, pur non a ciò esclusivamente destinato - come si evince dalla sua stessa rubrica "norme di tutela dei lavori "atipici"-, dedica al telelavoro una particolarissima attenzione²¹⁶. L'obiettivo dei proponenti è infatti quello di disciplinare un'insieme di contratti di lavoro non riconducibili né alla tipologia del lavoro subordinato né a quella del lavoro autonomo, tutti implicanti una prestazione lavorativa personale, con carattere di continuità, coordinata con l'attività aziendale complessiva (art.1)²¹⁷. A tali

²¹⁵ Concordo con Scarpelli F., *Le proposte*, ..., 269, quando considera la disposizione un'affermazione simbolica giuridicamente non necessaria, dato che l'intervento della contrattazione collettiva non richiede alcun rinvio legale per potersi attivare; del resto, non sarebbe condivisibile ritenere che tale rinvio sia destinato a fondare un vero e proprio obbligo a contrarre per le parti, per l'evidente contrasto col principio costituzionale di libertà sindacale.

²¹⁶ Trattasi del *ddl* n. 2049 presentato al Senato, consultabile nel sito <http://www.camera.it>.

²¹⁷ Il tentativo è quello di raccogliere tutti i rapporti oggi rientranti nell'ambigua nozione di parasubordinazione di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. in un'autonoma categoria giuridica, definendone compiutamente gli effetti (giuridici), tra cui uno zoccolo minimale di tutele e congrui spazi all'autonomia collettiva nel modellare e graduare la disciplina delle singole figure. V. *supra*, § 2.1. Cfr. De Luca Tamajo R., *Profili lavoristici...*, 67-69: alle nuove fattispecie di lavoro coordinato dovrebbe essere attribuito uno zoccolo minimale di tutela superiore a quello oggi riconosciuto al lavoro parasubordinato, assicurando ampi margini di intervento all'autonomia collettiva.

rapporti verrebbe esteso un consistente pacchetto di diritti e di normative, la maggior parte dei quali oggi spettano al solo lavoratore subordinato²¹⁸.

Più che alla categoria di lavoratori appena descritta e disciplinata, la nostra attenzione è però attratta da una seconda (categoria) composta non soltanto da tutti coloro che offrono prestazioni di elevata professionalità e di particolare specializzazione - prestazioni necessariamente rese in forma continuativa e in condizioni di autonomia, nel rispetto del programma predisposto dal committente -, ma anche da quanti lavorano in luoghi o centri diversi dalla struttura aziendale utilizzando tecnologie informatiche o apparecchiature telematiche (art.8)²¹⁹. Purtroppo, il comprensibile interesse sollevato dalla proposta non vince tutte le riserve che contemporaneamente suscita: in particolare, l'aver individuato - attraverso una discussa definizione in negativo dell'area protetta - un nuovo *genus* di rapporti che si muovono tutti nella zona grigia tra subordinazione ed autonomia, non riduce nessuna delle difficoltà che il giudice incontra nell'identificare correttamente la fattispecie in cui sussumere il rapporto²²⁰, offrendo soltanto una soluzione normativa per i casi in cui l'esito dovesse risultare alla fine incerto²²¹.

Ultimo, in ordine cronologico, dei disegni di legge per la disciplina, la tutela e lo sviluppo del telelavoro è quello presentato al Senato il 10 marzo 1998, con l'intento decisivo e prioritario di tutelare i diritti dei telelavoratori, di quelli sindacali in particolare, garantendo loro un adeguato modello di contrattazione collettiva. L'aspetto che dovrebbe maggiormente sollecitare l'interesse dell'interprete attiene però sia alla definizione

²¹⁸ Quali, ad esempio, i diritti sindacali, l'indennità di maternità, una durata minima garantita del rapporto, la forma scritta. Tra le discipline di cui si prevede l'estensione possono segnalarsi gli artt. 1,5,8,14,15 dello *Statuto dei lavoratori*, le leggi sulla parità e pari opportunità uomo-donna, le disposizioni in materia di igiene e sicurezza del lavoro, l'applicabilità dei criteri di proporzionalità e sufficienza della retribuzione.

²¹⁹ A tale seconda categoria non verrebbero estese tutte le tutele attribuite alla prima, in ragione della condizione di maggiore autonomia in cui le prestazioni sono rese.

²²⁰ Le difficoltà del giudice ad identificare la fattispecie cui sussumere un rapporto incerto - è l'opinione espressa da Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase...*, 77 - non comportano necessariamente che il rapporto appartenga ad una fattispecie sconosciuta e quindi da inventare.

²²¹ Cfr. le proposte di ridefinizione della fattispecie lavoro subordinato, § 8.

di telelavoro sia all'esatta determinazione dell'area di riferimento che, oltre a subordinazione e parasubordinazione, si estenderebbe ad una non meglio precisata collaborazione coordinata (artt. 1 e 2), la quale dovrà essere disciplinata oltre che dalle disposizioni del Codice civile, dalle clausole di specifici accordi stipulati da associazioni professionali formalmente istituite con atto costitutivo e statuto depositati presso le sezioni commerciali dei Tribunali civili (art. 4, co. 3)²²².

Che la collaborazione coordinata afferisca all'ampia area del lavoro autonomo è fuor di dubbio; sul rilievo da attribuire al requisito della coordinazione, invece, le perplessità sono molte. Deve innanzitutto trattarsi di un'attività che a differenza di quella che caratterizza il lavoro parasubordinato, anch'esso appartenente all'area dell'autonomia, non presenti i caratteri della continuità e della prevalente personalità²²³, ma soltanto quello della coordinazione "funzionale" fra lavoro ed attività aziendale complessivamente esercitata e le *utilitas* del destinatario. Del resto, la difficilissima distinzione tra lavoro parasubordinato e collaborazione coordinata si rivela essenziale alla realizzazione del modello proposto, il quale sembra voler omologare sotto il profilo normativo - facendo per entrambi un identico riferimento al codice civile, alle leggi del lavoro (Statuto dei lavoratori in particolare) ed ai contratti collettivi di ogni ordine e grado - i rapporti di telelavoro subordinati a quelli parasubordinati, estendendo a questi ultimi tutte le garanzie tradizionalmente assicurate soltanto ai primi.

Purtroppo, nonostante il disegno non si riferisca al solo telelavoro, le molte riserve che sorgono spontanee sia sulla scelta di estendere radicalmente a tutta l'attuale area della parasubordinazione le tutele oggi previste per il lavoro subordinato, sia sull'introduzione di una nuova ambigua nozione di difficile individuazione qual'è quella della collaborazione coordinata, finiscono per distrarre l'interprete da alcune soluzioni che meriterebbero sicuramente la sua attenzione, quali sono quelle relative all'istituzione

²²² Pascucci P., *Libertà...*, 156-157.

²²³ Elementi che la dottrina ha sempre consigliato di valutare contestualmente, su cui v. *supra*, § 2.1.

di un Osservatorio nazionale, da incardinare presso il Cnel, nonché quelle per la promozione e sviluppo del telelavoro, con particolare attenzione alla formazione professionale.

6.1. (segue:) Nelle pubbliche amministrazioni

Se non altro al fine di una sua ulteriore incentivazione, non dovrebbe sorprendere la grande attenzione riservata all'utilizzo del telelavoro nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, come risulta dall'esito delle molte analisi e ricerche che da diversi anni si interrogano sull'evoluzione del fenomeno del telelavoro nei paesi più industrializzati, ed, in modo del tutto particolare, negli Stati membri dell'Unione europea, a fronte dell'impulso davvero eccezionale dato dalle istituzioni comunitarie²²⁴. Dalle citate ricerche, infatti, emerge con grande evidenza che se la maggior parte dei provvedimenti di natura regolamentare adottati dalle pubbliche amministrazioni, anche nella loro "veste" di datori di lavoro, sono prevalentemente volti a saggiare l'impatto che l'introduzione del telelavoro è capace di produrre sulla loro complessiva organizzazione operativa e sull'efficienza dei servizi che istituzionalmente sono chiamate a rendere ai cittadini, di fatto la loro approvazione finisce anche per promuovere alcuni rilevanti "processi esterni" (alla stessa amministrazione), connessi al coinvolgimento di aziende ed imprese private - attratte dalle politiche di *bonus* fiscali e di incentivi della più varia natura - che si dovessero rendere disponibili ad operare sinergicamente con la PA alla realizzazione degli obiettivi (sociali) dalla stessa indicati²²⁵.

²²⁴ Angelini L., *Esperienze comparate*, in Gaeta L., Pascucci P. (a cura di), *Telelavoro* ..., 237, in partt. nn. 1-5. Da ultimo, Zappi D., *Il mercato del lavoro nella società dell'informazione: il caso del telelavoro*, in CNEL, Gruppo di lavoro sulla Società dell'Informazione, Seminario, Roma, 12 giugno 1998, Documentazione, solo datt.

²²⁵ Angelini L., *Esperienze...*, 243: penso alla riduzione della congestione del traffico ed all'inquinamento atmosferico; ai minori investimenti in infrastrutture ed attrezzature di trasporto pubblico; allo sviluppo delle aree territoriali e del loro riequilibrio economico-sociale. Per la descrizione di alcune delle principali esperienze straniere ed italiane più significative v. Viscomi A., *L'applicazione nelle pubbliche amministrazioni*, in Gaeta L., Pascucci P. (a cura di), *Telelavoro...*, 190 ss.

La dimostrazione che una razionale e ponderata introduzione del telelavoro nella PA può utilmente concorrere a migliorare la qualità dei servizi resi, l'ottimale gestione dei fattori di produzione²²⁶ e la sempre indispensabile riduzione dei costi di funzionamento²²⁷ non elimina, tuttavia, i molti ostacoli che ripetutamente si frappongono ad un suo più diffuso radicamento, la gran parte dei quali è di ordine culturale, derivanti cioè da uno stile organizzativo ancora scarsamente permeato dalla tecnologica informatica, a cui va ad aggiungersi un'insufficiente omogeneizzazione delle procedure amministrative²²⁸. Rispetto agli imprenditori privati, poi, non dovrebbe essere sottovalutato il fatto che le pubbliche amministrazioni, nel decidere l'introduzione di forme di telelavoro, si trovano costrette a muoversi nel rispetto di qualche vincolo giuridico in più.

E' senz'altro esatto sostenere che non esiste nell'attuale ordinamento italiano alcuna disposizione diretta a porre un esplicito divieto di svolgimento, al di fuori dell'ufficio e con l'ausilio di un terminale elettronico, della prestazione dovuta; dal che si dovrebbe tecnicamente dedurre come non necessaria l'emanazione di una norma permissiva idonea a consentirne l'implementazione²²⁹. Tuttavia, l'utilizzazione del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, almeno da un punto di vista giuridico-formale, non credo potrà mai essere considerata alla stregua di un comune problema di adattamento dello scenario normativo a quel singolare contesto organizzativo, come invece avviene nel privato. La trasformazione del sistema delle fonti del rapporto di lavoro operata dal d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 - con la valorizzazione della contrattazione collettiva, da un lato, e dei

²²⁶ Va ribadita la maggiore flessibilità gestionale che il telelavoro consentirebbe di acquisire sotto il profilo della mobilità del personale pubblico, come alternativa al trasferimento territoriale: Viscomi A., *L'applicazione...*, 197.

²²⁷ V. Rutelli F., *Roma tra le capitali europee del telelavoro. Tre programmi operativi nell'Amministrazione comunale*, e Iannaccone M., *Telelavoro in Italia: le novità 1996*, entrambi in NL 1996, n. 81, rispettz. 65-66, 58-62. Cfr. Di Nicola P., *Contrattare...*, 514.

²²⁸ Cfr. Miglio M., *Il telelavoro nella pubblica amministrazione*, in Di Nicola P., *Manuale del telelavoro*, Roma, 1997, 193 ss.

²²⁹ Viscomi A., *L'applicazione...*, 183.

poteri attribuiti in via esclusiva alla dirigenza, dall'altro ²³⁰ - ha ridotto, ma non annullato la specifica portata di una decisione organizzativa com'è quella dell'introduzione del telelavoro, la quale, oltre a produrre importanti effetti sul "versante" gestionale del rapporto di lavoro, presuppone l'indicazione di una prospettiva politico-strategica che alle fonti eteronome di natura legislativa o regolamentare resta costituzionalmente riservata ²³¹.

In tal senso, nessuna modifica di rilievo sembra essere stata introdotta dalla recente approvazione del d. lgs. 31 marzo 1998, n.80, dettante nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni ²³². Il rafforzamento delle prerogative e l'ampio riconoscimento delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo in capo ad ogni singola amministrazione - chiamata ora a definire con propri atti organizzativi, emanati nel rispetto dei diversi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione dei propri uffici e le relative dotazioni organiche (art. 2, co. 1 e art. 3, d. lgs 80/98) - esige, infatti, che tutte queste nuove autonome determinazioni, oltre a rispondere ad un generico pubblico interesse, siano emanate assicurandone l'ispirazione ad alcuni criteri fonda-

²³⁰ Cfr. Orsi Battaglini A., *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, DLRI 1993, 461 ss; Carinci M.T., *Il contratto collettivo nel settore pubblico con riserva di regime-pubblicistico e riserva di legge*, RIDL 1994, I, 557 ss.; Spinelli C., *Rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici: profili individuali e collettivi*, RGL 1994, I, 507 ss.

²³¹ In senso difforme, Viscomi A., *L'applicazione....*, 183-187, il quale pur riconosce (citando Maldonado T., *Critica della ragione informatica*, Roma 1997, p. 113) che il telelavoro "non è solo, e neppure tanto, una speciale modalità di erogazione della prestazione individuale di lavoro, quanto piuttosto <una condizione strutturale nella quale i fattori della produzione assumono una funzione diversa da quella tradizionale> (182), rappresentata dall'erogazione di una prestazione di lavoro stabilmente vincolata ad un ufficio materialmente inteso, modello su cui le norme legislative e regolamentari vigenti sono state pensate (184). Cfr. Melis G., *Per una storia del lavoro pubblico in Italia: la lunga strada di Monsù Travet tra Covour e Mussolini*, in Varni A., *Storia e storie del lavoro*, Torino 1997, p. 39 ss.

²³² E' pubblicato in GU 8 aprile 1998 n. 80. Trattasi delle norme di attuazione della delega prevista dall'art. 11, co. 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, nota anche come *Bassanini Uno*.

mentali che il novellato art. 2, co. 1, provvede ad elencare²³³ nel quadro dei principi generali risultanti dalla complessiva legislazione vigente.

L'obiettivo manifesto di realizzare la migliore utilizzazione organizzativa delle risorse umane - come dispone la novellata lett. c) dell'art. 1, co. 1 d.lgs 29/93 - tuttavia, non modifica la precedente tipologia gestionale dei rapporti di lavoro: le determinazioni per l'organizzazione degli uffici continueranno ad essere assunte dagli organi preposti con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro (art. 4), previa consultazione con le organizzazioni sindacali (art. 10), nell'ambito delle leggi e degli stessi atti organizzativi. I rapporti di lavoro, cioè, saranno disciplinati dalle disposizioni del Codice civile, dalla legislazione lavoristica e dai contratti ed accordi collettivi, a cui è stata concessa la facoltà di porre deroghe a precedenti disposizioni di legge, di regolamento o statutarie, salvo espressa disposizione contraria (art. 2, co. 2)²³⁴.

E' in questo complesso sistema di fonti che si collocano le disposizioni sul lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni contenute nell'art. 4 della recente legge-delega 16 luglio 1998, n. 191, nota anche come *Bassanini ter*²³⁵.

Dopo aver affermato che le pubbliche amministrazioni *possono avvalersi* di forme di lavoro a distanza, allo scopo di razionalizzare l'organizzazione del lavoro e di realizzare economie di gestione attraverso l'impiego flessibile delle risorse umane, il legislatore "autorizza" le pubbliche amministrazioni ad installare le apparecchiature informatiche e i collega-

²³³ Si tratta dei criteri della funzionalità, rispetto ai compiti ed ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità; dell'ampia flessibilità; del collegamento delle attività degli uffici e della loro interconnessione mediante sistemi informatici e statistici; della garanzia di imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa; ed infine dell'armonizzazione degli orari di servizio e di apertura degli Uffici con le esigenze dell'utenza e con quelli delle altre amministrazioni pubbliche comunitarie.

²³⁴ Cfr., *amplius*, De Felice A., *La riforma del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: intervista a Gaetano D'Auria e Mario Giovanni Garofalo*, DRI 1988, 369 ss.

²³⁵ E' pubblicata nel suppl. ord n. 110/L della GU del 20 giugno 1998, n. 142.

menti telematici necessari, ed a consentire ai propri dipendenti - a parità di salario e con diritto ad essere reintegrati su loro richiesta nella sede originaria - l'esecuzione della prestazione lavorativa in un luogo diverso dal consueto ufficio, previa determinazione delle modalità per la verifica dell'adempimento della prestazione da attuarsi con regolamento emanabile ai sensi dell'art. 17, co. 2, legge n. 400/88, sentita l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione(AIPA)²³⁶. A tali obiettivi ed alle modalità indicate nel Decreto dovranno necessariamente rifarsi tutte le pubbliche amministrazioni interessate all'utilizzazione del telelavoro, adeguando i propri ordinamenti e dotandosi degli opportuni strumenti organizzativi.

Si è consapevoli delle molte riserve che questa interazione di fonti può suscitare in coloro che condivisibilmente ritengono come il successo del telelavoro - nel senso sia di razionalizzazione che di contenimento dei costi gestionali - passi anche attraverso l'alto grado di variabilità e flessibilità del suo modello organizzativo rispetto alle specifiche realtà di attuazione²³⁷. Tuttavia, non è credibile che il sistema delle fonti che presiede e l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni possa consentire una deroga tanto rilevante per il solo lavoro a distanza, che va invece trattato alla stregua di tutte quelle modalità organizzative che sono potenzialmente in grado di interferire sulle garanzie di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione. L'eccezione è infatti limitata alle ipotesi sperimentali che le amministrazioni potranno continuare ad avviare, sentite le organizzazioni sindacali e l'Autorità per l'informatica, dandone comunicazione al Dipartimento della fun-

²³⁶ Trattasi di un *Dpr*, da emanarsi a seguito di formale deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di Stato, destinato a disciplinare le materie non coperte dalla riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi abbiano già autorizzato l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinando le norme generali regolatrici e disponendo l'abrogazione di quelle incompatibili.

²³⁷ Viscomi A., *L'applicazione....*, 198.

zione pubblica²³⁸. Anche in questi casi era stata già da tempo avvertita la necessità, tutta giuridica, di giungere alla definizione di un impianto in grado di abilitare i dirigenti ad autorizzare le prestazioni, in base al principio tipico del diritto amministrativo che vede l'atto ed il fatto legati da un rapporto strettamente consequenziale²³⁹.

Quando si tratta, invece, di adeguare la disciplina economica e normativa del rapporto di lavoro dei dipendenti interessati alle tipologie di telelavoro previste, le fonti eteronome lasciano opportunamente il campo alla contrattazione collettiva ed alla autonoma e responsabile determinazione dei dirigenti. Non pare, pertanto, che la situazione creata dall'emanazione della legge sia tale da giustificare alcun allarme, alla stregua di quello che, ad esempio, si era, allora comprensibilmente, diffuso tra le principali organizzazioni sindacali americane intorno alla prima metà degli anni ottanta²⁴⁰. Là era infatti accaduto che nei confronti dei rapporti di telelavoro il contratto collettivo aveva progressivamente perso il suo originario ruolo di fonte, costretto a lasciare ai programmi ed alle direttive emanate dalle Amministrazioni il compito di provvedere compiutamente ed inderogabilmente alla loro disciplina²⁴¹.

Nel nostro caso, invece, il telelavoro non ha mai smesso di essere terreno privilegiato della negoziazione: per converso, si tratta di un feno-

²³⁸ L'eccezione prevista per le sperimentazioni di telelavoro è ampiamente condivisibile: alla luce della legge e delle modalità specificate nel *Dpr*, le Amministrazioni potranno verificare se le modalità di adeguamento organizzativo consentite siano tali da essere proficuamente introdotte all'interno delle loro strutture operative; solo dopo tale concreto accertamento, chi vorrà stabilmente utilizzare il telelavoro dovrà emanare gli opportuni atti organizzativi, anche nel rispetto di quanto previsto nell'ordinamento statutario.

²³⁹ V. gli atti del progetto "*Roma tra.de*", nell'ampia analisi proposta da Viscomi A., *L'applicazione...*, 193 ss, ad avviso del quale non di abilitazione dovrebbe parlarsi, quanto della preliminare definizione, da parte degli organi di governo, di obiettivi e programmi la cui realizzazione rientra nella competenza dei dirigenti.

²⁴⁰ Vicari S., *Telelavoro e pubblico impiego, ovvero il <teletravet>*, in *Amministrazione*, 1992, fasc. 1, 138 ss, in part. 146-147.

²⁴¹ Angelini L., *Esperienze...*, 244.

meno la cui analisi non può considerarsi esaurita nel pur essenziale confronto imprese-lavoratori, visto che le esigenze che dallo stesso si prestano ad essere soddisfatte sono potenzialmente molte di più di quelle astrattamente riconducibili alla tutela del lavoro, ai modelli organizzativi dell'attività produttiva, o all'efficienza dei servizi da rendere all'utenza. Gran parte dei vantaggi insiti nell'introduzione del telelavoro, infatti, possono essere apprezzati soltanto ad un più ampio "livello sociale"²⁴². Non ci si riferisce soltanto alla riduzione della congestione del traffico e dell'inquinamento atmosferico, o del minore investimento in infrastrutture ed attrezzature di trasporto pubblico²⁴³. Non è infatti difficile immaginare i benefici che potrebbero prodursi sugli assetti e sullo sviluppo equilibrato del territorio, evitando l'ulteriore degrado delle metropoli, lo spopolamento delle zone rurali, gli alti costi "sociali" della concentrazione produttiva; possibile, altresì, un utilizzo finalizzato alla realizzazione di un più efficace inserimento lavorativo delle donne o dei disabili²⁴⁴, nonché di un'adeguata riqualificazione professionale dei detenuti²⁴⁵.

6.2 - La querelle sulla fonte più idonea. L'esperienza delle *best practices*

Nonostante quanto è avvenuto nel settore delle Pubbliche amministrazioni sia sicuramente significativo, non tutti i dubbi sull'opportunità di intervenire per legge in materia di telelavoro sono da ritenersi fugati. Innanzitutto, perché il fenomeno non ha ancora assunto quella consistenza che sarebbe necessaria a giustificare pienamente una disciplina di questo tipo; in secondo

²⁴² Angelini L., *ivi*, 243.

²⁴³ Cfr. Rutelli F., *Roma tra le capitali europee del telelavoro. Tre programmi operativi nell'amministrazione comunale*, e Iannaccone M., *Telelavorare in Italia: le novità 1996*, entrambi in *NL* 1996, n. 81, rispettivamente, 65-66, 58-62.

²⁴⁴ V. Gottardi D., *Un progetto di azione positiva all'Università di Verona*, in Gaeta L., Pascucci P. (a cura di), *Telelavoro...*, p.p. 199 ss, in part. pp. 205-206.

²⁴⁵ Gori M., *Alcune esperienze internazionali e nazionali*, in Bracchi G., Campodall'orto S. (a cura di), *Progettare...*, 38-39, 178-179.

luogo perché la legislazione non sembra possedere un grado di flessibilità sufficiente ad assicurare al telelavoro tutta la vitalità necessaria alla sua ottimale implementazione nei moderni sistemi produttivi, soprattutto quando l'intento perseguito non sia esclusivamente quello dell'incentivazione.

Sotto il descritto profilo, è la contrattazione collettiva la fonte che appare più idonea²⁴⁶. Tuttavia, si è appena avuto modo di ricordare come molti degli interessi connessi all'introduzione del telelavoro assumono una valenza prevalentemente sociale, esulando dalle "capacità" di apprezzamento e di disciplina che normalmente si esprimono nel diretto confronto fra imprese e sindacati. Per altro verso, il contratto collettivo vede limitato l'ambito del suo intervento al solo lavoro subordinato, lasciando priva di protezione tutta quella massa indifferenziata di lavoratori che - con differente legittimazione - oggi affollano l'area crescente dell'autonomia; per non dire, poi, dei limiti d'efficacia che quelle clausole "patiscono" anche all'interno della stessa subordinazione. Inoltre, non va sottovalutato il fatto che problematiche come quelle tipicamente implicate dall'introduzione del telelavoro - innovazione tecnologica, organizzazione del lavoro, investimenti, diversificazioni produttive, decentramento, sicurezza dei luoghi, prospettive di mercato - presuppongono un modello di relazioni industriali strutturalmente partecipativo, in cui vengono valorizzati al massimo i diritti d'informazione e di consultazione²⁴⁷. L'introduzione del telelavoro, cioè, non può essere esclusivamente una "faccenda" di contrattazione collettiva²⁴⁸: non è infatti casuale che, una volta confermata la natura subordinata del rapporto e ribaditi i principi e le garanzie irrinunciabili dai lavoratori, il sindacato abbia lasciato ampi spazi di manovra alla contrattazione diretta tra l'impresa ed il telelavoratore.

Trova in ciò conferma l'opinione degli interpreti più avveduti, i quali sostengono che sia ancora il contratto individuale la principale fonte di disciplina del rapporto di telelavoro. Formalmente, perché tutto ciò che attiene al

²⁴⁶ Sostiene la necessità di una legge, come fonte più idonea per la definizione e la classificazione del fenomeno, Gaeta L., *La qualificazione...*, 21.

²⁴⁷ Pascucci P, *Libertà...*, 161.

²⁴⁸ Angelini L., *Esperienze...*, 249.

luogo di esecuzione della prestazione - soprattutto dopo l'emanazione della direttiva Cee n. 91/533, e la sua attuazione con il d.lgs n. 152/97²⁴⁹ - costituisce un elemento essenziale del contratto su cui è necessario si manifesti il consenso delle parti; sostanzialmente, perché in mancanza di una legge specifica, esso rappresenta l'esclusivo riferimento per la disciplina del telelavoro, come accade nell'ipotesi in cui il lavoratore sia stato giuridicamente qualificato come imprenditore o come semplice (lavoratore) autonomo.

L'importanza che riveste il contratto individuale nella disciplina di tale rapporto di lavoro trova riscontro nell'interessante esperienza delle c.d. *best practices*²⁵⁰. Si intende più precisamente far riferimento a quell'insieme di *guidelines* e contratti-modello diffusi in modo diverso nei paesi interessati dall'evoluzione del telelavoro che, senza comportare alcun vincolo giuridico per lavoratori subordinati o autonomi e loro datori o committenti, offrono tutta una serie di possibili orientamenti per la conclusione di un contratto di telelavoro²⁵¹.

Detto altrimenti, le *best practices* perseguono l'obiettivo di implementare sia la contrattazione collettiva che la contrattazione individuale, contando soltanto sull'elevato grado di condivisibilità delle soluzioni prospettate: una disciplina di origine "sociale" dunque, destinata ad indicare a lavoratori ed imprenditori, nonché alle loro rispettive organizzazioni rappresentative, quello che dev'essere considerato giusto ed accettabile in materia di telelavoro²⁵². Con il vantaggio che l'influenza esercitata va al di là

²⁴⁹ V. *supra*, § 2.

²⁵⁰ Su cui, già § 5. Come per l'introduzione del telelavoro nella pubblica amministrazione, anche in questo caso il ruolo di avanguardia spetta a Stati Uniti, Svezia e Gran Bretagna: v. Angelini L., *Esperienze...*, 253 ss. V. anche, Di Nicola P., *Contrattare il telelavoro...*, 502 ss.

²⁵¹ V. *supra*, a proposito della funzione di *best practices* assunta dall'Accordo interconfederale del terziario e del commercio: § 5.

²⁵² Potrebbero rappresentare, cioè, una sorta di *soft source* di natura autonoma, la cui valorizzazione dovrebbe essere sostenuta dalle stesse ragioni che rimarcano la positiva esperienza di *soft law* nel diritto comunitario. Sulla nozione di *soft law*, cfr. Snyder F., <*Soft law*> e prassi istituzionale nella Comunità europea, in SD 1993, 79 ss, e Sciarra S., *Social Values and the Multiple Sources of European Social Law*, in ELJ 1995, V.1, n. 1, 60 ss.

del ristretto ambito della subordinazione - entro il quale la contrattazione collettiva è invece costretta ad operare -, rappresentando a tutt'oggi uno dei più importanti strumenti destinati ad estendere anche al telelavoro autonomo quel minimo di tutele indispensabili a soddisfare i principali bisogni che ogni prestazione telelavorata porta inevitabilmente con sé²⁵³.

7. Dal telelavoro al diritto del lavoro

Le difficoltà che incontrano i processi di qualificazione dei rapporti di lavoro quando le prestazioni da rendere presentano importanti caratteri di ambiguità dovuti allo stemperarsi dei loro tradizionali elementi identificativi²⁵⁴ - e le gravi conseguenze che ciò può determinare sotto il profilo delle tutele assicurate²⁵⁵ - aiutano a comprendere alcune delle ragioni per le quali da non pochi anni è in atto nel nostro paese una vera e propria tendenza espansiva del diritto del lavoro²⁵⁶, realizzatasi sia attraverso l'allargamento dell'area ricompresa nel lavoro subordinato, sia attraverso l'applicazione a quella autonoma di istituti specifici della prima²⁵⁷. E' questa la

²⁵³ Denuncia l'ottica troppo ristretta in cui continuerebbero a muoversi sia la legislazione sia la contrattazione collettiva, Prosperetti L., *Verso una crescita esponenziale del telelavoro*, NL 1996, n. 81, 55.

²⁵⁴ Il riferimento è ai caratteri della continuità, personalità ed immediato coordinamento spazio-temporale della prestazione di lavoro: P. Milano 28 agosto 1996, con nota di Caro, *Sulla qualificazione del lavoro informatico*, e P. Torino 12 febbraio 1996, con nota di Zanotelli L., *Il caso dei pony-express ancora al centro della disputa sul metodo della qualificazione dei rapporti di lavoro*, entrambe in RIDL 1997, II, 282 e, 290 ss. Cfr. Di Ruocco M., *Attività lavorative emergenti: autonomia o subordinazione*, MGL 1988, 413-414.

²⁵⁵ Pizzi P., *Brevi ...*, 219 ss.

²⁵⁶ Così Ballestrero M.V., *L'ambigua...*, 42.

²⁵⁷ Vedi le considerazioni espresse in tema di parasubordinazione, al § 2.1. Sulla necessità di usare la massima cautela nel portare avanti un tale processo, D'Antona M., *Una riforma legislativa a geometria variabile*, LI 1996, n. 22, 11 ss. Ritiene discutibile la tendenza a configurare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato anche nelle più impensabili ipotesi della vita sociale, Vitali D., *Orientamenti...*, 220.

prospettiva in cui devono essere collocate alcune recenti proposte governative sostanzialmente dirette alla creazione di ciò che è stato definito il nuovo *Statuto dei lavori*²⁵⁸.

Quello dell'estensione del diritto del lavoro è un processo che ha visto coinvolti a vario titolo il legislatore²⁵⁹, la giurisprudenza, la dottrina e le parti sociali, attori tutti accomunati dalla sensazione di ingiusta privazione dei lavoratori formalmente autonomi delle molte tutele invece assicurate a quelli subordinati²⁶⁰. Senza ovviamente dimenticare il ruolo particolare giocato dal timore che l'oggettiva difficoltà di stabilire la natura del rapporto avrebbe potuto indurre le aziende, tutte le volte in cui fosse stato possibile farlo, ad imporre la natura autonoma, ottenendo per questa via, con la fuga dal diritto del lavoro, anche la drastica riduzione delle rigidità e dei costi che comporta l'applicazione integrale delle sue disposizioni²⁶¹.

Non è purtroppo possibile aprire, come sicuramente sarebbe necessario fare, un'ampia "finestra" su quanto sta accadendo nella non unitaria categoria dei rapporti che, richiamandosi al lavoro autonomo, tanto interes-

²⁵⁸ Si tratta di un ambizioso progetto, strutturato in 8 titoli, già presentato alla Commissione di studio per la revisione della legislazione in materia cooperativa e di socio-lavoratore, che viene sostanzialmente condiviso da Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi...*, 56, soprattutto per la scelta che vi si esprime di una graduazione di tutele da un minimo ad un massimo, senza necessità di inventare nuove categorie. Da ultimo, Napoli M., *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, DRI 1988, 297 ss; Magnani M., *Verso uno <Statuto dei lavori>*, *ivi*, 311 ss..

²⁵⁹ Secondo Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 61, una forte responsabilità sulla dilatazione del concetto di lavoro subordinato dev'essere imputata alla c.d. legislazione flessibile.

²⁶⁰ V., ad es., T. Milano 12 aprile 1995, RIDL 1996, II, con nota di Carinci M.T., *Autonomia e subordinazione nel rapporto del consulente tecnico, dell'osservatore ippico, dell'installatore di programmi informatici, del trasportatore, del facchino*; Cass. 6 febbraio 1995 n. 1350, *ivi* 1995, II; 817; Cass. 16 giugno 1995, n. 6861, *ivi* 1996, II, 317: Cfr. Vitali D., *Orientamenti...* 226.

²⁶¹ D'Antona M., *Limiti costituzionali...*, 68-69. V. anche P. Torino 12 febbraio 1996 *cit.*, 290. Sull'ampia casistica di contratti di lavoro autonomo al quale si fa sovente ricorso soltanto per mascherare o dissimulare uno stato di dipendenza, soprattutto ai fini di una riduzione dei costi, Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 10 *datt.*, il quale parla esplicitamente di soluzioni speculative e fraudolente.

se ha suscitato soprattutto tra sociologi ed economisti²⁶², mai sollecitati come ora ad indagare gli effetti indotti dallo sviluppo tecnologico sia sulle tradizionali che sulle più nuove figure professionali. Anche grazie al loro contributo si è visto come, in un tale panorama, nonostante siano ancora molti i lavori sostanzialmente discontinui e frazionati, aumentano sempre di più quelli che, all'opposto, presentano un carattere di continuità, sono stabilmente intrattenuti con organizzazioni imprenditoriali e vengono eseguiti con modalità del tutto simili a quelle del lavoro dipendente (art. 409, c.p.c.).

Ciò sembra contrastare con il formale assetto del codice civile (art. 2222), nel quale l'ipotesi che l'imprenditore possa sistematicamente avvalersi del lavoro autonomo, invece che di quello dipendente, come fattore ordinario di organizzazione della sua attività non è presa nella dovuta considerazione. Soltanto per il lavoro dipendente, infatti, la disciplina giuridica riconosce legittimi poteri datoriali di conformazione della prestazione alle tipiche esigenze produttive dell'impresa, poteri opportunamente compensati da forme inderogabili di tutela; nel caso del lavoro autonomo, invece, ci si ferma all'esaltazione della logica paritaria e della disponibilità della parti negoziali, espresse entrambe al di fuori di un contesto organizzato e verticistico, come quello che, almeno fino ad oggi, ha in prevalenza contraddistinto l'attività d'impresa²⁶³. Da tutto ciò nascono le non poche riserve sull'effettiva capacità dell'attuale normativa codicistica - nonostante l'utile integrazione rappresentata dall'ambigua fattispecie della parasubordinazione²⁶⁴ - di asseconda-

²⁶² Tra cui, ad esempio: Aznar G., *Lavorare meno per lavorare tutti. Venti proposte*, Torino 1993; Drucker P., *La società post-capitalistica*, Milano 1993; Gorz A., *Metamorfosi del lavoro. Critica della ragione economica*, Torino 1992; Reich R., *L'economia delle nazioni. Come prepararsi al capitalismo del duemila*, Milano 1993; Rifkin J., *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era del post-mercato*, Milano 1995; Bologna S., Fumagalli A., (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del post-fordismo in Italia*, Milano 1997.

²⁶³ Ferraro G., *Dal lavoro subordinato....*, 19 datt.

²⁶⁴ Al di là della nozione, il problema resta quello dell'insufficiente livello di tutele che si riesce ad attribuire. Da qui, la necessità di interventi di riforma legislativa, su cui *infra*. Sull'importanza del significato "adiuvante" della previsione contenuta nell'art. 409, n. 3, c.p.c., ai fini di un recupero del ruolo assegnato al lavoro autonomo all'interno del modello codicistico, Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase....*, 86 ss.

re, regolandolo, il ricorso al lavoro autonomo, che le imprese, specie quelle appartenenti ai settori più dinamici, stanno sempre più utilizzando²⁶⁵.

Non condivide la lettura appena prospettata Marcello Pedrazzoli, secondo il quale, alla luce di quanto è successo dopo, l'impianto adottato dal legislatore del 1942 merita di essere rivalutato, se non altro per la nozione del contratto d'opera che utilizza (art. 2222), nozione che ben potrebbe essere ritenuta comprensiva tanto dei contratti di lavoro autonomo che subordinato. Al di là dell'inciso "senza vincolo di subordinazione"²⁶⁶ - a testimonianza della centralità assunta dalla fattispecie (subordinazione) - infatti, quella nozione avrebbe il valore di segnalare che in ogni contratto di lavoro sinallagmatico, tanto autonomo che subordinato, ci si obbliga sempre a compiere un'opera o un servizio verso corrispettivo²⁶⁷. Inoltre, grazie agli ulteriori requisiti indicati nell'art. 409, n. 3, c.p.c., essa sarebbe anche idonea a fissare il concetto di lavoro costituzionalmente rilevante ai sensi e per gli effetti degli artt. 4 e 35 Cost.²⁶⁸.

Non saprei dire se la nozione dell'art. 2222 costituisce davvero il

²⁶⁵ Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 27 datt. V. anche Romagnoli U., *Arriva un bastimento carico di <A>*, in D'Antona M., (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, Napoli 1990, 36: la previsione codicistica del lavoro autonomo è il frutto di un'operazione ideologica ed estetica, che l'ha relegato in una condizione di residualità. Cfr. Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi...*, 8, secondo il quale il lavoro autonomo chiede concezioni più organiche del suo trattamento.

²⁶⁶ Esalta il valore della precisazione come elemento di delineazione della fattispecie del contratto d'opera Perulli A., *Locatio operis e lavoro "sans phrase" nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in QL, n. 21, 1998.

²⁶⁷ Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase...*, 82 ss, in part. 85: il "mondo dei lavori" sarebbe richiamato nella sua interezza proprio dal contenuto dell'art. 2222 c.c., che ne fornirebbe una definizione generale ed onnicomprensiva in termini oggettivi, come prestazione o attività resa nell'interesse altrui.

²⁶⁸ Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase...*, 92-94; ID, *Dai lavori autonomi...*, 17 ss, in part. 33: anche le disposizioni costituzionali additerebbero criteri e graduazioni, sol che si pensi al rapporto che si instaura fra la promozione neutrale di tutte le forme di lavoro contenuta nell'art. 35, e le tutele privilegiate per il solo lavoro subordinato degli artt. 36 e 37, in ragione della constatazione che in quest'ultima forma di lavoro il rispetto della dignità umana corre maggiori rischi tanto da esigere un più forte "controbilanciamento".

nucleo essenziale ed elementare, meglio ancora primordiale, di ogni prestazione lavorativa²⁶⁹; è certo, invece - com'è stato recentemente affermato - che la *locatio operis* di cui all'art. 2222 c.c. ha già da tempo iniziato a "smettere i panni" di quell'opposto, indistinto ed indifferenziato ambito in cui la subordinazione sembrerebbe finire ambiguamente per riflettersi²⁷⁰. Da "fattispecie contrapposta", cioè, essa tende sempre più decisamente a legittimarsi come "fattispecie giustapposta" al lavoro subordinato, sostituito funzionale capace di offrire all'organizzazione aziendale nuovi strumenti con i quali compiere anche operazioni di mercato "esterne", facilmente integrabili nell'attività del committente, secondo logiche strategiche più flessibili rispetto alla tradizionale "opzione gerarchica"²⁷¹.

In questo difficile contesto, il giurista non può non sentirsi impegnato in un'opera di complessivo ripensamento²⁷², partendo soprattutto dalla constatazione per cui la qualificazione del rapporto non può arrivare ad impedire un'estensione modulata della disciplina applicabile, come già dovrebbe sufficientemente evincersi dall'introduzione nell'ordinamento delle nozioni legislative di lavoro domiciliare e di quello parasubordinato²⁷³. Tutti concordano infatti che alla scelta del tipo contrattuale è oggi legata, in termini di garanzie e di relativi costi per l'impresa, una posta eccessiva²⁷⁴, la

²⁶⁹ Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi...*, 41.

²⁷⁰ Quasi testualmente, Perulli A., *Il diritto...*, 176.

²⁷¹ Romagnoli U., *Dal lavoro ai lavori*, LD 1997, 3 ss. Ad avviso di Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 64, la vera alternativa al lavoro subordinato, stante l'attuale assetto del diritto del lavoro, più che dal lavoro autonomo - cui la fattispecie tipica lascia scarsi margini -, sarebbe rappresentata dal lavoro associativo e da quello prestato in organizzazioni non imprenditoriali.

²⁷² Romagnoli U., *Un diritto...*, 470.

²⁷³ Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano 1985, 275; Gaeta L., *Lavoro a distanza...*, 229; Ballestrero M.V., *L'applicazione...*, 331; V anche De Luca Tamajo R., *Per una revisione...*, 48, il quale ritiene che l'operazione di graduazione delle tutele possa essere legittimamente affrontata dal solo legislatore.

²⁷⁴ De Luca Tamajo R., *Il lavoro e i lavori. Intervento*, LD 1988, 418-421. D'Antona M., *Limiti costituzionali...*, 87; in tal senso cfr. il progetto di "Statuto dei lavori", che ha predisposto un ingegnoso meccanismo di conciliazione preventiva, prevalentemente destinato proprio a disincentivare il contenzioso sulla qualificazione del rapporto.

cui entità non può che premere fortemente soprattutto sugli interventi della giurisprudenza, dimostratasi sempre molto sensibile a preservare integralmente i valori protettivi della normativa lavoristica²⁷⁵.

E' ad esempio quello che ha ritenuto di dover fare la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 115 del 31 marzo 1994²⁷⁶, affermando come non sia consentito al legislatore - ed a maggior ragione all'autonomia collettiva ed individuale - negare la qualificazione subordinata a rapporti dal contenuto e dalle modalità di svolgimento inequivocabilmente tali. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione (a tutela del lavoro subordinato) debbono trovare attuazione ogni qualvolta vi sia nei fatti quel rapporto economico-sociale a cui la stessa (Carta costituzionale) li ha voluti riferire, punto di equilibrio tra libertà economica e doveri inderogabili di solidarietà sociale, rapporto sempre ravvisabile quando si realizza la piena coordinabilità della prestazione con l'organizzazione aziendale²⁷⁷.

Al di là delle posizioni assunte dalla giurisprudenza, sembra davvero arrivato il momento per il diritto del lavoro di ripensare il proprio raggio d'azione, ridefinire i soggetti e gli interessi da proteggere tenendo conto, da un lato, delle trasformazioni intercorse all'interno del suo stesso "nocciolo duro" e,

²⁷⁵ Tiraboschi M., *Autonomia e subordinazione nelle tecniche di interpretazione dei precedenti giudiziari*, RGL 1994, II, 353 ss; Menghini L., *Autonomia e subordinazione: sollecitazioni dottrinali e risposte della giurisprudenza*, RGL 1991, I, 219 ss; In giur.: Cass. 11 agosto 1994, n. 7374, RIDL 1995, II, 480; Cass. 20 maggio 1997, n. 4502, FI 1997, I, c. 2834; Cass. 7 febbraio 1994 n. 1219, LG 1994, 518.

²⁷⁶ E' pubblicata in RIDL 1995, II, 277 ss, ed in ADL 1995, 297. Cfr. Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi....*, 37-38, il quale identifica la *ratio* della decisione nell'impedire al legislatore di "alleggerire" retroattivamente i rapporti di lavoro dei trattamenti che sarebbero agli stessi spettati in base all'esito del rituale procedimento qualificatorio; un conto è la disposizione dell'effetto, ferma la fattispecie, un conto è la disposizione della fattispecie, che resta impregiudicata.

²⁷⁷ Flammia R., *Telelavoro e subordinazione....*, 40 ss; D'Antona M., *Limiti costituzionali....*, 67 ss. Ad avviso di De Luca Tamajo R., *Profili....*, 70, l'intervento della consulta irrigidirebbe l'esito di qualificazione dei rapporti di lavoro alla luce delle categorie generali, ma non potrebbe condizionare anche l'eventuale riscrittura di queste ultime. In tal senso, ID, *Per una revisione....*, 61-63.

dall'altro, della facilità con cui avviene l'interscambio tra subordinazione ed autonomia²⁷⁸. Le strade percorribili sono sostanzialmente due, quella della fattispecie e quella delle discipline²⁷⁹: la prima consiste nel predisporre nuove tecniche definitorie, vale a dire procedere ad una riforma legislativa della nozione di subordinazione, con la conseguente redistribuzione delle tutele così come sono oggi assicurate; la seconda, riconfermata la validità dell'attuale nozione valutativa, totalizzante ed "onnivora" di subordinazione - come l'ha efficacemente definita Romagnoli²⁸⁰ -, si propone di intervenire soltanto per diversificare gli *standards* protettivi, anche attraverso la predisposizione di nuovi modelli di legge-contratto che sappiano tenere in più adeguata considerazione le esigenze dei destinatari²⁸¹.

Se per la seconda delle due strade la fattibilità del percorso è già stata positivamente sperimentata - con la legge sul lavoro a domicilio e la nozione di parasubordinazione²⁸² -, la prima, ben più impervia, è ferma alle proposte che prevedono tutte un intervento legislativo, riconoscono un ruolo significativo alla contrattazione collettiva e assegnano un livello minimo e

²⁷⁸ Nogler L., Perulli A., *Il lavoro autonomo. Presentazione*, LD 1997, 171; Zoli C., *Subordinazione* ..., 255-258; D'Antona M., *Diritto del lavoro*..., 322. Per ampliare la prospettiva dell'analisi, cfr. Meda D., *Società senza lavoro. Per una nuova filosofia dell'occupazione*, Milano 1995, e Accornero A., *Era il secolo del lavoro*, Bologna 1997.

²⁷⁹ Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi*..., 39: si tratta di versanti complementari, che debbono essere commisurati reciprocamente, ma che danno luogo a individuazioni e conseguenze diverse.

²⁸⁰ Romagnoli U., *Il patto*..., 460; Carinci F., *Intervento*, in Aa.Vv., *Nuove forme*..., 140-141.

²⁸¹ Cfr. Ghera E., *La subordinazione tra tradizione e nuove proposte*, DLRI 1988, 633-639. Sulla maggiore "proficuità" di perseguire la seconda delle due strade, Nogler L., *Qualificazione*..., 14.

²⁸² Per Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase*..., 87, con la previsione di una fattispecie specificativa del lavoro autonomo si sarebbe realizzato l'anello mancante della catena (di fattispecie) che ora consente di ragionare sulla redistribuzione delle tutele. Alla "rivisitazione" della nozione di parasubordinazione è direttamente destinata sia la proposta Smuraglia, sulla quale v. § 6, sia il *ddl* presentato alla Camera dei deputati dagli on. Mussi, Innocenti e altri, rubricato *Norme per l'inquadramento giuridico e per la tutela della parasubordinazione e del lavoro autonomo non regolamentato*.

controllato di tutele anche al lavoro non subordinato, purché personale, continuativo e coordinato²⁸³.

8 (segue:) Le proposte sulla “ridefinizione” della fattispecie lavoro subordinato. Il “lavoro coordinato”

Tra le proposte finalizzate a realizzare una complessiva “ridefinizione” della fattispecie lavoro subordinato rientrano sicuramente quelle riconducibili agli scritti di P. Giovanni Alleva e Massimo D’Antona²⁸⁴.

Nell’ipotesi avanzata da Alleva, il superamento delle molte incongruenze indotte dall’attuale contesto definitorio e sistematico viene realizzato attraverso l’estensione dei “confini” del diritto del lavoro, partendo da un contratto di lavoro *sans phrase* - in cui si realizzano le condizioni essenziali di ogni prestazione lavorativa -, via via arricchito con clausole in grado di diversificarne opportunamente obiettivi ed effetti²⁸⁵. Tra queste clausole, la più importante è sicuramente quella del c.d. “patto di inserimento”: con l’apposizione della stessa verrebbe individuata una fattispecie più ampia dell’attuale lavoro subordinato - accogliendo una nozione tipicamente funzionale ed economico-sociale di subordinazione; vi rientrano, infatti, molti

²⁸³ Simitis S., *il diritto...*, 639: richiamando Hugo Sinzheimer, l’A. ribadisce che il diritto del lavoro ha il compito di salvaguardare la dignità umana, e nel farlo deve considerare la sua auto-determinazione come momento di giustificazione della sua stessa esistenza.

²⁸⁴ Alleva G., D’Antona M., *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro*, in Ghezzi G. (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro, Proposte per un testo unico*, Roma 1996, rispettivamente 189 ss, 193 ss. Per un’attenta analisi delle principali proposte avanzate, Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, RIDL 1998, I, 67 ss: dello stesso A., v. anche, *Classificazione dei rapporti di lavoro e prospettive di riforma*, MGL 1997, 957 ss; *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in QL, 1998 n. 21, 3 ss.

²⁸⁵ Tali clausole possono avere per oggetto patti di formazione professionale o di durata del rapporto, ma il più importante resta quello di inserimento nell’organico dell’impresa, su cui *infra*: Alleva G., *Flessibilità del lavoro...*, 777 ss.

dei rapporti oggi considerati parasubordinati -, essendo sufficiente per la qualificazione, l'esistenza di un organico inserimento del lavoratore nell'impresa, che può realizzarsi attraverso la sua sottoposizione a direttive anche generiche del datore. Alla fattispecie descritta andrebbe imputata l'integrale normativa del diritto del lavoro; l'accesso alle tutele minori, tipiche del lavoro "senza aggettivi", interesserebbe soltanto rapporti oggi sicuramente autonomi²⁸⁶.

Ad avviso di D'Antona, come si evince dall'elencazione dei criteri discretivi - la cui valutazione dev'essere globale, sintetica e non analitica, in relazione alle circostanze in cui il rapporto si svolge ed in ossequio ai dettami propri del metodo tipologico²⁸⁷ -, ciò che deve caratterizzare il "nuovo" lavoro subordinato è soltanto la prestazione personale soggetta a puntuali direttive e a controlli costanti nell'esecuzione della prestazione (art. 3., lett. c). Per converso, assai ampia diverrebbe la fattispecie del lavoro senza aggettivi, in cui potrebbe rientrare una parte significativa dei rapporti di lavoro sia autonomi sia subordinati che oggi vanno a collocarsi nella zona intermedia tra le due fattispecie dicotomiche, in quanto accomunati dal coordinamento economico-organizzativo di prestazioni rese personalmente, con carattere di normalità e costanza, all'interno di cicli produttivi da altri gestiti²⁸⁸: a tutti questi rapporti è riconosciuto uno zoccolo minimale di tutele comuni.

Per giungere ad accertare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato - a cui resterebbero attribuite le tutele attualmente previste -, la tecnica utilizzata è quella della presunzione legale: qualunque sia il con-

²⁸⁶ Ad avviso di De Luca Tamajo R., *Profili...*, 60 ss, il citato disegno di legge, invece di differenziare com'è necessario fare, tende ad aggregare le tutele: l'unico elemento di selezione previsto è infatti rappresentato dall'accertamento dell'inserimento organico del lavoratore nell'impresa, quale sintomo di esclusione del lavoratore dal mercato e della sua conseguente alienità dai mezzi di produzione.

²⁸⁷ Non è chiaro se l'elencazione debba considerarsi tassativa o esemplificativa.

²⁸⁸ A tali lavoratori verrebbe riconosciuto soltanto uno zoccolo minimale di tutele legislative: le attuali garanzie spetterebbero soltanto a rapporti di lavoro subordinato caratterizzati da una forte eterodirezione spazio-temporale della prestazione resa.

tratto di lavoro al quale le parti abbiano fatto riferimento, quando il prestatore di lavoro svolge un'attività continuativa esclusivamente personale, alle dipendenze dell'imprenditore, in base alle direttive da lui impartite e sotto il suo controllo, il rapporto deve considerarsi subordinato. Ne sono indici discretivi l'inserimento stabile nell'organizzazione dell'impresa; lo svolgimento della prestazione nei luoghi e con gli strumenti predisposti dall'imprenditore; la soggezione a direttive puntuali ed a controlli costanti sull'esecuzione della prestazione; la soggezione a vincoli d'orario; la previsione di un corrispettivo in misura determinata o determinabile, da pagare a cadenze fisse²⁸⁹.

In definitiva, con la sua proposta, D'Antona cerca di superare il criticato connubio tra subordinazione e tutela, attraverso la legittimazione di un nuovo istituto unitario rappresentato dal lavoro senza aggettivi, meritevole di tutela in quanto "fattore normale e costante dell'attività d'impresa altrui", indipendentemente dal regime contrattuale o dal tipo di integrazione organizzativa che realizza. Resta il problema di chi possa dirsi effettivamente in grado di governare un così delicato processo di disarticolazione/ricomposizione, al di là dell'importante ruolo comunque assegnabile alla contrattazione collettiva²⁹⁰.

Diversa è la strategia delineata da Pietro Ichino: nonostante egli alluda ad una nozione di dipendenza più ampia di quella che oggi integra la nozione di subordinazione ex art. 2094, la tesi non comporta un riposizionamento dei confini della fattispecie, ma basandosi sugli ambiti delle "vecchie" nozioni propone la riduzione delle tutele attribuite dall'una, la subordinazione, e la loro corrispondente estensione all'altra, l'autonomia, nell'intento di accrescerne l'interscambiabilità²⁹¹. L'obiettivo è quel-

²⁸⁹ Per Perulli A, *Il diritto...*, 185-190.

²⁹⁰ In tal senso, Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase...*, 70-71.

²⁹¹ Ichino P., *Subordinazione...*, 263 ss; ID., *Il lavoro e il mercato*, Milano 1996, 72. In particolare sull'adozione dello schema *insiders/outside*s, Ichino A, Ichino P., *A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale delle norme giuslavoristiche*, RIDL 1994, I, 459 ss.

lo di realizzare una “riallocazione” selettiva delle protezioni sociali all’interno del mondo del lavoro, grazie al passaggio da una situazione di assoluta inderogabilità ad una di parziale disponibilità sottoposta al solo vaglio dell’autonomia individuale e collettiva: una volta garantita una rete di sicurezza comune tanto al lavoro subordinato che a quello autonomo, le fonti eteronome devono lasciare spazio al libero determinarsi dell’assetto di interessi voluto dalle parti, secondo la tecnica dei patti in deroga o attraverso la “monetizzazione” di determinate tutele²⁹².

Oltre al lavoro propriamente subordinato, sempre contraddistinto dall’assoggettamento pieno a eterodirezione ed all’obbligo di obbedienza, verrebbero individuate altre due categorie di lavoratori; una prima, generalissima, comprendente attività di lavoro di tipo prevalentemente personale - per la quale sarebbe previsto soltanto un sistema di assicurazione del reddito in caso di invalidità, maternità e vecchiaia, o di assistenza nel mercato del lavoro -, ed una seconda, definita genericamente di lavoro dipendente, a cui andrebbe riconosciuta una tutela sostanzialmente più rafforzata della precedente²⁹³. In definitiva, rispetto alle due proposte già analizzate - che lasciano praticamente invariato l’ambito attualmente coperto dalla subordinazione, attraverso la promozione di una tendenziale convergenza verso l’alto degli *standards* protettivi di rapporti ora autonomi -, quella di Ichino sembra optare per una sorta di “parificazione verso il basso”, in modo che una parte del costo economico necessario a sostenere l’estensione delle tutele al lavoro oggi autonomo sia posto a carico di quello attualmente su-

²⁹² Ichino P., *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come subordinata o autonoma*, RIDL 1987, II, 76 ss. E’ questa la tesi preferita da Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase...*, 99: dopo una complessiva crescita della decenza delle società, non è legittimo continuare ad avallare un così eccessivo differenziale di costi fra le diverse forme di lavoro. Cfr Perulli A., *Postfordismo, forma dello Stato e diritto del lavoro*, LD 1998, 254-255: l’approccio metodologico è quello che richiama l’*economic analysis of law*, in base al quale, alle valutazioni economiche dev’essere riconosciuto un rango preminente nell’orientare le scelte strategiche del diritto.

²⁹³ Ichino P., *Il lavoro...*, 77 ss. Cfr. Nogler L., *Individui...* 279-280.

bordinato²⁹⁴.

E' difficile non vedere come tutte e tre le proposte analizzate, partendo da concetti di rilevante ampiezza - del lavoro come istituto giuridico, del lavoro *sans phrase*, della "categoria generalissima" -, collimino almeno metodologicamente con la definizione altrettanto generale ed onnicomprensiva della prestazione di lavoro come attività resa nell'interesse altrui che Pedrazzoli ricava dal contenuto "anegoziale" dell'art. 2222 c.c., utilmente combinato con la previsione dell'art. 409, n. 3, c.p.c.: nella prospettazione dell'autore, cioè, le principali fattispecie con cui operare sarebbero già sufficientemente delineate dal diritto positivo, senza che sia necessario inventarne di nuove²⁹⁵. Dette "nozioni generali", inoltre, non avrebbero soltanto il significato di individuare la classe di rapporti in cui si applicano le tutele minime comuni, ma anche quello ulteriore di sottolineare che tali "tutele minime" sono applicate anche alle altre classi di rapporti, dove tuttavia vengono integrate da garanzie ulteriori²⁹⁶. La conseguenza è che anche queste successive classi di rapporti meglio tutelati dal diritto vanno ricondotte tutte all'interno della stessa categoria generalissima, da cui il

²⁹⁴ Perulli A, *Il diritto...*, 191-192; Dondi G., *Intervento*, in Aa. Vv., *Nuove forme...*, 101-106. Ad avviso di Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase...*, 75-76, 80, le proposte di Alleva, D'Antona e Ichino si fonderebbero tutte su un ragionamento genere/specie, in cui sia il "lavoro come istituto", che la "categoria generalissima" servirebbero a identificare la fattispecie generale o il c.d. tipo, in ragione di una corretta schematizzazione logico-ricostruttiva che distingue il tutto dalle sue parti componenti. Su ciò, *infra*.

²⁹⁵ Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase...*, 86, 97: gli artt. 2222 c.c. e 409, n. 3 c.p.c., offrirebbero una miniera di informazioni - lavoro esclusivamente o prevalentemente personale; verso corrispettivo, in senso tecnico o atecnico; senza vincolo di subordinazione, o con vincolo coordinato o continuativo; con schema sinallagmatico o non - tali da consentire un'adeguata differenziazione tipologica della fattispecie, al fine di dosare il livello di tutele attribuibile.

²⁹⁶ Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase...*, 98, 101: più che la delimitazione della fattispecie, è il dosaggio delle ulteriori tutele, oltre quelle minime da attribuire alle varie classi, a costituire il problema più arduo che l'A. definisce come una sequenza di "massimizzazioni vincolate".

nostro ragionare aveva preso le mosse²⁹⁷. In altre parole, partendo dall'analisi del lavoro autonomo, sarebbe possibile dispiegare una razionale tassonomia, secondo la più responsabile traduzione delle direttive costituzionali, in ragione di una scala che va da un minimo ad un massimo²⁹⁸: la graduazione delle tutele si realizzerebbe attraverso un "processo incrementale di discriminazioni" sottoponibili al vaglio della ragionevolezza, in base al principio di proporzionalità, alla cui attuazione concorrerà anche l'autonomia collettiva²⁹⁹.

La considerazione della crisi della subordinazione indotta dai nuovi meccanismi della produzione - siano questi l'esternalizzazione, il lavoro telematico, o le varie ipotesi di lavoro non strutturalmente ma solo "funzionalmente" integrato - e la ricerca di una risposta giuridicamente adeguata, sono al centro della proposta elaborata in ambito Confindustria dai giuristi Raffaele De Luca Tamajo, Rosario Flammia e Mattia Persiani³⁰⁰.

Rilevata l'insufficienza della secca dicotomia tra lavoro subordinato e autonomo, i proponenti puntano alla creazione di un'area intermedia - il lavoro coordinato alle esigenze dell'impresa - quale unico contenitore delle molteplici prestazioni lavorative che implicano interdipendenza con un'attività imprenditoriale, senza necessariamente presentare i tipici tratti quali-

²⁹⁷ Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi...*, 16-17: visto che l'essenza di ogni lavoro è rappresentato dal nucleo della definizione dell'art. 2222 c.e., questo si inverte necessariamente in ogni ipotesi di lavoro subordinato, dove sarà corredato dagli elementi ulteriori che concorrono giuridicamente a caratterizzarlo.

²⁹⁸ Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase...*, 89, 96, in part. n. 88, 102. L'espedito consiste nel considerare il lavoro *sans phrase* in senso ampio ed in senso stretto: nel primo, si tratta di un concetto teorico-classificatorio, vale a dire una superfattispecie comprensiva di tutte le possibili classi dei rapporti di lavoro; nel secondo, esso sta a indicare la fattispecie discreta di quella classe di rapporti cui si applicano sole le discipline minime comuni.

²⁹⁹ Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi...*, 56.

³⁰⁰ De Luca Tamajo R., Flammia R., Persiani M., *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime risposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, LI 1996, n. 15-16, 75 ss.

ficanti la subordinazione³⁰¹. Vi rientrerebbero, cioè, non soltanto i rapporti di lavoro autonomo della generazione post-fordista, ma anche una quota rilevante di quelli finora considerati subordinati, coinvolti loro malgrado nei complessi processi di degerarchizzazione e di destrutturazione subiti dai tradizionali modelli produttivi ed organizzativi³⁰².

In questo senso, la proposta del lavoro coordinato è sicuramente quella che offre la strumentazione più innovativa per la gestione della complessa situazione descritta³⁰³. L'apparato di tutela che caratterizza l'attuale diritto del lavoro troverebbe applicazione soltanto in presenza del modello storico di lavoratore subordinato, peraltro confinato nell'ambito della prestazione di attività esecutive, scarsamente professionali, rese esclusivamente nell'interesse del datore di lavoro, in un'organizzazione produttiva rigidamente gerarchica ed eterodiretta; tutele da cui sarebbero ovviamente da ritenersi escluse le prestazioni di lavoro autonome "semplici" (art. 2222 ss, 2229 ss c.c.). Alla fattispecie del lavoro coordinato, invece, verrebbe esteso un "reticolo minimale" di disposizioni legislative, come la previsione di un regime previdenziale obbligatorio, l'imposizione di divieti di discriminazione, il rispetto di *standards* di sicurezza, la possibilità di agire sindacalmente. Le tutele da applicare ad ogni singolo rapporto verrebbero concretamente rapporta-

³⁰¹ V. De Luca Tamajo R., *Profili....*, 62: la fattispecie del lavoro coordinato offre una casa comune ed uno spazio intermedio a figure che non possono più rischiare di essere ricondotte alternativamente nell'area della subordinazione o autonomia. La nuova fattispecie avrebbe intenti egemonici ed annessivi: Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase....*, 77.

³⁰² Toccherebbe alla contrattazione collettiva il difficile compito di tipizzare il c.d. *tertium genus*: in tal senso De Luca Tamajo R., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Bari 1997, 66 ss.

³⁰³ Gaeta L., *Lavoro a distanza....*, 194 considera ingiustificato oltre che inutile, almeno ai fini dell'esatta qualificazione giuridica del lavoro a distanza, arrivare a configurare un *tertium genus* tra autonomia e subordinazione, o imporne l'inquadramento in una pur rivisitata nozione di parasubordinazione. Osserva, inoltre, Ferraro G., *Dal lavoro subordinato....*, 77, che il c.d. lavoro coordinato non farebbe altro che raggruppare una categoria sociologica priva di omogeneità, tenuta insieme da esigenze diverse - previdenziali, contributive e fiscali - insufficienti a legittimare la previsione di una disciplina sostanzialmente unitaria.

te alla presenza di alcuni elementi qualificanti, tra cui una particolare rilevanza va sicuramente attribuita al tipo di coordinamento spazio-temporale³⁰⁴.

Di fronte ad una condivisibile estensione delle norme del lavoro subordinato a vantaggio di lavoratori autonomi strettamente vincolati alla realtà delle imprese con cui si relazionano, permangono le perplessità dettate da uno scenario con tratti ancora incerti ed indistinti da non legittimare una riduzione così drastica di molte delle tutele che allo stato andrebbero riconosciute a tali rapporti³⁰⁵. Ancora troppo ambigua risulta poi la definizione di quel potere di coordinamento della prestazione che costituisce il principale elemento discretivo della nuova fattispecie di lavoro coordinato, il quale dovrebbe consentire alle parti di adeguare costantemente la prestazione resa dal debitore all'interesse del creditore³⁰⁶. Dovrebbe trattarsi, infatti, di un potere che, pur potendo assumere una forte connotazione spazio-temporale, esige di essere integrato da modalità organizzative che consentano in concreto, sia quantitativamente sia qualitativamente, di distinguerlo da quello che tipizza la nozione di subordinazione³⁰⁷.

³⁰⁴ Soltanto le prestazioni vincolate da un inserimento continuativo, infatti, potrebbero beneficiare degli istituti legati all'anzianità; ad esempio, quelle soggette a coordinamento temporale sarebbero assistite dalla disciplina sull'orario.

³⁰⁵ Cfr. De Luca Tamajo R., *Profili...*, 62: quello legale individuerebbe soltanto uno zoccolo minimale di tutela, cui andrebbero ad aggiungersi, con modalità profondamente differenziate, le garanzie rispettivamente assicurate dall'autonomia collettiva e da quella individuale.

³⁰⁶ De Luca Tamajo R., Flammia R., Persiani M., *La crisi ...*, 85-86. Come sottolinea Ferraro G., *Intervento*, in Aa.Vv., *Nuove forme...*, 109-110, il requisito del coordinamento è un requisito ambiguo perché valuta i rapporti di lavoro nell'ottica delle imprese, mentre la prospettiva dovrebbe rimanere quella che prende in considerazione la condizione sociale e reddituale dei lavoratori, gli unici elementi in grado di qualificare le situazioni di inferiorità e sottoprotezione sociale ancora presenti nel mercato del lavoro.

³⁰⁷ Perulli A., *Il diritto...*, 193 ss; De Luca Tamajo R., *Per una revisione...*, 62, 65: sono escluse dalla fattispecie tutte quelle prestazioni caratterizzate dall'assoggettamento personale a specifiche, vincolanti e continue direttive, oppure da una minuziosa disciplina delle modalità lavorative, così come dall'assoluta alienità del risultato produttivo. Ad avviso di Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase...*, 79, la nozione utilizzata non sarebbe che un'elegante definizione dell'ordinario contratto di lavoro subordinato, riletta alla luce delle tendenze del post-fordismo.

Resta comunque ferma l'obiezione di Pedrazzoli, per la quale sarebbe la stessa idea di un *tertium genus* a doversi considerare "eccedentaria": se il problema che si vuole superare è soltanto quello dell'inefficienza selettiva della subordinazione, e se tutte le situazioni sono già integralmente sussumibili nelle due fattispecie contrapposte, non può non apparire ultroneo intervenire così profondamente sul sistema per ottenere soltanto una diversa distribuzione delle tutele ad esse oggi rispettivamente ascrivibili³⁰⁸.

9. Oltre i diritti nazionali: il telelavoro *off-shore*

Ancor più delle ipotesi di telelavoro "nazionale" fino ad ora indagate, è forse la dimensione transnazionale del fenomeno a mettere in evidenza i problemi più complessi che i moderni ordinamenti giuslavoristici sono costretti ad affrontare³⁰⁹. Non si tratta soltanto di riconoscere che il telelavoro è, per sua natura, transregionale, transnazionale e transcontinentale³¹⁰, ma piuttosto che questioni giuridiche e strategie organizzative ad esso connesse, collocabili su un piano diverso da quello affrontato, potrebbero finire per consolidare, se non adeguatamente disciplinate, alcune tendenze molto pericolose agli occhi del giuslavorista, tutte connesse all'esternalizzazione produttiva ed alla delocalizzazione geografica spinte oltre i confini nazionali. Infatti, superati gli ambiti di applicazione delle normative

³⁰⁸ Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase...*, 77-79: il *tertium genus* sarebbe "il superfluo espediente con cui si intenderebbe trasferire una considerevole parte dei rapporti di lavoro subordinato al di fuori dell'area della protezione forte; ID, *Dai lavori autonomi...*, 54-55.

³⁰⁹ Lo Faro A., *Politiche comunitarie e diritto internazionale*, in Gaeta L., Pascucci P. (a cura di), *Telelavoro...*, 213 ss.

³¹⁰ V. l'atto di presentazione del progetto di ricerca Diplomat, promosso dalla DGXIII, destinato alla predisposizione di un modello di *Carta europea del telelavoro*, leggibile in <http://www.telework-forum.org/diplomat/it/what/about.htm>.

giuslavoristiche del luogo in cui ha sede l'impresa decentrante, il pericolo è rappresentato dall'elusione delle tutele poste dagli ordinamenti più "esigenti". Il telelavoro, in definitiva, si presta come pochissimi altri istituti ad essere strumento di *social dumping* o *regime shopping*, ogni qual volta lo "spazio" economico-produttivo non coincide più con lo spazio giuridico entro il quale opera l'impresa cui la prestazione di telelavoro inerisce³¹¹.

Non sembra qui necessario soffermarsi a ragionare su quanto il *social dumping* e la conseguente alterazione delle condizioni di concorrenza possano rivelarsi pericolosi per le sorti dell'intero progetto di unificazione europea³¹². Un pericolo che, ad onor del vero, le istituzioni comunitarie pare abbiano consapevolmente avvertito da non troppi anni a questa parte³¹³. Con questo non si vuol dire che non si siano interessate al telelavoro, anzi: è un'impresa non facile per il giurista confrontarsi con la continua presentazione di studi, progetti, rapporti, pareri, raccomandazioni, comunicazioni

³¹¹ Lo Faro A., *Politiche...*, 215, 235, secondo il quale non vi sarebbe nulla di più reale della scelta di esternalizzare parti della produzione per fini di *dumping*.

³¹² Angelini L., *Esperienze...*, 240.

³¹³ La "svolta" viene condivisibilmente attribuita da Lo Faro A., *Politiche...*, 218, all'adozione del Libro verde del 1996 su *Vivere e lavorare nella società dell'informazione: priorità alla dimensione umana*, pubblicato in COM(96), 389 del 24 luglio 1996. Esso segna il compimento un complesso progetto di lavoro aperto dal noto Rapporto *Bangemann* presentato al vertice di Corfù del 1994 - *Europe and the global information society. Recommendations to the European Council* (CD-84-94-290-C) -, proseguito con una completa ricerca comparata sulla situazione legislativa e contrattuale del telelavoro negli Stati membri curata dalla Fondazione per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro di Dublino, conclusa con la presentazione di tre *Consolidated Reports* (WP/97 nn. 27, 28, 29/EN) -, tradotto dalla Commissione nel 1994 con il varo di un Piano d'azione su *La via europea verso la Società dell'Informazione*. Il Piano sarà criticato dal Parlamento Europeo con la Risoluzione *L'Europa e la società dell'informazione planetaria. Raccomandazioni al Consiglio europeo*, in GUCE C 320 del 28 ottobre 1996.

di cui si è avuta notizia dai primi anni ottanta in poi³¹⁴. Tuttavia, le indagini sono state fatte concentrando prevalentemente gli sforzi sui profili strutturali e tecnologici, muovendosi cioè in un'ottica di incentivazione e di sviluppo, senza intrattenersi sulla regolamentazione giuridica, ancor più colpevolmente per quanto concerne i profili transnazionali che, in linea di principio, dovrebbero sempre rientrare tra le priorità di ogni analisi comunitaria³¹⁵.

Il problema, infatti, è proprio di quelli che esigono di essere affrontati in un'ottica essenzialmente giuridica: nei limiti in cui sia legalmente consentito, risponde agli obiettivi di efficienza e di efficacia dell'agire imprenditoriale cercare di acquisire la forza lavoro necessaria a costi complessivi inferiori, costi in cui hanno una incidenza rilevante - oltre ad un più basso livello di retribuzione -, le imposte, i contributi, le rigidità normative, i mercati e le infrastrutture. Basta riflettere sul fatto che il telelavoro, annullando gli ostacoli frapposti dalla distanza geografica fra azienda e prestatore di lavoro, consente all'impresa di allargare l'ambito della "ricerca" a quei paesi nei quali il costo della manodopera risulta essere complessivamente più competitivo: tocca all'ordinamento giuridico stabilire i limiti entro i quali una tale azione può considerarsi legittima.

In questo contesto, pur rappresentando un grosso passo in avanti nel-

³¹⁴ Si tratta di documenti che possono essere tutti ricondotti all'ampia categoria delle *soft law*, comprensiva di atti aventi la medesima origine istituzionale che non posseggono vincolatività giuridica - in ciò contrapponendosi alla categoria delle *hard law* composta da Regolamenti, Direttive o Decisioni *ex art.* 189 TCE -, ma che possono ugualmente produrre effettivi pratici molto significativi. V., ad esempio, Snyder F., <*Soft law*>..., 79 ss. Cfr. Angelini L., *Esperienze...*, 237, in part. note nn. 1-4. Come ricorda Simitis S., *Il diritto...*, 638, il ricorso alle *soft law* consente all'Unione di proteggersi dalle critiche, ma non può evitare che i problemi si riacutizzino sempre più, e continuino ad essere regolati a livello nazionale, a fronte di una "risonanza" che è invece sicuramente comunitaria.

³¹⁵ Ne è prova il fatto che tali documenti siano stati quasi esclusivamente promossi dalla Direzione Generale per le Telecomunicazioni, l'Informazione e le Tecnologie informatiche della Commissione Europea (DGXIII), e non dalla DG V competente in materia di Occupazione, Relazioni Industriali e Affari sociali. Dell'immagine di un'azione comunitaria più interessata a promuovere il <tele> che a disciplinare il <lavoro>, parla esplicitamente Lo Faro A., *Politiche...*, 219 ss.

la metodologia di approccio al telelavoro, neppure il *Libro verde* del 1996 si emancipa sufficientemente da una impostazione troppo generica. Più che per i contenuti, il suo principale merito è rappresentato dalla capacità di innescare reazioni importanti ed iniziative istituzionali ancor più significative, tra cui va sicuramente segnalata quella della Confederazione europea dei sindacati, adottata dal suo Comitato esecutivo nel dicembre 1996³¹⁶, che pur senza fare esplicito riferimento al telelavoro *off-shore* mostra piena consapevolezza della connessione esistente tra tecnologie informatiche, organizzazione del lavoro e fenomeni di *outsourcing*, nell'ambito dei quali non può non essere ricompreso anche il telelavoro.

Molto interessante è altresì il rapporto che, sempre nel quadro delle richiamate iniziative collegate alla pubblicazione del *Libro verde*, riflette sugli aspetti più rilevanti della società dell'informazione: presentato da un gruppo di esperti definito di "alto livello", tale rapporto si intrattiene a ragionare, per la prima volta in modo esplicito, sull'*outsourcing* informatico e sulle sue molte "implicazioni giuslavoristiche negative", tra cui va fatta rientrare a pieno titolo anche la fuga dal lavoro subordinato. Una diagnosi, questa, che viene confermata anche nel più recente *Libro verde* su *Partenariato per una nuova organizzazione del lavoro*³¹⁷, il quale individua come nucleo di una possibile futura disciplina comunitaria del telelavoro proprio la regolamentazione del telelavoro transfrontaliero, senza peraltro nulla aggiungere in merito alle tecniche utilizzabili che la Commissione si è impegnata ad individuare attraverso la consultazione con le parti sociali³¹⁸.

³¹⁶ Lo si veda in <http://www.iess-ae.it/mirti/english/mirtiabs/etuc.htm>. La Confederazione europea dei sindacati ribadisce una posizione prudente ma aperta di fronte al telelavoro, come può evincersi dall'indicazione dei principi - volontarietà e reversibilità; mantenimento dello *status* di lavoratore subordinato; conservazione integrale della posizione economica e normativa; gestione negoziata dell'introduzione di forme di telelavoro - che dovrebbero costituire l'archetipo di una futura normativa europea.

³¹⁷ COM (97) 128 del 16 aprile 1997.

³¹⁸ Comunicazione della Commissione su *La dimensione sociale e il mercato del lavoro in relazione alla società dell'informazione. Priorità della dimensione umana; le fasi successive*, COM (97) 390 del 23 luglio 1997.

9.1. (segue:) Disciplina comunitaria e norme internazionali applicabili

Al di là della prospettazione di future specifiche normative e della pur feconda esperienza di *soft law*, esistono norme di diritto comunitario ed internazionale che sono più o meno direttamente applicabili al telelavoratore. Penso, ad esempio, alle direttive in materia di salute e sicurezza, ed alle particolari disposizioni sulle attrezzature munite di videotermini³¹⁹; penso, altresì alla recente direttiva n. 96/71 del 16 dicembre 1996 relativa al distacco del lavoratore, nell'ambito di una prestazione di servizi in un'altro Stato membro, ai sensi della quale le imprese destinatarie della prestazione devono applicare ai lavoratori presso di esse distaccati le disposizioni - legislative, regolamentari, amministrative e negoziali di generale applicabilità - vigenti nel territorio entro il quale la prestazione è fruita³²⁰.

Nonostante l'ambito di applicazione della direttiva sul distacco dei lavoratori in un paese diverso da quello in cui ha sede il datore di lavoro non consentirebbe formalmente di essere tanto esteso da ricomprendere anche l'esperienza del telelavoro transnazionale, è tuttavia evidente che, almeno sul piano dei rischi di *dumping* sociale e delle esigenze di tutela dei lavoratori, un loro "accostamento funzionale" non può non essere salutato con favore³²¹. Infatti, sia che si distacchino fisicamente i lavoratori, sia che venga distaccata telematicamente la prestazione, il problema giuridico resta sempre quello dell'individuazione del diritto dello Stato membro applicabile. E ciò, nella consapevolezza che il fenomeno della transna-

³¹⁹ Sulla cui applicazione v. Corte giust. Cee 12 dicembre 1996, *Racc.* 1996, 6609, in occasione di un rinvio pregiudiziale *ex art.* 177 TCE sollevato dal Pretore di Torino.

³²⁰ Il conflitto sulla legge applicabile in conseguenza della transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro viene risolto dal legislatore ricorrendo al criterio della *lex loci laboris*.

³²¹ Sull'applicabilità della direttiva comunitaria del distacco al telelavoratore transnazionale, v. *amplius* Lo Faro A., *Politiche...*, 226 ss, in part. 228, ad avviso del quale, la tendenziale virtualizzazione degli spostamenti del lavoro nella società dell'informazione suggerirebbe l'opportunità di configurare il telelavoro oltre i confini come una variante tecnologica aggiornata della libertà di circolazione.

zionalizzazione non possa realisticamente essere ridotto entro l'area di intervento della direttiva - vale a dire ai casi temporanei di distacco di lavoratori che coinvolgono due imprese -, ma finisca per esprimersi anche attraverso rapporti diretti fra imprese e lavoratori, comportanti l'esecuzione di prestazioni continuative nel tempo, svolte in un paese ed utilizzate in un altro³²².

Occorre altresì tener presente che, data la singolare configurazione tecnica del telelavoro, il riferimento al generico criterio del *locus laboris* si rivela insufficiente, in quanto lo stesso può validamente richiamare sia il luogo in cui la prestazione viene eseguita - quello in cui il lavoratore fisicamente risiede ed opera -, sia il luogo in cui la prestazione viene contestualmente fruita³²³, quasi sempre corrispondente alla sede dell'impresa destinataria della prestazione. Diversamente da quello nazionale, poi, non si deve dimenticare che nel telelavoro transnazionale l'individuazione del *locus laboris* è sempre una questione giuridicamente rilevante, perchè destinata a determinare quale sia l'ordinamento la cui disciplina è applicabile al rapporto³²⁴.

La possibilità interpretativa di sfruttare per il telelavoratore transfrontaliero quanto la direttiva sul distacco dei lavoratori in un paese diverso da quello in cui ha sede il datore di lavoro dispone - conseguendone che il diritto applicabile al rapporto deve considerarsi quello del luogo in cui l'impresa destinataria della prestazione è collocata -, vale ovviamente nel solo ambito dell'Unione Europea. Nel caso di telelavoro transfrontaliero, quando i paesi coinvolti non sono entrambi membri dell'Unione, infatti, il problema può essere risolto soltanto ricorrendo alla disciplina dettata dalla Convenzione di Roma del 1980 sul diritto applicabile alle obbligazioni con-

³²² V. ancora, Lo Faro A., *Politiche....*, 231: anche in casi diversi dal distacco temporaneo, i rischi di *law shopping* insiti nel decentramento organizzativo spinto oltre i confini nazionali si ripropongono in termini del tutto simili, risultando unico lo scopo, che è quello di evitare l'applicazione di normative nazionali ritenute meno convenienti sul piano della competitività economica dell'impresa.

³²³ La contestualità distinguerebbe l'ipotesi del telelavoro dalla fattispecie del lavoro a domicilio tradizionale: Lo Faro A., *Politiche....*, 230.

³²⁴ Sull'individuazione del *locus laboris* nel telelavoro nazionale v. Magno P., *Il <luogo> nel telelavoro*, in DL 1996, I, 550 ss.

trattuali³²⁵.

A differenza della direttiva comunitaria³²⁶, il principio accolto dalla Convenzione è quello della *lex contractus*, ai sensi del quale alle parti viene attribuito il potere di indicare il diritto applicabile a tutte le obbligazioni contrattuali che dovessero implicare un conflitto di leggi³²⁷. Tale principio, tuttavia, subisce una rilevante eccezione proprio per quanto concerne i rapporti in cui sono coinvolti consumatori e lavoratori nella loro veste di “contraenti deboli”, per i quali la Convenzione prevede l’applicabilità - tutte le volte in cui le parti non abbiano operato alcuna scelta o in deroga alla stessa, quando quest’ultima dovesse rivelarsi non favorevole agli interessi del contraente debole -, della legge del paese in cui il lavoratore compie abitualmente il suo lavoro.

Come la direttiva comunitaria sul distacco, anche la Convenzione, quindi, lega la sua efficacia alla determinazione del *locus laboris*, luogo che dovrebbe essere fatto coincidere, soprattutto quando la fattispecie considerata è quella del telelavoro, con quello in cui la stessa prestazione è recepita ed utilizzata, vale a dire con la sede dell’impresa destinataria. Soltanto un’interpretazione adeguatrice come questa, che rovescia la tradizionale correlazione tra luogo di svolgimento della prestazione e legislazione applicabile al rapporto, sembra in grado di conservare l’efficacia garantista delle norme del provvedimento nel particolare contesto tecnologico in cui

³²⁵ Cfr. Angelini L., *Esperienze...*, 240. Le disposizioni della Convenzione sono espressamente richiamate dall’art. 57 della L. n. 218 del 31 maggio 1995 che ha provveduto ad introdurre un’innovativa riforma del nostro diritto internazionale privato, sulla quale Galgano F., *Diritto privato*, Padova 1996, 61.

³²⁶ Tuttavia la diversità è più formale che sostanziale. Non si dimentichi che l’interpretazione giudiziale della Convenzione è stata attribuita alla Corte di Giustizia del Lussemburgo. Sui problemi di coordinamento fra Convenzione e diritto comunitario, v. Sciarra S., Lyon-Caen A., *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in pubblicazione su QL.

³²⁷ Un potere, questo, che può spingersi fino al c.d. *dépeçage*, termine con cui si descrivere la sottoposizione di distinte parti del medesimo contratto a discipline diverse, o all’applicazione di una disciplina legislativa totalmente estranea agli elementi soggettivi ed oggettivi del rapporto.

sono chiamate ad operare³²⁸.

Tuttavia, anche la soluzione proposta, animata dai migliori intenti di tutela dei telelavoratori, potrebbe essere non solo facilmente aggirata, ma foriera di conseguenze ancor più paradossali di quelle che cerca di evitare. Non si vede, infatti, chi e che cosa potrebbe impedire ai grandi gruppi industriali multinazionali di insediare formalmente l'azienda - come centro di raccolta delle singole prestazioni telelavorate rese dai prestatori nei rispettivi paesi di residenza - in uno Stato dall'ordinamento economicamente competitivo, per poi provvedere a ritrasmetterle attraverso i consueti canali telematici, fino alla loro completa integrazione nel contesto produttivo per il quale erano state inizialmente programmate³²⁹. Il rischio che si corre è quello di vincolare tutti i telelavoratori dalla stessa azienda dipendenti alle condizioni meno favorevoli garantite dall'ordinamento competente sul territorio in cui ha sede l'impresa-datore di lavoro, rispetto alla disciplina lavoristica che sarebbe risultata applicabile in base al luogo in cui la prestazione viene materialmente eseguita.

La soluzione della questione, per la verità, si presenta più semplice di quanto potrebbe a prima vista sembrare: rispetto al singolare fenomeno del telelavoro, la scelta della *lex loci laboris* non va fatta a priori, ma deve risultare da un'accertamento che verifichi quale sia la disciplina effettivamente più favorevole al lavoratore, scegliendo di volta in volta tra quella applicabile al luogo in cui la prestazione viene eseguita e quella dove la stessa prestazione viene recepita e fruita: solo così, infat-

³²⁸ La nozione di *locus laboris*, cioè, dev'essere interpretata alla luce di un criterio di "fungibilità geografica" della prestazione - come lo definisce Lo Faro A., *Politiche...*, 232, 233 - rappresentando l'essenza stessa del telelavoro quella di spostare indifferentemente il luogo di svolgimento della prestazione, senza che l'immediata utilizzazione ne venga in alcun modo pregiudicata.

³²⁹ Sarebbe davvero arduo ricercare l'effettivo utilizzatore-beneficiario della prestazione resa, soprattutto in un contesto di globalizzazione internazionale com'è quello qui presupposto, dove i profili di trasparenza e di identificazione del datore di lavoro sono quanto di più arduo possa immaginarsi, a fronte delle concentrazioni industriali, dei gruppi multinazionali e delle complesse triangolazioni commerciali.

ti, si può riuscire a rispettare compiutamente la *ratio* posta a fondamento dell'eccezione accolta dalla Convenzione di Roma alla *lex contractus*, che esige di tener conto della particolare condizione di debolezza in cui versa una delle parti.

Non è peraltro escluso che i rischi di elusione normativa connessi con il telelavoro *off-shore* non possano essere validamente affrontati anche dagli stessi ordinamenti nazionali, ad esempio attraverso strumenti che limitino le possibilità di decentramento telematico soltanto verso paesi (non Ue), che assicurino ai propri lavoratori congrui livelli di tutela, rendendo per ciò stesso infondato ogni possibile sospetto di elusione normativa³³⁰. E' questa la soluzione prospettata nel disegno di legge Mussi-Cortiana di cui si è già avuto modo di trattare nelle pagine che precedono. In verità, i proponenti, consapevoli della delicatezza dei problemi sollevati, hanno deciso di limitarsi a conferire un'apposita delega al governo, a tal fine dettando pochi principi da rispettare. In primo luogo, il ricorso al decentramento telematico all'estero dovrà essere autorizzato con decreto del Ministro del lavoro, sentita la Commissione paritetica per il telelavoro e le Rsu/Rsa dell'azienda interessata; in ogni caso, l'affidamento di attività telelavorata all'estero potrà avvenire soltanto verso quei paesi che abbiano non soltanto ratificato alcune delle più rilevanti Convenzioni Oil, ma siano anche in grado di garantirne effettivamente l'attuazione (art. 15). La norma, cioè, si muove nell'ambito di una prospettiva ben consolidata per gli accordi commerciali internazionali qual'è quella rappresentata dall'imposizione di una sorta di clausola sociale minimale³³¹.

Tutta rivolta ad assicurare gli assetti interni dell'ordinamento è invece la disposizione che prevede, al fine dell'applicazione della disciplina statutaria dei diritti sindacali e della tutela contro i licenziamenti illegittimi,

³³⁰ Lo Faro A., *Politiche*, 235.

³³¹ Arrigo A., *Sull'inserimento di una <clausola sociale> negli accordi commerciali internazionali*, in RGL 1994, I, 389 ss. In merito alle accuse di protezionismo da parte dei paesi in via di sviluppo che norme di questo tipo finiscono inevitabilmente per sollevare, Scarpelli F., *Le proposte...*, 267. Sul punto anche D'Antona M., *Diritto del lavoro...*, 319.

il computo tra i dipendenti dell'unità produttiva, di tutti i telelavoratori ad essa funzionalmente afferenti, anche se autonomi o dislocati all'estero (art. 16)³³².

Non sembra, invece, destare un particolare allarme, sempre per quanto concerne il lavoro all'estero, il riconoscimento delle garanzie previdenziali: dopo la sentenza della Corte costituzionale del 30 dicembre 1985, n. 369, infatti, il tradizionale principio della territorialità è stato così intaccato da indurre il legislatore a dare alla nostra legislazione una spiccata protezione extra-territoriale (l. n. 398/87), anche se limitatamente ai paesi non Ue con i quali non esistano accordi o convenzioni per la regolamentazione della materia³³³. Con l'introduzione del principio personalistico, infatti, il lavoratore italiano dipendente da un'impresa italiana che lavora all'estero gode sempre di tutela previdenziale; allo stesso modo, può dirsi per il lavoratore straniero che dal suo paese lavora per un'impresa italiana, visto il principio di eguaglianza di trattamento per cittadini e stranieri da noi vigente in materia di sicurezza sociale³³⁴.

10. Sul diritto del lavoro e sull'economia. Osservazioni conclusive

Lo sviluppo del telelavoro, sia nelle sue "differenti" dimensioni nazionali, sia nel più complesso contesto comunitario ed internazionale, offre all'interprete una nitida panoramica del grave ritardo strutturale con cui il diritto continua a porsi di fronte all'evoluzione della realtà sociale e tecno-

³³² Come ricorda Scarpelli F., *ivi*, 268, nella bozza originale il computo dei telelavoratori avrebbe dovuto avere rilevanza nell'applicazione di tutte le discipline ed istituti connessi alla dimensione aziendale.

³³³ Cfr., *amplius*, Offeddu M., Gottardi D., *Sicurezza sociale. Sicurezza sociale dei lavoratori emigranti*, in EGT, Roma; Panebianco M., *Sicurezza sociale. Diritto internazionale privato e processuale*, *ivi*.

³³⁴ Avio A., *Le tutele previdenziali*, in Gaeta L., Pascucci P. (a cura di), *Telelavoro...*, 177-178.

logica che ha la pretesa di governare³³⁵.

Senza volersi impegnare a ricercarne le ragioni, va innanzitutto doverosamente riconosciuta l'eccezionale portata dei cambiamenti da gestire: con il passaggio dal modello *taylor-fordista* a quello dell'impresa globale, in un sistema spinto verso la deindustrializzazione e la terziarizzazione, a cui si aggiungono le radicali trasformazioni che da tempo stanno interessando il mercato del lavoro³³⁶, non sorprende che il diritto del lavoro possa correre il rischio, smarrito il suo oggetto - dilatatosi ormai ben oltre il tradizionale ambito della subordinazione, tanto da comprendere la gran parte del lavoro autonomo correlato ai processi di subfornitura e di esternalizzazione³³⁷ -, di perdere anche *la sua anima*, e con essa la sua legittimazione³³⁸. La prospettiva è quella di finire relegato in una angusta dimensione di mero adattamento e di sopravvivenza, neppure lontanamente confrontabile con i suoi trascorsi di "laboratorio" politico-giuridico che fino a non molti anni fa era servito da momento di sperimentazione per i più innovativi modelli organizzativi destinati al miglioramento dell'intero sistema sociale³³⁹.

Tuttavia, solo perché in passato l'obiettivo del diritto del lavoro è

³³⁵ Ichino P., *I problemi giuridici del telelavoro*, in NL 1995, 75, 47 ss. Per Smuraglia C., *Il diritto sindacale e del lavoro nella transizione*, RGL 1998, 185-186, 199 ss è sbagliato ritenere che la descritta fase di trasformazione e di profondo mutamento sul piano economico sociale di cui ci si è occupati segni inesorabilmente anche la crisi del diritto del lavoro, che attorno a quelle strutture si era costruito.

³³⁶ Zilio Grandi G., *Il diritto del lavoro <ai confini> della seconda Repubblica*, LD 1988, 302.

³³⁷ V. Pedrazzoli M., *Diritto del lavoro è bello*, DLRI 1997, 659, 666, il quale ribadisce come sia coriacea la limitazione, tutta ideologica, del diritto del lavoro al solo lavoro dipendente, ed anzi come abbia dimostrato di sapere rivolgersi irredentisticamente verso i territori limitrofi per aggregarseli.

³³⁸ V. Nogler L., *Individui...274*: il diritto del lavoro avrebbe trapiantato nel *corpus* privatistico un cuore assiologico, capace di esprimere due anime gemelle - quella autonoma degli interessi individuali e quella imperativa delle *public choice* -, tanto da fare del diritto del lavoro una sorta di *tertium genus* tra diritto privato e diritto pubblico.

³³⁹ Da cui la critica di Mariucci L., *Il diritto....*, 167. L'analisi è di Perulli A., *Postfordismo, forma dello Stato e diritto del lavoro: spunti di riflessione*, LD 1988, 252-253, 256. V. Anche, Zilio Grandi G., *Il diritto....*, 303, 306.

stato quello di contribuire in modo determinante alla costruzione della struttura organizzativa della società, non è detto che debba continuare ad essere così anche in futuro³⁴⁰. Il risultato dell'evoluzione socio-produttiva degli ultimi decenni che si esprime in modo tanto evidente nelle forme del telelavoro esterno di cui ci siamo diffusamente occupati³⁴¹, dovrebbe averci sufficientemente convinto che, alla stregua di una società non più esclusivamente costruita intorno alla vita, alle esigenze, ai consumi ed alle aspettative del lavoratore subordinato in azienda, anche il diritto del lavoro possa avere perduto il suo ruolo di <centro del mondo>³⁴². Ciò non significa necessariamente che il diritto del lavoro sia in crisi irreversibile, cioè che ne sia in crisi la struttura fondamentale; o, addirittura, che il diritto del lavoro debba essere considerato soltanto come una fase "infantile" della giuridificazione del mercato del lavoro da superare in nome di una raggiunta maturità³⁴³. E' al contrario solida la convinzione secondo cui la funzione essenziale del sistema giuslavoristico - quella di essere destinato a disciplinare rapporti difficili perchè fra parti diseguali - non può essere venuta meno: la condizione di dipendenza è sicuramente cambiata, ma le disparità restano, e con esse resta il bisogno di tutele e di garanzie adeguate, come resta la necessità di reinventare alcuni strumenti

³⁴⁰ E' questa l'opinione di De Simone G., *La <fine del lavoro> è anche la fine del diritto del lavoro?*, LD 1988, 19. Concorda sulla sempre minore coincidenza tra le aspirazioni specifiche dei lavoratori e gli interessi "generali" della società, che analizza soprattutto dal punto di vista dell'azione sindacale, Simitis S., *Il diritto...*, 623-625.

³⁴¹ Ackerman M., *Un futuro per il diritto del lavoro*, LD 1997, 552-553.

³⁴² De Simone G., *La <fine del lavoro>...*, 19-20: i giuslavoristi, cioè, dovranno occuparsi delle fabbriche da costruire, delle strade per accedervi, delle case per i lavoratori, ma non anche di ospedali, caserme, teatri ed edicole. Insiste, invece, sulla utilità di un dibattito generale che investa il ruolo dello Stato e del diritto in una società democratica, superando i limiti propri del mondo del lavoro, Ackerman M., *Un futuro...*, 556.

³⁴³ Cfr. D'Antona M., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, RGL 1998, 312.

e di ripensare alcune soluzioni³⁴⁴.

Analizzato nel contesto comunitario e comparato, poi, il fenomeno del telelavoro offre all'interprete ulteriori spunti di analisi, tra i quali vi è senz'altro anche quello che lo sollecita ad interrogarsi sulle conseguenze che le più volte descritte dinamiche dell'economia e del lavoro producono sull'efficacia e sull'effettività dei diversi ordinamenti giuslavoristici nazionali. Nessun'altra materia giuridica, infatti, ha avuto una forte caratterizzazione nazionale come quella del diritto del lavoro, che ha sempre mantenuto uno strettissimo legame con il proprio territorio³⁴⁵. Oggi, pur non arrivando ad espropriarne la sovranità, la notevole "mobilità" raggiunta dalle imprese, dai capitali ed anche dal lavoro consente di realizzare un vero e proprio aggiramento di molti dei vincoli posti dagli ordinamenti statuali: l'organizzazione multinazionale della produzione è cioè in grado di scegliere i mercati - anche quelli del lavoro - su cui operare, sfruttando i sistemi (nazionali) che dovessero rivelarsi economicamente più competitivi³⁴⁶.

La perdita di efficienza e di efficacia del diritto del lavoro come diritto nazionale si ripercuote necessariamente sul metodo dell'analisi giuridica. Se il diritto del lavoro è sempre stato un diritto nazionale, altrettanto

³⁴⁴ Smuraglia C., *Il diritto sindacale e del lavoro nella transizione*, RGL 1998, 199 ss, 202-203: è necessario riuscire a cogliere con maggiore prontezza le novità ed inserirle nel sistema, rivisitare i meccanismi normativi che appaiono antiquati e non più idonei a recepire il nuovo.

³⁴⁵ D'Antona M., *Diritto del lavoro...*, 313: regolando interamente sia i fenomeni politici che quelli economici, lo Stato riesce a realizzare una specie di unità aristotelica tra istituzioni politiche, comunità e mercato. La prova del nesso di reciproca implicazione tra Stato-nazione e diritto del lavoro potrebbe evincersi nel momento in cui quote importanti di sovranità nazionale - sull'economia, la moneta, il mercato - vengono devolute ad istituzioni sovranazionali (Wto, Nafta) come l'Unione europea, su cui *infra*.

³⁴⁶ Simitis S., *Il diritto...*, 625-626, il quale ricorda che la globalizzazione non si traduce nella semplice ridislocazione delle attività produttive manifatturiere, i cui vantaggi per le imprese sono a medio termine. V. la felice espressione di D'Antona M., *Diritto del lavoro...*, 313-314, secondo cui, in un mercato sovranazionale aperto ed in un'economia globale, *le imprese <votano con i piedi>*, cioè possono esprimere il loro dissenso verso la politica vincolistica attuata dallo Stato nazionale semplicemente andandosene altrove.

“nazionalistica” è stata l’elaborazione giuridica che lo ha riguardato, oggi vittima anch’essa di un comprensibile senso di sconforto e di disorientamento, dopo la constatazione dell’insufficienza dei tradizionali strumenti a disposizione dell’ordinamento giuridico per il controllo e la disciplina di processi tanto vasti quanto dirompenti³⁴⁷. In questo particolare contesto, l’accentuarsi della congenita subalternità del diritto rispetto alle esigenze dell’economia finisce per esprimersi con un’apertura sempre più convinta al tipico approccio metodologico di *law and economics*: diventa sempre più raro che si discuta di diritto del lavoro senza interrogarsi anche sugli effetti economici delle diverse opzioni avanzate, soprattutto su chi e come ne sopporterà i costi, e su chi, al contrario, ne godrà i benefici³⁴⁸.

Resta, nei giuslavoristi, un’insuperata diffidenza: che la coniugazione del metodo giuridico tradizionale con l’analisi economica del diritto possa attentare, se non opportunamente temperata - nella certezza che il rilevante peso dei fattori economici non debba mai far assurgere l’efficienza a motore unico dello sviluppo giuridico³⁴⁹ - ai valori ed ai fini fondamentali tradi-

³⁴⁷ Ferraro G., *Dal lavoro subordinato....*, 2. V. anche Crouch C., *Un commento al saggio di Simitis*, DLRI 1997, 643-644: la pressione esercitata dai cambiamenti tecnologici e dalla globalizzazione avrebbe trasformato il rapporto di potere tra i datori ed i lavoratori a tutto vantaggio dei primi; ai quali, tuttavia, non sfugge l’importanza di realizzare condizioni di stabilità e di regole che limitino la concorrenza e la lotta.

³⁴⁸ De Simone G., *La <fine del lavoro>....*, 21-25: la tesi è che solo ridimensionando le proprie pretese - ridimensionamento che si traduce sostanzialmente nella disponibilità ad una maggiore flessibilità - il diritto del lavoro possa realisticamente sperare di essere accettato al “tavolo” che veramente conta, vale a dire quello dell’economia.

³⁴⁹ Per quanto attiene alla nostra materia, è sufficiente richiamare la formulazione contenuta nella Dichiarazione di Filadelfia del 1944 che nega il valore mercantile del lavoro, ma non del mercato: v. Grandi M., *<Il lavoro non è una merce>: una formula da rimeditare*, LD 1997, 561 ss, in part. 577, il quale ricorda che se il lavoro non è una merce - anche se viene spesso trattato come se lo fosse -, il mercato del lavoro è sicuramente una realtà. Ritiene, invece, che il mercato non esista in natura, ma sia anch’esso frutto di una disciplina normativa, con la conseguenza di doversi anch’esso piegare ai principi che l’ordinamento (statuale) decidesse eventualmente di affermare, Fabris P., *Una sfida...*, 155.

zionalmente difesi e perseguiti dal diritto del lavoro³⁵⁰. Un problema complesso e difficile, questo, che potrà essere risolto soltanto dai giuristi, i quali sanno di adempiere al loro più importante compito - per il nesso indissolubile che lega l'interpretazione del diritto alla sua applicazione - quando cercano di indicare la migliore mediazione finale possibile fra valori ed interessi non più ignorabili³⁵¹. L'impegno dovrà essere quello di impedire che l'ambiguità naturalmente insita nel rapporto di amore/odio fra il diritto del lavoro e l'economia - nella felice definizione di Gisella De Simone - conduca ad esiti inaccettabili, quali possono essere quelli dell'abbandono puro e semplice del lavoro subordinato al mercato o l'eliminazione di tutele ancora necessarie, ma giudicate troppo costose per l'equilibrio del sistema e per la salvaguardia degli interessi degli esclusi³⁵².

Minata oramai una parte non irrilevante della capacità dello Stato di esercitare un efficace controllo sulla vita economica, la globalizzazione ci consegna un'economia capitalistica sufficientemente emancipata dal con-

³⁵⁰ Ichino P., *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, LD 1998, 310, 313 ss: l'A sostiene che proprio dall'analisi economica possono trarsi argomenti inconfutabili in difesa della necessità di un sistema di tutele inderogabili, o di correttivi al mercato, che altrimenti potrebbero mortificare il ruolo dell'imprenditore, per non parlare dell'estensione del campo di applicazione del diritto del lavoro fuori dall'area del tradizionale lavoro subordinato.

³⁵¹ Del Punta R., *Gli anni della nostalgia? Riflessioni sulla <crisi> del diritto del lavoro*, LD 1988, 14: il rapporto tra diritto del lavoro ed economia ha bisogno di essere completamente riconsiderato in un'ottica di pragmatismo culturale che sappia emanciparsi dallo spirito che ha caratterizzato gli anni settanta.

³⁵² Così De Simone G., *La <fine del lavoro>....*, 22, 25-27: se realizzata in quest'ottica, la ritirata strategica del diritto del lavoro sarebbe più simile ad una disfatta. Pertanto, se non va negata l'opportunità di razionalizzare le tutele, ridurre gli eventuali privilegi, diminuire le retribuzioni con gli orari, resta essenziale che ognuna di queste decisioni venga presa con la chiara indicazione di limiti invalicabili ed obiettivi. V. anche Grandi M., *<Il lavoro...>*, 576, secondo il quale l'efficace adattamento degli ordinamenti del lavoro alle istanze di flessibilizzazione dipende dall'aver individuato il punto di equilibrio tra protezionismo e mercato, tra bisogno di tutela e bisogno di efficienza. Cfr. Fabris P., *Una sfida....*, che sottolinea l'erroneità e la pericolosità di qualsiasi teoria che voglia costringere il lavoro entro gli schemi di leggi economiche, utilizzando categorie e strumenti meramente economici.

trollo pubblico-politico, in grado di imporre vincoli economici e obiettivi di competizione validi per tutti. Soprattutto sotto il profilo giuslavoristico, gli Stati risulteranno sempre meno i protagonisti del cambiamento: la stessa dimensione planetaria dei problemi da affrontare riduce fortemente i margini di autonomia dei singoli paesi nazionali sia sotto il profilo strettamente economico, sia dal punto di vista dei processi regolativi³⁵³. Non sembra pertanto sbagliare chi arriva a sostenere che, nati per sottrarre il lavoro dalla concorrenza, gli Stati sono diventati essi stessi soggetti di una nuova e pericolosa “concorrenza reciproca”, esposti a giudizio per la loro efficienza ed i loro “costi”³⁵⁴.

Da ciò la crescente importanza di un approccio comparato alla soluzione di problemi giuridici sempre più simili, come lo sono le loro possibili soluzioni. Insomma, tra gli effetti che l'internazionalizzazione dei mercati e dell'economia determina va rimarcato anche quello di una maggiore circolazione culturale delle strategie politiche, tecniche ed anche giuridiche, ed un conseguente processo di assimilazione dei modelli di regolazione, primo vero passo verso una più completa armonizzazione normativa. L'esempio più eclatante è dato dal fatto che sistemi tradizionalmente alternativi come quello europeo e quello anglo-americano hanno progressivamente smussato le diversità di strategia economica e sociale che storicamente li caratterizzavano, fino a spingerli all'adozione di soluzioni “mediane”³⁵⁵.

Rimane, in verità, da analizzare il processo di unificazione europea. Nonostante l'ancora insufficiente consolidamento dei profili sociali e politici della Comunità, infatti, parte del merito di aver apposto un limite invalicabile ai processi di liberalizzazione spinta si deve anche alle regole

³⁵³ Ferraro G., *Dal lavoro subordinato...*, 2-3 (datt.).

³⁵⁴ Carinci F. ed altri, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, v. 2, Torino 1998, 18-19.

³⁵⁵ Treu T., 1997: *un anno di politiche del lavoro*, LD 1998, 326: da un lato, si riconosce l'insufficienza del mercato e della crescita economica per assicurare nuova occupazione; dall'altro, si valorizzano le politiche attive ed il modello pubblico-privato. Il risultato è l'adozione di un linguaggio comune e la predisposizione di modelli fondati su un *mix* di misure, con il ricorso a strumenti di legislazione secondaria.

poste dall'ordinamento comunitario³⁵⁶. Il principio del mantenimento e dello sviluppo dell'*acquis* comunitario, ad esempio, consente di accogliere soltanto modelli di liberalismo moderato, che si dimostrano compatibili con i livelli di protezione sociale assicurati ai lavoratori, se non altro per la necessità di rispettare i diritti sociali fondamentali accolti in tutte le Carte costituzionali degli Stati membri³⁵⁷.

Sotto un diverso profilo, il processo di integrazione economica e finanziaria porta anche a riflettere sul fatto che le più importanti decisioni di carattere macro-economico - riguardanti i grandi aggregati quali l'inflazione, il deficit, i tassi di interesse - sono oggi prese a livello europeo, con tutti i vincoli che ciò può comportare sulle politiche nazionali, destinate piuttosto ad interventi di micro-economia, relativi alla cura della qualità degli investimenti, all'efficienza della pubblica amministrazione, alla capacità di progettazione, alla formazione professionale³⁵⁸. Come si può vedere, si tratta sostanzialmente di una questione di ripartizione di competenze, che in materia di lavoro sono ancora, almeno in grande prevalenza, nelle mani dei singoli Stati³⁵⁹, anche grazie al loro ossessivo appellarsi al fondamentale principio di sussidiarietà.

Né l'ampia autonomia dei diritti del lavoro nazionali può dirsi intaccata dall'obiettivo dell'armonizzazione, che si è per lo più espresso nel mero riconoscimento formale delle scelte e delle determinazioni fatte in sede nazio-

³⁵⁶ Simitis S., *Il diritto...*, 636: interessarsi alla struttura ed allo sviluppo delle condizioni di lavoro non è più una questione accessoria per l'Unione.

³⁵⁷ Grandi M., *<Il lavoro...*, 576: si tratta dell'irrinunciabile rete di protezione contro il ritorno a logiche mercantilizanti che altrimenti sarebbero socialmente incontrollate.

³⁵⁸ Treu T., *1997:...*, 324-325.

³⁵⁹ La straordinaria resistenza della c.d. forma-stato risiede certamente nella perdurante debolezza delle alternative: così, Ferrari V., *In margine a Simitis: considerazioni su lavoro e globalismo*, DLRI 1997, 652: se, da un lato, la Comunità europea rivela una preoccupante deficienza di procedure democratiche, dall'altro, l'alternativa regionalistica rischia di innescare conflitti etnici e di scatenare una corsa senza fine all'affermazione di interessi particolaristici.

nale³⁶⁰. D'altra parte, nessuno sembra più disposto a credere, come in passato, che l'armonizzazione sia quell'inarrestabile processo di allineamento verso l'alto degli *standard* di tutela assicurati dai singoli ordinamenti del lavoro. Infatti, se è sicuramente destinata a realizzare la coesione degli ordinamenti nazionali su alcuni principi sostanziali di tutela accolti dal diritto comunitario, essa è vista anche come strumento idoneo a liberare la concorrenza (superamento dei monopoli e liberalizzazione dei mercati), obiettivo che richiede di adeguare la disciplina lavoristica, depurandola da tutte quelle misurre che potrebbero generare pericolosi effetti di *dumping* sociale³⁶¹.

Pur con gli stringenti vincoli indotti dalla globalizzazione dei problemi e dalla comunanza delle soluzioni, il ruolo di ciascuno Stato membro sembra destinato a mantenersi relevantissimo³⁶²; quello che è certo è che pari rilevanza dovrà essere riconosciuta anche all'azione delle istituzioni comunitarie. Lo impone la necessità di affrontare con il necessario slancio questioni e conflitti comunitari ad impatto economico-sociale del tutto analogo a quelli nazionali, così che l'efficacia delle risposte non venga compromessa né dall'incertezza sulle competenze normative né dai vizi originali dell'ancora troppo debole impianto istituzionale europeo³⁶³, *deficit* democratico incluso.

Maiolo, Agosto 1998

³⁶⁰ Ferrari V., *In margine...*, 652, ritiene che la suddivisione del mondo in Stati distinti e sovrani, ciascuno con il proprio ordinamento, si sia rivelata funzionale alla stessa organizzazione economica. Per Smuraglia C., *Il diritto...*, 194, anche il raggiungimento dell'obiettivo - da molti condiviso - di un diritto del lavoro comune a livello europeo, non potrebbe che tradursi in una condivisione minimale di regole, al di sopra delle quali dovrebbero continuare ad operare le legislazioni dei vari paesi. Il diritto del lavoro europeo non elimina, ma convive con le legislazioni nazionali, non (sol)tanto attraverso il sistema della ripartizione delle competenze, ma grazie ad una diversa identificazione degli obiettivi da conseguire.

³⁶¹ D'Antona M., *Diritto del lavoro...*, 320-321.

³⁶² Treu T, 1997:..., 326, il quale ricorda l'impegno degli Stati di sottoporre i loro piani di azione a valutazioni annuali ed al monitoraggio da parte del Consiglio dei ministri dell'Unione.

³⁶³ D'Antona M., *Diritto del lavoro...*, 320: il problema è che a livello europeo l'economia non è governata dalla politica - il Parlamento, infatti, non ha funzione "deliberativa" - ma da istituzioni intergovernative e tecnocratiche; la politica, cioè, continua a svilupparsi a livello nazionale, dove risiede la sua vera legittimazione democratica.

GIOVANNI BRANDI

IL PATTO DI RISCATTO NEL DIRITTO ROMANO

Sommario: 1. Incertezze fenomenologiche e di struttura nei diversi sistemi di diritto. - 2. D. 19.5.12 (Proc. 11. epist.) e Cl. 4.54.2 (*Alexander A Charisio militi*, a. 222). - 3. conclusioni.

1. Scarsamente applicata nel mondo romano, la retrovendita trova riscontro, anche solo per tracce remote, in diversi luoghi delle fonti.

Così in D. 13.7.13 (Ulp. 38 *ad ed.*) e in D. 20.5.7 (Marc. *l. s. ad formulam hypothecariam*)¹ i quali assumono notevole significato per chi ricerca l'origine del fenomeno nella protezione accordata al debitore pignoratio qua-

¹ D. 13.7.13.pr. (Ulp. 38 *ad ed.*) *Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pignoratiticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere. 1 Venit autem in hanc actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.*

D. 20.5.7.pr. (Marc. *l. s. ad formulam hypothecariam*) *Si creditor pignus "vel hypothecam" vendiderit hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus recipere: an, si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit? Et Iulianus libro undecimo digestorum scribit recte quidem distractum esse pignus, ceterum agi posse cum creditore, ut, si quas actiones habeat, eas cedat debitori. Sed quod Iulianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est. 1 Illud inspiciendum est, an liceat debitori, si hypotheca venierit, pecunia soluta eam recipere. Et si quidem ita venierit, ut si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur, intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam: si vero tempus praeteriit aut si non eo pacto res venierit, non potest rescindi venditio, nisi minor sit annis viginti quinque debitor aut pupillus aut rei publicae causa absens vel in aliqua earum causarum erit, ex quibus edicto succurritur. 2 Quaeritur, si pactam sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius posita, ideoque veniri possit. Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.*

Cfr. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1911, 472; Viard, *Les pactes adjoint aux contrats en droit romain classique*, Paris 1929, 80 ss.

lora il suo creditore abbia venduto il pegno a terzi.

Alla domanda se il debitore possa riprendersi il bene ipotecario rimborsando il prezzo, Marciano risponde affermativamente ma esige che egli abbia alienato con la clausola “...*ut si intra certus tempus a debitore pecunia soluta fuerit*”².

Sia Marciano che Ulpiano riportano l’opinione di Giuliano per la quale il debitore non potrà agire direttamente nei confronti del terzo acquirente ma solo con l’azione pignoratizia contro il suo creditore (venditore) il quale ultimo lo legittimerà all’*actio venditi*. Tuttavia la chiusa di D. 13.7.13 ed i luoghi di D. 20.5.7 in cui se ne parla (...*vel hypothecam... e quod... hypothecam est*) quasi sicuramente sono da ritenersi interpolati.

In D. 18.1.75 (Herm. 2. *iur. epit.*) e D. 19.1.21.5 (Paul. 33 *ad ed.*)³ Ermogeniano e Paolo riferiscono casi in cui il venditore ha alienato il fondo con il patto che se l’acquirente decide di rivendere dovrà preferire esso venditore a chiunque altro. In particolare nell’ipotesi riportata da Ermogeniano oltre la clausola contenente la prelazione ve ne risulta una seconda nella quale è espressa una *locatio cum mercede*. Entrambi i giuristi legittimano l’avente diritto all’*actio venditi*.

In D. 45.1.122.3 (Scaev. 28 *dig.*)⁴ due coeredi hanno diviso tra di loro i fondi ereditari lasciandone uno in comune con la clausola che volendolo

² A parte i dubbi suscitati dallo scorcio “...*Nisi minor ...succurritur*” evidentemente in contrasto con lo sviluppo del testo precedente ivi compresa la clausola *de quo*, abbiamo notizia di una *restitutio in integrum* a favore di un minore che ha lasciato perire il termine di una *lex commissoria*; cfr. D. 4.4.38.pr. (Paul 1 *decretorum*). Per tutti Viard, op. cit.

³ D. 18.1.75 (Herm. 2. *iur. epit.*) *Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat vel, si vendat, non alii, sed sibi distrahat vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id quod pepigerunt ex vendito agere poterit.*

D. 19.1.21.5 (Paul. 33 *ad ed.*) *Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.*

⁴ D. 45.1.122.3 (Scaev. 28 *Dig.*) *Coheredes cum praedia hereditaria dividerant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut si quis eorum partem suam alienatur voluisset, eam vel coheredi suo, vel eius successori penderet viginti quinque: quod si quis aliter facisset, poenam centum invicem stipulati sunt: quaero, cum coheredes mulier coheredis liberorum tutores saepus testato convenerit et desideraverit, ut secundum conventionem aut emant aut vendant, hique nihil tale fecerint, an, si mulier extero vendideri, poena ab ea centum exigi possit. Respondit secundum ea quae proponerentur obstaturum doli mali exceptionem.*

vendere, ciascuno dei comproprietari potrà alienare la sua quota solo a favore dell'altro (ovvero dei suoi successori) ad un prezzo determinato e con la previsione di una penale in caso d'inadempimento. Accade allora che la donna coerede, avendo deciso di cedere la sua quota, interPELLI vanamente i tutori dei figli dell'altro coerede affinché eseguano l'accordo, vendendo infine ad un estraneo. Alla *quaestio* se essa possa essere convenuta per la penale Scevola risponde che la *mulier* potrà opporsi con un'*exceptio doli mali*.

Alle stesse conclusioni di Scevola conduce la costituzione di CI. 4.52.3 di Diocleziano⁵. L'imperatore precisa ad Aurelio Eusebio, evidentemente caduto in errore, che i comproprietari di un fondo indiviso sono liberi di vendere la loro quota ad estranei. Ne deriva (com'è stato giustamente osservato)⁶ che in tema di comunione, prima della spiegazione della cancelleria imperiale, la prassi di vendere a favore dei soci fu così generalizzata da essere ritenuta conforme a regole di diritto.

Di qualche utilità appare infine la lettura di D. 19.5.7, CI. 4.54.7 e CI. 5.72.1⁷.

Le uniche testimonianze sicure della retrovendita è lecito però individuare nei soli D. 19.5.12 (Procul. *II epist.*) e CI. 4.54.2 (*Alexander A. Charisio militi*) e ciò per ragioni fin troppo note.

Fondandosi l'economia più o meno esclusivamente sulla proprietà fondiaria, seppure nei diversi modi d'appropriazione e sfruttamento della

⁵ CI.4.52.3 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Eusebio*) *Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam, communi dividundo iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.*

⁶ Penta, *Sul diritto di prelazione tra il I e il IV secolo*, in *Index* 12 (1983-84), 526-528.

⁷ I testi citati non confortano legami tra le ipotesi ivi descritte e quelle che ci occuperanno per la retrovendita ed il riscatto. Le apparenze, in particolare con i casi di D. 45.1.122.3, CI. 4.52.3, D. 18.1.75 e D. 19.1.21.5 che si potrebbero definire di prelazione, non nascondono le diversità che le separano sul piano logico e strutturale. La retrovendita produce l'obbligazione per l'acquirente di rivendere mentre la prelazione obbliga solo a preferire l'alienante. In ogni caso è da riconoscere in entrambi i fenomeni lo sforzo dei romani di rafforzare in rapporto a certe fattispecie la posizione di uno dei contraenti.

terra, la posizione dell'uomo della *civitas* si rapporta direttamente alla consistenza del suo patrimonio immobiliare.

Se il proprietario versa in cattivo stato e necessita per farvi fronte di ricchezza mobile, quasi sempre egli non si rivolgerà ad una classe organizzata di banchieri o di commercianti ma ad un altro proprietario che garantirà con privilegi reali e non certo ricorrendo ad una vendita con riscatto la quale sortendo effetti traslativi, decresce con il passaggio della proprietà, il peso socioeconomico di chi se ne spoglia: al più sarà convenuto un *pactum legis commissoriae* o *adiectionis in diem* che in nessun caso comporterebbero la perdita del bene⁸.

Ciò nondimeno emerge dai passi citati la volontà sia pure embrionale dei contraenti di realizzare investimenti per i quali chi vende non vuole farlo definitivamente ma per introitare denaro liquido e dietro una convenzione che gli conservi la possibilità di riavere il bene mentre chi compra non capitalizza la sua ricchezza ma la fa circolare, lucrando da tale flusso (senza il rischio di essere accusato di usura) il basso prezzo cui sono operate le cessioni a causa del patto e gli elevati interessi rappresentati dai frutti che la terra acquistata gli produce.

E a ben vedere D. 19.5.12 e CI. 4.54.2 si collocano cronologicamente nella seconda di quelle fasi di sviluppo dei rapporti e dei mezzi di produzione nelle quali il Serrao ha ricostruito l'evoluzione storica del diritto privato, cioè in quel periodo che va dal III sec. a. C. al III sec. d. C.⁹

Si tratta di un lungo lasso di tempo che iniziando con l'espansione imperialista di Roma vede la repubblica aristocratica trasformarsi da città

⁸ Oltre che nell'ormai classica opera del De Martino, *Storia economica di Roma antica*, Firenze 1979, questi argomenti vanno affrontati alla luce di tutta una serie di scritti recenti, i quali hanno recuperato anche nel sistema economico romano, tradizionalmente esaminato dalla sola angolatura della proprietà terriera, la rilevanza dell'attività imprenditoriale. Cfr. Serrao, *Diritto privato economia e società*, 1, Napoli, 1987, 9 ss; Petrucci, *Mensam exercere: studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli 1991; Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale: forme giuridiche di economia nel mondo*, Pisa 1989; ID., *L'Impresa in Roma antica*, in *Studi De Sarlo*, Pisa 1989; Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo manager*, Milano 1984; Alfoldi, *Storia sociale dell'antica Roma*, 2, Milano 1987; Andreau, *La vie financière dans le monde romain: le manieurs d'argent*, Rome 1987; Capogrossi, *Max Weber e la storia antica*, 1, in *Estudios de derecho romano en hon. Alvaro D'Ors*, 1, Pamplona 1987, 345 ss.

⁹ Cfr. Serrao, *Diritto privato economia e società*, 1, cit., Napoli 1987, 9 ss.

stato in stato mondiale, attraverso fasi alterne di equilibri e di squilibri che degenereranno nel principato prima e nel dominio poi.

Dal punto di vista economico si afferma l'imprenditoria, continuamente trasformata dall'opera del pretore, il valore di scambio ed un notevole incremento del capitale commerciale, che innova tra l'altro i criteri di produzione agricola e dello sfruttamento delle terre per le quali si razionalizza l'organizzazione schiavistica sconosciuta dalle formazioni sociali precedenti basate per lo più sul valore d'uso nel sistema clientelare delle *gentes*.

Non si spiega allora l'indifferenza dei romanisti verso il *pactum de retrovendendo* (o *de retroemendo* secondo i casi)¹⁰ e la mancanza di scritti *ex professo* su quella gamma di fattispecie quali la rivendita, la rivendita condizionata, la promessa di rivendita, il riscatto e la ricompera, le quali sembrano operare tutte una sorta di neutralizzazione degli effetti del contratto consensuale.

E da qui forse deriva, nonostante la larga applicazione di questi fenomeni nel periodo intermedio¹¹ e quindi il notevole interesse dedicatogli dagli storici e dai giuristi del diritto comune, la difficile lettura dell'art. 1500 del codice civile che sulla scorta dell'art. 1659 del Code Napoléon e dell'art. 1515

¹⁰ Con il *pactum de retroemendo* il venditore si obbliga a riacquistare il bene entro un certo tempo a richiesta del compratore. Gli effetti che si producono e le motivazioni che ne inducono alla stipula sono quindi uguali e contrari a quelli del *pactum de retrovendendo* perciò (anche) per facilità espositiva userò quest'unica terminologia (peraltro non romana) per entrambe le situazioni.

¹¹ Per tutti Curtius, *Consilia*, Venetiis 1534, 9 ss; Baldus, *Commentaria in I Digesti veteris partem D. 2.14.59*, Venetiis 1572; Tiraquellus, *De utroque retractu municipali et conventionali, Commentarii duo*, Lugduni 1574, 2, 564; Zoannettus, *Tractatus de emptione et venditione sub pacto retrovenditionis*, Venetiis 1575, 372, 406 - 419; Calvinus, *Lexicon iuridicum iuris Caesarei*, Coloniae 1640, 665; Nigro, *De Laudemio*, Romae, 1650, 2, 57 - 58; De Luca, *Theatrum veritatis et Justitiae*, Venetiis 1716, 96 ss., 107 ss; Cujacius, *Opera ad lib IV, tit. 54 Cod. Just., col 972*, Venetiis-Mutinae 1758 - 82; Brunnemannus, *Commentarius in Pandectorum Libros*, Neapoli 1780, 863; Ferro, *Dizionario del diritto comune e veneto*, 9, Venezia 1788, voce *recupera*, 251 ss; Richerus, *Dictionarium iuris civilis canonici et feudalis*, Taurini 1792, voce *retractus*, 180 ss. Dalle definizioni dei giuristi medioevali, il meccanismo giuridico della convenzione è descritto in modo lacunoso. Non essendo precisata la natura degli effetti da essa spiegati, la sola circostanza che appare con certezza è che nella vendita interviene un patto per il quale il venditore entro un certo tempo può ottenere la *res* in restituzione.

del Codice del 1865 ha continuato ad inquadrare la vendita con patto di riscatto nel paragrafo del riscatto convenzionale, prescindendo come nelle passate esperienze, da un'adeguata ricerca storica che di certo avrebbe facilitato la soluzione di quesiti ancora irrisolti circa una scelta interpretativa di base dell'istituto.

L'art. 1500 del codice civile recita “ *Il venditore può riservarsi il diritto di riavere la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del prezzo ed i rimborsi stabiliti dalle disposizioni che seguono* ”.

Com'è stato giustamente osservato,¹² il Legislatore non ha dato di questa figura una definizione ma si è limitato a rappresentare gli effetti che nascono dalla sua esecuzione peraltro attraverso un dettato tecnicamente incerto che ha reso defaticante il tentativo degli interpreti di assodarne la funzione ed il fondamento.

Le parti stipulano il patto in vista della possibilità che esso attribuisce al venditore di recuperare il bene venduto per necessità od altra contigenza: perché vuole speculare sull'eventuale variazione di valore del bene alienato, perché trasferendolo nel momento in cui non gli è utile si cautela per l'ipotesi di averne bisogno in futuro o per altre ragioni ancora tutte ricollegabili ad un uso fiduciario del bene stesso.

Ciò non toglie che nella prassi esso venga utilizzato per realizzare una funzione di garanzia che non gli è propria¹³: il versamento del denaro da

¹² Rasi, *Il patto di riscatto nella compravendita*, in *Ann. Camerino* 24, 1958, 3 ss; ID., *Il patto di riscatto nella compravendita*, 2, in *Ann. Camerino* 26, 1960, 3 ss.

¹³ Cfr. Cass. sez. un. 3. 4. 1989 n° 1611, in *FI* 1989, I, 1428 ss. “E’ nulla la vendita con patto di riscatto ove le parti nel comune intento di vincolare il bene a garanzia ed in funzione del rapporto di mutuo sottostante, subordinano gli effetti del trasferimento, apparentemente immediato, all’adempimento del debitore venditore”.

Cfr. anche Cass. 14.4.1981 n° 2245, in *Mass.* 1981; Cass. 6.12.1983 n° 7271, in *FI* 1984, I, 426; *Riv. Not.* 1984, 403; *Quadrim.* 1984, 347 nota di Oberto; *GI* 1984, I, 1, 169, nota di Rosvati; Trib. Cagliari 26.6.1984, in *Riv. Giur. Sarda* 1986, 94; Cass. 12.12.1986 n° 7385, in *GC* 1987, I, 545; *FI* 1987, I, 799; *RGE* 1987, I, 380; *GI* 1988, I, 1, 1230, nota Iofrida; App. Cagliari 10.5.1986, *Riv. Giur. Sarda* 1988, 28; App. Cagliari 4.6.1986 in *Riv. Giur. Sarda* 1988, 376 nota Luminoso; Cass. 16.4.1987 n° 3784, in *GI* 1988, I, 1, 1231, nota Iofrida; *NGCC* 1988, I, 139 nota Vigli; *Riv. It. Leasing* 1987, 711; Cass. 27.2.1991 n° 2126 in *GI* 1992, I, 1, 136 nota Arietti in *GC* 1992, I, 3167 nota Azzaro; Trib. Milano 26.9.1991, in *GI* 1993, I, 698 nota Calvo; Cass. 27.9. 1994 n° 7882, in *Mass.* 1994; Cass. 13.12.1994 n° 10648, in *Mass.* 1994; Cass. 16.10.1995 n° 10805, in *Corr. Giur.* 1995, 1360 ss.

parte del compratore (finanziatore) spesso non costituisce pagamento del prezzo ma esecuzione di un mutuo ed il trasferimento del bene serve per costituire una posizione di garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia oppure no all'obbligo di restituire il dovuto¹⁴.

Si comprende pertanto la prudenza del Legislatore nel dare spazio alla vendita con riscatto, specificandone la tipicità e la funzione di scambio¹⁵ nonché la cura dei giudici nell'accertamento dell'esatta volontà delle parti¹⁶.

Chi rapporta il riscatto ad un atto meramente negoziale parla di un recesso eccezionalmente retroattivo quale esercizio di un diritto potestativo di natura personale¹⁷; di revoca (retroattiva) unilaterale del rapporto di vendita¹⁸; di "riappropriazione del diritto venduto"¹⁹; di atto negoziale di ripristinazione *ex nunc* della titolarità del diritto venduto²⁰; d'opzione di rivendita²¹; di vendita a termine finale (nel senso che la proprietà, trasferita

¹⁴ E' evidente sotto questo profilo l'elusione del divieto del patto commissorio (art. 1693-2744 cc.) se non addirittura dell'usura.

¹⁵ A tal proposito è significativo l'intervento di Precerutti in sede di redazione del codice del 1865, in Gianzana, *Codice civile*, 1, Torino 1887; ID., *op. cit.*, 3, 327 ss; *op. cit.* 4, 36-37; Cfr. anche Atti della Commissione delle Assemblee legislative, Libro delle obbligazioni, verbale n° 17. 229, in Pandolfelli, Scarpelli, Stella Richter M, Dallari, *Codice civile, Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori*, Milano 1942, 301 ss.

¹⁶ Cfr. Cass. 3. 4. 1989 n° 1611 cit.

¹⁷ Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, 7, Torino 1972, 569 ss; Gabrielli, *vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano 1985, 94, 101, 112.

¹⁸ Luzzato, *La compravendita*, Torino 1961, 417 ss; Rubino, *La Compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano 1962, 1030-1031.

¹⁹ Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, 1, Roma, 1930, 21 ss; Puleo, *I diritti potestativi (individuazione della fattispecie)*, Milano 1959, 323 ss; Militerni, *Sulla natura giuridica del patto di riscatto*, in *Tem. Napol.* 3, (1967), 257.

²⁰ Luminoso, *La vendita con riscatto*, in *Il codice civile commentato*, diretto da P. Schlesinger, artt. 1500-1509, Milano 1987, 120 ss., 190 ss.

²¹ Rasi, *op. cit.*

temporaneamente in forza del patto è soggetta ad un termine *ad quem*)²².

Sono però rare le decisioni giurisprudenziali che si collocano in questo filone²³.

Di diverso indirizzo è la dottrina prevalente, la quale non manca di ravvisare nel patto una vendita sottoposta a condizione risolutiva potestativa con conseguente applicabilità dell'art. 1359 cc.²⁴

La dichiarazione di riscatto rilevarebbe alla stregua di un mero fatto al cui verificarsi il contratto si risolve retroattivamente e con efficacia reale²⁵ anche per i terzi aventi causa dal compratore: condizione potestativa semplice per Pugliatti, Greco e Cottimo²⁶; risolutiva meramente potestativa per Rescigno²⁷; risolutiva meramente potestativa mista ad elementi causali per

²² Gorla, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1937, 303 ss; Barbero, *Sistema e Istituzioni del diritto privato italiano*, I, Como 1946, 524 ss. I principi rassegnati mi sembrano muovere tutti dallo Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, 2, Leipzig 1898, 44 ss., il quale per primo ha inquadrato il riscatto tra i "diritti del potere giuridico".

²³ Cass. 24.9.1979 n° 4921, in *GC* 1980, I, 662 nota Costanza; Cass. 12.12.1986 cit; Cass. 3.6.1991 n° 6227, in *GC* 1991, I, 2676.

²⁴ L'obiezione più frequentemente rivolta ai sostenitori del sopracitato indirizzo trae spunto proprio dalla inconciliabilità dell'art. 1359 con il regime della condizione potestativa: della libertà dell'obbligato sotto condizione potestativa con il dovere di non ostacolare l'avveramento della condizione. A tal proposito Trimarchi, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *RTDPC* 1966, 809 ss.

²⁵ Il riscatto produce l'immediato ritorno della proprietà della cosa in capo al venditore senza bisogno di una nuova manifestazione di volontà del compratore, anzi anche contro la sua volontà. La retrovendita è invece una condizione che seppure conclusa contestualmente al contratto di vendita non entra a far parte del contenuto di questa ma ha carattere preparatorio o preliminare di un futuro contratto, perciò il potere d'acquisto è attribuito con efficacia meramente obbligatoria. Cfr. Cass. 3.8.1964 n° 2213, in *RFI* 1964, voce vendita, 83 ss; Cass. 16.5.1975 n° 1895, in *GC* 1976, I, 1, 1589; Cass. 3.11.1979 n° 5705, in *RFI* 1979, voce vendita 72; app. Napoli, 6.7.1961, in *FN* 1961, I, 129.

²⁶ Pugliatti, *La trascrizione immobiliare*, 2, Messina 1946, 7 ss; Greco e Cottimo, *vendita*, in *Commentario al Codice civile* a cura di Scialoja e Branca sub artt. 1470-1547, Bologna-Roma 1981, 277-278.

²⁷ Rescigno, voce Condizione, *Enc. Dir.* 8 (1961), Milano, 784 ss. Cfr. anche Natoli, *Della condizione nel contratto*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze 1948, 433 nt. 4.

Pelosi²⁸.

A questo movimento si riconduce anche la giurisprudenza maggioritaria²⁹.

Infine non mancano i rilievi di chi non ritiene così stridente la discordanza tra i due orientamenti: la condizione potestativa propria e il diritto potestativo, sotto l'aspetto causale, s'identificherebbero nella medesima struttura³⁰.

A non meno complesse questioni interpretative induce, anche nel pensiero romano, l'esercizio del riscatto. La riserva di uno dei contraenti di ritornare sulla parola data al verificarsi di determinati eventi, si realizza per lo più attraverso l'aggiunta ad un negozio puro di particolari clausole che il Levj, anche sulla scorta della dottrina tedesca precedente e con non poca approssimazione dogmatica, ha chiamato "Rücktrittsvarbehalt" traducibile come "riserva di recesso"³¹. Qui non possono trovare luogo i dubbi che sorgono circa la loro esatta portata (*lex commissoria, in diem addictio, pactum displicentiae, pactum de retrovendendo o retroemendo, pactum*

²⁸ Pelosi, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano 1975, 288; ID., voce *vendita con patto di riscatto*, in *Enc. Dir.* 46 (1993), Milano, 517 ss.

²⁹ Cfr. Cass. 27.9.1994, n° 7882 cit; Cass. 25.1.1992, n° 812, in *Mass.* 1992; Cass. sez. un. 3.4.1989, n° 1611 cit; Cass. 16.4.1987 n° 3784, cit; Cass. 12.12.1986 n° 7385 cit; Cass. 6.12.1983 n° 7221 cit; Cass. 3.7.1980, n° 4254 e Cass. 24.5.1979, n° 2999, in *GI* 1981, I, 1, 292; Cass. 16.5.1975 n° 1895, in *GI* 1976, I, 1589; Cass. 18.9.1974 n° 2498, in *RGI* 74, voce *vendita*, 6162; App. Catanzaro 26.1.1965, in *CG* 1966, 629; Cass. 14.5.1962 n° 1004, in *FI* 1963, I, 365; Cass. 19.10.1957, n° 3994, in *VN* 1958, 46; Cass. 30.7.1957, 3229, in *RFI* 1957, voce *vendita*, 184; App. Catanzaro 7.3.1956, in *CG* 1956, 108; Cass. 30.12.1954 n° 4638, in *RFI* 1954, voce *vendita*, 220; App. Milano 14.6.1946, in *Temi* 1947, 119; App. Cagliari 11.5.1948, in *Foro Sardo*, 1949, 5; Cass. 22.12.1947 n° 1715, in *RFI* 1947, voce *vendita*, 291.

³⁰ Per tutti Romano, *Vendita e contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano 1967, 187 ss. Lo stesso Windscheid ne parla come di "formule risolutive concernenti in definitiva il contratto sotto il profilo di un particolare atteggiamento dell'esercizio dello stesso potere dispositivo", *Diritto delle Pandette*, 2, (nella traduzione italiana di Fadda e Bensa), Torino 1930, 262 ss.

³¹ Levj, *Zu den Rücktrittsvarbehalten des romischen kaufs*, in *Simb. Friburg. in hon. O. Lenel*, 1931, 108 ss.

protimiseus)³².

Basti dire con l'opinione della più recente giurisprudenza (che trova in Giuliano e per la *lex commissoria* in Nerazio Prisco le prime intuizioni)³³ che ci troviamo di fronte a "patti risolutivi sospensivamente condizionati".

³²La qualificazione giuridica dei patti è quesito assai rilevante poiché da essa dipendono conseguenze diverse (in materia di frutti, di usucapione, di *periculum* della *res*) a seconda della soluzione seguita. La più antica giurisprudenza ha inteso le clausole come condizioni sospensive. Così Sabino, Pomponio, ed i più antichi giuristi. Cfr. D. 18.2.2.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) *Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse fructus et accessiones lucrari...*; D. 18.2.4.pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*) *Ubi autem condicionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere*; D. 18.2.15.pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*) *Si praedio in diem addictio ante diem venditor mortuus sit, sive post diem heres ei existat sive omnino non existat, priori praedium emptum est, quia melior condicio allata, quae domino placeat, intellegi non potest, cum is qui vendat non existat: quod si intra diem adiectionis heres existat, melior condicio ei adferri potest*; D. 18.2.15.1 (Pomp. 9 *ad Sab.*) *Si fundus in diem addictus fuerit pluri, ut quaedam ei accedant, quae non accesserint priori emptori, si non minoris sint hae res, quam quo pluri postea fundus venierit, prior venditio valet, quasi melior condicio allata non sit: si minoris sint idemque aestimandum est, si dies longior pretii solvendi data fuerit, ut quaeratur quantum ex usura eius temporis capi potuerit...*; D. 41.4.2.3 (che leggeremo in seguito) e 4 (Paul. 54 *ad ed.*)...*alii et hanc sub condicione esse contractam*; *Inst. lust.* 3.23.4 *Emptio tam sub condicione quam pura contrahi potest. Sub condicione veluti "si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot"*.

³³D. 6.1.41.pr. (Ulp. 17 *ad ed.*) *Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti ed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit*; D. 18.2.6.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) *Si quis extiterit, qui meliorem condicionem adferat, deinde prior emptor adversus eum licitatus sit et penes eum emptio remanserit, dubitari poterit, utrum fructus ipse habeat, quasi nulla meliore condicione allata, an vero venditoris sint, licet eadem sit persona, quae meliorem condicionem attulit quod ratio facere videtur: intererit tamen, quid acti sit: et ita Pomponius scribit*; D. 18.2.18 (Afric. 3 *quaest.*) *Cum in diem duobus sociis fundum sit addictus, uno ex his pretium adiciente etiam pro ipsius parte a priore venditione discedi rectius existimatur*; D. 18.3.2 (Pomp. 35 *ad ed.*) *Cum venditor fundi in lege ita caverit: si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset*; D. 18.3.4. pr. (Ulp. 30 *ad ed.*) ...*videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his quae ex fundo percepta sint, itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris et*

Essi aggiunti ad un contratto consensuale puro (per lo più la vendita), agiscono esternamente sul consenso ma in modo diretto, spiegando efficacia variamente modellatrice dell'assetto negoziale diviso dalle parti.

In altre parole si pone in essere una vendita incondizionata ma in un secondo momento da un punto di vista logico (o effettivamente cronologico, *in continenti-ex intervallo*) si prevede un patto contenente modalità accessorie tali da far cessare gli effetti del contratto al verificarsi della condizione da esso contemplata³⁴.

quidem finita est emptio; D. 18.3.5 (Nerat. 5 membran.) ...*lege fundo vendito dicta, ut si intra certum tempus pretium soluta non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percipisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet*; D. 18.5.10 (Scaev. 10 dig.) ...*quaesitum est, an irrita emptio facta esset, respondit secundum ea quae proponerentur inemptam videri*; D. 18.2.1 (Paul. 5 ad Sab.) ...*Ille fundos centum tibi emptus nisi si quis meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat*; D. 44.7.44.2 (Paul. 72 ad ed.) ...*condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione non quae post perfectam eam ponitur, veluti centum dari spondes nisi ex Asia venerit? Sed hoc casu existere condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali*.

³⁴ Oltre gli autori già citati cfr. Girard, *Manuèle elementaire de droit romain* cit., 510, 592-95, 598; Landucci, *Azione per far valere il "pactum displicentiae" e la "lex commissoria" nella compravendita*, in *Atti dell'Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti, classe di scienze morali e lettere*, 2, 1915-1916, 137 ss; Longo, *Sulla in diem addictio e sulla lex commissoria nella vendita*, in *Bull. ist. dir. rom.* 31, (1921), 40 ss; Grosso, *L'efficacia dei patti ne i "Bonae fidei iudicia"*, in *Studi Urbinati I e 2* (1927-28), Napoli, 29 ss., 3 ss; Wiard, *Le pactes adjoint aux contracts en droit romain classique* cit; Archi, *La restituzione dei frutti nella vendita con In diem addictio e con la lex commissoria*, in *Studi in onore di V. Ratti*, Milano 1933, ora in *Scritti di Diritto romano, I*, Milano, 1981, 695; Romano, *Note sulla In diem addictio*, in *Studi sc. giur. soc. Univ. Pavia*, 1937, 291; Sargenti, *Appunti sulla esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, in *Studi in onore di V. A. Ruiz nel 40° anno del suo insegnamento*, 2, Napoli, 1953, 233 ss; Arangio Ruiz, *La compravendita in diritto romano I e 2*, Napoli 1956; Magdelaine, *Le consensualisme dans l'Edit du Preteur*, Paris 1958; Archi, *voce condizione (Diritto romano)*, in *Enc. Dir.* 8 (1961) Milano, 743-758; Roussier, *Le pacte adjoint in continenti à la stipulation*, in *Studi Betti 4*, Milano, 1962, 3 ss; Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, 178 ss; Burdese, *voce patto (Diritto romano)*, in *NssDI* 12 (1965), Torino, 708 ss; Bechmann, *Der kauf gemeinem recht*, Aalen 1965, 503 ss., 520 ss; Knutel, *Die Inhauren der "exceptio pacti"*, in *(bonae fidei iudicium)* in *ZSS.R.* 84 (1967), 133 ss; Wesel, *Zur dinglichen Wirkung der Ruchtrittsvorbehalte der romischen Kauf*, in *ZSS* 1968, 94 ss; Flume, *Die Aufhebungsabreden beim kauf lex commissoria, in diem addictio un sogenanntes pactum displicentiae und die bedingung nach der Leher der Romischen Klassichen*, in *Festschrift fur Kaser*, Munchen 1976, 309 ss; Melillo, *voce Patto (Diritto Romano)* in *Enc. Dir.* 32 (1982), Milano 479 ss.

Questa struttura per quanto giuridicamente fondata non elimina i dubbi emergenti nelle diverse fattispecie, risultando difficile stabilire in concreto quando le parti hanno voluto apporre una condizione sospensiva e quando invece un patto di risoluzione.

A questo riguardo ci soccorrerebbero le fonti ³⁵.

³⁵ D. 18.2.2. e 4 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*) *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est ed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. Et mihi videtur verius interesse quid actum sit; nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio quae sub condicione resolvitur; sin autem hoc actum est ut perficiatur emptio nisi melior condicio offeratur erit emptio condicionalis. Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere si res interierit....*

4 Ubi autem condicionalis venditio est negat Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere.

Per Ulpiano la *in diem addictio* sarebbe una condizione sospensiva o un patto di risoluzione a seconda della volontà delle parti.

D. 41.4.2.3 (Paul. 54 *ad ed.*) *Sabinus si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra certum diem soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. Ed videamus utrum condicio sit hoc an conventio; si conventio est (emptio) magis resolvitur quam implebitur.*

Di fronte all'asserzione di Sabino per la quale il compratore non può usucapire *medio tempore*, Paolo rileva che la decisione dipenderebbe dalla diversa lettura della *lex commissoria* come condizione oppure come patto di risoluzione.

D. 18. 3.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) *Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvit emptio quam sub condicione contrahi videtur.*

Nelle ipotesi dubbie la *lex commissoria* andrebbe interpretata come patto di risoluzione.

La casistica rassegnata rivela queste questioni come problemi non di diritto ma di fatto, d'interpretazione della esatta volontà delle parti, questioni che riguardano il giudice e non il giurista poiché si deve appurare nella considerazione della specie, cosa esse abbiano effettivamente voluto per poi trovare nell'ordinamento la loro giusta regolamentazione. Concordo tuttavia con il Longo (al quale rinvio per un'attenta esegesi dei passi citati) quando esclude, anche sulla scorta degli apporti esegetici del Beseler e del Riccobono, che l'apparato testuale a nostra disposizione non corrobora l'idea che già in epoca classica il criterio seguito fosse quello della volontà delle parti, costituendo questo un punto di arrivo della dottrina giustiniana. Cfr. Longo, *Sulla In diem addictio e sulla Lex Commissoria nella vendita*, cit. 45, 49; Arango Ruiz, *op. cit.* 405-408.

2. D. 19.5.12. (Proc. *II epist.*) *Si vir uxori suae fundus vendidit et in venditione comprehensum est conuenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personas observandum.*

Il marito ha venduto alcuni suoi fondi alla moglie col patto che in caso di divorzio ³⁶, se Egli lo vorrà, potrà ricomprarli allo stesso prezzo dell'attuale alienazione.

Il riscatto è dunque subordinato a due condizioni: lo scioglimento del matrimonio e la mera volontà del venditore di riappropriarsi dei beni.

Per il caso patologico in cui l'*emptor* si rifiutasse di retrovendere, per quanto ampie siano le convenzioni tutelate con le *actiones empti* e *venditi*, è accordato al precedente proprietario solo un *iudicium in factum*.

La menzione dell'*actio in factum* ³⁷ quando già Labeone attribuisce, per ipotesi simili, l'*actio civilis incerti*, muove le perplessità dei giuristi nel considerare la retrovendita come intrinseca allo schema negoziale tipico della compravendita e spiega la difficoltà dei giudici di comprenderla nell'*ob eam rem quidquid fieri oportet* ³⁸.

Difatti l'interpretazione della volontà delle parti alimenta ricostruzioni diverse: quella di un contratto preliminare che incorporandosi nella vendita produce l'effetto della restituzione, ³⁹ del *negotium mixtum cum donatione*

³⁶ Più che a un divorzio, il testo sembra riferirsi ad un ripudio esercitato dalla sola moglie: "un divorce signifè par la femme", scrive Accarias. Diversamente sarebbe stata usata un'altra forma: *si nuptiae desissent*, per esempio. Cfr. Accarias, *Thèorie des contracts innomès et explication du titre de praescriptis verbis, au Digeste*, Paris 1866, 261-263.

³⁷ Nota bene l'Arangio Ruiz, *op. cit.* 420 nel rilevare gli ostacoli che si frappongono all'azione contrattuale: ponendosi dal punto di vista della condizione sospensiva, viene tutelata una convenzione che il verificarsi dell'evento pone nel nulla come mai verificatasi e dal punto di vista della condizione risolutiva, una convenzione che pur avendo parzialmente prodotto i suoi effetti, verificandosi l'evento cessa di esistere.

³⁸ Pernice, *Labeo*, 2, 1, *Neudruck der Ausgabe*, Halle 1895, 186 ss.

³⁹ Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 1966, 484.

⁴⁰ ovvero della donazione coperta da una vendita, della compravendita posta in essere per garantire un'obbligazione dietro un patto che tuteli anche l'interesse del marito a riavere i fondi ove le nozze si sciogliono ⁴¹.

Per De Francisci e Bechmann ci troviamo ad esaminare una promessa di rivendita che non realizza automaticamente i suoi effetti ma obbliga le parti ad una nuova manifestazione di volontà ⁴².

Una più attenta esegesi dovrebbe forse dimostrare che nell'ipotesi descritta da Proculo siamo di fronte a due contratti di vendita di cui uno puro e l'altro sottoposto a condizione sospensiva (*si ea nupta ei esse desisset/ si ipse vellet*) per i quali sono state necessarie due specifiche dichiarazioni.

Di fondamentale interesse per l'intelligenza del testo risulta l'uso del verbo *transcribere* come evidente riferimento ad un vincolo contratto *litteris* ⁴³. Con il manifestarsi da parte del marito della volontà di risolvere la vendita, la moglie ha annotato sul suo *codex* di essere creditrice del prezzo e debitrice della cosa vendutale così come avrebbe dovuto il coniuge in senso opposto. Ma dal rapporto controverso non nasce l'azione del contratto nominato per cui è lecito argomentare che il marito non ha annotato sul suo libro la pretesa, a tutela della quale, non trovando alcun mezzo nello *ius civile* ha esperito un'azione atipica. Non comunque l'*actio in factum* del testo poiché Proculo nel descrivere quest'ultima avrebbe inteso riferirsi

⁴⁰ Seidl, *Proculus als schueler Labeos*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, 3, Milano, 1231 ss.

⁴¹ Penta, *op. cit.* 526-528.

⁴² De Francisci, *Sinallagma, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, Pavia 1913, 282; Bechmann, *op. cit.* 2, 490 ss.

⁴³ Accarias, *op. cit.* 262-263. In questa accezione la più antica testimonianza è in Ovidio (*metam.* 7.172-190) dove mi sembra evidente l'allusione al trasferimento di un rapporto obbligatorio (*transcriptio a personam in personam*, Gai 3.128-130).

...*Mota est pietate rogantis, dissimilemque animum subiit Aeeta relictus; nec tamen adfectus tales confessa "Quod" inquit "excidit ore tuo, coniunx, scelus? Ergo ego cuiquam posse tuae videor spatium transcribere vitae? Nec sinat hoc Hecate, nec tu petis aequa; ed isto quod petis, experiar maius dare munus, Iason. Arte mea soceri longum temptabimus aevum, non annis renovare tuis, modo diva triformis adiuvet et praesens ingentibus adnuat ausis"....*

all'*actio praescriptis verbis*⁴⁴.

Il *transcriberet* ritorna interessante anche da un altro angolo visuale ove ci si voglia scorgere la traduzione e quindi il riconoscimento nell'Ordinamento romano dell'ellenistica *καταγραφή* quindi del modo greco di trasferimento della proprietà sugli immobili e gli schiavi e del relativo sistema di pubblicità⁴⁵.

Il Segrè muovendo dalla traduzione di *καταγραφή*, reso in latino sia con *mancipatio* che con *transcriptio* e confrontando il testo di Proculo con quello di D. 32.41.9 (Scaev 22 dig.)⁴⁶ considera il *transcriberet* una sostituzione di *mancipare* motivando il rimaneggiamento con la volontà giustiniana di eliminare nei due testi classici ogni traccia dell'originaria *mancipatio*⁴⁷.

⁴⁴ Non si spiegherebbe altrimenti come mai il giurista dell'*actio praescriptis verbis*, anziché accordare la sua azione prediletta ed in una convenzione *sine nomine* dove avrebbe trovato facile giustificazione, preferisca ricorrere all'ormai desueta *actio in factum*. Per il Bonfante, *op. cit.* 282, i compilatori lasciarono inalterato il testo proculiano ed intesero il giudizio *in factum* come *actio praescriptis verbis*.

Contra Audibert, *Les différentes noms dell'actio praescriptis verbis*, in Melangès Gerardin 1907, 46 ss. e *L'expression "civilis in factum"*, in Melangès Fitting, 1, (1907), 40 ss.

⁴⁵ Nel significato tecnico corrispondente a quello di *καταγραφή*, *καταγράφω*, l'uso del *transcribere* ritorna in numerose fonti giuridiche e non giuridiche: Pseudoquint. *declamationes maiores* 12. 18; panegirico di Treviri 310 d. C.; Sidonio Apollinare, *Carm.* 2. 461; Agrecio, *Ars de orthografia* 1.117; D. 32.41.9 (Scaev. 22 dig.); CI. 7.75.3 (a. 290); C. th. 14.3.1 (a. 319); C. Th. 2.10.4 (a. 328); C. Th. 12.1.49.1 (a. 361); C. Th. 4.6.4 (a. 371); C. th. 8.18.6 (a. 379); CI. 14.4.5 (a. 389); CI. 11.25.1.1 (a. 399); CI. 11.3.3 (a. 399); CI. 1.2.14.10 (a. 470); CI. 5.74.3.2 (a. 529). Nello stesso senso del testo i glossari riuniti del *Corpus glossarium*.

Per tutti Kaser, *Das romische privatrecht*, 1. 2 (1971), 513 nt. 5, 561-562 e Frezza, *Istituti ellenistici nei testi del Corpus iuris civilis*, in *Studi in onore di V. A. Ruiz*, 4, Napoli, 209 ss. Quest'ultimo sulla scorta di una problematica instaurata dal Mitteis e dallo Schoenbauer riferisce la questione agli studi sull'applicazione della *Constitutio Antonina*.

⁴⁶ D. 32.41.9 (Scaev. 22. dig.) *Agri plagam, quae est in regione illa, Maevius Publio et Gaio transcribi volo, pretio facto viri boni arbitrato et hereditati illato, duplae evictione expromissa reliquis heredibus, ita ut sub poena centum promittant eam agri plagam partemve eius ad Seium posterosve eius non perventuram quaqua ratione cet.*

⁴⁷ Cfr. Segrè, *An essay on the Nature of Real Property in the classical World*, New York, 1943, 49 nt. 61, 68 ss.

La supposizione non mi appare fondata. Come nota il Frezza⁴⁸ *mancipatio* e *transcriptio* nel linguaggio giuridico tardo non sono usati uno in luogo dell'altro ma traducono indifferentemente in latino il greco *καταγραφή*. Inoltre bisognerebbe spiegare come mai il termine *mancipatio* (*mancipare*) che nei Digesta è sempre sostituito con *traditio* (*tradere*) sarebbe stato alterato con il *trascrivere* nei soli testi di Proculo e di Scevola. Invero le questioni sottoposte ai due giuristi non riguardano il modo di trasferimento delle cose (fondi rustici) ma la validità di atti di autonomia privata (divieto fedecommissario di alienare a persona data in D. 32.41.9) per i quali essi non avevano alcuna ragione di forzare a scopi scientifici il tenore del caso sottopostogli e quindi di modificarne le modalità traslative che vi emergevano.

Se valgono queste considerazioni, Proculo e Scevola rivelano diffuso, anche in Occidente già a partire dal I secolo, il trasferimento scritto e pubblicizzato delle vendite immobiliari (quindi del patto di riscatto) che ben conoscevano nei loro responsi spesso riferiti anche a fattispecie provenienti dal mondo ellenistico.

Nessuna ragione ostativa è emersa nell'azione legislativa e giurisdizionale delle cancellerie imperiali o nell'attività rispondente degli altri giuristi⁴⁹ anzi nei papiri di Ravenna è provato che in Occidente la registrazione degli atti di trasferimento degli immobili veniva raccolta nei libri catastali tenuti dalle curie⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. Frezza, *op. cit.* 211, 212.

⁴⁹ Come giustamente scrive il Frezza, la *καταγραφή* come modo formale ed astratto di trasferimento alla stessa stregua di una *iusta causa traditionis*, non urta contro nessuno dei principi romani in tema di alienazione degli immobili. Al contrario fonti diverse (Vat. Frag. 35. 4, 249.6 e 7, C. Th. 2. 29. 2) rivelano che le cancellerie imperiali colsero nella *traditio* un requisito essenziale per l'alienazione degli immobili anche quando essa fosse sottoposta all'adempimento della *scriptura quae praedium transfert*, ossia della *καταγραφή*. Cfr. *Istituti ellenistici cit.* 215-216; In questo senso anche Archi, "Civiliter vel criminaliter agere" in tema di falso documentale. *Contributo storico-dommatico al problema della efficacia della scriptura*, in *Scritti in on. di C. Ferrini* pubblicati in occasione della sua beatificazione, Milano 1947, 1 ss., 55.

⁵⁰ L'istituzione nell'Egitto greco romano della Βιβλιοθήκη ἐγκθήσεων servì con ogni probabilità a perfezionare il sistema di pubblicità.

Proculo chiude il passo aggiungendo che le pattuizioni di cui si discute possono operare anche al di fuori dei rapporti tra marito e moglie tuttavia lo scorcio *Idque ...observandum* è unanimemente ritenuto un'aggiunta suppletiva dei compilatori.

Veramente fondamentale per lo studio della retrovendita risulta il testo di

Cl. 4.54.2 (Imp. Alexander A. Charisio militi)

Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut sive ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandoquaque, vel intra certa tempora obtulissent restitueretur; teque parato satisfacere, conditioni dictae, heres emptori non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur: habita ratione eorum, quae post oblatum ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.

I proprietari di un fondo lo hanno venduto, accordandosi con l'acquirente circa la sua restituzione che dovrà realizzarsi tramite rivendita ove essi stessi o un loro erede offrano lo stesso prezzo.

Si verifica il caso che nonostante Charisio figlio dei venditori sia pronto a rispettare il contratto, l'erede del compratore si rifiuta di retrovendere. Alessandro Severo accorda nella specie l'*actio ex venditi* anziché il *iudicium in factum* di Proculo tenuto conto dei frutti maturati a favore della controparte dopo l'offerta della ricompera nonché l'*actio praescriptis verbis*.

La Costituzione di Alessandro è l'unico frammento che riferisce senza alcun dubbio il fenomeno ad un'ipotesi che potremmo definire di riscatto

Pap. Rav.115 (a. 540), 1.1.9-10

...quolibet modo aut quolibet tempore quando eidem emptori placuerit sollemnem traditionem celebrari ut agnoscat ad se deinceps omnia pertinere nomen quoque meo de polypticis publicis eximi faciatis et nomen s.s. emptoris in loco prosterni faciatis cet.

Pap. Rav.116 (a. 540), 1.1.10-13

...fieri traditionem legi actisque ventris indi Tabulario quoque Civitatis vestrae admonere curavit ut cispitis iugationem memorati loci quae in documentis insertum est sicuti supra legitur idem comparatori Actoribusque eius designari praecipiat ut omnia a praesenti indictione ad suum dominium pertinere cognoscat cet.

Contra Segrè, op. cit. 49.

nel diritto romano. Che essa sia indirizzata ad un militare conforta quanto si diceva in premessa circa l'origine del patto per l'essere i *milites* spesso senza denaro e quindi costretti alle convenzioni più inusuali per procurarsene ⁵¹.

Dalla lettura del testo può trarsi che il riscatto deve essere inserito nel contratto in continenti, l'azione può essere ceduta (salvo accordo contrario), l'obbligazione dell'*emptor* si trasmette *iure* ai suoi eredi ed aventi causa.

Il patto non crea i suoi effetti automaticamente ma è necessario che l'interessato ne faccia operare il meccanismo chiedendone l'esecuzione, quindi con l'offerta del prezzo. Sulla base dell'*obtulisset* del brano, la semplice offerta verbale dovrebbe essere sufficiente per far operare il meccanismo della rivendita non essendone specificato alcun deposito reale o una qualsiasi operazione di enumerazione.

La Glossa tuttavia commenta l'*oblatio* come *consignatam et depositam*.

Il riscatto non può essere soggetto a termine (*quandocumque*). Se inserito il *dies* è però di decadenza per cui se il venditore lo farà perire senza offrire la somma, il patto sarà nullo e la ricompera non potrà trovarvi luogo ⁵². E' lecito argomentare che la mancanza del termine facesse notevolmente diminuire il prezzo della vendita ritornando particolarmente oneroso per il compratore un contratto tanto indefinitivamente sospeso.

La duplicità dei mezzi processuali in una costituzione che come scrive il De Francisci ⁵³ non si propone la disquisizione di principi teorici ma la composizione pratica di una controversia insorta tra le parti desta forti sospetti di interpolazione ⁵⁴.

Probabilmente i compilatori hanno voluto inserire accanto all'*actio*

⁵¹ E' questo un rilievo del Rasi che muove tuttavia da premesse diverse nel ricercare l'origine del patto, da D. 13.7.13.4 e D. 20. 5. 7 (sopracitati) nei quali riposerebbe l'interesse al riscatto del debitore pignoratizio quando il creditore ha venduto ad altri il pegno... *si creditor pignus vendiderit hoc pacto, ut liceat, sibi reddere pecuniam et pignus recipere: an paratus sit*. Cfr. *op. cit.*, 1, 43.

⁵² Forse a riprova D. 20. 5. 7. 1. cit. nonostante i già menzionati sospetti.

⁵³ De Francisci, *op. cit.* 283.

⁵⁴ Pernice, *op. cit.* 186-87; Girard *op. cit.* 723.

venditi sulla cui esperibilità a tutela di rapporti di retrovendita non sorgevano più discussioni ⁵⁵, l'*actio praescriptis verbis* che ormai risultava obsoleta già all'epoca dei Severi con la disapplicazione della procedura formulare.

E' quindi da eliminare lo squarcio "*praescriptis verbis vel*" al quale in ogni caso non sostituirei in *factum*: ammessa l'azione contrattuale *ex venditi* quella da contratto innominato sarebbe stata veramente superflua ⁵⁶.

3. E' facile accorgersi che ci troviamo di fronte a due convenzioni con efficacia obbligatoria le quali comunque vengano intese ⁵⁷ rafforzano la posizione dell'alienante, garantendogli con la *res* "un rapporto economicamente più significativo" ⁵⁸ tale cioè da imporre all'acquirente l'obbligo di *retrovendere*.

Ricorrendo ai principi generali, è certo da escludere che l'offerta del

⁵⁵ Cfr. D. 18.3.4. pr. (Ulp. 32 *ad ed.*) *Si fundos lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum inemptus fieret: videamus quem admodum venditor agatam de fundo, quam dehis, quae ex fundo percepta sint? Itemque si deterior fundos effectus sit facto emptoris? Et quidem finita est emptio; sed Jam decisa quaestio est ex (a) vendito actionem competere, ut rescriptis Antonini et Divi Severi declaratur.*

⁵⁶ Alla fine dell'epoca classica (oltre che nei brani esaminati) si continua a parlare di azioni diverse dalla vendita nei soli D. 18.1.50 e D. 18.5.6. La loro autenticità è però quasi unanimemente disconosciuta.

⁵⁷ Pur volendo annoverare il *pactum de retrovendendo* tra i *pacta adiecta* così come studiati dalla dottrina di cui sopra e per la quale (come si è visto) da una prima interpretazione come condizioni sospensive sarebbero stati considerati risolutivi sospensivamente condizionati, rimangono i dubbi del Beseler, più volte espressi nelle Critiche ed in altri scritti, dello Henle e dello stesso Arangio Ruiz. Per quest'ultimo ricostruire il pensiero romano nei termini su esposti (a parte l'appiglio testuale di D. 41.4.2.3) significherebbe postulare un vero e proprio *monstrum*: "...per rappresentarsi un patto condizionale bisogna anzitutto potersi rappresentare il patto in se e per se come puro e semplice e poi aggiungervi la condizione, ma un patto puro e semplice di risoluzione significa disvolere quello che si vuole, cioè *nihil agere*". Cfr. Arangio Ruiz, *op. cit.* 407; Henle, *op. cit.* 69; Beseler, *Beitrag zur Kritik der romischen Rechtsquellen*, 1, Tubingen 1910, 85 ss., 2, Tubingen 1911, 57 ss., 167.

⁵⁸ Penta, *op. cit.* 527.

prezzo faccia ritornare automaticamente la proprietà al venditore, facultandolo se del caso alla *rei vindicatio* poiché questa in ogni caso presuppone la *mancipatio*. A parte l'inadeguatezza di una clausola contrattuale al perseguimento di un effetto reale, gli *acta legitimi* essendo autonomi non tollererebbero l'apposizione della clausola accessoria recante la condizione. E' possibile invece rinvenire nelle fonti, esempi diversi di *res Mancipi* che dietro la pattuizione del recesso sono messe a disposizione della controparte con la sola *traditio*. E a tal proposito l'Arangio Ruiz in più luoghi della sua compravendita ha spiegato come preconcepita, in tema di obbligazioni del venditore, la dottrina che questi debba *mancipare*. Per l'esecuzione di un contratto di *ius gentium* basta la *traditio*, se si ricorre alla *mancipatio* è per la generalizzazione dei mezzi solenni all'atto del trasferimento del *dominium* e sicuramente per meglio garantire l'acquirente. Ma nel caso di fattispecie progressive quali quella in oggetto (ed escludendo il *pactum displicentiae*) il venditore non vuole garantire che se stesso.

Quanto detto è messo in dubbio da una serie di testi: D. 6.1.41. pr. (Ulp. 17 ad ed.), D. 18.2.4.3 (Ulp. 28 ad Sab.), D. 20.6.3 (Ulp. 8 disputat.), D. 39.3.9 (Paul. 49 ad ed.), CI. 4.54.4.4 (Imp. Alexander A. Juliano) ⁵⁹ i

⁵⁹ D. 6.1.41.pr. (Ulp. 17 ad ed.) *Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiecto sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit.*

D. 18.2.4.3 (Ulp. 28 ad Sab.) *Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offeretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.*

D. 20.6.3 (Ulp. 8 disputat.)... *Ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret.*

D. 39.3.9 (Paul. 49 ad ed.) *In diem addictio praedio et emptoris et venditoris voluntas exquirenda est, ut, sive remanserit penes emptorem sive recesserit, certum sit voluntae domini factam aquae cessionem.*

CI. 4.54.4 (Alexander A. Juliano) *Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*

quali legittimando anche nel caso delle convenzioni accessorie l'aveute diritto alla *rei vindicatio*, affaticano la dottrina di questioni che ancora oggi rimangono irrisolte. Né risulta appagante la spiegazione di chi rapporta il fenomeno all'atto stesso del *mancipium*. Tra questi il Frezza, il quale convenendo che una clausola contrattuale non possa operare il trasferimento della proprietà, vede ad esempio nella *in diem addictio*, una *lex rei suae dicta* in grado di rendere possibile l'automatica revocabilità del dominio passato con la *mancipatio*⁶⁰.

Dunque è forse da escludere nella giurisprudenza romana, in ordine alle suddette convenzioni un orientamento unitario, configurandovisi invece una varietà di clausole a ciascuna delle quali corrisponde un particolare regime giustificato dalla convenienza del caso. Così se la lettura di D. 19.5.12 conforta l'idea di una doppia vendita, il rescritto di Alessandro Severo autorizza l'ipotesi di una rivendita condizionata già pattuita all'atto del riscatto. Verificatosi il fatto previsto come condizione sospensiva (l'offerta del prezzo) il contratto di vendita cui esso è apposto si risolve *ipso iure* e l'*emptor* è obbligato a dare esecuzione ad un secondo contratto che neutralizza gli effetti del primo senza la necessità di una nuova manifestazione di volontà. Questa rivendita che strutturalmente non può considerarsi un elemento del contratto o parte dello stesso, logicamente lo diventa (e per di più con il suo meccanismo automatico) nel momento in cui realizza lo scopo ultimo di tutto il negozio e cioè facendo ritornare il bene nella disponibilità del venditore con la sola offerta del prezzo. Ne consegue che durante il periodo del

Per un'accurata analisi cfr. Arangio Ruiz, *La compravendita cit.* 424 ss., il quale non tace le difficoltà che l'analisi dei brani (non potendosi *sic et simpliciter* prescindere come interpolati) frappone alla reale comprensione di quanto i giureconsulti scrissero nelle loro opere.

⁶⁰ Cfr. Frezza, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, in *Riv. it. sc. giur.*, 8, 1933, 413 ss., il quale adduce come prova il caso di D. 18.2.11.1 e 13 (Ulp. 28 *ad Sab.*). Tra le diverse obiezioni cui la teoria presta il fianco (e per le quali si rinvia ad Arangio Ruiz, *op. cit.* 358 ss; 423) va osservato che i *dicta* anche quelli relativi alle qualità della cosa sono perseguibili unicamente con l'*actio empti*.

riscatto l'*emptor* sarà un pieno proprietario e come tale prescriverà *uti dominus*, farà suo il tesoro ritrovato nel fondo, le alluvioni e l'isola *nata in flumine*; potrà pignorare e cedere la *res* così come graveranno su di lui tutti gli oneri relativi ed in particolare il *periculum rei*.

L'acquirente non è tenuto a restituire i frutti, tanto è che CI. 4.54.2 parla di frutti maturati dopo l'offerta del prezzo. Questo principio (che mi sembra giustificabile nella sola ipotesi in cui le clausole siano configurate come una promessa di rivendita che spiega efficacia *ex nunc*)⁶¹ mal si concilia con la disciplina della condizione risolutiva (e della rivendita condizionata).

Retroagendo *ex tunc* gli effetti della rivendita, l'alienante è da considerarsi *dominus* fino dal momento della sua stipulazione per cui messa nel nulla la vendita dovrebbe ritornargli la *res* con tutti gli accrescimenti. Qui però lo stretto diritto cede di fronte a ragioni pratiche di giustizia equitativa: obbligare l'*emptor* a restituire i frutti, significherebbe svuotare il patto del suo contenuto in gran parte rappresentato dalla possibilità per quest'ultimo di lucrare le *usurae* rappresentate dagli stessi.

Nulla ci dicono le fonti circa il riscatto delle *res mobiles*. A parte le difficoltà probatorie che ne sarebbero derivate, appare difficile (tanto più accettando per vero l'uso della *transcriptio* delle vendite di immobili e quindi del riscatto) che esse potessero supportare investimenti di un qualche rilievo. In realtà i casi prospettatici si riferiscono sempre agli immobili, il che significa che solo per essi tale rimedio era ammissibile.

In conclusione, nella dialettica delle modalità imposte al consenso (quelle interne - condizione termine modo- connaturate allo stesso e quelle esterne- *pacta adiecta*- che ne rimangono distinte) per disciplinare il comportamento delle parti, le fonti romane si confermano anche in rapporto alla fenomenologia della retrovendita e del riscatto come una, necessità epistemologica imprescindibile per potere assumere risultati più consoni alla natura dell'istituto di quanto non lo siano quelli delle fonti normative che regolano attualmente la materia.

⁶¹ Cfr. De Francisci, *op. cit.*

ANGELO DONDI

ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS

REGIONAL REPORT

(Italy, and some references to the French legal system) (*)

* Il presente saggio riproduce nella sostanza - salvo modifiche di dettaglio dovute a ragioni di *editing* - il testo della relazione presentata al congresso in tema di *Abuse of Procedural Rights* svoltosi a New Orleans presso la Tulane Law School tra il 27 e il 30 ottobre 1988, i cui atti sono pubblicati in N. Taruffo (editor) *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of procedural Fairness*, Kluwer 1999 .

Summary: 1. Complex and controversial definition of APR; 2. Some aspects of the Italian conception of abuse; 3. Emerging perception of procedural abuse in the Italian normative context; 4. The “French approach” as to the problem of procedural abuse; 5. Lawyering, legal ethics and sanctioning procedural abuse; minimal conclusive remarks.

1. Strictly sticking to a procedural and normativistic approach, nothing might actually look more mutually different than two in many ways extremely close legal models like the French and the Italian in connection with a general definition of APR.

In fact, the presence of a specific rule concerning it in the Nouveau Code de Procedure Civile (the article 32.1, most often referred to as *abus de procedure*) hasn't got any counterpart in an equivalent rule of the Italian Codice di procedura civile, as well as any other procedural norm¹. On the contrary, and in spite of this gap, these two models maintain an altogether quite strict relationship on the very subject of APR or, more precisely, of abuse as a notion and as a specific and by this time very stratified “culture”.

Both legal systems share in fact the same originating idea of abuse as “abuse of legal rights”, in the French meaning of *abus de droit*, i.e. of substantial rights. For both the natural approach as well as the starting point for considering the question of abuse seems deeply rooted into substantive law, with special regard to the various ways of conceiving property, and the related rights.

It doesn't seem too far from what actually happened earlier in the

¹ See, e.g., Vincent, Guinchard, *Procedure civile*, 24 ed., 1996, 77; Cornu, Foyer, *Procedure civile*, 3 ed., 1996, 319; for the text and a comment of the article 32-1, see Normand, Wiederkehr, Desdevises (editors), *Nouveau Code de Procedure Civile*, 1997, 50.

French and, subsequently as much as in a different way, in the Italian legal culture to link up this process concerning abuse with the evolution of these conceptions around the end of the last and the beginning of this century. In this connection, a fundamental role was performed by the increased perception of the social values involved in the notion of property, together with a widespread relativization of its functional space. Brought mainly about by the rejection of a sharply liberal and merely economical conception of property, such a reduction has taken place through a progressive appreciation of the many interactions likely to exist between the carrying out of the particular rights of the proprietor and the protection to be granted to the numerous surrounding interests of the community, conceived either as a general entity or as the single subjects virtually affected by these activities.

It might be considered nearly obvious that the basic notion of abuse was originated in the context of devising a “modern” framework, aimed at overpassing the 19th century traditionally unbounded and overliberal conceptions prevailing in this connection. Still largely unrefined at the turn of the century, this very notion kept being seriously developed mainly by the French legal culture, by which it came to be very quickly transformed from a sort of makeshift and quite fuzzy perception into ceptual tool for reshaping the core of many apparently unmutable legal and social constructions².

As is widely shown in a famous essay by Josserand, shortly before the 30ies the notion of abus de droit has in fact surely reached at least in France a remarkable level of elaboration³. Not only this notion has in fact received steady acceptance, but also enlarged its influence and extention in

² An early example of definition of abus de droit can be found in the decision by the Chambre des requetes of Dec. 26th 1893, which seizes this idea where “...l’usage d’une faculte’ degenerate en abus”, see *Dalloz period.* 1895, I, 5321 (note 3).

³ Josserand, *De l’esprit des droits et de leur relativite’ (Theorie de l’abus des droits)*, 1927, passim; about this essay and its present influence see Pirovano, *La fonction sociale des droits: reflexions sur le destin des theories de Josserand*, in *D. Chron.* 1972, 67; id., *L’abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence francaises*, in Rotondi (editor), *L’abus de droit*, 1979, 334.

many areas, while an articulated theoretical specification of its functional features has taken place.

What in this view seems particularly noteworthy is the progressive overcoming of the original operative area of abuse. In other words, the notion begins to be extended beyond the traditional context of the proper behaviour of the proprietor, or rather its framing and limitations, to reach more precisely and closely further areas. Among these, a fundamental role is progressively recognized to be played by the way (or, rather, by the various ways) of resorting to the procedural mechanism of a lawsuit. Not by chance envisaged -according to the abovementioned Josserand- as an “arsenal riche en armes juridiques”, procedural instruments begin to be considered the very tools through which the most common, effective, and widespread activities of abuse of legal rights (*abus de droit*) can actually be performed⁴

In such a perspective, rather than strict, the overlapping between the “substantial” and the “procedural” sides of the problem has turned out to be practically unavoidable. This, at least, the more the notion of abuse has been analyzed by either legal scholarship or judiciary, given the strong jeopardizing effects on other people virtually linked up with the use of the discretionary strategic powers provided by procedural law⁵.

These being more or less the basic general features of the notion of abuse, a further consideration about its development and elaboration ought to be added: i.e. its being essentially due to the French legal culture and scholarship, in nearly total absence of meaningful Italian contributions, at least dating back to the first half of this century⁶.

Although understandably not easy to fully understand as to its deepest reasons, this mere circumstance comes actually to represent in itself a fundamental problematic aspect of the notion of abuse in the cultural context

⁴ See Josserand, *De l'esprit...*, 54, 66.

⁵ Mazeaud, Mazeaud, *Lecons de droit civil*, 1962, 2nd ed., T. II, 193, 397.

⁶ This even if some studies seem to show the presence of a different approach, as is recalled, providing a short bibliography, among many in Dondi, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Diritto privato 1997 - L'abuso del diritto*, 1998, 459 (notes 5, 6, 10, 11).

we are considering. And this understandably because of the impact of such a by the time traditional absence over the evolution of a notion of abuse of legal rights in the Italian legal system, seriously affecting at various stages its same singling out and functional evaluation.

This kind of remark, far from discouraging, ought to be regarded as containing at least a suggestion and a warning: that the scanning of the area of abuse ought to be carried out keeping in mind, on the one hand, its factually marginal placement in the general context of the Italian legal system and culture, while on the other, its conversely firm, widespread and fruitful reception into the French one⁷.

2. So far we have dealt with a more or less general and theoretical idea of abuse, regardless of the path of questions suggested by the General Reporter, and mostly interested in pointing out some special characters acquired by this notion. In view of trying somehow to react to the suggested path, what one can immediately derive from the shortages envisaged in the Italian approach is that in this context clearly defined examples of abuse (of “procedural rights”) are at least hardly trackable.

Yet, because of the at any rate allegedly sharp impact of the -proper or improper- use of procedural tools over people’s everyday life, “how did it come about” is certainly a fundamental question with regard to this circumstance. In this respect, a fairly obvious although maybe oversimplifying assumption might be the presence of a very strict conception of both the basic notions of property as well as of procedural law (understandably, of civil procedure in particular). To simplify furtherly, this conception could be characterized as denying in principle room for somehow reducing the fundamental absoluteness of the two rights, in order to dispose as of one’s own goods as of the procedural instrument (i.e.,

⁷ As is exemplified, although with some critical remarks, by, e.g., Cadiet, *Abus de droit*, in *Enc. Dalloz*, I, 1992, 3; Monateri, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà* (un saggio di *Comparative Law and Economics*), in *Diritto privato 1997 - L’abuso del diritto*, 1997, 90 (of wider and general interest are also also the other essays contained in this book).

basically a lawsuit) aimed at granting such a free disposal.

An altogether very typical example of this approach can be retraced in the same commenting forewords to the previous and first Italian Code of Civil Procedure, dating back to 1865. Here the freest expression of strategic procedural skills granted to the parties of a transaction is clearly ment as a pendant of the unconditionable conception of fundamental rights, among which in particular that of property. In other words, its absolute acceptance in such a typically liberal culture and approach seems to be perceived as necessarily consistent with a virtually strong enforcement “operated” or put “in action” into a civil procedural context⁸.

Although probably not the only one, it’s therefore the prevailing acceptance of this consequently deeply-rooted approach that can be taken as the main explanation of the correlative lacking perception of the problem of abuse. In a historical perspective and in view of this situation, it’s easy to understand that the reaction to the suggestions coming from the first sequel of questions by the General Reporter (I - GENERAL) can only be negative. As a matter of fact, while taken for certain from the French notion of “abuse of right”, the idea of abuse hasn’t undergone in the Italian context an evolution allowing actually either to state the existence of a specific notion of abuse or to speak properly of any elaborated connection with conceptions like that of “procedural fairness” or moreover of standards of legal ethics or, more crucially, to effectively crash on abusive practices however defined.

⁸ See *Relazione Ministeriale sul Libro primo del Progetto di Codice di Procedura Civile, presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863 (n. 63)*, in *Codice di Procedura Civile del Regno d’Italia*, (Gianzana and others, ed.), 1889, vol. I, 3, 83-84; also reproduced in *Raccolta dei Lavori Preparatori del Codice di Procedura Civile del Regno d’Italia*, 1866, vol. II, 75, 82-83, 89 (where, on the other hand - at 75-, the same conception is used to stress the “fatto politico” related to procedure, where “political” is conceived as the power to oblige another citizen to engage in a civil action in front of a judge, a circumstance involving chances of abuses, in themselves regrettable and hence to be avoided); as to this event of the Italian civil procedural code of 1865, see also Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal ‘700 a oggi*, 1980, 107,116, 142.

On the other hand, while scant or no room remains for further tentative explanations about the original state of the Italian evolution of the problem we're dealing with, in this connection a general remark seems still appropriate.

Quite paradoxically, in fact, this situation hasn't essentially changed -and mostly not as to the perception of a procedural qualification of abuse- despite some examples of considerable concern now and then retraceable at scholarly level since the second decade of this century⁹. The lack of influence by these studies -more or less refinedly belonging to the main stream of the French elaboration of the notion of abus de droit, and anyhow reflecting it- is blatantly shown by the disciplines of either the Codice civile or the Codice di procedura civile, both enacted much later, in 1942. The whole philosophy of both these sets of norms seems definitely quite far from taking into serious account any previous proposal aiming at reducing or limiting the traditionally absolute conceptions either of the right of property or of the right to engage in a civil action and freely pursue its course, placing somewhere as a threshold a notion of abuse, as well of rights as of civil or criminal proceedings.

As a matter of fact, the recently widespread, and by this time nearly commonplace, evaluation of these two codes rather as examples of inherent conservative approach than as results of any pervading fascist imprinting finds here sort of a demonstration *sur le champ*¹⁰. An event this one which is apparently common to the two sets of rules, although displaying in one from the other a slightly different approach.

The Italian Civil Code of 1942, while short of any express reference to the notion of abuse of right, contains in fact at least a norm revealing some marginal and almost fortuitous trace of the previous Italian, of course derived mostly from the French, elaboration on this subject. Such a hint is mainly supplied by the provision of the articolo 833 of the Codice civile¹¹.

⁹ See, e.g., Rotondi, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1923, 209, 417, 1054; recently on this event some interesting remarks are findable in Levi, *L'abuso del diritto*, 1993, 3, 16.

¹⁰ See, among many others, Taruffo, *La giustizia civile* (cited in n. 8 supra).

Just located after the norm defining the right of property, its contents and functionality, this rule provides a sort of limitation in this connection, for the case of activities of the proprietor voluntarily and exclusively ment either to harass or to jeopardize other people's rights¹².

The divieto di atti di emulazione defining this provision might in itself hardly be seen as an actual pendant of a notion of abuse of right, and rather represent an inevitable boundary to a conception of right of property still conceived as in principle absolute¹³.

More than the original philosophy of the Codice, in which the social hints remain all in all vague and anyhow traditionally relegated to subjects like that say of the relationships between employers and employees, are mainly the subsequent scholarly interpretations that have ascribed to this rule a unique and relevant role envisaging the presence of a notion of abuso di diritto in the Italian legal system¹⁴. Basically founded on a less traditional idea of property, these interpretations tend to relativize in a social direction its function inside the legal system taking into due account the large social openings coming from the more progressive constitutional provisions of 1947, and therefore reframing this notion consistently with a general and prevailing conception of solidarity asserted in this regard by rules 2 and 42 of the Italian Constitution¹⁵.

¹¹ See, e.g., Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà* - artt. 832-833, in *Il Codice civile - Commentario* (Piero Schlesinger ed.), 1994, 9, 44, 130; Perlingieri (ed.), *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 1991, vol. 2, 53; Bigliazzi Geri, Brecchia, Busnelli, Natoli, *Il sistema giuridico italiano - Diritto civile -III, Obbligazioni e contratti*, 1989, 708.

¹² See Cendon (ed.), *Commentario al codice civile*, 1991, vol. 3, 101; Bianca, Patti, Patti, *Lessico di diritto civile*, 1991, 2.

¹³ See Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 1958, 23.

¹⁴ Add to the previous citations in the last footnotes Rodota', *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*', in *Materiali per una storia della cultura giuridica raccolti da Giovanni Tarello*, 1972, vol. 2, 439; Bessone, *Proprietà "egoista", abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Saggi di diritto civile*, 1979, 275.

It ought to be added that, despite its intensity and extension the effort to derive from this an articulate and effective notion of improper or abusive use (of rights) hasn't so far been actually successful, and this maybe because of the method generally used at scholarly level to accomplish this task. Such an attribution to article 833 Codice Civile of the quite different meaning of a *lex generalis* sanctioning any even unintentional deviation from a socially-consistent use of rights (like that of property) has actually turned out to be fairly tentative in the Italian context. Not purporting any correlative transformation of the very disposition of this rule -so far expressly asserting the clear intentionality to cause totally useless harm-, this elaboration hasn't brought about any widespread stream of judicial decisions accepting a generalized notion of abuse of rights, conceived at the very least as an activity implying the use of a right overpassing the original range and intention of its definition by the law, i.e. the same Codice Civile or any other¹⁶.

All in all unsuccessful apart from bringing up this subject and problem in the Italian context, this attempt seems even more a failure if compared with the French level of elaboration attained in this same connection. The relative gap between the two legal cultures might be summarized by the fact that, while despite everything a precise *animus nocendi* is still required by the Italian case law to conceive the form of abuse corresponding to the so-called *atti emulativi*, such an approach seems largely outdated in France

¹⁵ Salvi, *Il contenuto...*, (cited at the n. 11) 9; Natoli, *La proprietà' (Lezioni)*, 1963, 129; Mengoni, *Proprietà' e libertà'*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1988, 427; Patti, *Abuso del diritto*, in *Dig. IV (sez. civ.)* 1987, I, 7; and again Rodotà', *Scienza giuridica ufficiale*, (cited at the n. 14) *passim*.

¹⁶ Quite on the contrary, the still prevailing trend in the decisions by the Cassazione seems to attribute fundamental importance to the intentionality of the harming action as a condition for the application of the rule devised in the articolo 833. On this subject see, e.g., Perlingieri (ed.) *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 1991, 2nd ed., vol. 3, 54 (quoting the decision n. 4708, 1977). For the concise definition suggested, it is basically taken from the fundamental essay by Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv.dir.civ.* 1965, I, 216, and Natoli, *Note preliminari a una storia dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 1958, 26.

where the mere is by now traditionally representing a sufficient basis for abuse de droit¹⁷.

3. Despite its scant conceptual and factual results, there's an aspect of the Italian elaboration worth to be taken into account in special connection with the procedural side of abuse: i.e. the widespread tendency to convey any abusive event into the performance of procedural activities. According to this approach, abuse becomes essentially visible wherever a claim containing a demand inconsistent with basic and acknowledged law philosophies has been filed. Moreover, through this approach is actually retrieved a conception deeply rooted in the Italian legal culture, that of the ancient "exceptio doli": i.e., a typical defense tool applied to allege misuse of procedural rights whenever ungrounded on the proper parameters defining substantial rights as that of property¹⁸.

Therefore, on the one hand, in conceptual terms the connection between abuse of rights and procedural abuse seems very tight in the Italian legal culture, also because of the fact that actually the only existing and generally accepted notion of abuse is ment to involve necessarily the carrying out of procedural activities either by the abuser or by the subject reacting to it (in other words, abuse becomes an activity almost necessarily performed through procedural activities and into a procedural context). Yet, on the other, one might hardly find any highly developed normative apparatus somehow concerning abuse -however defined, I repeat- in the Italian procedural law, as a consequence of this connection. A consideration this one to which can be easily added that the same seems to be true for the

¹⁷ See, e.g., Mazeaud, Mazeaud, *Lecons de droit civil*, (cited at the n. 5) 397; but also, much before, for a similar approach Laurent, *Principii di diritto civile* (italian translation by Gandolfi), 1926, vol. 6, 136; recently, among many others interventions, see Cadet, *Abus de droit*, in *Enc. Dalloz*, 1992, I, 3.

¹⁸ See, e.g., Pellizzi, *Exceptio doli (diritto civile)*, in *N.N.D.I.*, 1960, VI, 1075; Allara, *Atti Emulativi*, in *Enc. dir.*, 1959, IV, 37; Mazzoni, *Atti emulativi, utilita' sociale e abuso di diritto*, in *R.D.C.* 1969, II, 606; Gambaro, *Emulazione*, in *Dig. IV (Disc. priv.)*, sez. civ., 1991, VII, 442.

elaboration, practically inexistent, developed as to this problem by the Italian procedural doctrine during this century.

Not surprising on the whole, given what we've noticed so far about the Italian experience on this subject, such a situation could be summarized as a sort of blunder rebounding from the "substantive" to the "procedural" side of the problem of abuse (which in Italy has meant and means also a rebounding between substantive and procedural sides of the legal doctrine) actually ending up in a normative and intellectual vacuum. It seems consequently rather helpless trying to find out something apparently unexisting, like any sign of specific concern for the problem of procedural abuse within the same Italian procedural scholarship. The only chance left in this direction is inevitably to take note of this lack of concern and of cultural perception.

Anyhow, as regards to this, a general remark could be related to the long-lasting tradition of the Italian procedural legal thought of steadily avoiding and ignoring subjects that have become pivotal in other procedural cultures. It seems worth noticing for instance that the question of lawyering -together with the virtually consequent ethical evaluation of the many different and also abusive ways of carrying out the related activities of advocacy- has never actually attained any crucial level of interest in the doctrinal debate.

An altogether fairly obvious, but nevertheless quite actual and convincing, interpretation of such a phenomenon might be connected with the basic philosophy still permeating the Italian civil procedure¹⁹. To the endurance of an on the whole widespread strictly adversarial approach, providing the parties' lawyers with a virtually absolute power on strategies and development of procedural options, seems possible to ascribe the probable perception of a notion like that of abuse as an undue interference virtually disrupting this untouchable clot of related powers.

This fairly makeshift summarization of the basic features of the Italian

¹⁹ For a notoriously prominent description of this cultural situation, see Denti, *La giustizia civile - Lezioni introduttive*, 1989, 155 and passim.

cultural approach is furtherly confirmed by a yet rapid glance at the normative context. Here, while it goes without saying that no rule is expressly defining a notion of procedural abuse, one can't avoid noticing a small set of norms nevertheless hinting at some residual perception or normative solution of the problem we're dealing with.

These norms are contained on the one hand in the article 88, and on the other in the articles 92 and 96 of the Codice di Procedura Civile²⁰. Although in a different way and from a mutually different perspective, all these articoli are related to the lawyers' procedural behaviour (i.e., lawyering), indeed something totally unusual in the whole Italian normative context where the expected approach is generally tending to avoid any explicit reference as well to advocacy as at large to lawyers' various professional tasks²¹.

Therefore exceptionally related to lawyers' activities in a procedural context, these rules as previously suggested are all but homogeneous in their single dispositions. While all of them represent an apparent and unusual link between procedure and legal ethics, it's particularly the articolo 88 of the Codice di Procedura Civile to be explicitly related to the respect of standards of professional conduct, as positively stated by a besides not at all punctual title-definition speaking of duty of loyalty and of professional integrity²². Despite or maybe because of the subject, the vagueness of this initial definition finds a meaningful pendant in the same internal disposition of this rule. Resorting to an approach rather consistent in itself, as much as the rule is actually lacking any further analytical explanation of the meaning of these two expressions (loyalty/integrity are referred to as virtually

²⁰ For a short but extremely updated comment to the text of these rules, see Carpi, Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile - Compendio giurisprudenziale*, 1996, 242.

²¹ Some critical hints about this approach are envisaged by Dondi, *Introduzione della causa e strategie di difesa - I, Il modello statunitense*, 1991, passim.

²² For an analogous evaluation about the whole approach of this norm see, for instance, Mandrioli, *Corso di Diritto processuale civile*, 1996, vol. 1, 313.

selfevident standards of compliance for the carrying out of advocacy or lawyering at large), the same rule is also lacking sanctioning provisions whatsoever for the noncompliance with duties after all so much fuzzily determined. This, of course, unless one comes to consider a sanction the extremely marginal chance for the judge to inform the local bar association of the improper-but, how or on which basis detected?- lawyer's behaviour²³.

"Empty masks for nothing" as they were also defined²⁴, on the other hand these undefined and unsanctioned standards fit perfectly the whole Italian approach to the problem of abuse, as furtherly confirmed by the other two abovementioned norms. In fact, neither articolo 92 nor articolo 96 of the same Codice part from this tendency providing any precise borderline definition of procedural abuse as well as of a sanctioning apparatus of any sort.

Both these rules are more or less dealing with fee shifting, in truth a subject not exactly overlapping that of lawyering, not to speak expressly of that of procedural abuse. Nevertheless, if ever there has been an even minimal show of interest for this very problem in the Italian procedural tradition, dating back to the turn of the century it can be retraceable in connection with this very context of studies and normative elaboration²⁵.

Conceived as an instrument for the actual sharing of the economical burdens related to procedural activities, the basic philosophy of the so to speak "Italian rule" is in fact grounded on the notion of expenses' responsibility laying entirely such a responsibility -inclusive of attorneys' fees as well as of any other procedural expense- on the losing party. This of

²³ This vagueness seems, on the contrary, to have found widespread appreciation among Italian procedural scholars as an example of "suggested free application of legal norms"; see, e.g., Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, 1973, vol. 1, 961; Mazzarella, *Avvocato e procuratore (Diritto processuale)*, II, *E.G.I.*, 1988, 4.

²⁴ See Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, 1959, vol. 1, 292.

²⁵ The by far more prominent study in this connection, given also the prominence of the author traditionally considered the beginner of the modern Italian procedural scholarship, is by Chioyenda, *La condanna nelle spese giudiziali*, 1901, 381.

course, and rather understandably, provided the presence of some exceptions and arrangements that are worth considering in connection with the problem of abuse. Although not explicitly mentioned, this seems especially the case of the provision contained in the first section of articolo 92 of the Codice di Procedura Civile, where a yet minimal show of reaction to improper lawyering activities identifiable as procedural abuse might be recognized²⁶.

What the first section of articolo 92 prescribes is that -unlike the general rule, in principle charging the loser with whatever trial expense-there won't be refund to the winning party in case of "excessiveness or superfluity" in carrying out procedural activities²⁷. Quite obviously one ought frankly to point out that it doesn't seem that much for a provision actually representing as abovesaid the only one in the Italian normative procedural context to envisage something probably similar to what the "guidelines from the general reporter" would define as abuse of specific procedural devices, or at least getting fairly close to it.

The limited examples of procedural abuse rising out from the on the whole extremely scant range of decisions that have in more than half a century concerned this rule seem in fact to fit the General Reporter's definition. Thus, among these procedural activities, are not considered to be reimbursable the expenses derived say from procedural choices like that: of a lawyer practicing outside the district of the appellate court in which the same judge of the case is located (together with the connected problem of burdensome travelling expenses); of requesting ungrounded either third-party practice or vouching in; of resorting to unjustified expert witness testimonies, i.e. unjustified because evaluated by the judge as actually superfluous for the decision of that specific lawsuit²⁸.

No chance to find in this provision anything close to the altogether

²⁶ As it has been by, e.g., Mandrioli, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, (cited at the n.23); Vaccarella, Verde, *Codice di procedura civile commentato*, 1997, vol. 1, 287.

²⁷ See Carpi, Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 1994, 3rd. ed., 203; *Compendio giurisprudenziale*, 1996, 254.

²⁸ See the citations in the previous footnote.

wide and comprehensive disposition of the U.S. Federal Rule 11, providing through yet an in many ways ambiguous notion like that of frivolousness (and its pendant of improper purpose) a general definition of abusive procedural practices and, moreover, conversely of “well grounded” pleadings²⁹. But more interesting and certainly more relevant in our perspective is another circumstance, in comparison with a rule like the F.R.C.P. 11: the absolute lack in the Italian norm above-considered of any sort of devices sanctioning the carrying out of similar procedural activities by the lawyer. Unlike the complex -and probably even in some ways overcomplicated, in spite of the recent amendments- sanctioning apparatus characterizing the rule 11, in the Italian norm there’s no direct sanction whatsoever toward the attorney. As a result, the only consequence of these abusive procedural behaviours is hence connected to his client and, as abovesaid, in the really marginal form of the non-reimbursement of the relative expenses.

4. A similar result and evaluation with regard to the Italian normative context concerning abuse might also be reached in comparison with a closer legal system like the French one. As previously pointed out, the most noticeable feature differentiating these two legal systems in connection with the problem of abuse is represented by the mutual enormous mutual gap in terms of perception and consequent cultural and normative elaboration. Definitely in favour of the so to speak “French approach”, such a gap seems easily appreciable just taking into account the presence inside the Nouveau Code de Procedure Civile of a rule like the article 32.1³⁰.

This rule marks a so far unbridgeable gap between these two legal systems for the mere fact of its existence as a disposition unambiguously

²⁹ See in general Joseph, *Sanctions - The Federal Law of Litigation Abuse*, 1994, 2nd ed., 106 and passim.

³⁰ See, e.g., Normand, Wiederkeher, *Nouveau code de procedure civile*, 1997, 89th ed., 50; Vincent, Guinchard, *Procedure civile*, (cited in n. 1) 77; Cornu, Foyer, *Procedure civile* (supra n. 1) 319.

speaking of what no Italian norm ever mentions in whatever form. What the article 32.1 is actually dealing with is namely procedural abuse, i.e. abus du droit d'agir en justice, and this in the wide meaning of either dialtory practices and specific improper procedural startegies ("celui qui agit en justice de maniere dilatoire ou abusive peut etre condamne' a une amende")³¹.

It's fairly easy to realize how far this disposition stands from the one contained in the articolo 92 of the Italian Codice di Procedura Civile. Not only the French norm faces the problem of abuse openly and suggesting a precise solution to the question of figuring out what abuse is about, instead of adopting the fuzzy, evasive and altogether ambiguous approach of the Italian norm. But even more noticeable and intrinsically relevant is the fact of having into the same rule specifically provided consequences and sanctions in this connection³².

A slightly different consideration seems in many ways proper as to the very consequence provided by the article 32.1. The rule resorts to the quite expectable solution of sanctioning the abusive procedural behaviour through the commination of an "amende civile", a monetary sanction expressly devised in a sum ranging from 100 to 10.000 francs, combined with the even more usual at least in the French context compensatory damages of the so-called dommages interets³³; a fairly complex solution to which might anyhow furtherly be added the chance to apply in case of noncompliance to the judge's orders a tptical device as that of astreinte (i.e., a monetary sanction bound to increase according to the persisting non compliance)³⁴.

³¹ See the essays cited in the previous footnote.

³² See, e.g., Desdevises, *L'abus du droit d'agir en justice avec succes*, in *D. Chr.*, 1979, IV, 21-22; Widerkher, *La notion d'action en justice selon l'aricle 30 du nouveau Code de procedure civile*, in *Mel. Habraud* 1981, 949; more recently, see Courtieu, *Droit a reparation - Abus du droit . Notion*, in *J.-Cl. - Responsabilite' civile*, 1997, Fasc. 131-1, 14 (concerning more precisely the problem of the "reparation et sanctions de l'abus du droit" rather than the one of the abus de procedure); id. *Droit a reparation - Abus du droit d'agir en justice*, in *J.-Cl. - Responsabilite' civile*, 1997, Fac. 131 - 3, 5, and passim.

³³ See, e.g., Vincent, Guinchard, *Procedure civile*, as cited at note 1 ; Cornu, Foyer, *Procedure civile*, cited at note 1, 325.

All except unusual, this solution rises some problems as to the effectiveness of its reaction to the phenomenon of abus du droit d'agir en justice³⁵. And this also for the fact of being the typical solution applied to sanction procedural abuse even beyond the pleading stage, and actually resorted to in further norms of the Nouveau Code de Procedure Civile dealing in quite the same terms as article 32.1 with the problem of abusive or delaying practices, performed either at an appellate stage (article 559, referred to as "appel principal dilatoire ou abusif") or at a recours stage - "extraordinaire" or "de Cassation"- (articles 581 and 628, referred to as "recours dilatoire ou abusif")³⁶.

Also in these cases -to which ought to be added that of 550 related to the "appel incident"- the sanctioning apparatus is basically modelled on the solution applied at the pleading stage, i.e. that combination of a civil penalty specified in its amount from 100 to 10.000 francs, with the virtual inclusion of the compensatory damages defined of the dommages interets originally comminated in the article 32.1³⁷.

By the French doctrine and jurisprudence the criteria for applying

³⁴ See, e.g., Cadiet, *Droit judiciaire prive*, 1932, 414; Resquec, *La nature juridique de l'astreinte en matiere civile*, in *J.C.O. G. - Sem. Jur.*, 15.9.1993, n. 37, 354; in general, about the n. 91-650 of 1991, reforming the astreinte, see Chabas, *La reforme de l'astreinte*, in *D. Chr.*, 1992, 299.

³⁵ For an almost ancient elaboration of such a question, see Morel, *Les dommages-interets au cas d'exercice abusif des actions en justice*, (th.) 1910, passim; Lecomte, *A responsabilite' du plaideur envers son adversaire en matiere civile et commerciale*, 1938, 481; more recently, Mestre, *L'abus de droit de recouvrer une creance*, in *Mel. Raynaud*, 1985, 450-455.

³⁶ See, for the text os the mentioned norms and comment, Normand, Wierderkeher, *Nouveau Code de procedure civile* n. 1) 335, 365; and also, e.g., Courtieu, *Droit a reparation - Abus du droit d'agir en justice*, (cited in n. 32), (fac. 131-3), 9-14.

³⁷ Originally stemming from the notion of "fol appel", anyhow justifying just a minimal monetary sanction (from 50 to 150 francs), an harsher sanctioning trend in this connection is dating back to the of 1942 and futherly modified with the of December 22nd 1958 aiming at increasing effectiveness and adequacy of these sanctions, see Vincent, Guinchard, *Procedure civile*, as quoted at note 1, 833.

these sanctions have in fact been abundantly and deeply analyzed. What turns out as a widespread and progressively evolving trend in this respect is the sufficiency attributed to the notion of negligence or fault (, hence “comportement fautif” on the one hand or “dilatoire” on the other) as an element in itself justifying the enforcement through the abovementioned sanctions³⁸. It’s also through such an approach that has been performed by the French jurisprudence the scanning and recognition of specific examples of abusive procedural activities³⁹

This is true especially for the very beginning of a lawsuit, in connection at large with the pleading stage. A circumstance clearly shown by the dispositions of two specific norms like the article 123 (concerning the kind of peremptory exceptions called “fin de non recevoir” and virtually leading to dismissal before taking into consideration the merits) and the article 118 (concerning specific exceptions for invalidity of a procedural step that would lead to void judgment) that expressly allow the court to apply the usual monetary sanction and the connected compensatory damages of “dommages-interets”, if these exceptions were not proposed early in the action, and this merely for delaying reasons⁴⁰.

Apart from it, what can really be considered noteworthy in our perspective is the elaboration of a basic “conceptual core” for detecting abusive practices performed at the initial stage of a lawsuit. In this area, the French case law has actually worked out a standard generally useful to react

³⁸ Dating back to the 30ties and the 40ties, this approach is by now deeply rooted in the French legal culture as a way to fence the use of a right and at the same time a way of suggesting a generally its proper exercise, with carefulness and attention (i.e., with the prudence avoiding negligence), see, for instance, Juillot de la Morandiere, in Colin, Capitant, *Traite' de droit civile francais*, t. 2, ed. 8, par. 195; in general and for a rapid excursus on the evolution on this very subject, see Courtieu, *Droit a reparation - Abus de droit. Notion - Responsabiite' civile*, fasc. 131-1 n. 1), 3-4.

³⁹ See Courtieu, *Droit a reparation - Abus du droit d'agir en justice - Responsabilte' civile*, fasc. 131-3, (cited in n. 1) 5 and passim.

⁴⁰ See Courtieu, *Abus du droit d'agir...*, 3; Desdevises, *L'abus du droit d'agir en justice avec succes*, (cited in n. 32), 22.

to these practices, and this resorting -as shortly before already mentioned- to a notion like that of, or more precisely of *faute simple*, i.e. not implying intentionality or malice of any sort⁴¹. It's on this basis that has taken place the recognition of the specific circumstances revealing, in case of fault or anyhow improper behaviour, the presence of abuse of procedural rights.

At the initial stage of a controversy one of the most widespread features of an action en justice abusive has been traditionally singled out in groundless pleadings, like say the vouching in of a third party for the mere sake of harassment⁴². At the appellate stage, the same kind of approach might be represented by the lack of requests actually justifying review through the taking and prosecution of an appeal, as well as trying to delay a consolidated or a cross appeal not prosecuting it opportunely⁴³. In general, a further chance for carrying out abusive practices, among the many possible, is recognized in the multiplication of lawsuits alleging different causes of action (so-called "montage procedural artificiel"); an inevitably multiform practice to be necessarily evaluated case by case rating its excessiveness⁴⁴.

Typologies apart, provided that the ones abovementioned are actually giving just a minimal hint of the paramount elaboration performed by the French legal scholarship and case law on this very subject, a few more words seem to deserve both the sanctioning apparatus - as regards especially

⁴¹ For an example of this by now long lasting approach, see Cass.Ire civ. (10 janv. 1964) Bull. civ. I, n. 310; more recently Cass. 2me civ.(10 janv. 1985) Gaz. Pal. 1985, I, pan. 113 (with a note by Giunchard).

⁴² See, for instance, Vincent, Guinchard, *Procedure civile*, (cited in n. 1), 77 (n. 4, 5); about the most recent way of approaching the sanctioning process by the Cassation in similar cases see Cass. soc., 28 janv. 1997 (pourvoi n. 95. 42. 866; rejet n. 445) Gaz. Pal. (3 juill. 1997), n. 215, 8.

⁴³ See, e.g., again Vincent, Guinchard, *Procedure civile*, 830, 833; Courtieu, *Droit a reparation - Abus du droit d'agir en justice.*, 6 and 10 (about the recours abusif especially dealt with by article 550 of the *Nouveau code de procedure civile*).

⁴⁴ See Desdevises, *L'abus du droit d'agir en justice...*(supra), 21; Courtieu, *Droit a reparation - Abus du droit d'agir en justice*, (supra) 9.

the subjects by it concerned- and a partial similarity with the Italian approach as to abuse in connection with the procedural expenses.

This last side of the problem we're dealing with is essentially regulated in France by the article 700 of the Nouveau Co. A norm this one roughly similar to articolo 92 and especially to the just en passant abovementioned articolo 96 of the Italian Codice di Procedura Civile, regulating through monetary sanctions in the form of compensatory damages the so-called sponsabilita' aggravata" of a lawyer litigating issues knowingly and openly inconsistent with the law (but in practice almost never awarded because of the difficulties concerning the demonstration of the damage causation). Likewise, what the French article 700 provides is that the losing party, in addition to the expenses ex lege to be refunded, can at court's discretion be burdened with further expenses "a titre de frais exposes et non compris dans les depenses"⁴⁵. While this rule is not mentioning explicitly any kind of abusive practice, it's generally admitted -following a specific party's request- the cumulation of these further expenses with the monetary sanctions abovementioned as the typical reaction to procedural abuse in the French context⁴⁶

5.

5.1 Coming to deal with the just before defined "sanctioning apparatus" -and especially with its targets- we're nearly approaching the conclusion of these poorly scattered considerations. As a matter of fact, of real sanctions one might properly speak only with regard to the French legal system, while for the Italian one a probably correct definition could

⁴⁵ For the text of the rule and a comment, see Normand, Wiederké, *Nouveau code de procedure civile*, (cited in n. 1), 391; in general, see Martin, *L'abus de droit et l'article 700*, in J.C.P. 1976, G, IV, 6630; Pansier, Pansier, *Abus de procedure, article 700 du code de procedure civile et refere'*, in *S.J. / G, I*, Doc, 1983, 3105.

⁴⁶ See again Pansier, Pansier, *Abus de procedure, article 700* (supra), 21.

rather be at most that of “likely consequences”. What we’ve noticed in the course of these considerations is in fact that the Italian approach is to say the least the less reactive to the problem of procedural abuse in terms as well of conceptual elaboration as of normative dispositions; the contrary seems true for the French, characterized by an impressive elaboration of the philosophy of abuse at large and of *abus du droit d’agir en justice* in particular, inclusive of some paradigmatic monetary sanctions (as the *amende civile* *images et interets*, and others).

This given in extremely general terms as to the mutual differences between these two legal systems, both of them seem yet to share a factor worth pointing out in connection with the problem of procedural abuse, and especially with regard to the forms of reaction to it. Either through monetary sanctions, or -and in this of course showing at least a much more lenient approach- through negative consequences in terms of costs, both legal systems seem to ascribe exclusively to the parties the responsibility for the carrying out of abusive practices. The actual performer of these practices, i.e. most probably the lawyer, is not expressly contemplated in norms like the articolo 92 of the *ItaCodice di Procedura Civile* or the article 32.1 of the *French Nouveau Code de Procedure Civile*⁴⁷.

Quite paradoxically, according to this normative approach a party in a proceeding (or, in other words and in a slightly different perspective, a client), after having undergone the blamable and abusive strategic or tactical procedural choices of his lawyer, might also be the only one bound to suffer their legal consequences. And this while against the same legal counselor or “litigator” -anyhow the advocate who in this very circumstance carried personally out activities evaluated by the court as abusive and therefore beyond the procedural standards- there would be no expressly prescribed sanction whatsoever.

It’s a type of remarks that tend to stress an aspect of abuse very seldom

⁴⁷ For some remarks in this perspective, see Dondi, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, (cited in n. 6).

coming out at least in the European discussions in this connection, i.e. the more than ever necessary or inevitable mingle in this area of ethical and procedural factors.

Although unusual, such an outlook seems useful to explain some of the most relevant absences concerning the two systems considered, in general but especially in comparison with a legal system like that of the U.S.⁴⁸.

Notwithstanding some relative variations, the scarce relevance in the European context of an elaborated legal ethics culture, and moreover the less than marginal recognition of its necessary interaction with procedural law especially in areas like that of abuse where the implication of lawyer's activities is actually pivotal, seems to play a fundamental role. As a matter of fact, it's not only on the side of procedural law that apparently no room is left for involving the lawyer's responsibilities in the sanctioning process of abusive practices carried out at a procedural level. In the same rules of legal ethics the concern for such a matter is, if any, scant or marginal at all.

This is certainly true as to Italy, where the brand-new Codice deontologico of 1997 does not seem to appreciate a lot the idea of burdening lawyers with so much cumbersome responsibilities. No rule -as for instance do the American Model Rules of Professional Conduct 1.2 (a) and 3.1 and 3.2⁴⁹ - is disposing directly against the lawyer who accomplished abusive practices, expressly sanctioning his behaviour.

The only provisions likely to puport this kind of questions in the Italian context are in the form of vaguely conceived general contentions or randomly suggestions: articolo 5 concerning lawyers' "dignity and decorum" in performing their professional activities; articolo 6 concerning "loyalty and correctness" while acting in the same context; and mostly articolo 14 about the so-called "duty of truthfulness", all of them share this normative approach⁵⁰. Moreover, for all of them is submitted to the express

⁴⁸ See again Dondi, *Manifestazioni della nozione di abuso Introduzione della causa e strategie di difesa, I- Il modello statunitense*, 1991, passim.

⁴⁹ See Hazard, Hodes, *The Law of Lawyering - A Handbook on the Model Rules of Professional Conduct*, 1990, II ed., V. 1, passim.

maliciousness of the act the only shadow of sanction for non-compliance, i.e. a disciplinary proceeding held in front of a panel of practicing colleagues belonging to the same bar.

And likewise can, after all and given this less than lenient and largely evasive approach of the whole Codice Deontolo, be considered the only disposition marginally suggesting a sort of perception of the values connected with the notion of procedural abuse, i.e. the subsection II of the articolo 23⁵¹. Related among other subjects to the “duty of [correct?] representation”, what this norm provides is that the lawyer must object to any groundless procedural activities disrupting or anyhow harming the proper course of a judicial proceeding, and harming his client’s interests. Roughly attaching to this provision the function of a basic anti-abuse norm seems nevertheless drastically impracticable since it would mean leaving out of consideration the whole philosophy of the Italian Codice Deontologico; an attempt completely useless also because of the abovenoticed lack of an efficient sanctioning apparatus at legal ethics level.

All in all a similar approach seems also to characterize the French discipline of legal ethics. Not so much unlike the Italian, the French system of legal ethics seems actually scarce in providing specific provisions sanctioning lawyers’ abusive practices. In spite of their higher complexity and much older elaboration, the many and multiform French ethical rules seem addressed to structure the legal profession (in terms of access, internal organization, and continuous legal education) rather than face the kind of problem we’re dealing with. As a matter of fact, the only type of provisions yet indirectly addressing to it could probably be recognized in dispositions like that of article 131 of Decret of November 27th 1991 (n. 91-119), where the lawyer is considered “civilment responsible” for the professional activities accomplished by his associates. All the more reason, a likewise expressed responsibility is, obviously besides, provided by -article 25, 26- of the of December 31st 1971 wholly reforming the structure of the French

⁵⁰ For the text of these rules, see *Foro it.*, 1997, V, 341.

⁵¹ For the text of these rules, see the indications in the previous footnote.

legal profession⁵².

5.2. Far from purporting to be a complete and satisfactory survey, the picture so rapidly and roughly outlined in these few pages can just provide some scattered clues about the state of APR in the after all fairly limited context of the French and Italian legal systems. Clues actually dealing mainly with their mutual differences as well as to this notion as to the many problems connected.

One of the basic considerations that in fact can be drawn from this tentative outline is that, neither at a conceptual nor at a normative level, the two systems here considered seem to share an actually common functional approach to cope with this problem in order to clash effectively the carrying out of abusive practices. An evaluation that -according to the previously developed considerations- appears fundamentally correct, despite the common origins and sources of the two systems considered, and the nevertheless still quite frequent cultural interactions concerning the very subject of abuse⁵³.

On the other hand, while some remarkable analogies of course remain, like the similar shortages envisaged with regard to the area of legal ethics, the normative and conceptual solutions adopted in these two systems seem to follow parallel tracks. In short, the lack of sanctions, on the one side, is

⁵² See the text of this norm in *Journal officiel de la République Française - La profession d'avocat*, Textes législatifs et réglementaires, 1993, 83; of course, in the of December 31st 1971 (n. 71-1130), titled "Creation et organisation de la nouvelle profession d'avocat", provisions related to disciplinary proceedings and generally to the way of submitting lawyers to them are not missing (see articles 25 and 25.1, and 26 recalling in general the special provision mentioned in the text, in the same book here quoted, p. 13-14); with regard to the lawyers' professional responsibilities, see also, in general, Martin, *Deontologie de l'avocat*, 1995; and especially Hamelin, Damien, *Les règles de la profession d'avocat*, 1992, 7th ed., 538-541.

⁵³ Rotondi (ed.), *L'abus de droit*, (cited in n. 6) passim; Gambaro, *Abuse of Rights in Civil Law Tradition*, in Rebello (ed.), *Aequitas and Equity*, 1997, 632.

thus facing, on the other, the tendency to stick to the substantially homogeneous philosophy as well of the *dommages et interets* as anyhow other sorts of monetary sanctions, representing in France the by far prevailing solution to the problem of reacting to the besides so precisely scanned abusive procedural practices.

It must also be added that -fortunately in many ways- what has been sketched as a static situation, with its set of immutable factors, at a closer look doesn't seem to stand completely still. Essentially with regard to the Italian legal system, undoubtedly the less advanced of the two considered, in the last few years some noticeable displays of interest for the problem of abuse at large must at least be pointed out. In this context can be placed the recent discussions about the multiple notions of abuse, either concerning legal rights or the machinery of justice at large⁵⁴; and also the ever more frequent studies aimed at cataloguing the obviously numerous examples of abusive behaviours⁵⁵.

In nearly the same context can also be placed the by now long-lasting debate on the provisional remedies and their widespread overuse in the Italian legal practice⁵⁶.

Last and not at all least, a final mention might deserve a recent decision by the Italian Corte di Cassazione in which the lawyer is held responsible

⁵⁴ See, e.g., *Diritto privato 1997 - L'abuso del diritto* (cited in n. 6).

⁵⁵ See, e.g., Traverso, *L'abuso del diritto*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 1992; Ghirga, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 196; and, in much wider terms, Levi, *L'abuso del diritto*, 1993, 39.

⁵⁶ See, e.g., Mandrioli, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *La tutela d'urgenza - Atti del xv convegno nazionale* (Quaderni dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile - XLII), 1986, 22, 25, 32; in this same book (at 83, 104) see also Verde, *L'attuazione della tutela d'urgenza*; more recently and also as to the reform of this part of the Italian civil procedure together with the amendments of 1990 and 1995, see Consolo, in Consolo, Luiso Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, 1996, 2nd ed., 679; *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, in *Giur. it.* 1998, III, 611; for some keen remarks concerning the chances of abusive practices in labour law proceedings, see de Angelis, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, 341, 345.

for the negative outcome of a judicial proceeding whenever brought about by his own negligent representation in court of the client's interests⁵⁷. Because of the condemnation of the lawyer to the payment of compensatory damages, can this decision represent the leading case of a new sanctioning trend -although linkable rather to notion of professional negligence or malpractice than of expressly recognized abusive practices- roughly shaped on the French model of heavily sanctioning these activities through *dommages et interets* or other kinds of monetary sanctions? So far suffice to notice in this decision a yet extremely initial show of approaching to the idea that the role of the lawyer may also involve his actual and personal responsibility for the carrying out of procedural practices, which in a hopefully short run may come to include also the abusive ones.

⁵⁷ Cass. civ. sez. III, February 6th 1998, n. 1286.

LUIGI MAZZEO

*LA RESPONSABILITA' DELLA BANCA NEL CONTRATTO DI
CASSETTE DI SICUREZZA:
GLI ITINERARI DELLA GIURISPRUDENZA*

Il benessere economico di cui gode la società italiana dalla metà del secolo e la diffusione del risparmio hanno fatto accrescere progressivamente il numero di coloro che si rivolgono alle banche per la custodia dei propri valori, certi della salvaguardia, da parte dell'istituto di credito, delle proprie esigenze di sicurezza e di segretezza. Le cassette di sicurezza sono casseforti di piccole dimensioni, collocate in appositi locali delle banche, spesso blindati. Il cliente vi può rinchiudere ciò che vuole: documenti, denaro, oggetti preziosi, titoli. La banca non ne conosce il contenuto, né può aprirla (se non nei termini di cui all'art.1841 c.c.). Dall'altra però, gli alti costi di gestione dello specifico servizio, in relazione ai canoni dovuti dai clienti, e soprattutto l'accresciuto grado di aggressività della delinquenza organizzata hanno indotto l'Associazione Bancaria Italiana (A.B.I.) ad introdurre clausole limitative delle responsabilità della banca, in caso di furto in danno delle cassette di sicurezza.

L'art.1839 c.c. disciplina il contratto di cassette di sicurezza, prescrivendo che la banca risponde verso il cliente per l'idoneità e la custodia dei locali ove sono poste le cassette, nonché per l'integrità delle stesse, salvo il limite del caso fortuito. La banca ha cioè una responsabilità aggravata: deve dimostrare, a sua discolpa, che l'evento dannoso non poteva essere evitato utilizzando la diligenza qualificata richiesta dalla norma ¹. Il caso fortuito risponde ai requisiti soggettivi dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità. Tale non può essere considerato il delitto di furto, anche se perpetrato con mezzi

¹ Sulla responsabilità della banca: Papanti-Pelletier, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano, 1988, 110 ss.; Caianello, *La responsabilità della banca nell'esercizio delle cassette di sicurezza: un problema da risolvere*, in *Nuovo Diritto*, 1988, 401; Spinelli-Gentile, *Diritto bancario*, Padova, 1991, 331; Principe, *La responsabilità della banca nei contratti di custodia*, Milano, 1983, 53 ss.; Ferretti, *La responsabilità della banca per la manomissione delle cassette di sicurezza*, in *Dir. fall.*, I, 278, 1985;

altamente sofisticati, poiché da sempre gli istituti di credito sono esposti all'iniziativa della criminalità². Giurisprudenza costante ha inoltre ricompreso nella responsabilità da inadempimento della banca anche il dolo o la colpa grave degli impiegati addetti al *caveau*³. Ecco quindi che le banche, a fronte dell'esteso campo di responsabilità e dell'impossibilità contrattuale di conoscere tipo e valore dei beni contenuti nelle cassette, hanno adottato norme bancarie uniformi in cui si stabiliscono somme predeterminate quali limite di responsabilità. Le norme bancarie uniformi sono una raccolta ufficiale, edita dall'A.B.I., che regola, in modo non vincolante, i contratti bancari. In questa accezione, le norme bancarie uniformi rappresentano condizioni generali di contratto e, come tali, unilaterali e verificabili ai sensi e per gli effetti dell'art.1341 c.c.

Le clausole di esonero dalla responsabilità rappresentano l'illiceità del *pactum de dolo non praestando* e l'invalidità delle convenzioni di esonero per colpa grave. Il divieto di patti di esonero da responsabilità per dolo viene acquisito normativamente da principi ricavati da passi del Digesto attribuiti ad Ulpiano ed al diritto romano classico. Il divieto di convenzioni di esonero dalla responsabilità per colpa grave risalgono, secondo la maggior parte degli studi, al diritto giustiniano, visto che la parte del Digesto che equipara il dolo alla *culpa lata* risale ai tempi della compilazione.

Un aspro dibattito ermeneutico, iniziato già prima dell'introduzione del codice civile del 1942, è tuttora in corso, in dottrina ed in giurisprudenza, circa il *nomen juris* del contratto tipico di cassette di sicurezza⁴. Prima

² Castronovo, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1978, 58;

³ Tribunale di Roma, 30 aprile 1986, in *Giust. Civ.*, 1987, 1847, per il quale sulla banca incombe una responsabilità aquiliana nel caso di furto perpetrato dai suoi dipendenti, salva la possibilità di rivalsa nei confronti degli stessi; inoltre: Tribunale di Milano, 14 settembre 1989, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1991, II, 505;

⁴ Vasto è il panorama dottrinario e giurisprudenziale in tema di contratto di cassette di sicurezza. Si vedano in particolare: Gabrielli, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, *Rassegna di giurisprudenza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1984, I, 384-416 e 567-590; Ferrari, *L'articolo 2 delle norme bancarie uniformi in materia di cassette di sicurezza*:

dell'entrata in vigore del codice civile, il problema riguardante la natura giuridica del contratto *de quo* era risolto rinviando, di volta in volta, al contratto di deposito ed a quello di locazione⁵. La disciplina introdotta dal legislatore del '42 fissa in capo alla banca tre obbligazioni principali: l'idoneità dei locali, la loro custodia e l'integrità esteriore delle cassette. Nel contempo, viene affermata all'art.1839 la responsabilità della banca al risarcimento del danno verso il cliente, salvo il caso fortuito. L'istituto di credito ha quindi l'onere della prova, teso a dimostrare che l'evento non era evitabile né prevedibile, utilizzando la diligenza del *bonus argentarius* (art.1176, comma 2). Resta pertanto quale scriminante della responsabilità soltanto la *vis cui resisti non potest*, ovvero eventi di natura straordinaria ed eccezionale.

Un importante prodromo al lungo percorso giuridico sull'argomento, si ha con il caso del Banco di Napoli. L'art.7 del relativo statuto stabiliva: "le condizioni e le norme regolamentari delle operazioni e dei servizi si

le opinioni della giurisprudenza e della dottrina sul profilo attualmente più controverso del servizio di abbonamento alle cassette di sicurezza, in Archivio civile, 1992, 881 e 1013; Ghedini Ferri, Osservazioni in tema di cassette di sicurezza (nota a Tribunale di Roma, 27 aprile 1990), in Riv. Dir. Comm. 1992, II, 106; Montedoro, Le cassette di sicurezza tra trasparenza e segretezza (nota a Tribunale di Roma, 6 novembre 1990), in Mondo bancario, 1992, fasc. 1, 39; Ntuk, Brevi note in margine a Cass. 12 maggio 1992, n.5617: nullità anche del nuovo testo della clausola limitatrice della responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza (nota a Cassazione, sez. I, 12 maggio 1992, n.5617), in Giur. It., 1992, I, 1, 2119; Renna, Casette di sicurezza: tra limiti di oggetto e clausole di esonero da responsabilità, vi è ancora spazio per l'autonomia contrattuale? (nota a Cassazione, sez. I, 12 maggio 1992, n.5617), in Corr. Giur. 1992, 1122; Santarsiese, Principi in materia di locazione delle cassette di sicurezza (nota a Cassazione, sez. I, 7 maggio 1992, n.5421), in Giust. Civ. 1992, I, 2680; Scoditti, Autoregolamento e tipo nel contratto di cassetta di sicurezza: sulla differenza fra clausola di limitazione del valore e patto di limitazione della responsabilità della banca (nota a Cassazione S.U., 1° luglio 1994, n.6225), in Giur. It. 1995, I, I, 800;

⁵ Nella relazione ministeriale al codice civile veniva precisato che "la banca non risponde direttamente del contenuto della cassetta, ma dell'integrità della stessa e di quella dei locali adibiti al servizio, salvo il caso fortuito"; si veda altresì Scialoja, Il contratto di abbonamento delle cassette-forti di sicurezza, in Riv. Dir. civ. 1940, 232.

intendono accettate dai contraenti con il Banco fin dall'inizio dei rapporti". L'art.13 disponeva altresì che "nel caso di manomissione con lesione dell'integrità esteriore della cassetta, l'indennizzo eventuale da corrisondersi dal Banco è limitato alla somma di lire 100.000, a condizione però che il danno sia effettivamente subito e risulti provato". A seguito di un furto di preziosi custoditi in una cassetta del citato Banco, la parte interessata esperì giudizio, al fine di vedere affermate le responsabilità del caso. Il Tribunale di Trani, con sentenza del 13 luglio 1953, stabilì che il furto era riconducibile a colpa grave del Banco, condannandolo a risarcire integralmente il danno agli attori ⁶. Il giudice adito affermò, in particolare, che l'art.13, anticipando il danno risarcibile e limitando preventivamente la responsabilità del debitore (per dolo, colpa grave e violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico), rappresenti un patto nullo ex art.1229 c.c.

La limitazione dell'indennizzo ad una somma predeterminata risultava inoltre avversa all'art.1341, comma 2, c.c. per il mancato rispetto del divieto di clausole vessatorie ed onerose predisposte da uno dei contraenti che, in mancanza di specifica sottoscrizione, non hanno alcun effetto. Il giudizio di 1° grado fu riconfermato in appello e in Cassazione, con le medesime motivazioni. Il danno venne liquidato con separato giudizio e, riguardo al problema dell'*an* e del *quantum*, gli attori poterono provare per presunzioni semplici l'esistenza ed il valore dei beni rubati nella cassetta di sicurezza ⁷.

Nelle more del procedimento descritto, entrarono in vigore, il 1° febbraio 1954, le norme bancarie uniformi, il cui art.16 affermava che "il valo-

⁶ Tribunale di Trani 13 luglio 1953, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1953, II, 537, ivi 1954, II, 94, con nota adesiva di Sotgia, *Osservazioni in tema di servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Foro pad.* 1953, I, 1243, con nota adesiva di Giannattasio, *Clausola limitativa di responsabilità contenuta nello statuto di una banca e sua efficacia vincolante*, in *Giur. It.* 1953, I, 2, 930, con nota di Nisio, *Servizio di cassette, furto, disciplina della responsabilità della banca*.

⁷ App. Bari 16 aprile 1956, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1959, II, 203, con nota di Majello, *Prove e presunzioni di danno in caso di effrazione di una cassetta di sicurezza*.

re massimo del contenuto della cassetta è, a tutti gli effetti, fissato in lire 1.000.000, salvo che, d'accordo con l'utente, sia stabilito un importo superiore, contro pagamento dei corrispettivi determinati dall'azienda di credito". Veniva così chiaramente espresso il desiderio delle banche di prevenire il rischio di rispondere illimitatamente del danno subito dal cliente.

Con l'art.16 si stabiliva il superamento del limite di lire 1.000.000 dei valori risarcibili contenuti nella cassetta di sicurezza, attraverso una pattuizione finalizzata a determinare l'oggetto del negozio ed a fungere da liquidazione preventiva del danno⁸. In questo modo venivano identificati l'oggetto del contratto e le cose custodite nei loculi. La banca era responsabile della custodia delle cose contenute nella cassetta di sicurezza nel limite pattuito con il cliente, secondo il canone proporzionale corrispondente e nel rispetto della segretezza del servizio⁹.

Per una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, l'art.16 n.u.b. era causa di una delimitazione dell'oggetto ma, in quanto tale, non comportava gli effetti delle clausole vessatorie, ex art.1341, comma 2, c.c. e la nullità prevista dall'art.1229, comma 1, c.c. nel caso in cui vi fosse responsabilità del debitore per dolo o colpa grave¹⁰. Non era dello stesso

⁸ Molle, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, XXXV, 1, Milano 1966, 631; Ferri, *Cassette di sicurezza*, in *Encicl. Dir.*, VI, Milano 1960, 461; Gabrielli, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1984, II 580.

⁹ In merito alla ritenuta eccessiva onerosità della clausola ed alla necessità della sua specifica approvazione per iscritto, si veda: Scognamiglio, *Note sull'approvazione specifica delle condizioni generali vessatorie*, in *Foro pad.* 1954, I, 494 e Gabrielli, *Il Servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1984, I, 580.

¹⁰ Molle, *Caso fortuito e responsabilità della banca nel servizio di cassette di sicurezza*, nota a Cass. 29 marzo 1976, n.1129, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1976, II, 173, ivi, 175; Capobianco, *Commento alle norme uniformi bancarie. Cassette di sicurezza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1955, I, 94, ivi, 100; Giannattasio, *Limitazioni alla responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1956, II, 443; Di Blasi, *Determinabilità in via convenzionale dell'oggetto del contratto di cassette di sicurezza*, nota a Cass. n.1129/76, in *Bancaria* 1976, 751; App. Roma 7 ottobre 1980, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1980, II, 477, con nota critica di Angelici, *Clausole per il servizio bancario delle cassette di sicurezza*.

orientamento la giurisprudenza della Corte di Cassazione, di una parte della giurisprudenza di merito e della dottrina maggioritaria, secondo le quali la clausola era effettivamente limitativa della responsabilità bancaria e perciò sanzionabile ex art.1229 c.c. Più precisamente, veniva fatto notare che il fatto che venga stabilito il valore massimo del contenuto della cassetta di sicurezza, non incide sul genere dell'obbligazione, che consente comunque all'utente di custodire cose di valore superiore al concordato e, nello stesso tempo, alla banca di comportarsi secondo gli adempimenti già previsti (in quanto impossibilitata alla conoscenza del contenuto). Da ciò derivava che poteva farsi discendere la responsabilità risarcitoria della banca anche in caso di colpa lieve (in seguito a perdita, sottrazione o deterioramento dei valori custoditi nel vano corazzato), semprechè la clausola fosse stata specificamente sottoscritta dal cliente, secondo quanto disposto dall'art.1341, comma 2, c.c.

In un clima di generali divergenze interpretative della giurisprudenza di merito, interviene la Corte di Cassazione, con sentenza n.1126 del 29 marzo 1976, con cui si dichiarò nulla la clausola limitativa del risarcimento del danno, per contrarietà all'art.1229 c.c., poiché "l'inserzione dell'art.16 delle norme uniformi bancarie in un contratto di utenza di cassette di sicurezza non altera in nessun modo l'oggetto del negozio, che rimane quello tipico, previsto dall'art.1839 c.c. La determinazione convenzionale del valore massimo, da attribuirsi al contenuto della cassetta, non è collegata ad alcuna restrizione o dilatazione delle obbligazioni dedotte in contratto, giacché non comporta né per il cliente il divieto di immettere nella cassetta cose di valore superiore, né per la banca un diverso atteggiarsi degli adempimenti che le fanno carico". La Corte volle così stabilire che ogni predeterminazione convenzionale del risarcimento si risolve in una indebita limitazione della responsabilità della banca ¹¹. A seguito di tale giudizio, l'A.B.I., al fine di

¹¹ La sentenza del '76 è stata aspramente criticata dal Molle, in *Caso fortuito e responsabilità della banca*, cit., 173, per il quale, l'oggetto del contratto è rappresentato dai beni immessi in cassetta. Ciò porta l'Autore ad affermare che nessuna pretesa risarcitoria potrà essere avanzata dal cliente in caso di furto o distruzione della cassetta, nel caso in cui que-

arginare i rischi crescenti di furti e rapine (nella considerazione dell'impossibilità di conoscere il contenuto delle cassette), introdusse l'art.2 delle n.u.b. (circolare del 28 settembre 1976), il quale afferma che "l'uso della cassetta è concesso per la custodia di cose di valore complessivo non superiore a lire 1.000.000. Pertanto l'utente si obbliga a non conservare nella cassetta cose aventi un valore nel complesso superiore a lire 1.000.000"¹².

Il nuovo art.3 n.u.b. riproduce (alla pari dell'art.16) i concetti contenuti nell'art.1839 c.c., ovvero che "la banca risponde verso l'utente per la idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità esteriore della cassetta, salvo il caso fortuito" e, al 2° comma, "nel caso in cui, per qualsiasi ragione, l'azienda fosse tenuta ad un risarcimento verso l'utente, essa non lo rimborserà che del danno obiettivo, escluso ogni apprezzamento di valore di affezione e tenutosi conto di quanto disposto all'art.2". Con tale nuova formulazione, il cliente può elevare il limite convenzionalmente pattuito del valore delle cose da conservare nella cassetta, pagando un canone di entità direttamente proporzionale. Il cliente viene in tal modo onerato della prova del danno ai fini del rimborso da parte della banca, come già previsto, negli stessi termini, dall'art.16, comma 3. Egli inoltre si impegna a non depositare in cassetta beni di valore superiore a quello concordato¹³. Ciò

st'ultima fosse stata vuota al momento dell'evento, perché, in tal modo, sarebbe venuto meno l'oggetto del contratto. Questo orientamento è stato ormai superato dalla recente dottrina, secondo la quale il bene oggetto dell'obbligazione contrattuale è l'utilità economica della prestazione conseguita dalle parti. In tal senso: Osti, voce *Contratto*, in *Noviss. Digesto it.*, IV, Torino, 1959; Scognamiglio, *Dei contratti in generale (artt.1321-1352)*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 352; Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1975, 473; per Papanti-Pelletier, in *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano 1988, 84, viene affermata la responsabilità dell'istituto di credito anche nel caso in cui il cliente mantenga vuoto il loculo, non dovendosi ravvisare la nullità ex artt.1418 e 1325, n.3, c.c.

¹² Circolare A.B.I. 28 settembre 1976, Serie Tecnica "O" n.33/76.

¹³ Spano, *Limiti di valore di cose immesse nelle cassette di sicurezza*, in *Banche e banchieri*, 1987, 877; Cerrai, *Cassette di sicurezza*, in *Banca Borsa e titoli di credito* 1988, 556; Vanni, *Clausola di limitazione della responsabilità della banca nel servizio della cassetta di sicurezza*, in *Giust. civ.* 1983, II, 262 e 265.

sebbene il servizio offerto dalla banca resti sempre lo stesso¹⁴. Nel caso in cui la banca accetti di custodire, all'interno delle proprie cassette di sicurezza, valori superiori a lire 1.000.000, fa sottoscrivere al cliente richiedente la seguente clausola aggiuntiva: "vi prego di voler consentire di conservare in detta cassetta, a modifica di quanto stabilito nell'art.2 delle norme regolamentari per l'uso delle cassette di sicurezza, riportate nel contratto medesimo, cose aventi valore complessivo fino al maggior importo di lire...In caso di vostra adesione provvederò a pagarvi la relativa maggiorazione del canone di lire... con le stesse modalità previste dall'art.12 delle surricordate norme regolamentari, fermi restando tutti gli altri obblighi e condizioni, tra i quali in particolare quello di non conservare valori di importo superiore all'anzidetto limite di lire...".

¹⁴ Amato, *La responsabilità della banca per il servizio delle cassette di sicurezza: gli ultimi sviluppi*, in *Resp. Civ. prev.* 1990, 776, il quale nota che il grado di efficacia del servizio offerto dalla banca non varia proporzionalmente all'aumentare del canone corrisposto dall'utente; per Molle, in *Caso fortuito e responsabilità della banca nel servizio di cassette di sicurezza in Banca, Borsa e titoli di credito* 1976, 175, per il quale l'oggetto del contratto coincide con i beni immessi in cassetta; per Benatti in *Le clausole di esonero delle responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* a cura di Portale, I, 135, "la banca ha determinato l'oggetto della prestazione di custodia, convenendo il valore delle cose che devono essere immesse nella cassetta, con l'ovvia conseguenza che nelle ipotesi in cui il furto o il danneggiamento integrino la fattispecie di responsabilità della banca ex art.1839 c.c., essa sarà tenuta a risarcire il cliente solo entro i limiti in cui era obbligata alla custodia"; Angelici, *Clausole per il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Riv. Dir. comm.* 1982, 203; Gabrielli, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1984, 584; in giurisprudenza si veda: Trib. Roma 29 febbraio 1980, *Banca, borsa* 1980, 350; Trib. Roma 27 gennaio 1982, *Giust. civ.* 1984, 99; Trib. Roma 26 novembre 1987, *Corr. Giur.* 1988, 494; App. Roma 28 settembre 1990, *Giust. civ.* 1990, I, 2959; App. Roma 6 novembre 1990, *Giust. civ.* 1991, I, 2451; Trib. Roma 27 aprile 1990, *Giust. civ.* 1992, I, 1582; Trib. Palermo 14 febbraio 1992, in *Banca, borsa* 1993, II, 204; Trib. Milano 14 settembre 1989, *Foro it.* 1990, 1038; Trib. Milano 18 gennaio 1990, *Banca, borsa* 1991, II, 765; Trib. Milano 4 giugno 1990, *Giur. Merito* 1992, 54; Trib. Pescara 1991, *Banca, borsa* 1992, 374; Cass. 3 novembre 1989 n.4604, *Nuova giur. Civ. comm.* 1990; Cass. 7 maggio 1992 n.5421, *Giust. civ.* 1992, I, 2673, con nota di Santarsiese; Cass. 12 maggio 1992 n.5617, *Foro it.* 1993, I, 878; Cass. I, luglio 1994 n.6225, *Giust. civ.* 1994, I, 3422.

Qualora il cliente chiedesse un rimborso maggiore, per aver custodito valori di entità superiore a quelli dichiarati nel contratto, non potrebbe essere soddisfatto in quanto il maggior danno sarebbe a lui imputabile per non aver adempiuto all'obbligazione. Si afferma così un rapporto di proporzionalità tra la responsabilità per maggior danno da parte della banca e la maggiorazione del canone di abbonamento. Ecco quindi che l'art.2 n.u.b., attraverso l'obbligo del cassetista a non immettere valori superiori ad una data cifra, tratteggia il contratto come prevalentemente atipico.

Quali i problemi di ordine tecnico-giuridico causati dall'introduzione delle clausole, anche nella considerazione che la Relazione al codice civile afferma che "la banca non risponde direttamente del contenuto della cassetta"? Dov'è il confine tra delimitazione dell'oggetto del contratto e responsabilità risarcitoria della banca? La clausola di cui all'art.2 n.u.b. è compatibile con la natura giuridica del contratto di cassetta di sicurezza, ex art.1839 c.c.? La clausola è viziata di nullità secondo il disposto dell'art.1229, comma 2, c.c. (in quanto tentativo della banca di limitare la propria responsabilità)? Il negozio così delineato è un contratto tipico o atipico? Il dovere di custodia della banca è limitato ai locali ed agli scomparti o è estensibile anche ai valori immessi nella cassetta? Quale il grado di diligenza richiesto alla banca?

I due principali orientamenti dottrinali riguardano l'inquadramento delle clausole come limitativa della responsabilità della banca oppure come delimitativa dell'oggetto del negozio. Nel 1° caso, la clausola è valida solo se conforme al disposto dell'art.1341, comma 2: in quanto clausola vessatoria è soggetta alla sottoscrizione del cassetista. Inoltre, nell'ipotesi di inadempimento riconducibile a dolo o colpa grave del debitore o alla violazione degli obblighi derivanti da norme di ordine pubblico, l'art.1229 c.c. prevede la nullità della clausola che esonera da responsabilità. Se invece, al contrario, con la clausola si intenda limitare l'oggetto del contratto, l'esclusione della responsabilità della banca sarebbe conseguenza dell'inesistenza di un'obbligazione risarcitoria a carico del debitore, a causa della mancata previsione nel contratto di tale forma di prestazione.

Per Giuseppe Ferri, il contratto di cassette di sicurezza è un contratto di "locazione di cosa sicura", in cui la custodia è funzionale al godimento

della cosa locata. La banca “cede al cliente il godimento di un determinato loculo, che presenta determinate garanzie di sicurezza, sia in conseguenza della sua particolare costruzione, sia in conseguenza dell’attività di custodia che la banca esplica nei locali. L’attività di custodia non è pertanto un effetto del contratto, ma ne è il presupposto. E’ cioè la prestazione propria di un contratto di locazione, la cui caratteristica consiste soltanto nelle particolari qualità che la cosa locata deve presentare per espressa volontà delle parti”¹⁵. Altra autorevole dottrina vede invece un negozio misto di locazione e di custodia, nel quale entrambe le prestazioni assurgono al medesimo livello di essenzialità ontologica¹⁶.

Si è da alcuni ritenuto che la nuova formulazione delle clausole abbia introdotto nel contratto una condizione risolutiva, e non più una limitazione convenzionale della responsabilità, sanzionabile di nullità *ex art.* 1229 c.c. Ciò perché il canone maggiorato sarebbe proporzionato al valore dei beni immessi in cassetta¹⁷. Si è altresì affermato che l’art. 2 causerebbe vizio della causa del contratto o abuso del tipo, perché impone al cliente della banca un limite all’introduzione di valori negli scomparti corazzati, sebbene la funzione del negozio risieda proprio nella custodia dei valori.

Per altri, la clausola è senz’altro invalida perché limita sia la responsabilità dell’istituto di credito e sia la potestà di immissione di beni nel loculo da parte del cliente, rispettivamente in dispregio degli artt. 1229 e 1839 c.c.¹⁸.

¹⁵ Ferri, *Cassette di sicurezza*, in *Encicl. Dir.*, Milano 1960, VI, 460; Galgano, *Diritto commerciale*, I, Bologna 1986, 320/2.

¹⁶ Cerrai, voce *Cassette di sicurezza*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. commerciale*, vol. III, Torino 1988, 1 ss.; Fiorentino, *Operazioni bancarie*, Napoli 1959, 277.

¹⁷ Molle, *I contratti bancari*, Milano 1981, 823; Ferri G.B., *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.* 1988, I, 339; Festi, *Le norme bancarie uniformi sul servizio delle cassette di sicurezza e la responsabilità della banca*, in *Contr. e impr.* 1991, 1221;

¹⁸ Per il Bianca, *Il contratto, Diritto civile III*, Milano 1988, 354, si deve “vedere se la clausola non miri sostanzialmente a un esonero di responsabilità della banca limitando ingiustificatamente le conseguenze dell’inadempimento dell’obbligazione che essa assume e per la quale il contratto è stipulato. In tal caso, oltre alla norma sulle clausole vessatorie trova applicazione il divieto delle clausole di irresponsabilità per dolo o colpa grave (art. 1229

Il cliente si trova oggettivamente nella condizione che, se vuole usufruire del servizio bancario, deve accettare senza riserve il regolamento prospettato dall'istituto di credito. Partendo da questa ipotesi, è stato detto che l'entità del canone che l'utente corrisponde alla banca è in funzione, da un lato, del volume dello scomparto corazzato, dall'altro, del costo dell'assicurazione della responsabilità civile stipulata dall'istituto bancario¹⁹. Il cliente infatti usufruisce del servizio bancario proprio per evitare il contratto di assicurazione, in quanto ritiene che il primo fornisca maggiori garanzie di una più diretta tutela dei propri beni. Un tale contratto dissimulatorio, regolato dall'art.2 n.u.b., sembra sanzionabile di nullità, ex art.1418, comma 1, c.c. per contrarietà ad una norma imperativa, in quanto partendo da un contratto tipico (quello di cassette di sicurezza) non è configurabile stipulare un contratto, alternativo al primo e che incide nel rapporto, all'insaputa del cliente (quello di assicurazione). Questo orientamento fu tradotto in una discussa sentenza del Tribunale di Roma (n.9386 dell'8 luglio 1987), rimasta peraltro abbastanza isolata ed in seguito superata dallo stesso giudice di merito, con la quale si stabiliva la nullità dell'art.2 n.u.b., in quanto il contratto così strutturato risulta "in contrasto con le esigenze di equilibrato

c.c.)". Sebbene la clausola contenuta nell'art.2 non incorra nelle sanzioni dell'art.1229, comma 1, c.c., rappresenta comunque un atto unilaterale, predisposto dalla banca, che in quanto tale è implicitamente parziale e prepotente, per cui, secondo Castronovo, *Tra rischio e caso fortuito: la responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1978, II, 64, "il cliente che in caso di perdita dei valori depositati chiedesse alla banca un risarcimento superiore al valore oltre il quale si era impegnato a non utilizzare la cassetta si vedrebbe opporre vittoriosamente il venire *contra factum proprium*, perché il maggior danno sarebbe dovuto all'inadempimento dell'obbligo accessorio assunto dal cliente stesso". Sul punto si veda altresì Angelici, *Clausole per il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.* 1982, I, 203.

¹⁹ Per Castronovo, spesso il cliente non è al corrente che parte del canone versato è utilizzato dalla banca per pagare il premio assicurativo. Ciò significa "volgere il contratto a scopi sostanziali diversi da quelli ai quali esso è, sul piano dell'oggettività formale e della consapevolezza di una delle parti, volto: si cade in quella che si può definire abuso del tipo contrattuale". Castronovo, *Tra rischio e caso fortuito: la responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1978, II, 65.

contemperamento degli interessi, cui deve tendere ogni bene ordinato ordinamento giuridico”²⁰. Il giudizio era fondato sui seguenti punti:

⟨ il servizio delle cassette di sicurezza sarebbe un contratto misto: contratto di locazione, da parte della banca al cliente, dei vani corazzati; prestazione d’opera circa la custodia dei locali e l’integrità della cassetta. Da ciò deriva l’impossibilità legislativa di limitare contrattualmente tipo e valore dei beni da custodire;

⟨ l’art.2 n.u.b. potrebbe trovare applicazione solo nel contesto di un contratto atipico, da sottoporsi al previsto controllo di meritevolezza di cui all’art.1322, comma 2, c.c.;

⟨ il contratto di cassetta di sicurezza è reso possibile dalla posizione dominante della banca rispetto all’utente, poiché il servizio, altamente professionale, può essere espletato efficacemente soltanto da un istituto di credito, forte del suo potere economico. Tale strapotere contrattuale elude il principio di autonomia dei privati nelle loro scelte negoziali;

⟨ il canone corrisposto dal cliente non può essere rapportato al numero e valore delle cose custodite nella cassetta di sicurezza, poiché per l’art.1839 c.c. non ha alcuna rilevanza il contenuto degli scomparti, i quali possono, in ipotesi, anche restare vuoti senza che muti la natura del servizio. Ciò non esclude che il canone possa essere adeguato al contratto di assicurazione. Il problema di stipulare un’assicurazione è fatto che riguarda la sola banca, essendo essenzialmente irrilevante per l’utente del servizio.

A questa sentenza è possibile eccepire, *in primis et ante omnia*, che il tribunale non avrebbe dovuto richiamare la disciplina dell’art.1322, comma 2, c.c. bensì quella del 1° comma dello stesso articolo, trattandosi di contratto specificato agli artt.1839-1841 c.c. e che lascia alle parti la facoltà di determinare liberamente il contenuto del negozio, nei limiti imposti dalla legge. Le parti infatti non hanno intenzione di concludere un contratto di-

²⁰ Tribunale di Roma 8 luglio 1987, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1989, II, 61, in *Corr. Giur.* 1987, 1274, con nota critica di Mariconda.

verso da quello previsto dal codice civile, tant'è che l'art.3 n.u.b. riproduce quasi fedelmente l'art.1839 c.c. Non sembra quindi di essere di fronte ad un contratto atipico, anche perché, se ciò fosse, non poteva concludersi con la sola nullità dell'art.2, ma con la nullità globale del negozio, ex art.1322, comma 2, c.c. Non dovendosi pertanto inquadrare la materia nell'ambito del 2° comma dell'art.1322 c.c., si può confutare anche la posizione eccessivamente penalizzata dell'utente rispetto alla banca, espressa dal Tribunale di Roma ²¹.

Il negozio potrebbe quindi risultare del tutto valido ed efficace, a patto che non manchi il requisito dell'accordo tra le parti (artt.428, 1425 e 1446 c.c.), le parti non abbiano concluso il contratto in stato di pericolo (artt.1447 e 1452 c.c.) o non si siano verificati avvenimenti straordinari e imprevedibili che abbiano reso eccessivamente onerosi i termini iniziali del patto (artt.1467 ss. c.c.). Se davvero si ritiene effettivamente esistente l'abuso consentito da una posizione di dominio della banca, si potrebbe riconoscere giudizialmente la nullità del contratto per contrarietà all'ordine pubblico e ciò potrebbe portare all'eliminazione definitiva dell'art.2 dalle norme bancarie uniformi ²².

Altre sentenze successive hanno sancito la nullità dell'art.2 n.u.b.,

²¹ Al riguardo, si è affermato in dottrina che "l'equilibrio dello scambio, i rapporti di corrispettività e di equivalenza fra le prestazioni non sembrano, invero, elementi costantemente necessari alla validità ed all'efficacia del contratto". Costanza, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e impresa* 1987, 432; Papanti-Pelletier, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano, 1988, 166; Cerrai, voce *Cassette di sicurezza*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. commerciale, vol. III, Torino 1988; Gazzosi, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.* 1978, I, 963.

²² Cavalli, *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Le operazioni bancarie* 1978, 123; Benatti, *Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* 1978, 160; Carresi, *Il contratto*, Milano 1987, tomo I, 341; Messineo, *Il contratto in genere*, tomo II, Milano 1972; Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano 1970; Sacco, *Il contenuto del contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, tomo II, Torino 1982, 272.

per contrasto con l'art.1229, comma 1, c.c. seppur con altre e più articolate argomentazioni²³. Prima di queste però, il Tribunale di Roma aveva affermato, con la sentenza del 21 ottobre 1987, che "ad escludere anche che la clausola possa configurarsi come vessatoria e iniqua sta la constatazione che il valore delle cose di cui è prevista l'immissione è correlato all'entità del canone che l'utente è tenuto a corrispondere...la clausola in questione non comporta una utilizzazione abusiva del tipo legale e non si vede, perciò, come possa considerarsi nulla".

Con giudizio del 14 settembre 1989, il Tribunale di Milano dichiarò la nullità della clausola in quanto "la limitazione dell'oggetto del contratto ex art.1839 c.c., a mezzo della clausola sopra indicata, finisce per comprimere notevolmente la funzione pratica che l'utente si è proposto di ottenere stipulando quel contratto e cioè di realizzare la custodia dei suoi beni, di qualunque valore, con un elevatissimo grado di sicurezza e con un costo notevolmente più basso rispetto a quello di una custodia organizzata personalmente". La clausola viene quindi posta solo al fine di limitare l'importo del danno risarcibile dalla banca in caso di dolo o colpa grave.

La giurisprudenza di legittimità, con sentenza n.4604 del 3 novembre 1989, confermò l'indirizzo interpretativo precedente, statuendo che, ferme le obbligazioni in capo alla banca disciplinate dall'art.1839 c.c. ("le prestazioni della banca consistono essenzialmente in un *facere* che ha come esclusivo termine di riferimento diretto i locali in cui la cassetta è situata e la cassetta stessa"), l'istituto di credito assume un'ampia responsabilità,

²³ Si vedano le sentenze: Tribunale di Milano 14 settembre 1989, pubblicate in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1991, II, 504; in *Corr. Giur.* 1989, 1303, con nota critica di Carbone, in *Il risparmio* 1990, 107; in *Giust. civ.* 1990, I, 211, con nota adesiva di Santarsiese, *Localizzazione di cassette di sicurezza ed obbligazione di risultato*, *Effetti*, ivi, 226; De Dominicis, *Il limite di responsabilità della banca nell'effrazione di cassette di sicurezza*, in *Bancaria* 1990, I, 49; Cass. 3 novembre 1989, n.4604, in *Corr. Giur.* 1990, 149, in *Foro it.* 1990, I, 1290, con nota di Cosentino, *Il contratto di servizio delle cassette di sicurezza: clausole di limitazione della responsabilità della banca e dichiarazione di valore*, ivi, 1292; in *Nuova giur. Civ. comm.* 1990, I, 320, con commento di Puhali.; Tribunale di Roma 27 aprile 1990, in *Banca, borsa e titoli di credito* 1991, II, 507.

riconducibile all'estrema sicurezza derivante dalla particolare infrastruttura, fino ad essere considerata inadempiente con la sola esclusione dell'ipotesi del caso fortuito. E' infatti la finalità di protezione che insieme alla segretezza (anche nei confronti della stessa banca) giustificano la scelta dell'utente. Per la Corte di Cassazione, il contratto di cassette di sicurezza è del tipo legale, poiché la diligenza che deve essere posta dalla banca nella custodia delle cassette prescinde dai livelli di canone, ed è quella richiesta dall'art.1839 c.c. e dalle norme bancarie uniformi. "Solo nell'ambito di una previsione contrattuale che differenziasse il livello tecnico delle prestazioni in relazione ai valori custoditi, ...ovvero nell'ambito di un contratto misto di cui, peraltro, fosse consentito vagliare la meritevolezza ex art. 1322c.c., la limitazione convenzionale dei valori dei beni, di cui fosse consentita l'immissione nelle cassette, esulerebbe dalla funzione meramente limitativa della responsabilità, per assumere una valenza di delimitazione del contenuto contrattuale". L'oggetto del contratto sono i locali e le cassette poste a disposizione della clientela da parte della banca, non il contenuto della singola cassetta di sicurezza. Ogni altro contratto che ne regoli il contenuto risulterebbe estraneo al tipo legale. Afferma la Corte "una limitazione che incida...sull'oggetto da introdurre nelle cassette di sicurezza, finisce per essere estranea alle obbligazioni assunte dalla banca, al loro oggetto che sono, come ricordato, i locali e la cassetta, non il contenuto della cassetta che potrebbe anche non esistere". Pertanto, la clausola che vieta al cliente di introdurre nelle cassette di sicurezza valori superiori al milione di lire non riguarda l'oggetto del contratto (che resta il locale e la cassetta), ma soltanto un limite al comportamento contrattuale dell'utente finalizzato a delimitare la responsabilità della banca, secondo il principio *inadimplenti non est adimplendum* ²⁴.

Quest'ultima funzione, svolta dall'art.2 n.u.b., anche in caso di proporzionalità tra canone e responsabilità, oltre a risultare in contrasto con

²⁴ Papanti-Pelletier, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano 1988, 129; Molle, *I contratti bancari*, Milano 1980, 818; Tribunale Roma 27 aprile 1990, in Foro it. 1990, I, 2292.

l'art.1229, comma 2, c.c., appare incongrua con la finalità di sicurezza assicurata dai locali e dalle cassette della banca, che debbono garantire il massimo della protezione ipotizzabile da parte di un soggetto altamente professionale, qual'è l'istituto di credito. Consentendo una limitazione della responsabilità della banca, sarebbe come ammettere implicitamente che la sicurezza ricercata dai clienti non può essere fornita dai locali ivi esistenti. Inoltre, la finalità perseguita dai contraenti è esclusivamente quella della sicurezza dei locali e della cassetta e non l'eventuale indennizzo per danni, che non appartiene alla fattispecie contrattuale dell'art.1839 c.c.

L'interesse economico della banca non risiede ovviamente nel canone, ma nel fatto che il servizio di cassette di sicurezza, garantito dalla banca, rappresenta un incentivo per la clientela ad affidare il proprio risparmio ed i propri investimenti ad un istituto di credito piuttosto che ad un altro.

Se si accetta la possibilità che la banca si assicuri dal rischio di risarcimento per danno derivante da colpa, vorrebbe dire che la stessa intende limitare le proprie responsabilità contrattuali.

La domanda quindi è se la pattuizione contenuta nell'art.2 n.u.b. sia compatibile con la funzione del negozio e se le norme bancarie uniformi possono essere considerate condizioni generali del contratto²⁵. Per rispondere compiutamente a queste domande, è necessario inquadrare il problema nelle norme fondamentali che regolano la materia nel codice civile vigente ed, in particolare, attraverso gli artt.1341, 1342 e 1370. Sebbene il codice del '42 abbia sancito il generale favore del contraente debole, con l'art.1341 c.c. vi è una sostanziale agevolazione del predisponente, il quale detta le condizioni per l'adesione²⁶. Secondo alcuna dottrina, al contraente

²⁵ Pisani Massamormile, *Norme bancarie uniformi*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1984, I, 188; Realmonte, *Condizioni generali di contratto e norme uniformi bancarie*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano 1977, 89; Amoroso, *Contratti bancari e condizioni generali di contratto*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di Bianca, Milano 1981, vol. I, 85; Porzio, *I contratti bancari in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol.12, Torino 1985, 803; Cavalli, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino 1976; Messineo, *Il contratto in genere*, Milano 1968, vol.I, 418; Alcaro, voce *Contratti bancari*, in *Enciclopedia Treccani*, VIII, Roma 1988, 1.

debole non resta che approvare specificatamente per iscritto le condizioni generali del contratto, a volte imposte da una stato di obiettiva inferiorità. Ciò porta a considerare che il requisito puramente formale della sottoscrizione non equivalga quello della predisposizione del contratto e che quindi non ci si trovi di fronte ad un negozio equo ²⁷.

Ciò premesso, devono essere sostenute le impreteribili ragioni dell'autonomia privata, pur tenendo ben presenti i principi fondamentali sanciti dall'art.31 prel. c.c. e dagli artt.1341 e 1418 c.c., laddove le parti abbiano manifestato il loro assenso in maniera formale ed ineluttabile ²⁸. Per cui, può essere affermato che l'art.2 non rappresenti una clausola vessatoria, soggetta a specifica approvazione, ex art.1341 c.c., in quanto limitativa della responsabilità della banca, poiché la clausola *de qua* non limiterebbe la responsabilità, bensì la determinerebbe. Attraverso la nuova formulazione dell'art.2 i rapporti banca-cliente sono ben chiari e non consentono dubbi causati dalla precedente regolamentazione, che impediva la custodia di beni di un certo valore e fissava risarcimenti irrisori. Il semplice fatto poi che il contratto sia predisposto unilateralmente dalla banca non può essere di per sé causa di invalidità, perché solo dopo la sua consapevole approvazione da parte del cliente, la clausola passa a far parte integrante del negozio. Si potrebbe quindi affermare che è la banca in condizioni di doversi tutelare

²⁶ Roppo, *Il contratto*, Bologna 1977, 279; Mazzoni, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli 1975, 21; Realmonte, *Condizioni generali di contratto e norme uniformi bancarie*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano 1977, tomo I, 89; De Nova, *Le condizioni generali di contratto*, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino 1982, vol. 10, 99; Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, artt.1321-1352, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1970, 242; Liserre, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano 1971, 15 e 55; Cavalli, *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Le operazioni bancarie* 1978, 109.

²⁷ Cavalli, *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Le operazioni bancarie* 1978, 111.

²⁸ Realmonte, *Condizioni generali di contratto e norme uniformi bancarie*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano 1977, tomo I, 89; Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna 1977, 182.

nei confronti del cliente, proprio perché l'assenza di una ben definita responsabilità risarcitoria rende l'istituto di credito responsabile di un danno determinabile soltanto *ex post* ed unilateralmente dal cliente. Quest'ultimo può, in ipotesi, richiedere un risarcimento del danno ben al di là del valore effettivo dei beni custoditi (o addirittura non presenti nel loculo), senza che la banca possa eccepire alcunché. Deve essere altresì considerato che le cose immesse nella cassetta di sicurezza restano sempre nella piena disponibilità dell'utente, e non transitano nella detenzione *nomine alieno* da parte della banca con patto di restituzione. Ciò detto appare, *ictu oculi*, come la responsabilità della banca debba essere delimitata contrattualmente e debba comunque essere stabilita una prevedibilità del danno, in ossequio all'art.1225 c.c. Indubbiamente, le clausole negoziali precostituite soddisfano l'esigenza di completezza ed uniformità richiesta dagli imprenditori, nel contempo assicurando una certa previsione del rischio insito nel contratto. I contratti di adesione risultano del tutto necessari alle esigenze di celerità e razionalizzazione del sistema economico moderno, ampiamente caratterizzato dalla contrattazione di massa, anche se stabiliscono implicitamente una situazione di potere di fatto da parte del predisponente²⁹. In questa accezione, il settore bancario, che si contraddistingue per forti accordi di cartello, applica unanimemente a tutta la clientela le medesime regole, trascritte nelle norme bancarie uniformi, intese come condizioni generali di contratto³⁰. Tale teoria però, se da un lato ha il pregio di colmare i vuoti legislativi, dall'altro crea uno squili-

²⁹ Di Majo, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.* 1970, I, 192.

³⁰ Il Bianca ha parlato, in tal senso, di imprenditori che hanno, in quanto predisponenti il contratto, un potere normativo di fatto. Allo stesso modo, Costanza ha affermato che "le condizioni generali di contratto rappresentano un ordinamento alternativo a quello legislativo, di produzione non statale, ma neppure di tipo individuale". Si veda inoltre: Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, artt.1321-1352, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1970, 247.

brio del sistema ³¹.

Tornando al tema della stipula del contratto di assicurazione, da parte della banca, al fine di rivalersi del danno prodotto da un sinistro (art.1882 c.c.), l'istituto di credito mira ad ottenere un indennizzo conseguente alla perdita di determinati beni. Ciò rappresenta un *quid pluris* rispetto al contratto di cassette di sicurezza, il quale è finalizzato alla conservazione degli oggetti custoditi ³². Il contratto di assicurazione stipulato dalla banca non è un contratto a favore di terzo e comunque non interviene nel rapporto contrattuale di cassetta di sicurezza, intercorrente tra l'istituto di credito ed il cliente. Con il contratto di assicurazione la banca, in coerenza con la propria organizzazione d'impresa, si garantisce dalle perdite patrimoniali derivanti da furti, rapine, estorsioni, distruzioni e danneggiamenti dei valori custoditi, senza nulla stabilire a carico del cassetista ³³. Non sembra quindi proponibile parlare di abuso contrattuale da parte della banca, derivante dalla stipula del contratto di assicurazione, in quanto si riverserebbe pro quota su ciascun utente delle cassette di sicurezza attraverso il canone. Infatti, a prescindere dalla considerazione che il prezzo del servizio offerto dalla banca non ne può coprire i costi globali, l'art.1839 lascia all'autonomia delle parti la determinazione dell'entità del canone, senza che quest'ul-

³¹ Di Majo, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. Dir. comm.* 1970, I, 196; Realmonte, *Condizioni generali di contratto e norme uniformi bancarie*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano 1977, tomo I, 89; Alpa-Rapisarda, *Il controllo dei contratti per adesione*, in *Riv. dir. comm.* 1989, I, 531.

³² Amoroso, *Responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza: brevi considerazioni*, in *Temi romana* 1980, II, 549; De Dominicis, *Non può essere limitata la responsabilità del servizio cassette di sicurezza* (nota a Cass. 3 novembre 1989, n.4604), in *Bancaria* 1990, V, 51, 53; Cosentino, *Il contratto di servizio delle cassette di sicurezza: clausola di limitazione di responsabilità della banca e dichiarazione di valore* (nota a Cass. 3 novembre 1989, n.4604), in *Foro it.* 1990, I, 1292; Salanitro, *Le cassette di sicurezza*, in *Giur. Bancaria*, I, 1980/1981, 119.

³³ Castronovo, *Tra rischio e caso fortuito: la responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca, borsa e titoli di credito* 1978, II, 64; Papanti-Pelletier, *Cassette di sicurezza responsabilità del banchiere*, Milano 1988, 140.

timo debba essere necessariamente svincolato da un'eventuale forma assicurativa. Adeguare l'importo del canone ai costi effettivi d'impresa (tra i quali quello dell'assicurazione) non sembra affatto una iniziativa illecita. La banca risponde per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo il caso fortuito. Si tratta dunque di una responsabilità oggettiva per rischio d'impresa. Vi è quindi nel contratto di cassette di sicurezza elementi di locazione di cose, ai quali si aggiungono gli obblighi della banca di custodia della cassetta. Nelle obbligazioni di custodire, la responsabilità è normalmente fondata sulla colpa. Tale criterio subisce però una sostanziale diversità in alcuni rapporti, nei quali la custodia è prestata da un'impresa tipica per un gran numero di clienti. E' il caso del vettore terrestre per le cose trasportate (art. 1693 c.c.), dei magazzini generali per le cose ivi depositate (art. 1787 c.c.), dell'albergatore per le cose portate dai clienti nell'albergo (art. 1785 c.c.). In questi casi, la responsabilità per colpa può essere esclusa solo con la prova che la perdita o il deterioramento è derivato dalla natura o dai difetti delle cose stesse, o dal fatto del creditore. La responsabilità può altresì essere esclusa nel caso fortuito, ovvero laddove vi sia stato un evento eccezionale ed estraneo rispetto al prevedibile rischio d'impresa. Dunque, il rischio di eventi, anche incolpevoli, che rientrino nella tipica sfera di organizzazione economica dell'attività di impresa, è posta dalla legge a carico del debitore (esempio: l'incidente stradale nel trasporto terrestre, l'incendio nel magazzino generale, il furto in albergo). Ciò vale anche a proposito del servizio delle cassette di sicurezza, per il quale contratto la banca risponde verso il cliente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo che provi il caso fortuito (art. 1839 c.c.). In queste accezioni, il vettore, i magazzini generali, l'albergatore e la banca rappresentano gli assicuratori dei loro clienti. Viene realizzato così un risultato economicamente opportuno, ovvero quello di spostare il rischio su chi è meglio in grado di assicurarsi contro di esso. Il costo dell'assicurazione può poi essere distribuito presso la generalità dei clienti, attraverso un corrispondente aumento del prezzo delle prestazioni rese ³⁴.

³⁴ Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1986.

La responsabilità dell'*argentarius* può essere pertanto accostata a quella di *nautae, caupones e stabularii*, e quindi possono essere assimilate alla banca quelle imprese per le quali vale la disciplina del contratto di deposito in albergo (art.1786 c.c.). La responsabilità dell'albergatore presuppone un grado di diligenza ben superiore a quella prevista per la custodia ordinaria. Esiste un diverso livello di responsabilità in base al fatto che le cose del cliente siano consegnate all'albergatore (art.1784 c.c.) o siano introdotte nella struttura ricettiva senza consegna all'albergatore (art.1783 c.c.). Quest'ultimo, nel primo caso, è illimitatamente responsabile se non riesce a dimostrare che la sottrazione o il deterioramento dei beni è avvenuto per fatto del cliente, per forza maggiore o per la natura delle cose. Nel caso di cui all'art.1783 c.c., l'albergatore risponde fino all'equivalente di cento volte il prezzo dell'alloggio per giornata. Tale responsabilità diventa illimitata se il deterioramento, la distruzione o la sottrazione dei beni del cliente è dovuto a colpa dell'albergatore, dei suoi familiari o dei suoi ausiliari (art.1785 bis c.c.). Per similarità di prestazioni, la medesima disciplina viene estesa a figure simili all'albergatore, ovvero agli "imprenditori di case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili" (art.1786 c.c.). Nei *similia* vengono comunemente individuati, da dottrina e giurisprudenza prevalente, tre fattori necessariamente co-esistenti: l'esercizio professionale dell'attività commerciale; la natura di "esercizio aperto al pubblico"; l'impossibilità del cliente di assicurare la difesa dei propri oggetti personali per la particolarità del servizio offerto dall'esercizio commerciale. Nell'esercizio di attività di impresa che soddisfano tali presupposti, l'imprenditore diviene responsabile della sottrazione, deterioramento o distruzione degli oggetti di cui il cliente, per usufruire della prestazione, debba necessariamente disfarsi. Quindi, il ristoratore risponde del furto del cappotto del cliente, da questi lasciato appeso all'attaccapanni, ma non della sottrazione del portafogli lasciato sul tavolo. Rientrerebbero in questa accezione tutte le attività imprenditoriali in cui il cliente, per ottenere i beni o i servizi, debba usufruire dei locali dell'impresa ³⁵.

³⁵ Per Inzitari l'art.1786 deve leggersi in chiave estensiva ed applicabile a tutte le fattispecie di impresa commerciale. Inzitari, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 1978.

La banca rientra sicuramente nei canoni sinora esposti, per essere impresa di somministrazione di servizi offerti al pubblico (art. 116 T.U. legge bancaria). Il cliente custodisce i propri beni nella cassetta di sicurezza della banca al fine di prevenirne il furto. Per fare ciò deve necessariamente usufruire dei locali dell'impresa, la quale risulta tenuta alla prestazione. Deve essere però fatta una distinzione tra custodia dei beni, intesa come consegna all'*argentarius*, e come introduzione, *sic et simpliciter*, nei locali della banca. Nel 1° caso, la responsabilità è illimitata, nel secondo è invece limitata. La banca non avendo la detenzione degli oggetti, non ha la possibilità di sorvegliarli, per cui è da escludersi la responsabilità per danni derivanti direttamente dalla natura delle cose immesse nella cassetta. Ne deriva, quale logica conseguenza, che il contenuto della cassetta di sicurezza costituisce parte integrante della responsabilità bancaria, la quale non può riferirsi esclusivamente agli eventi esterni al loculo, come previsto dal tipo contrattuale. La responsabilità della banca sul contenuto della cassetta ha natura contrattuale, poiché strettamente connessa con la prestazione tipica. La dottrina tedesca, al riguardo, ha concepito la categoria dei "doveri di protezione" (*Schutzpflichten*), i quali, essendo contigui ai doveri di prestazione contrattuale (*Leistungspflichten*), ne acquistano la natura. Laddove vi sia lesione patrimoniale altrui, esiste una responsabilità contrattuale riconducibile alla connessione prestazione-protezione.

Il dovere di protezione rappresenta quindi un obbligo collaterale nel servizio tipico di cassette di sicurezza. Tale protezione deve intendersi rivolta al patrimonio del debitore e non a quello del creditore, altrimenti non avrebbe alcun senso la stipula del contratto. Sono le cose dell'utente del servizio che cercano protezione, non certo il *caveau* vuoto della banca. Pertanto, in contesto di autonomia privata, le parti possono legittimamente e meritevolmente delimitare l'oggetto su cui ricade il dovere di protezione. La formula pattizia potrebbe quindi apparire lecita se viene determinato convenzionalmente il valore degli oggetti custoditi, rapportando poi adeguatamente il canone. Il patto sarebbe, al contrario, illecito, se, fissato l'oggetto, si determinasse una esclusione o limitazione della responsabilità bancaria in caso di inadempimento del dovere di protezione. Così, l'albergatore può rifiutarsi di ricevere valori considerati eccessivamente alti in rela-

zione alla struttura ricettiva (art.1784 c.c.) ed il vettore può delimitare preventivamente il valore delle cose trasportate dal viaggiatore, attraverso la determinazione convenzionale del valore oggetto del dovere di protezione. L'autoregolamento, nel contratto di cassetta di sicurezza, sarebbe diretto alla determinazione convenzionale dell'oggetto del dovere di protezione. Nel caso in cui il cliente introduca valori superiori allo stabilito, non vi sarebbe inadempimento contrattuale, bensì un'assunzione di rischio in caso di perdita, sottrazione e danneggiamento. Rischio che deriva dai contenuti del consenso, prestato in sede di autoregolamento. La banca assume l'obbligo di custodire i locali, non il contenuto della cassetta. Quindi, nel caso in cui il loculo venga forzato senza che nulla del contenuto venga asportato, la banca risponde della mancata custodia dell'integrità della cassetta, ex art.1839 c.c. Cioè la banca è inadempiente a prescindere dall'avvenuto furto dei beni dei clienti, bastando la mancata vigilanza sui locali. Nei contratti di trasporto e di albergo, il rimborso, in caso di furto, vi potrà essere se l'impresa aveva potuto preventivamente conoscere l'entità economica del rischio, in modo tale da poter organizzare il servizio di conseguenza. Il medesimo discorso vale per il contratto di cassette di sicurezza: se il cliente dichiara il reale ammontare dei beni introdotti e corrisponde al debitore una maggiore cifra a titolo di canone può richiedere l'integrale risarcimento del danno. La banca, per risarcire il danno, ha necessità di conoscerne l'entità, cautelandosi attraverso l'assicurazione o iscrivendo un fondo specifico atto a scongiurare il rischio³⁶. La clausola quindi, non rientrando nell'oggetto del contratto, è finalizzata esclusivamente a definire il limite di responsabilità della banca in caso di furto, non essendo tale delitto previsto dal codice penale parte integrante delle obbligazioni assunte dall'istituto di credito. L'art.2 si inserisce nel contenuto del negozio tra gli effetti legali tipici. Ritenere nulla la clausola in ragione di uno strapotere bancario nei confronti

³⁶ Ferri, *Osservazioni in tema di cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.* 1992, II, 118.

del cliente appare più una questione ideologica che giuridica³⁷. Si deve comunque convenire con la teoria per la quale attraverso l'art.2, a causa dei valori irrisori che il cliente si obbliga a depositare, si realizza "una sorta di collusione tacita tra la banca ed utente. Quest'ultimo si assoggetta ad un divieto il cui contenuto sconfinava nell'assurdo, con la riserva mentale di utilizzare le cassette per valori molto superiori. Da parte sua, la banca è pienamente consapevole di questo comportamento degli utenti; tuttavia si trincea dietro il divieto formale imposto e dietro la pretesa assoluta segretezza del contenuto della cassetta"³⁸.

Per la dottrina prevalente, il servizio delle cassette di sicurezza è un contratto nominato, ma non del tutto tipizzato. Non può essere infatti esaustiva la disciplina dettata dal codice civile, agli artt.1839-1841, che lascia largo spazio alla regolamentazione pattizia. L'art.1839 nulla afferma sui limiti dell'uso delle cassette per cui rinvia alla volontà dei contraenti, fornendo soltanto un modello di organizzazione degli interessi. La norma inoltre specifica solo le obbligazioni esistenti in capo all'istituto di credito, senza rilevarne all'altro contraente³⁹. Gli artt.1840 e 1841 intervengono

³⁷CastroNovo vede nell'art.2 n.u.b. una contrarietà ad una norma imperativa (peraltro non espressamente indicata) che ne causerebbe la nullità, in quanto allontanerebbe inopinatamente il negozio da quello tipico. Dottrina e giurisprudenza hanno però rifiutato tale orientamento, sia in riferimento al 1° che al 2° comma dell'art.1322 c.c. Realmonte, *Condizioni generali di contratto e norme uniformi bancarie*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, 1977, vol. I, 89. In particolare, si è detto che "lo stesso concetto di abuso del tipo contrattuale non è concetto accettabile se non nei limiti in cui intenda individuare i fenomeni della causa illecita (art.1343 c.c.); della frode alla legge (art.1344 c.c.); e del motivo illecito comune (art.1345 c.c.)". Così Mariconda, commento a Tribunale di Roma 26 novembre 1987, in *Corr. Giur.* 1989, 496; sul punto anche Ferri, *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.* 1988, II, 339.

³⁸CastroNovo, *Tra rischio e caso fortuito: la responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1978, II, 67.

³⁹Gabrielli, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, *Rassegna di giurisprudenza*, in *Banca, borsa e titoli di credito* 1984, 19 e 385; Cerrai, voce *Cassette di sicurezza*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. commerciale, vol. III, Torino 1988, 8 e 20;

marginalmente nella disciplina del servizio e con ciò confermano l'intenzione del legislatore del '42 di delegare alle parti la regolamentazione degli interessi. Viene così a crearsi una figura di contratto ontologicamente atipico⁴⁰. Questa delega è stata accolta dagli istituti di credito, che hanno provveduto a tradurre nelle norme bancarie uniformi. Dalla struttura elastica del contratto *de quo*, si può arguire che è del tutto ipotizzabile l'inserimento di una clausola limitativa del valore degli oggetti introducibili nella cassetta di sicurezza, ferme restando le responsabilità della banca, valide nei confronti di tutti i clienti, sulla custodia dei locali e dei vani. Oggetto della prestazione resta la predisposizione dei locali e dei loculi corazzati e la loro custodia, e non i beni contenuti nei singoli scomparti⁴¹. La causa del contratto di cassette di sicurezza, intesa come funzione legale tipica, è quella di predisporre condizioni logistiche obiettive di sicurezza, non raggiungibili dal cliente nella propria abitazione. La protezione e la segretezza dei beni, come causa del contratto, è anche desumibile dagli stessi artt.1840 e 1841 c.c., laddove viene disciplinata l'apertura della cassetta di sicurezza in caso di morte dell'intestatario e di scadenza del contratto, attraverso specifiche formalità.

Le norme uniformi bancarie prevedono inoltre altri adempimenti formali per l'apertura del vano (artt.5, 14, 15 e 16); l'autorizzazione all'apertura alle persone indicate nel contratto (artt.6 e 16); il rilascio di una chiave ed un tesserino da esibire per l'apertura della cassetta (artt.7 e 8); nel caso

Papanti-Pelletier, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano 1988; Vitali, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, Firenze 1975; Molle, *I contratti bancari*, Milano 1980, 797; Cirenei, voce *Cassette di sicurezza*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VI, Roma 1988; Di Blasi, *Determinabilità in via convenzionale dell'oggetto del contratto di cassette di sicurezza*, nota a Cass. 1129/76, in *Bancaria* 1976, 716; Ferri, *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione delle cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.* 1988, 347;

⁴⁰ Cerrai, voce *Cassette di sicurezza*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. commerciale, vol. III, Torino 1988, 22.

⁴¹ Ferri, voce *Cassette di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano 1960, 461; Cirenei, voce *Cassette di sicurezza*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VI, Roma 1988, 1.

di smarrimento della chiave o del tesserino, il cliente deve darne immediata notizia alla banca. Tali elevati mezzi di protezione passiva ed attiva si spiegano con l'estensione della responsabilità della banca fino al limite del *casus fortuitus*, ma nel contempo indicano che il contratto è finalizzato alla protezione di beni di ingente valore, che richiedono particolari formalità e cautele di custodia⁴². Alcuna dottrina, svolte queste premesse, giunge ad affermare che l'art.2 n.u.b. sarebbe incongruente con l'art.1839 c.c., che sancisce chiaramente il rapporto inderogabile tra garanzia di custodia e responsabilità della banca. In tal modo, il contratto sarebbe viziato per difetto di causa e frode alla legge⁴³. Tale assunto può però essere confutato: l'art.1839 c.c., oltre ad essere ripreso nelle norme bancarie unificate (art.3), attiene solo alle responsabilità della banca, senza nulla disciplinare circa il *quantum* del valore dei beni introdotti nel vano corazzato del *caveau*, compito questo che può ben essere assolto dall'art.2 n.u.b.

Le due norme cioè non si contraddicono affatto: la banca rimane responsabile della custodia, seppur in presenza di un limite quantitativo; il cliente non può immettere nel vano beni di valore superiore all'importo indicato all'art.2.

Nel caso vi sia perdita, distruzione, sottrazione o deterioramento dei beni protetti, la banca deve risarcire il danno nei limiti indicati nel contratto, anche qualora l'utente dimostri che la perdita sia di valore superiore,

⁴² Predeterminare in pochi milioni di lire il valore complessivo delle cose da immettere nella cassetta contraddice in modo palese la riconosciuta funzione del servizio, posto che se esso fosse effettivamente circoscritto entro confini così angusti, non rappresenterebbe per gli utenti un'alternativa ai normali mezzi di conservazione dei valori, conseguibili nelle proprie abitazioni e nei propri uffici. Così Ferrari, *L'articolo 2 delle norme bancarie uniformi in materia di cassette di sicurezza: le opinioni della giurisprudenza e della dottrina sul profilo attualmente più controverso del servizio di abbonamento alle cassette di sicurezza*, in *Archivio civile* 1992, 1016; Bianca, *Diritto civile III*, in *Il contratto*, 1987, 421.

⁴³ Papanti-Pelletier, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano 1988, 157; De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974; Vella, *La limitazione della responsabilità della banca nel contratto di servizio di cassette di sicurezza e la tutela degli utenti nei servizi bancari*, in *Giur. It.* 1990, I, 2, 1599; Festi, *Le norme bancarie uniformi sul servizio delle cassette di sicurezza e la responsabilità della banca*, in *Contratto e impresa* 1991, 1227.

poiché è a lui imputabile il mancato rispetto delle regole negoziali ⁴⁴.

Recentemente, parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto che l'art.2 n.u.b. sia nullo in base al combinato disposto degli artt.1344 e 1229 c.c., in quanto il fine della banca è esclusivamente quello di limitare la propria responsabilità, scaricando sul cliente la colpa per mancato adempimento del limite quantitativo previsto nella clausola ⁴⁵. Si potrebbe, accettando tale teoria, ricorrere alla nullità parziale, ex art.1419, comma 1, c.c., nei riguardi degli artt.2 e 3 n.u.b., facendo salvo l'accordo tra le parti ed escludendo solo l'aspetto della responsabilità per inadempimento ⁴⁶.

Secondo una pronuncia del Tribunale di Napoli (16 marzo 1984), gli artt.2 e 3, comma 2, n.u.b. sono indirizzati "a predeterminare la prestazione di risarcimento del danno ancorandola al valore convenzionalmente stabilito (art.1382)", configurando cioè una clausola penale. Tale orientamento non ha però avuto alcun seguito in dottrina e giurisprudenza, poiché l'obbligo della prestazione sorge in caso di inadempimento dell'obbligazione e la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno subito ⁴⁷. La clausola penale, con la previsione di una somma minima, costituisce elu-

⁴⁴ Si veda in proposito Sacco, *Il contenuto*, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. X, Torino 1982, 246.

⁴⁵ Gabrielli, *Cassette di sicurezza e clausola penale*, in *Bancaria* 1985, 237; Giacobbe, voce *Frode alla legge*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano 1969, 73; Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile III*, Milano 1987, 586; D'Ambrosio, *Responsabilità della banca per furto nelle cassette di sicurezza*, in *Giur. di merito* 1991, I, 299; Caianello, *La responsabilità della banca nell'esercizio delle cassette di sicurezza: un problema da risolvere*, in *Il nuovo diritto* 1988, 401; Pettarin, nota su *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca*, in *Il risparmio* 1990, 1028; Maimeri, *La responsabilità della banca sulle cassette di sicurezza*, in *Bancaria* 1988, 52; Cabella Pisu, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Obbligazioni e contratti*, tomo II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol.IX, Torino 1984, 227.

⁴⁶ Papanti-Pelletier, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano 1988, 177; Cerrai, voce *Cassette di sicurezza*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. comm., vol. III, Torino 1988, 37.

⁴⁷ Gabrielli, *Cassette di sicurezza e clausola penale*, in *Bancaria* 1985; Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano 1981, 515.

sione dell'art.1229 c.c., per cui gli articoli *de quibus* sarebbero passibili di nullità e la banca dovrebbe rispondere integralmente nelle ipotesi di dolo o colpa grave. Inoltre, l'art.3 n.u.b. prevede che il rimborso è subordinato alla prova del danno obiettivo, tenuto conto del limite stabilito nell'art.2, mentre la clausola penale predetermina l'entità del danno risarcibile.

Gli artt.2 e 3 n.u.b. non possono quindi essere ricondotti nell'ambito della clausola penale, poiché il risarcimento del danno, da parte della banca, è direttamente vincolato alla prova dell'*an* e del *quantum* del danno subito dal cliente. Infatti, l'art.3 testualmente recita "nel caso in cui, per qualsiasi ragione, l'Azienda di credito fosse tenuta ad un risarcimento nei confronti dell'utente, essa non lo rimborserà che del danno comprovato ed obiettivo...". Inoltre, se le clausole di cui agli artt.2 e 3 fossero intese quali clausole penali e fosse prevista una penale ridotta rispetto al danno prevedibile, al fine di sfuggire dalle conseguenze dovute ad inadempimento per dolo o colpa grave, si avrebbe una clausola vessatoria limitativa della responsabilità bancaria ed in quanto tale sanzionabile di nullità, ex art.1229 c.c.⁴⁸.

Le ultime teorie avanzate dalla dottrina concernono la configurabilità di servizi di custodia differenziati, svolti dalle aziende di credito. La differenziazione sarebbe operata in base ai valori denunciati dai clienti, poiché l'art.1839 c.c. richiede, di fatto, un obbligo di custodia connesso ai valori esistenti nel *caveau*. Per cui la banca X, secondo il grado di sicurezza di cui gode, stabilisce il limite massimo di valore che è idonea a proteggere, attraverso il numero di cassette utilizzabili o il valore massimo consentito per ciascuna cassetta, disponendo correlativamente i canoni adeguati ai valori introdotti. Il divieto per il cliente di introdurre beni per un valore superiore al prestabilito, non richiederebbe la specifica sottoscrizione ex art.1341 c.c., in quanto non configurabile quale clausola vessatoria, né causerebbe la nul-

⁴⁸ Gabrielli, *Cassette di sicurezza e clausola penale*, in *Bancaria* 1985, 239; Ponzanelli, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano 1984, 18; Papanti-Pelletier, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano 1988, 145;

lità prevista dall'art.1229 c.c., perché non rappresenterebbe una clausola di esonerazione dalla responsabilità della banca per dolo o colpa grave.

L'art.4 n.u.b. consente alla banca di prendere visione del contenuto della cassetta di sicurezza, così statuendo "E' fatto divieto all'utente di immettere nella cassetta cose che possono costituire pericolo di qualsiasi genere o comunque possono arrecare danno, pregiudizio o disturbo. Per misura di sicurezza è in facoltà dall'azienda di credito di verificare, col concorso dell'utente, il contenuto della cassetta. Se l'utente, nonostante l'invito fattogli ai fini della verifica di cui al precedente comma, non si presenta nel termine stabilito o non si presta alla verifica, ovvero se vi sia urgenza, si procede a sue spese all'apertura forzata della cassetta alla presenza di un notaio, al quale l'azienda di credito fa constatare che, dopo la verifica, l'intero contenuto della cassetta, escluse le cose in contrasto con il divieto di cui al primo comma, è immesso nella cassetta e che la chiave di spettanza dell'utente viene chiusa in busta sigillata col timbro dell'azienda di credito e con quello del notaio, e tenuta a disposizione dell'utente". E' stato detto che l'introduzione nello scomparto di valori superiori al consentito costituirebbe pericolo alla sicurezza del *caveau*, per cui l'art.4 legittimerebbe il controllo da parte dell'istituto di credito ⁴⁹. Non sembra però doversi ricavare la stessa interpretazione da una lettura del citato art.4, il quale è diretto a consentire alla banca, in seguito a fondati sospetti, di verificare se all'interno della cassetta si trovino esplosivi, sostanze venefiche o altro potenziale pericolo.

Anche la Corte di Cassazione ha considerato l'ipotesi del servizio differenziato ⁵⁰. Ciò avverrebbe attraverso il contratto atipico, che permette il superamento dell'art.1322, comma 2, c.c. nel rispetto dell'art.1839 c.c. Infatti, non essendo il contenuto della cassetta l'oggetto del servizio, l'inadempienza della banca non è riferibile ai valori depositati. Questi ultimi (ed il relativo canone) possono essere rapportati alla capacità sinallagmatica

⁴⁹ Papanti-Pelletier, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano 1988, 127.

⁵⁰ Cass. 3 novembre 1989, n.4604.

della banca, in termini di sicurezza garantibile. A questo orientamento si può eccepire che, data la non voluta scrupolosità del legislatore del '42 nel disciplinare il contratto di cassette di sicurezza, non è necessario ricorrere alla forma del contratto atipico per limitare il valore massimo dei beni da custodire nel vano corazzato. Ciò è possibile anche attraverso l'art.1839 c.c., consentendo al cliente di contribuire a determinare tale limite.

Per quanto attiene ai sistemi di sicurezza dei diversi istituti di credito, non appare oggettivamente realistico richiedere che siano tutti allo stesso livello o con le stesse caratteristiche di protezione, sebbene sia auspicabile che tutti sappiano affrontare decisamente la sempre più efferata criminalità. Le banche infatti sono responsabili del corretto espletamento del servizio con la massima diligenza possibile, a prescindere dall'entità dei valori depositati.

La Corte d'Appello di Roma, il 6 novembre 1990, ha pronunciato una sentenza favorevole all'art.2 n.u.b., motivando che il divieto di custodire nella cassetta di sicurezza beni di valore superiore al limite previsto contrattualmente (giustificati dalla scelta dell'utente di proteggere i propri beni laddove ciò risulta più sicuro), fa sorgere la conseguente impossibilità, in capo all'utente, di richiedere l'integrale risarcimento del danno all'azienda di credito. Tale rischio è comunque compensato dalla garanzia di segretezza, alla quale il cliente dovrebbe invece rinunciare in caso di stipulazione di un'assicurazione contro il furto. Dall'altro, la banca, che è a conoscenza della propria esatta responsabilità in caso di inadempimento, può tutelarsi con un'adeguata copertura assicurativa.

La soluzione del problema sembra quindi quella di lasciare all'utente la scelta del valore massimo custodibile, in relazione alle proprie esigenze, contro corresponsione del canone proporzionale⁵¹. Ciò comporterà, ovviamente, un aumento del canone, dovuto al parallelo aumento della copertura assicurativa, tutto nel quadro di una maggiore trasparenza nei rapporti tra la banca ed il cliente. E' stato riferito in dottrina che la clausola risulta

⁵¹ Castronovo, *Tra rischio e caso fortuito: la responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1978, II, 66.

del tutto valida, perché determina, oltre la responsabilità della banca, l'oggetto del contratto, ovvero le cose immesse nella cassetta⁵². Sulla stessa linea interpretativa, G. B. Ferri afferma che "non si vede come tale schema neutro, che spetterà concordemente alle parti riempire, in relazione ai loro interessi, possa incidere o, in qualche modo, modificare lo schema tipico dell'art.1839 c.c. che disciplina situazioni diverse, per altro estranee, e per di più compatibili con quelle regolate dall'art.2". Il patto tra il cliente e la banca appare quindi lecito, poiché determina oggettivamente il contenuto del contratto, nei limiti stabiliti dall'art.1322 c.c. Non contrasta con l'art.1839 c.c., il quale non è diretto alla disciplina della custodia delle cose. Consente la custodia di beni di ingente valore e la relativa segretezza, ma anche la protezione di oggetti di esclusivo valore affettivo⁵³. Se la clausola fosse ritenuta nulla, le banche non avrebbero più l'interesse economico a garantire il servizio di cassette di sicurezza, non potendo consapevolmente prevedere il rischio d'impresa⁵⁴. A questo punto, o verrebbero aumentati in maniera esponenziale i canoni delle cassette, in modo da coprire maggiormente il rischio (ed il servizio non sarebbe più accessibile a tutti), oppure, *sic et simpliciter*, le banche interromperebbero il servizio. Inoltre, dal punto di vista del cliente, la nullità della clausola favorirebbe gli utenti in mala fede, i quali sarebbero liberi di denunciare il furto di somme ben più ragguardevoli di quelle realmente asportate. Ciò nonostante, l'art.2 n.u.b. è da ritenersi nullo, poiché risolvendosi in una forma evidente di limitazione della responsabilità da parte della banca. E' stato questo l'orientamento dominante della giurisprudenza di merito e della Cassazione. Quest'ultima, con un duplice intervento, ha sancito che l'oggetto e la bilateralità del contratto

⁵² Molle, *Caso fortuito e responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*, in *Banca, borsa e titoli di credito* 1976, I, 180.

⁵³ Ferri, *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.* 1988, I, 350.

⁵⁴ Renna, *Cassette di sicurezza: tra limiti d'oggetto e clausole di esonero da responsabilità. Vi è ancora spazio per l'autonomia contrattuale?*, in *Corr. Giur.* 1992, 1127; Caringella, *L'art.2 n.u.b. in Cassazione: niente di nuovo sul fronte delle cassette di sicurezza*, in *Foro it.* 1993, I, 878.

non dipendono dal valore dei beni immessi in cassetta⁵⁵. Infatti, la banca deve effettuare la propria prestazione di protezione dei locali e della cassetta e la tutela del segreto, a prescindere dal valore dei beni introdotti nelle cassette. Il contratto di cassette di sicurezza non può essere inteso come negozio aleatorio, in cui affermare la proporzionalità del canone corrisposto dal cliente ed il rischio assunto dal debitore. Tale tipologia di rischio non costituisce l'oggetto dell'obbligazione dedotta in contratto (come nel caso della impresa assicurativa), bensì l'alea normale tipica dell'imprenditore commerciale. E' dunque un rischio in senso economico e non giuridico. In particolare, la pronuncia della Corte di Cassazione 5617/1992 afferma che la clausola negoziale "non attiene all'oggetto del contratto, ma limita la responsabilità della banca, atteso che questa, per effetto del contratto, è obbligata ad eseguire, con il massimo grado di diligenza, ragguagliata alla professionalità del *bonus argentarius* (art.1176, comma 2, c.c.), una prestazione che non ha per oggetto il contenuto della cassetta, bensì la predisposizione e la custodia dei locali nonché la tutela dell'integrità della cassetta stessa. Pertanto, la clausola è nulla, in ipotesi di responsabilità per dolo o colpa grave (art.1229, comma 1, c.c.), con la conseguenza che, in tal caso, la banca non può avvalersi dell'eccezione di inadempimento nei confronti dell'utente che abbia immesso nella cassetta valori superiori alla somma suddetta". La clausola cioè non può limitare la responsabilità risarcitoria della banca anche in presenza di dolo o colpa grave nella custodia del *caveau*, pur in presenza di una introduzione di valori nel loculo, da parte del cliente, superiore al consentito. Gli artt.2 e 3, sebbene non incidano sull'oggetto del negozio, rappresentano una limitazione preventiva di responsabilità, tale da configurare la violazione dell'art.1229, comma 1, c.c.

La clausola non contempla l'ipotesi di un diverso grado di diligenza cui la banca è tenuta nell'esecuzione del servizio, in base alla misura del

⁵⁵ Cass. 7 maggio 1992, n.5421 e 12 maggio 1992, n.5617, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1993, II, 362, con nota parzialmente adesiva di Salanitro, *La responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*.

canone o alla fissazione convenzionale di un limite massimo di danno risarcibile. Il servizio di custodia dei locali e le caratteristiche di sicurezza delle cassette restano sempre gli stessi, non venendo rapportati alla controprestazione⁵⁶. Non può quindi esistere l'inadempimento dell'utente all'obbligo di non immettere in cassetta valori superiori all'ammontare prefissato dalla banca, ex art.1839 c.c., quale conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione della banca di tutela delle cassette. Con l'art.2, al contrario, l'inadempimento della banca resta a suo carico fino ad una certa cifra e non per l'intero. Tale tipo di inadempimento parziale è del tutto inammissibile, poiché la banca deve soddisfare l'obbligazione con il medesimo ed invariabile criterio di diligenza, indipendentemente dal valore dei beni custoditi nei loculi⁵⁷. D'altra parte, appare inconcepibile stabilire diversi livelli di canone a carico degli utenti delle cassette in base al loro contenuto. La banca non può corrispondere un diverso grado di protezione delle cassette poiché esse sono situate negli stessi locali. Non esiste quindi alcun rapporto sinallagmatico tra canone pattuito e beni depositati. Allo stesso modo, non è neppure configurabile tale rapporto in relazione all'obbligo di non immettere valori oltre un certo limite prestabilito. La Corte ha altresì stabilito come debba intendersi l'art.2 n.u.b., in relazione al rapporto tra segreto del contenuto delle cassette di sicurezza ed interesse della banca a quantificare il valore. La banca, come si è detto, ha l'interesse a che il cliente non possa accampare pretese risarcitorie del tutto infondate, incontrollabili e, soprattutto, non corrispondenti al reale valore degli oggetti custoditi. Ciò però non può essere tradotto in clausole contrattuali, perché tale ipotesi di rischio è connaturata alla tipologia di contratto

⁵⁶ Cass. 7 maggio 1992, n.5421 e Cass. 12 maggio 1992, n.5617.

⁵⁷ Angelici, *Clausole per il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.* 1982, II, 216; Salanitro, *Accesso di terzi, privi di autorizzazione scritta, a cassette di sicurezza: forma della ratifica; prova del contenuto della cassetta: responsabilità del terzo e della banca*, in *Banca Borsa e titoli di credito* 1984, II, 32, per il quale, il cliente che immette in cassetta valori superiori ad un certo ammontare risulta contrattualmente inadempiente.

ed all'essenza economica dell'impresa-banca. Quest'ultima può solo ricorrere alla stipula di contratti di assicurazione e senza farne pesare il costo all'utente delle cassette di sicurezza, in modo tale da abbattere i costi di esercizio a fronte di canoni di utenza non eccessivamente elevati⁵⁸. L'utente ha inoltre gravi difficoltà probatorie in ordine alla dimostrazione dell'effettivo valore dei beni contenuti nel *caveau*. Perciò, l'art.2 n.u.b. viola l'art.1229 c.c., in quanto limita la responsabilità della banca debitrice e, nel contempo, impone al cliente un onere probatorio di indubbio peso. Altro punto su cui si è fermata l'analisi della Corte, è l'eventuale definizione di atipicità del contratto *de quo*, in riferimento al giudizio di meritevolezza ex art.1322 c.c. Si è detto che la banca deve comunque rispettare le norme imperative contenute nel codice civile in tema di cassette di sicurezza, anche in caso di ritenuta atipicità del contratto. Tutte le clausole che limitano o escludono la responsabilità della banca, eludono la relativa norma imperativa e risultano viziate di nullità. L'art.2 n.u.b. rappresenta quindi una soluzione puramente formale al problema dei rapporti nascenti tra banca e cliente, nel contratto di cassette di sicurezza. La soluzione deve essere perciò ricercata in una modifica realmente strutturale del rapporto sinallagmatico, altrimenti continuerà a sussistere la responsabilità della banca per inadempimento, anche nel caso di illecito dannoso dei dipendenti della banca. Ciò perché la colpa degli impiegati non configura un'autonoma forma di responsabilità aquiliana, ma rimane nell'alveo dell'art.1839 c.c.⁵⁹. Il giudizio, inoltre, continuerà a propendere *pro bono victimae*, secondo l'art.2043 c.c., come violazione dei doveri imposti dalla legge (la colpa omissiva, per giurisprudenza consolidata, costituisce figura di illecito tipico) o nelle ipotesi di obbligo di agire secondo principi di prudenza, solida-

⁵⁸ Sul punto, Martorano, *Delimitazione dell'oggetto e limitazioni della responsabilità della banca*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1981, 389.

⁵⁹ Tra gli obblighi in capo alla banca, anche quello della verifica dei soggetti che chiedono accesso alle cassette: Cass. 13 maggio 1982, n.3000, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1984, II, 34, con nota di Salanitro, *Accesso di terzi, privi di autorizzazione scritta, a cassette di sicurezza: forma della ratifica; prova del contenuto della cassetta: responsabilità del terzo e della banca*.

rietà, perizia e tenuto conto delle circostanze del caso.

L'unica scriminante rispetto alla responsabilità dell'istituto di credito risiede nel caso fortuito, dovendosi ritenere che la banca, forte del suo altissimo grado di professionalità (art.1176, comma 2, c.c.), non possa consentire accadimenti umani e naturali che vadano a sfavore dell'altro contraente. Per il combinato disposto degli artt.1176, comma 2, e 1839 c.c., in capo alla banca si configura una responsabilità commisurabile a quella dell'imprenditore diligente nell'esercizio professionale dell'impresa. Le sue prestazioni consistono in un *facere*, con riguardo ai locali ed alle cassette. Per la Corte di Cassazione il contratto di cassette di sicurezza non è contratto di tipo aleatorio, poiché il rischio (per i motivi sopra indicati) non è parte integrante del contratto. Altrettanto importante è la pronuncia della Corte di Cassazione, a sezioni unite, del 1° luglio 1994 n.6225, nella quale viene chiarito che nel contratto di cassette di sicurezza il *facere* posto a carico delle banca consiste nell'obbligo di predisporre e di custodire con la massima diligenza non i beni depositati bensì la cassetta ed i locali ove è collocata. Il problema è la distinzione tra una clausola limitativa dell'oggetto del contratto ed una limitativa della responsabilità. Nel 1° caso, con l'assenza di determinate prestazioni nel contenuto del contratto, si ha una mancanza *ab origine* di responsabilità. Nel caso della limitazione *tout court* di responsabilità vi è fissazione del massimo danno risarcibile. La clausola riproduttiva dell'art.2 norme A.B.I. non introduce una delimitazione dell'oggetto del contratto, ma assume la sola funzione di predeterminare i limiti risarcitori cui è tenuta la banca in caso di responsabilità ed è pertanto nulla in quanto si estenda al dolo o alla colpa grave. La Corte di Cassazione, in precedenza (sent. n.280 del 5 febbraio 1971), aveva precisato il concetto di limitazione dell'oggetto, ravvisabile "tutte le volte che la clausola opera in senso riduttivo del comportamento esigibile dalla banca o dell'interesse del cliente suo tramite realizzato, e di fronte a limitazioni della responsabilità tutte le volte che la norma esclude o comprime, in misura fissata unilateralmente dalla banca, l'obbligo di risarcimento pur essendo identico il comportamento dovuto".

Per la Cassazione, essendo il contratto di cassette di sicurezza indirizzato alla custodia dei loculi e non del contenuto, la clausola rappresenta

una indebita limitazione della responsabilità. Il valore dei beni introdotti dal cliente nel vano corazzato resta del tutto estraneo all'obbligazione tipica, ex art. 1839 c.c. Alla stessa conclusione non si addiverrebbe se la clausola fosse diretta alla limitazione dell'oggetto del contratto di deposito. Quindi, per la suprema Corte, di fronte a responsabilità bancaria riconducibile a dolo o colpa grave, la clausola è nulla ed il debitore deve risarcire il danno per il suo inadempimento. Premesso che non è configurabile una responsabilità aquiliana, poiché il dovere di custodia dell'istituto di credito nasce e si risolve solo ed esclusivamente nell'ambito del rapporto negoziale, si deve pur ammettere che, nonostante l'estraneità formale all'oggetto della prestazione, le cose custodite nel *caveau* costituiscono effettivamente parte della responsabilità contrattuale della banca. Al contrario, non è affermabile che il danno possa essere ascritto, seppur in minima parte, all'inadempimento del cliente all'obbligo di non depositare beni di valore superiore al pattuito. Pertanto, il danno risarcibile, ex art. 1218 c.c., è solamente quello derivante da inadempimento del creditore.

Le tesi favorevoli alla liceità della clausola si dividono tra quelle che parlano di tipicità del contratto da quelle che invece ne affermano l'atipicità. Nel primo caso, la limitazione dei valori introducibili nella cassetta è finalizzata a definire in concreto la prestazione tipica, attraverso la specificazione dell'oggetto e alla proporzionalità del canone dovuto dal creditore in relazione ai valori custoditi. L'autonomia privata cioè parte dal contratto tipico per poi giungere alla funzione effettiva del negozio ed agli interessi primari dei contraenti.

La tesi del contratto atipico ha il maggior merito di poter includere nell'oggetto del negozio il contenuto della cassetta, estraneo al contratto tipico, che si rivolge solamente alla custodia dei locali e all'integrità della cassetta. In questo modo, viene concluso un contratto diverso da quello previsto dal codice civile all'art. 1839, per il quale deve essere espresso il giudizio di meritevolezza, ex art. 1322 c.c. Tale negozio svolgerebbe una funzione pseudo-assicurativa, in cui la banca si assume il rischio della custodia delle cose introdotte nel vano corazzato, nel limite del valore assicurato. La banca è tenuta al risarcimento del danno per l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali. In ciò differisce dall'obbligazione di garanzia del-

l'assicurazione, in quanto l'indennizzo assicurativo è parte integrante della prestazione. L'utente viene danneggiato, attraverso l'art.2, perché viene gravato del costo dell'assicurazione stipulato dalla banca, per il caso di responsabilità civile. Da qui l'evidente abuso del tipo contrattuale e l'impossibilità di un giudizio favorevole di meritevolezza ⁶⁰.

La tesi del contratto atipico soddisfa il dovere implicito nel contratto della custodia delle cose immesse nella cassetta di sicurezza. Per la Cassazione, la clausola pattizia è ritenuta limitativa della responsabilità per via del riferimento al tipo ⁶¹. Il tipo costituisce lo strumento giuridico per la realizzazione dell'interesse e per la determinazione di particolari effetti giuridici, con caratteristica di astrattezza e che non può essere identificato con la fattispecie che disciplina. Come tale, risulta sottoponibile al giudizio di meritevolezza, ex art.1322, comma 2, c.c.

L'autoregolamento concerne invece la fattispecie concreta del negozio, ricadente nella valutazione di liceità, di cui all'art.1322, comma 1, c.c. Ciò detto, è l'autoregolamento che deve essere valutato sotto il profilo di liceità, secondo quanto previsto dall'art.1229 c.c., infatti la banca risponde del contenuto della cassetta anche se non è l'oggetto tipico della prestazio-

⁶⁰ Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni (artt.1278-1229)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1979, 485; Martorano, *Delimitazione dell'oggetto e limitazioni della responsabilità della banca*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1981, I, 129 e 136; Gentili, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto "atipico"*, in *Riv. dir. comm.* 1989, 221; Palisi, *La responsabilità della banca nel servizio di cassette di sicurezza*, in *Nuova giur. civ. comm.* 1991, II, 404; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli 1992, 1148; Per questi Autori, lo schema adottato dalle banche sarebbe un vero e proprio negozio fraudolento, attraverso il quale superare il limite previsto dall'art.1229 c.c. Al contrario, per Cerrai, in *Cassette di sicurezza*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1988, 557, non sussisterebbe alcuna ipotesi di abuso del tipo contrattuale, poiché l'art.1839 non specifica il tipo di responsabilità dell'istituto di credito. La banca dovrebbe soltanto rendere noto al cliente il costo aggiuntivo di assicurazione ed i limiti massimi del valore dei beni introducibili.

⁶¹ Scoditti, *Autoregolamento e tipo nel contratto di cassetta di sicurezza. Sulla differenza fra clausola di limitazione del valore e patto di limitazione della responsabilità della banca*, in *Giur. it.* 1995, I.

ne. La clausola deve quindi essere intesa come determinazione convenzionale del valore del contenuto della cassetta, senza che venga introdotta una obbligazione che abbia per oggetto una prestazione di sorveglianza delle cose, altrimenti si avrebbe una deviazione dal tipo, con la perdita del necessario requisito della segretezza dei beni del cliente.

Per quanto attiene, infine, il tema della frode alla legge, il problema può essere risolto ritenendo che si abbia indebita limitazione della responsabilità allorché la limitazione sia per valori irrisori, tanto più in relazione al tipo di rapporto finanziario esistente tra la banca ed il cliente (potenziale economico del cliente, ecc.).

La clausola potrebbe quindi essere considerata lecita, nella misura in cui rispetti l'impreteribile condizione della serietà del limite di valore, in relazione alla negoziazione del canone.

Di grande interesse la pronuncia della Corte di Cassazione del 23 febbraio 1995, n.2067, in cui viene affermato, in modo categorico ed ampiamente esaustivo, che il contratto di cassette di sicurezza è un negozio a prestazioni corrispettive per il quale la banca mette a disposizione della clientela i locali protetti ed i loculi corazzati, assicurandone la custodia e la segretezza, a prescindere dalla natura e dall'entità dei valori introdotti. La prestazione della banca non varia in relazione agli oggetti custoditi, per cui la clausola che fissa il valore massimo introducibile deve essere considerato come una limitazione convenzionale dell'obbligazione risarcitoria gravante sull'istituto di credito, in caso di perdita dei valori custoditi, per inadempimento all'obbligo di custodia. Il giudice di legittimità sancisce l'illiceità della clausola, negando ogni forma pattizia di limitazione della responsabilità della banca.

La Corte di Appello di Roma, con sentenza del 28 febbraio 1995, ha statuito che la clausola limitativa della possibilità di utilizzo della cassetta di sicurezza fino ad un certo valore, imposta dalla banca, non lascia esente quest'ultima da responsabilità per dolo o colpa grave. Esiste colpa grave quando la banca abbia esercitato scarso controllo sui locali dove si trovano le cassette e altrettanto scarsa opera di controllo sui propri dipendenti ⁶².

⁶² App. Roma 28 febbraio 1995, in *Giur. di Merito* 1995, 932.

Tale tipo di responsabilità è quindi ipoteticamente ravvisabile allorché venga compiuto un furto all'interno delle cassette di sicurezza, senza che vi sia alcun segno di effrazione della porta d'accesso al *caveau* ed agli sportelli: sintomo ineludibile di connivenza tra impiegati della banca ed autori materiali del delitto. La custodia che la banca deve assicurare prescinde dal contenuto della cassetta, che è peraltro segreto. Nel contempo, non è neppure ipotizzabile un qualsiasi nesso eziologico tra immissioni di valori superiori al pattuito nelle cassette ed il fatto dannoso, che resta invece totalmente a carico dell'istituto di credito, allorquando vi sia stata omessa vigilanza sulla sicurezza dei locali e sulla fedeltà dei dipendenti. L'orientamento della giurisprudenza di legittimità e di merito è ormai del tutto univoco e consolidato. Coerente con l'indirizzo già enunciato *supra*, la Cassazione ha affermato (sentenza n.2397 del 2 marzo 1995) che il contratto di cassette di sicurezza si fonda innanzitutto su un preminente obbligo di custodia, capace di esimere la banca dalla responsabilità extracontrattuale per comportamenti omissivi inquadrabili nella negligenza e nel difetto di sorveglianza⁶³. Così il tribunale di Roma che, con sentenza del 12 giugno 1995, ha stabilito che la banca è esente da colpa grave solo quando il furto avvenga con mezzi talmente sofisticati e distruttivi tali da annullare le misure di difesa poste a protezione del *caveau*, ovvero quando la sottrazione del contenuto delle cassette avvenga attraverso una rapina. Aderente alle tradizionali posizioni interpretative, è anche la sentenza della Corte di Cassazione n.8820 dell'11 agosto 1995, con la quale viene dichiarata la nullità, ex art.1229, comma 1, c.c., della clausola del contratto limitativa della responsabilità della banca nel risarcimento del danno. Si deve, a questo punto, coordinare la disciplina generale del contratto con la Direttiva comunitaria concernente le clausole abusive nei negozi stipulati dai consumatori di beni e dagli utenti di servizi di larga diffusione con i professionisti⁶⁴. Secondo questa Direttiva, sono

⁶³ Giust. civ. 1995, I, 2435.

⁶⁴ Direttiva del Consiglio 5 aprile 1993 n.93/13/CEE, riguardante le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in G.U.C.E. 21 aprile 1993 n.L.95/29.

abusive quelle clausole che, non scaturite da un negoziato individuale, determinano un oggettivo squilibrio, a danno del consumatore, tra obblighi e diritti in capo alle parti. Non consta quindi l'equilibrio economico tra le reciproche prestazioni corrispettive, a meno che le relative clausole siano non chiaramente indicate⁶⁵. La Direttiva inoltre, seppur rimandando ai legislatori nazionali in termini di metodo, prevede l'invalidità della clausola abusiva, statuendo così un intervento di tipo sostanziale sui contratti, ben diverso dal raggio d'azione puramente formale della disciplina codicistica. Le Direttive CEE, al contrario dei Regolamenti, non sono direttamente applicabili negli Stati membri, prima che vengano tradotte in norme interne. Tuttavia, sia la Corte di giustizia CEE⁶⁶, che la Corte Costituzionale⁶⁷ hanno stabilito il principio dell'applicabilità e dell'efficacia immediata di norme direttive comunitarie, purchè esse siano sufficientemente dettagliate e siano trascorsi i termini per l'attuazione. Si è infine approdati all'art 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, che ha introdotto il capo XIV bis "Dei contratti del consumatore" al titolo II, libro IV del codice civile, nel quale vengono eusastivamente inquadrare le clausole vessatorie nel contatto tra professionista e consumatore (artt. 1469 bis e ss. gg c.c.).

Nella stessa linea interpretativa si è mossa la Corte di Cassazione, la quale, con ampia motivazione, ha riaffermato i principi sinora esposti, con la sentenza n. 750 del 24 gennaio 1997. Il contratto disciplinato dall'art. 1939 c.c. prevede due obblighi in capo al banchiere: locazione di cose e *locatio operis*. Nel contempo, il cliente è tenuto al pagamento di un canone, senza dover dichiarare alcunchè sulla tipologia e valore degli oggetti immessi nei loculi, proprio perchè tali oggetti non ineriscono all'oggetto della custodia bancaria. Quest'ultimo adempimento viene svolto senza alcuna differenziazione basata sul diverso contenuto delle cassette. Ne consegue

⁶⁵ Scalfi, *La Direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993*, in *Resp. civ. prev.* 1993, 45.

⁶⁶ C. Giust. eur.: causa n. 148/78 del 5 aprile 1979, *Raccolta* 1979, 1629.

⁶⁷ C. Cost. 18 aprile 1991 n. 168, in *Giust. civ.* 1991, I, 1648.

che l'art. 2 n.u.b. è soggetto all'art. 1229, comma 1, c.c., in quanto limitativo della responsabilità bancaria anche nei casi di dolo e colpa grave. Nella specie, l'utente, un gioielliere, aveva immesso in cassetta diversi monili in oro, di varia foggia, per un valore complessivo di circa 210 milioni, così come provato con testimoni. Sebbene vi fosse il limite contrattuale di lire un milione e messo, il giudice di merito aveva condannato la banca al totale risarcimento per colpa grave.

Nel solco dell'orientamento prevalente, la Cassazione ha affermato che, in base all'art. 1839 c.c., è la banca ad avere l'onere di dimostrare il caso fortuito e non il cliente. Caso fortuito in cui, come si è già detto, non deve farsi rientrare il reato di furto, in quanto evento prevedibile. Il danno prevedibile, in quanto conseguenza diretta dell'inadempimento, è risarcibile solo in caso di dolo del debitore (art. 1225 c.c.). All'utente del servizio non rimane quindi che dimostrare tipo ed entità economica del danno subito al fine del risarcimento (sent. n. 8065 del 27 agosto 1997).

Da ultima, in ordine temporale, la sentenza della Corte di Cassazione che dichiara nulla la clausola contrattuale, che limita la responsabilità risarcitoria della banca a limiti prefissati, nel caso in cui l'inadempimento dell'istituto di credito derivi da dolo o colpa grave (sent. n. 1355 del 10 febbraio 1998).

Quali quindi le possibili soluzioni alla luce della giurisprudenza analizzata? Una strada potrebbe essere quella della rinuncia, da parte delle banche, all'espletamento del servizio, considerati i rischi di ordine giuridico-economico attualmente pendenti in conseguenza del contratto *de quo*. Ma questa non sarebbe una soluzione al problema. Altrimenti, si potrebbe seguire la via dell'autoregolamento diretto alla determinazione convenzionale dell'oggetto del dovere di protezione, oppure l'utente di cassette di sicurezza potrebbe stipulare una convenzione con la banca, svincolata dal contratto. Può essere altresì ipotizzabile la consuetudine di redigere autonomi contratti di assicurazione tra cliente ed istituti assicurativi. Sembra comunque da scartare la teoria delle clausole di variazione del canone in relazione alla limitazione del danno risarcibile.

LUCA R PERFETTI

*LA LEGGE ELETTORALE TRA INNOVAZIONI
PROGETTATE E REFERENDUM*

1. Riforma del sistema elettorale e “grande riforma”*

Il nostro Paese sta attraversando, da ormai un decennio, una trasformazione istituzionale e politica, nella quale una particolare enfasi è stata posta sul meccanismo della legge elettorale¹. In questa sede ci si vorrebbe occupare di inquadrare il problema della riforma del sistema elettorale, di individuare i nodi in discussione attraverso le ipotesi di legge elettorale proposte e di svolgere alcune considerazioni in merito.

1.1. Legge elettorale, riforme istituzionali e sistema politico.

Importantissime trasformazioni del sistema istituzionale, ormai già realizzate, sono state poste in secondo piano e scarsa attenzione dell'opinione pubblica le ha riguardate², mentre il dibattito relativo alle discipline

* Il presente testo è stato presentato alla tavola rotonda organizzata dall'Istituto di diritto pubblico dell'Università di Urbino, presieduta dal Direttore, prof. Eduardo Rozo Acuña. Il testo è precedente alla celebrazione del referendum del quale si occupano le pagine seguenti che, come ormai noto, non ha visto una partecipazione di elettori sufficiente verificare il *quorum* costituzionalmente richiesto

¹ Sulle prospettive generali del processo di riforma cfr. G. Pastori, *Riforme istituzionali e concezioni dell'amministrazione*, in Vita e pensiero, 1994, 2

² Imponente, invece, è stato il processo di riforma dell'amministrazione pubblica, quanto alla struttura del Governo (con l'adozione della l.40/88, di disciplina della Presidenza del consiglio, della struttura del governo, dei suoi atti e procedimenti; sulla quale basti il rinvio a P. Barrera, *La prima riforma istituzionale: la nuova disciplina dell'attività di governo*, in *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni*, a cura di Catanzaro, Bologna, 1989, 51 e ss.), dell'amministrazione statale (con le riorganizzazioni delle strutture ministeriali; cfr. E. Spagna Musso (a cura di) *Costituzione e struttura del governo - La riforma dei ministeri*, Padova, 1988), dell'impiego pubblico (con la privatizzazione operata dal d.lgs. 29/93, la stipulazione dei primi contratti privatistici, il rinvio, di cui al d.lgs.80/98, al giudice del lavoro della competenza sulle controversie; cfr. T. Treu, *La riforma del pubblico impiego*, in *Quaderni Regionali*, 1992, 89), dell'ordinamento degli enti locali (con l'adozione della l. 142/90, di riforma dell'ordinamento degli enti locali, di quelle successive di modificazione ed integrazione, a partire dalla l.127/97, e di nuova disciplina del sistema

elettorale³, forse anche per il suo valore simbolico e la ritenuta capacità performativa del sistema politico, s'è mantenuto vivace come all'avvio del processo di riforma, un decennio fa.

Si tratta di una situazione spiegabile solo alla luce di un notevole fraintendimento.

In primo luogo, le *empasse* del sistema politico ed istituzionale della

elettorale; *ex multis*, G. Mignone, P. Vipiana e M. Vipiana, *Commen-to alla legge sulle autonomie locali*, Torino, 1993; ovvero del sistema della finanza locale, sul quale, cfr. G. Pastori, *Amministrazione e finanza locale tra autonomia e responsabilità*, in *Diritto dell'economia*, 1995, 7 e ss.), e delle Regioni (con l'adozione delle l.59/97 e 127/97, di primo decentramento in senso "federale" delle competenze), all'azione dell'amministrazione pubblica (con l'adozione della legge 241/90 di disciplina generale del procedimento amministrativo, sul quale, *ex multis* si rinvia a G. Pastori (a cura di), *L. 7 agosto 1990, n. 241 e ordinamenti regionali*, Padova, 1995), l'introduzione di modelli consensuali di azione (si pensi solo alla trasformazione istituzionale data dall'utilizzazione di moduli operativi quali gli accordi di programma e le conferenze di servizi; in tema si veda G. Manfredi, *Modelli contrattuali nell'azione amministrativa: gli accordi di programma*, in *Le Regioni*, 1992, 349 e ss.) e di amministrazione indipendente (con l'istituzione delle varie authority sui servizi pubblici, sulla concorrenza, ecc., cfr. *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di G. Bassi e F. Merusi, Milano, 1993), alla messa in atto di notevoli processi di privatizzazione sia dell'organizzazione che dell'azione amministrativa (con una profonda trasformazione dell'organizzazione pubblica, con la riduzione dei suoi elementi rispetto all'impresa privata -cfr. G. Pastori, *Pubblica amministrazione e impresa nei servizi pubblici*, in *Scritti per M. Nigro*, Milano, 1991, II, p. 356 ss.- ovvero la privatizzazione di segmenti imponenti dell'amministrazione o delle partecipazioni statali è un processo in grado di influire sulla forma di Stato in quanto tale -sul punto, C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Diritto pubblico*, 1995, 393 e ss.- ovvero alle società per azioni costituite *ex lege*, "enti pubblici a struttura di S.p.A.", rilevanti per i compiti di gestione dei servizi pubblici - su tutti questi temi M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997, 24 e ss -), fino ad interessare le più importanti aree di azione del potere esecutivo, dalla gestione del territorio e delle sue risorse, all'attività di diritto privato, l'erogazione dei servizi pubblici e di quelli sanitari.

³ Sulla più recente riforma elettorale italiana si rinvia a C. Fusaro, *Le regole della transizione. La nuova legislazione elettorale italiana*, Bologna, 1995 e per il suo funzionamento pratico S. Bartolini e R. D'Alimonte, *Maggioritario per caso*, Bologna, 1995 e R. D'Alimonte e S. Bartolini (a cura di), *Maggioritario per caso. Le elezioni del 1996*, Bologna, 1997 e A. Barbera, S. Bonfiglio, S. Ceccanti, *La seconda volta del maggioritario*, Roma, 1996.

fine degli anni ottanta, e la loro crisi dell'inizio di questo decennio, in parte sbloccate dal primo *referendum* sulla legge elettorale, han legittimato l'affermarsi dell'idea che il sistema elettorale avesse un valore performativo di quello politico, sicché all'adozione di una data legge elettorale conseguirebbe automaticamente una correlativa trasformazione del sistema politico; d'altro canto s'è avuta una sorta di sottovalutazione delle riforme della struttura dello Stato e dell'amministrazione pubblica che, invece, influiscono in modo non inferiore sulla fisionomia del sistema politico, le sue relazioni con quello sociale ed economico.

In realtà il sistema politico viene condizionato da una molteplicità di fattori, tra i quali decisivi sono la separazione tra amministrazione e politica (ottenuta con la riforma del pubblico impiego e dell'ordinamento degli enti locali), il decentramento (a favore di Regioni ed enti locali) delle funzioni (realizzato con le riforme delle competenze di questi enti), la riduzione della sovranità nazionale a vantaggio dell'Unione Europea, la presenza di forti partiti locali⁴, la conformazione del consenso elettorale delle forze più grandi e la disponibilità all'aggregazione di quelle minori⁵, in relazione anche alla storia ed al radicamento storico, culturale e popolare dei partiti che le esprimono⁶.

Resta poi da notare che quel che è oggetto di dibattito è una riforma del sistema elettorale e non già la sua introduzione *ex novo*; e si tratta di una riforma che viene introdotta in un paese dell'Europa occidentale tra i più ricchi di

⁴ Sul tema si rinvia a D. Rae, *The political Consequences of Electoral Laws*, New Haven, 1971 ed a K. Rokkan, *Cittadini, elezioni, partiti*, ed. it., Bologna, 1982 (ed originale 1972) e, da ultimo, A. Lijphart, *Electoral Systems nad Party Systems*, Oxford, 1994

⁵ D. Rae, *op. ult.cit.*

⁶ Tanto che s'è recentemente notato che "i sistemi di partito sono tanto il prodotto della loro storia e dei loro ambienti politici quanto dell'utilizzazione di un dato sistema elettorale per un periodo abbastanza esteso" (G. Pasquino, *I sistemi elettorali*, in G. Amato e A. Barbera (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, tomo II, Bologna, 1997, p.82), sicché l'ampiezza dei collegi elettorali ed il disegno del loro perimetro, le clausole di esclusione o di sbarramento, la scelta del metodo di traduzione dei voti in seggi e le loro commistioni (maggioritario - e quanto, in che modo- o/e proporzionale - e quanto, in che modo-), agiscono sul sistema politico in modo rilevante, ma non tale da conformare a sé le forme della politica.

cultura politica e partecipazione democratica, sicché “ogni riforma deve partire dalla ricognizione accuratissima delle condizioni esistenti, da una valutazione approfondita dei problemi emersi e da una limpida prospettazione delle soluzioni”⁷; che è ciò che non pare proprio stia accadendo nel nostro Paese.

1. 2. Riforma del sistema elettorale e culture politiche

Il processo di riforma in essere pare animato, nella sua sostanza profonda, da due diverse impostazioni, tali da attraversare le diverse formazioni politiche.

Da un lato si registra una sostanziale svalutazione del ruolo delle articolazioni della partecipazione, prima tra tutti dei partiti, nel tentativo di semplificare e ridurre il ruolo dei rappresentanti all'interno di una sorta di investitura diretta da parte dei cittadini. Si tratta di impostazioni che paiono affermarsi, anche in aree culturali che più sembravano distanti, avendo nella loro tradizione culturale i valori della sussidiarietà, del personalismo, in forza di una supposta maggiore modernità.

Simili impostazioni finiscono per attribuire al sistema elettorale la funzione di eliminare il sistema dei partiti, assumendo, per un verso, la sua inutilità, e, per altro, ritenendo la sussistenza di un valore performativo del sistema elettorale così significativo da poter ottenere la tendenziale eliminazione dei partiti per tramite del sistema elettorale.

Per contro v'è chi ritiene la necessità di un rafforzamento delle articolazioni della partecipazione e non già la loro rimozione. Ne deriva una diversa interpretazione della formula elettorale, che non deve servire a creare un sistema tendenzialmente plebiscitario o comunque tecnocratico, ma garantire l'equilibrio tra governabilità e rappresentanza. Peraltro non pare che queste impostazioni risentano di una minore modernità⁸.

⁷ cfr. G. Pasquino, op. ult. cit.

⁸ La crisi dei modi della produzione industriali, per lasciar posto a nuove forme, post-industriali, di organizzazione del lavoro e la circolazione delle informazioni, fanno immaginare la presenza di condizioni per una forte attivazione delle energie personali e partecipazione diretta, che richiede la riapertura di canali di partecipazione tradizionali in forme più adeguate e nuove.

Non si può poi mancare di notare come i due diversi atteggiamenti si accompagnino ad interpretazioni differenti del ruolo della politica, essendo evidente come nella prima si prosegua in quel percorso di indebolimento della funzione della politica, semplificazione della rappresentanza, riduzione del ruolo delle articolazioni della partecipazione e garanzia del primato del ruolo delle tecnocrazie e degli interessi costituiti che si è avviato all'inizio degli anni novanta; all'opposto nell'altra impostazione.

I due atteggiamenti di fondo portano a letture differenziate dei meccanismi elettorali, nella misura in cui li si osserva come strumenti in grado di modificare il sistema politico.

2. La riforma del sistema elettorale per via referendaria

2.1. Perplessità quanto allo strumento

Il sistema elettorale è un congegno delicato, che dovrebbe costruire un meccanismo che ponga in equilibrio rappresentanza e governabilità, rappresentazione parlamentare delle opinioni politiche dei cittadini e stabilità della formazione di governo.

Il *referendum*, invece, nel nostro ordinamento, è strumento abrogativo, inammissibile quale strumento di manipolazione delle norme, di pressione politica, di realizzazione di un programma politico. Questi i due aspetti del problema della trasformazione del sistema elettorale italiano, che si è andato modificando sulla pressione di iniziative referendarie (certamente manipolative e di pressione sul sistema politico), di successivi aggiustamenti e nuove pressioni. La stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale è persa più di una volta largamente sensibile al clima politico ed alle pressioni che su di essa agivano⁹.

⁹ Basti ricordare come si sia notato autorevolmente che “durante gli ultimi venti anni (o quasi), troppe volte è accaduto che l'organo della giustizia costituzionale abbia mutato i propri criteri di giudizio, finanche all'interno di ciascuna tornata referendaria; ed in

Evitando di occuparci del tema del *referendum* in sé, in questa sede, dal punto di vista del percorso di riforma del sistema elettorale, non si può non rilevare come il primo determini una modificazione della legge elettorale attraverso strumenti referendari sostanzialmente *manipolativi*, tali da determinare una disciplina che non potrà che dare inconvenienti derivanti dalla applicazione della cosiddetta “*normativa di risulta*” -quella normativa, cioè, che risulta dalla abrogazione delle porzioni di norme oggetto di *referendum* -¹⁰; ma, soprattutto, non si può non rilevare la delicatezza dell'utilizzazione del referendum “come strumento privilegiato per la realizzazione di un intero programma politico, quindi come uno strumento che dovrebbe consentire di dar vita ai fini delle fondamentali scelte di indirizzo politico, finendo con lo snaturare la funzione di tale istituto, determinando attraverso l'esaltazione di elementi di natura sostanzialmente plebiscitaria pericoli di modifiche in senso regressivo dell'intero nostro sistema istituzionale”¹¹. Ciò a maggior ragione ove si consideri che la legge da modificare è quella elettorale, che, come tale, definisce un dato sistema politico istituzionale. Un tale sistema di modificazione, per sua stessa natura rozzo, non consente di delineare una nuova legge elettorale, ma solo di ritagliare il

varie occasioni si è verificato che i *revirements* giurisprudenziali non siano stati sorretti da robuste argomentazioni, per di più concentrate sulle peculiarità del solo caso da risolvere” (L. Paladin, *Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità dei referendum*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, 1998, p. 24.

¹⁰ Da parte dei referendari si sostiene che l'intervento richiesto non sarà diverso da quanto già avvenuto in altri casi. Nel 1993, infatti, la Corte costituzionale aveva ammesso il quesito (con la sentenza n.32/93), pur dando conto del fatto “che la normativa di risulta può dar luogo ad inconvenienti” ma in modo tale da “non incidere sull'operatività del sistema elettorale, né paralizzare la funzionalità dell'organo”, sicché gli inconvenienti in questione si sarebbero potuti eliminare, dopo lo svolgimento della consultazione referendaria, con un intervento legislativo. Sul fronte opposto si eccepisce che, a fronte di un quesito referendario che richiede comunque un intervento correttivo, bene farebbe il Parlamento a ricercare ed assumere un nuovo ed organico sistema elettorale, invece di affidare un congegno così delicato al rozzo strumento demolitivo del referendum, per apportare solo dopo aggiustamenti.

¹¹ P. Berretta, *I poteri di democrazia diretta*, in G. Amato e A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico. II. L'organizzazione costituzionale*, Bologna, 1997, p.47

nuovo sistema sulla base di quella esistente, con evidenti anomalie e disfunzioni.

2.2. Il sistema risultante dall'approvazione del referendum.

Secondo alcuni ne deriva il carattere "stravagante" della normativa di risulta e la casualità del risultato per quel che riguarda l'attribuzione del 25% dei seggi.

Occorre brevemente occuparsi del sistema risultante dall'accoglimento del quesito referendario, perché non manca chi ritiene che non sia richiesta alcuna riforma del sistema che non quella esito della consultazione referendaria.

Il sistema elettorale, per come questo risulterebbe dall'accoglimento del quesito referendario, sarebbe tale per cui, sia al Senato che alla Camera il 25% dei seggi sarebbero attribuiti, in porzione del 75 % ai candidati che ottengano i maggiori consensi nel collegio uninominale, come già oggi è. Tuttavia, per il restante 25%, scomparirebbe la doppia scheda (una per il collegio uninominale, l'altra per il voto di lista per la quota proporzionale) per la consultazione della Camera, sicché la quota di seggi non immediatamente assegnata nello scrutinio di collegio verrebbe attribuita a quei candidati che, sconfitti nel collegio, all'interno della circoscrizione elettorale (la Regione per il Senato, quelle stabilite dalla legge per la Camera) han ottenuto, per così dire, il miglior secondo posto (la cifra elettorale più alta, ancorché insufficiente per la vittoria nello scrutinio maggioritario). Si sono levate critiche, poiché la conseguenza parrebbe essere la mancanza di coerenza con il principio maggioritario: un quarto dei componenti di entrambe le Camere, infatti, viene individuato in coloro che han perduto nella competizione maggioritaria uninominale. Il risultato, tutt'altro che teorico, è che nel confronto tra più coalizioni, quella vincente sulla base del dato complessivo elettorale, potrebbe non risultare accreditata della maggioranza parlamentare. Lo strumento referendario, infatti, è tale da non provvedere al riordino dei collegi. L'eliminazione della quota proporzionale, quindi, porta al fatto che risulterebbero eletti, per una percentuale pari al 25% dei seggi, i candidati perdenti nel proprio collegio ma che hanno ottenuto una

cifra elettorale migliore degli altri dello stesso gruppo (partito, simbolo, coalizione che dir si voglia).

A questo s'è replicato da parte dei referendari che non vi è nulla di casuale nell'elezione dei candidati perdenti che han ottenuto la migliore cifra elettorale individuale della circoscrizione, ricorrendosi ad un criterio che fa leva sull'espressione del voto; né verrebbe intaccato il principio maggioritario, poiché il cittadino con il voto elegge il suo rappresentante e lo stesso è utilizzato per individuare gli altri candidati eletti¹².

Tuttavia è del tutto evidente che il sistema maggioritario uninominale è preordinato all'ottenimento, (a danno della puntualità della rappresentanza), di maggioranze stabili, alla semplificazione del quadro politico, all'elezione del candidato che abbia raggiunto la maggioranza relativa dei voti, caratteristiche tutte contraddette dall'elezione dei migliori secondi.

C'è, naturalmente, discussione intorno alle conseguenze che il referendum, intervenendo sul sistema elettorale, sarebbe in grado di portare al sistema politico.

Si ritiene ordinariamente che l'eliminazione della porzione proporzionale del nostro sistema elettorale porterebbe ad un danno alle forze politiche di medie dimensioni (le piccole sono comunque penalizzate dalla soglia di sbaramento) poiché difficilmente potrebbero risultare le migliori seconde posizioni senza apparentarsi in coalizioni.

Non pare, invece, affatto dimostrabile (ed anzi in buona parte è semplice argomento di propaganda) il fatto che un simile sistema porterebbe ad una maggiore stabilità il sistema bipolare. E ciò per almeno due buone ragioni: innanzitutto un simile sistema, come visto, rischia di produrre, con il recupero dei migliori secondi, situazioni di grave instabilità e sostanziale parità numerica delle coalizioni; in secondo luogo non è affatto detto che non si verificino in sede locale giochi di desistenze o di aggregazioni al di

¹² Si è peraltro detto che sarebbe stravagante un sistema che permette l'elezione di due (o più) deputati nel medesimo collegio. Tuttavia non si tratta certo di un'anomalia: il sistema elettorale per l'elezione del Senato presenta normale come normale l'evenienza di collegi che hanno più di un eletto.

fuori degli schemi di coalizione nazionale.

Le scelte del sistema politico, infatti, possono ricavare intorno alla regola elettorale soluzioni elettorali largamente in contraddizione con lo schema bipolare proprio sulla scorta del risultato del referendum, che non esclude affatto soluzioni orientate alla creazione di un terzo polo. Semmai ciò che rileva è l'affermazione di un'intenzione bipolare nell'opinione pubblica, che non può che spingere i partiti ad assecondarla nelle scelte sulle coalizioni. Tuttavia occorre ricordare che questo non è affatto conseguenza del sistema elettorale, ma, invece, di scelte politiche che si orientano a partire da un'intenzione, da una tendenza presente nell'opinione pubblica che potrebbe decretare l'insuccesso di coalizioni differenti.

Non è nostro compito indagare sulla sussistenza reale di quest'intenzione nel corpo elettorale. Certo è che il sistema maggioritario ha iniziato a produrre effetti che gli sono del tutto connaturati, come la larga diserzione delle urne. Un sistema che privilegi la rappresentatività (che si basi su una larga disponibilità di seggi proporzionali), consente ad ogni elettore di trovare le ragioni di voto in un candidato che sente vicino; quello maggioritario per ipotesi è largamente più un voto contro la coalizione più distante che non per quella che si sostiene, con evidente minore affezione al voto. Questa circostanza rende aperta la questione se vi sia o meno una reale intenzione bipolare nel corpo elettorale, questione che, comunque, non può essere qui affrontata.

3. Le proposte di revisione della legge elettorale.

Chi voglia, come ci si propone, dar conto del dibattito intorno alla revisione della legge elettorale, incontrerà la difficoltà di doversi riferire, oggi, a fonti non ufficiali (per lo più giornalistiche) e, per altro verso, di trovarsi ad interpretare posizioni ancora suscettibili di cambiamento in relazione al dibattito in corso all'interno delle forze politiche e di queste tra di loro. E', però, possibile cogliere almeno quattro filoni, catalogabili in base alla loro vicinanza all'intenzione del *referendum*.

In primo luogo v'è la proposta del sistema maggioritario a turno uni-

co (sostenuto da Alleanza nazionale e Centro cristiano democratico). Il turno unico "all'inglese" o secco (viene eletto chi raccoglie il maggior numero di voti, indipendentemente dalla percentuale di votanti ed alla quota di consensi ottenuti), che trovava ampi consensi all'avvio del processo di riforma, oggi vede assottigliarsi il novero dei suoi sostenitori. E', infatti, ad un sistema con una piccola quota di recupero proporzionale che pensano i suoi attuali sostenitori. Si tratta, per lo più, di un intervento che muove verso la razionalizzazione dell'esito referendario: ridisegnando i collegi in modo che il loro numero coincida con quello dei parlamentari da eleggere si ottiene il superamento dei principali inconvenienti risultanti dal ritaglio normativo operato dal testo referendario.

Da altri (Partito popolare ,Verdi, Comunisti italiani, Rifondazione) viene invece sostenuto il metodo del doppio turno di coalizione (agganciato, quanto al vertice dell'esecutivo, al premierato o cancellierato). In questo caso al primo turno i cittadini sono chiamati a votare, con metodo maggioritario uninominale, i candidati delle diverse forze politiche, assegnando 55% dei seggi, ed un altro 25% con sistema proporzionale. Nel secondo turno, invece, il voto viene dato scegliendo tra le due coalizioni più votate nel turno precedente: chi vince conquista tutto il 20 per cento di seggi in palio. Anche in questo caso, quindi, il Parlamento viene eletto con un sistema maggioritario a doppio turno, ma sin dal primo momento i partiti si presentano uniti in coalizioni. Si tratta di una proposta che si distanzia dall'intenzione referendaria perché conserva la quota di rappresentanza proporzionale e, ad un tempo, perfeziona l'intenzione più profonda dell'iniziativa referendaria perché congenna un sistema politico molto stabile grazie al 20% assegnato nel secondo turno, una specie di grosso premio di maggioranza.

Il terzo filone, e più consistente numericamente (Democratici di sinistra, Forza Italia, Rinnovamento Italiano, Udr, Italia dei Valori, Comitati per l'Ulivo) parrebbe orientarsi verso il doppio turno di collegio, accompagnato ad un governo di stampo semipresidenziale. Nel corso del primo turno, che avviene in collegi uguali al numero di parlamentari da eleggere, risultano eletti coloro che han ottenuto la maggioranza assoluta dei voti. Se nessun candidato raggiunge questa soglia, due domeniche dopo, gli elettori

sono richiamati alle urne per il ballottaggio. Le proposte si differenziano tra loro quanto all'individuazione di chi acceda a questo secondo turno (i quattro partiti che hanno conquistato il maggior numero di voti, oppure, secondo la proposta sostenuta dall'attuale Presidente del Consiglio, tutti quelli che hanno superato la soglia del sette per cento). Tuttavia i candidati che hanno diritto ad partecipare al ballottaggio possono rinunciarvi (desistenza) ed invitare il loro elettorato a votare per il candidato politicamente più vicino. Chi decide di desistere avrà diritto ad un recupero proporzionale del 10-15 per cento dei seggi. In questo senso va anche la proposta del Governo. Si tratta di una proposta che si avvicina allo spirito referendario, senza aderirvi, perché conserva la quota proporzionale, ma se ne distanzia perché non consente affatto un rafforzamento del bipolarismo (al di là di quel che si afferma in termini propagandistici).

Infine v'è chi sostiene la necessità di un ritorno al sistema proporzionale (pur con accenti differenziati, Socialisti e Lega nord), sia pure con una soglia di sbarramento che impedisca una frantumazione della rappresentanza.

3.2. Le proposte presentate in Parlamento

Insieme alle proposte appena accennate occorre dar conto delle proposte effettivamente in discussione in sede parlamentare, sulla base delle loro omogeneità. Si intende muovere, come naturale, dalla proposta avanzata dal Governo.

a) Doppio turno di collegio, con diritto di tribuna e premio di maggioranza

La proposta avanzata dal Governo il 16 febbraio 1999¹³, prevede un sistema fondato essenzialmente sullo scrutinio uninominale a doppio turno di collegio, con una quota del dieci per cento dei seggi assegnati con un

¹³ Disegno di legge Senato, n.3812, D'Alema, Amato, Jervolino

metodo misto.

Il novanta per cento dei seggi viene attribuito con sistema maggioritario uninominale a doppio turno. In particolare si prevede che risultino eletti al primo turno dello scrutinio maggioritario quei candidati che ricevano almeno il cinquanta per cento dei consensi. Ove nessun candidato ottenga una simile percentuale si procederà all'effettuazione del secondo turno di ballottaggio tra i due concorrenti che abbiano ottenuto il maggior numero di voti al primo turno. Più complesso il sistema di riparto dei restanti sessantatré seggi.

Una quota, pari a ventitre seggi, viene attribuita, quale premio di maggioranza, alla coalizione vincitrice. A norma dell'art.85 del Testo unico delle leggi elettorali, per come risulterebbe modificato in base alle previsioni del progetto di legge, viene redatta una lista dei candidati che non sono risultati eletti nella competizione di collegio (i "migliori secondi"). La graduatoria viene stilata in base alla cifra individuale di ciascuno. Tra i candidati collocati in graduatoria vengono scelti i primi ventitré che appartengono alla coalizione che ha ottenuto più consensi nella competizione elettorale. La coalizione, per poter concorrere in questa sede, deve essere presente in almeno il novanta per cento dei collegi. La circostanza è rilevante, perché influisce sulla configurazione più o meno bipolare del sistema. Non è prevista alcuna sanzione, relativamente a questi seggi, nel caso di modifica di assetto della maggioranza, sicché, se in corso di legislatura la coalizione dovesse modificare la sua configurazione, non si determina alcun effetto sui ventitré deputati anzidetti.

Una seconda quota di deputati è individuata, in modo che non superi i ventitre seggi, tra quelli che non si sono presentati nei collegi uninominali. L'elettore, infatti, su di un'unica scheda (per evitare, nell'intenzione dei proponenti, di contrastare con il referendum) trova sia l'indicazione dei candidati per il collegio uninominale, sia quella dei candidati "che concorrono alla quota di seggi a garanzia della rappresentatività". In base dei voti ottenuti al primo turno, si verificherà quali gruppi di candidati "che concorrono alla quota di seggi a garanzia della rappresentatività" abbiano avuto almeno l'uno per cento dei voti, per poi assegnare i seggi con sistemi proporzionali. Tuttavia non è scontato che i seggi da assegnare siano ventitré,

potendo risultare di meno in forza del meccanismo di calcolo.

I seggi non assegnati andranno ad integrare *la terza quota* di seggi (ordinariamente ventitré) che vengono attribuiti all'interno della graduatoria dei migliori secondi in quanto tali, indipendentemente dall'appartenenza politica.

b) doppio turno di collegio con recupero proporzionale.

La gran parte delle proposte di questo tipo all'esame delle Camere si riferisce all'introduzione di un sistema a doppio turno di collegio per l'elezione del 90 % dei seggi, con un'attribuzione proporzionale dei restanti¹⁴. In altre proposte, invece, il recupero proporzionale è previsto nella quota attuale del 25%¹⁵. In sostanza si tratterebbe di attribuire direttamente al primo turno il seggio al candidato che raccolga la maggioranza assoluta dei voti. Ove nessun candidato riesca a raggiungere una simile soglia di consenso si procederà allo scrutinio derivante dal secondo turno, al quale accedono i due candidati che han ottenuto i maggiori consensi al primo turno¹⁶, ovvero tutti coloro che han ottenuto almeno una data percentuale elettorale al primo turno¹⁷. Elemento di notevole importanza per valutare il reale funzionamento del sistema e rilevarne i potenziali effetti su quello politico, è dato dalla modalità di presentazione delle candidature nel collegio uninominale, che può essere avanzata da "partiti, gruppi politici o singoli candidati" che non partecipano al riparto proporzionale¹⁸. Essendo limitatissima la quota di riparto proporzionale (10%) è evidente lo scarso incentivo a presentarsi sotto le insegne di partito o coalizione, con effetti dei quali

¹⁴ Si pensa al progetto di legge Senato n.3190, Forcieri ed altri, disegno di legge Senato n. 3325, Passigli,

¹⁵ In tal senso il progetto di legge Camera, n.197, Spini e altri

¹⁶ In tal senso il progetto di legge Camera, n.197, Spini e altri

¹⁷ In termini disegno di legge Senato n.3190, Forcieri ed altri, disegno di legge Senato n. 3325, Passigli

¹⁸ cfr. disegno di legge Senato n.3190, Forcieri ed altri, disegno di legge Senato n. 3325, Passigli

si dirà immediatamente. Si prevede, inoltre, un meccanismo tale per cui i candidati che non partecipano al secondo turno possono scegliere di apparentarsi ad uno dei due soggetti a ballottaggio, con il risultato di vedere recuperati i propri voti per l'attribuzione dei seggi proporzionali. Molte di queste proposte prevedono che l'individuazione dei candidati avvenga con il metodo delle primarie, che sono espressamente disciplinate, quanto alle modalità di svolgimento, dalla legge¹⁹.

c) doppio turno di coalizione

La proposta del doppio turno di coalizione è stata avanzata dal gruppo di Forza Italia (in contrasto con l'orientamento che si va oggi affermando – nonostante la cautela necessaria nel creare categorie, in relazione al fatto che gli stessi partiti sono, in generale, attraversati da un vivace dibattito; si pensi solo al fatto che questa linea è oggi sostenuta da Partito popolare, Verdi, Comunisti italiani, Rifondazione)²⁰. Si propone, sostanzialmente, di assegnare al primo turno una quota pari al 60% dei seggi, per lasciare il restante 40% allo scrutinio del secondo turno, di ballottaggio, tra i due raggruppamenti di candidati che hanno ottenuto il maggior numero di consensi durante il primo turno, salvo che già al primo turno uno dei due raggruppamenti abbia ottenuto la maggioranza assoluta dei seggi (art.83 *bis*)²¹.

3.3. Valutazioni sulle proposte correnti.

Un buon sistema elettorale, considerata anche la tradizione del nostro Paese e la sua articolazione territoriale, dovrebbe considerare un giusto equilibrio tra esigenze della rappresentanza (fotografando il più possibile la reale consistenza delle forze in gioco) e quelle della governabilità (tenden-

¹⁹ In termini disegno di legge Senato n.3190, Forcieri ed altri, disegno di legge Senato n. 3325, Passigli

²⁰ In termini disegno di legge Senato n.3628, La Loggia

²¹ Cfr. disegno di legge Senato n.3628, La Loggia

do a bipolarizzare gli schieramenti ed a renderli stabili laddove siano chiamati al Governo).

3.3.1. Sul doppio turno di collegio

Non pare, francamente, che queste caratteristiche siano proprie del doppio turno di collegio.

a) Un simile sistema elettorale, infatti, svincola la formazione della coalizione elettorale locale rispetto agli schieramenti nazionali, sicché l'elettore può trovarsi di fronte a coalizioni locali disomogenee rispetto a quanto altri rappresentanti degli stessi partiti fanno in altri collegi. E' evidente che, senza recupero proporzionale o con una soglia così insignificante, è bassissima la propensione a presentare in sede locale coalizioni già formate ed omogenee; se non lo si fa si perde un recupero proporzionale così basso da non subire troppi danni. Diventa, invece, altissima la propensione a dar vita a coalizioni locali in grado di mettere insieme le forze necessarie per vincere indipendentemente dalla loro coerenza con quanto avviene in altri collegi. Questo potrebbe portare ad avere rappresentanti dei partiti, soprattutto dell'area di centro, eletti da coalizioni disomogenee; ed, inoltre, aumenterebbe la convenienza per queste forze a non scegliere lo schieramento che dopo le elezioni, sfruttando accordi locali differenziati.

Questo grado di trasformismo porterebbe ad un'evidente instabilità delle coalizioni parlamentari o, comunque, le condurrebbe ad essere, con un ritorno al giolittismo, di natura tutta parlamentare, suscettibili di rapidi cambiamenti.

Riduce (ma non elimina), questo rischio, il modello presentato dal Governo di cui sopra s'è detto, perché ancora all'aver presentato la coalizione in almeno il novanta per cento dei collegi il risultato di poter concorrere all'attribuzione del premio di maggioranza. Tuttavia si tratta di un incentivo così ridotto da non dover far pensare ad una sua forza realmente cogente, giacché potrebbe verificarsi sia l'effetto della presentazione della coalizione nel novanta per cento dei collegi, lasciando le mani libere ai singoli gruppi in quelli restanti, ove soluzioni differenziate potrebbero portare a coalizioni locali più competitive, ovvero alla perdita del premio di

maggioranza ove risulti più probabile la vittoria di un numero sufficientemente interessante di seggi uninominali con coalizioni differenziate.

b) in secondo luogo non si può non considerare come l'applicazione di un simile sistema, stanti le attuali condizioni politiche, porterebbe allo stravagante risultato di sovrarappresentare quelle forze politiche che non si schierano secondo una logica bipolare. Stante l'attuale situazione politica, infatti, essendo nella gran parte del Paese (eccetto il Nord) solo due gli schieramenti, si avrebbe che, logicamente, almeno uno dei due dovrebbe poter ambire, nel singolo collegio, a raggiungere il cinquanta per cento dei voti. Ne deriverebbe, in quei collegi, l'inutilità del secondo turno. Solo al Nord, stante la presenza della Lega Nord, non si avrebbe l'attribuzione del collegio al primo turno. Il *ché* rappresenta un incentivo per questa forza a non schierarsi con alcuno dei due raggruppamenti. Infatti, in tutte quelle occasioni in cui riesca a guadagnare il secondo turno la Lega ha la quasi certezza della vittoria, poiché il corpo elettorale è attraversato, nella competizione per il Parlamento, dalla tensione tra le due forze che si confrontano in sede nazionale, sicché l'elettore dello schieramento che non supera il primo turno individuerà nella Lega Nord il male minore. E' evidente, quindi, che il doppio turno di collegio, che si vorrebbe proteso a rafforzare il bipolarismo, invece avvantaggia quelle forze che bipolari non sono, a condizione che abbiano una consistenza elettorale di circa un terzo dell'elettorato.

In questi termini, un simile sistema potrebbe costituire, contrariamente a quanto ordinariamente si pensa, il più forte incentivo alla costituzione di un terzo polo di centro. A condizione che questo possa ambire ad ottenere almeno un terzo dei suffragi, infatti, è evidente che sarebbe enormemente avvantaggiato in tutte quelle occasioni in cui dovesse superare, con il suo candidato, il primo turno. Ne deriva che il doppio turno di collegio, stante le attuali condizioni politiche, avvantaggia le forze che non si schierano in modo bipolare ed induce altri a fare lo stesso. In prima battuta smentisce il bipolarismo. In prospettiva potrebbe creare instabilità.

c) Per altro verso, ove invece il sistema dovesse funzionare, per ragioni politiche e non certo strutturali, nel senso di una maggiore radicamento del sistema bipolare, si potrebbe determinare una riduzione del ruolo delle forze di grandezza media a vantaggio di quelle più grandi, che potrebbero,

al ballottaggio, prevalere anche senza l'apporto dei loro alleati di medie dimensioni. Un simile operare, però, finirebbe per riportarci all'ipotesi precedente, nel senso che spingerebbe le forze intermedie, soprattutto al centro, a ricercare alleanze ed a mettere in crisi il sistema bipolare.

Si tratta di inconvenienti che i sistemi che ancorano il consenso alla coalizione (doppio turno di coalizione, proporzionale con premio di maggioranza, non presentano).

3.3.2. Sul doppio turno di coalizione

a) Il sistema elettorale a doppio turno di coalizione è tale da consentire il massimo risultato in termini di stabilità dei governi. E' evidente, infatti, che l'attribuzione al secondo turno di una quota di seggi alla coalizione vincente determina una forte stabilità della maggioranza. Un simile sistema, infatti, innegabilmente, spinge ad una estrema compattezza delle coalizioni, che non possono che presentarsi unite per poter ambire a competere per l'attribuzione della quota (significativa) di coalizione. Inoltre porterebbe alla limitazione del peso di forze che si collocano al di fuori dei due schieramenti, limitando la loro rappresentatività solo all'interno di un'improbabile vittoria con maggioranza assoluta nel collegio.

b) Tuttavia, nei termini in cui è stato concretamente proposto, un simile sistema determina una eccessiva riduzione della rappresentatività delle diverse culture politiche presenti ed una sovrarappresentazione elettorale della maggioranza. Ne verrebbero mortificate le articolazioni del pluralismo, date dai partiti e dai movimenti che rappresentano culture politiche radicate nel Paese, il cui suolo sarebbe solo quello di contrattare una significativa rappresentanza nella individuazione dei candidati.

Inoltre, almeno nei termini in cui la proposta è stata formalizzata, prevede un tale "premio" al secondo turno da rendere la presenza della minoranza così ridotta da indurla ad un esercizio frequente dell'ostruzionismo o alla ricerca dello scontro sociale. Si aggiunga che la riduzione forzosa della rappresentanza di minoranze radicate ed anti-sistema (come la Lega Nord) determinerebbe ulteriori elementi di indebolimento delle istituzioni parlamentari, rendendole meno rappresentative.

Occorrerebbe pensare all'introduzione di correttivi al sistema che, riducendo la quota da attribuire alla coalizione vincente, portino a meccanismi tali da assicurare anche alle forze più piccole il "diritto di tribuna" con la presenza in Parlamento di almeno un rappresentante ed assegnino al secondo turno una quota minore di seggi o ne assicurino una proporzione alla minoranza, per non rendere incolumabile il divario tra forze di governo e di opposizione.

3.3.3. Sul turno unico con recupero proporzionale

La proposta del turno unico con recupero proporzionale deve essere valutata facendone una questione di proporzioni e correzioni. Un sistema a turno unico "secco" all'inglese (chi ottiene più consensi è eletto) tende a realizzare un effetto compiutamente bipolare (anche se si tratta, appunto, di una tendenza, come si rileva facilmente dal dare uno sguardo alla realtà inglese: nel luogo dove da più tempo si utilizza questo sistema i poli sono tre, segno che la tradizione politica è influenzata ma non soggiogata dal sistema elettorale). Tuttavia esistono sistemi che danno più stabilità: in Italia, ad esempio, da che si utilizza un sistema maggioritario a turno unico con recupero proporzionale le crisi di governo non sono mai state determinate dalla quota di parlamentari eletti con metodo proporzionale, quanto piuttosto, dalla trasmigrazione di interi gruppi dall'opposizione all'area di governo – caduta del governo Prodi- o per via di nuove alleanze di partiti di governo con altri dell'opposizione – caduta del governo Berlusconi-. Per altro verso si tratta di un sistema che, senza correzioni, ridurrebbe eccessivamente la rappresentatività, con grave danno delle forze intermedie e centriste dei due schieramenti e di quelle estremiste. La questione, quindi, è quella di apportare correzioni a vantaggio della stabilità (tipo premio di maggioranza) ed a tutela della rappresentatività (con una più significativa presenza dello scrutinio proporzionale).

3.3.4. La proporzionale con premio di maggioranza e soglia di sbarramento.

Nel nostro Paese, dopo una lunga stagione di accanita critica contro

il sistema proporzionale, collegata da molti alle degenerazioni del sistema politico della fine degli anni ottanta, pare che si possa riprendere il filo di una riflessione senza che lo stesso argomento paia impronunciabile. In realtà il sistema elettorale deve tendere a raggiungere un equilibrio ragionevole tra stabilità degli esecutivi e rappresentatività del sistema. Peraltro occorrerà pure ricordare che questa discussione si deve svolgere all'interno di un sistema politico parlamentare, sicché neppure si potrà considerare come unica discriminante la stabilità dell'esecutivo, a dispetto del ruolo e delle garanzie di altri organi costituzionali, primo tra tutti il Parlamento.

Molte delle proposte accennate cercano di realizzare quest'equilibrio, ricercando da un lato di rendere stabile la compagine che sostiene l'esecutivo, in modo da realizzare ciò che da oltre un decennio è nelle intenzioni di quasi tutte le proposte di riforma (l'elettore sceglie un rappresentante in Parlamento ed, insieme, una coalizione di Governo), e rappresentative le Camere, in modo che l'elettore possa scegliere candidati e programmi a lui vicini (evitando l'indebolimento degli organi rappresentativi e la disaffezione al voto).

In questo senso la proposta del sistema proporzionale con clausola di sbarramento (che impedisce a piccole formazioni politiche —di solito si pensa al 4 o 6 per cento su base nazionale— di essere rappresentate) e premio di maggioranza (una quota, cioè, di seggi, assegnati alla coalizione vincente) non pare lontana dall'essere idonea a raggiungere questo risultato. Del resto si tratta, con poche differenze, del sistema vigente per l'elezione dei consigli regionali, per i quali, come noto, si ha uno scrutinio di lista plurinomiale su base provinciale, nel quale le forze politiche si presentano nella loro singolarità, nel quale si assegna una percentuale di seggi mentre i restanti sono assegnati alla coalizione vincente (individuata attraverso il collegamento delle liste di partito ad un simbolo unico regionale con annessa una lista di candidati che vengono tutti eletti se le liste collegate ottengono la maggioranza dei voti).

Altri sistemi, naturalmente, consentono di avere effetti simili. E, tuttavia, poiché simili sono gli effetti meriterebbe di affrontare la questione della "riabitazione", almeno come ipotesi, del sistema proporzionale corretto, che regola, ad esempio, Paesi, come la Germania, con grande stabilità

di governo ed un grado di semplificazione del sistema politico di gran lunga superiore al nostro.

Naturalmente in un Paese moderno, con i problemi che la partecipazione all'Unione europea ed il governo di un'economia globalizzata pongono, la stabilità dei governi è un valore non rinunciabile, sicché, comunque, di proporzionale corretta dovrà parlarsi, se non si vuole ritornare ad una situazione di instabilità inaccettabile. Proporzionale corretta che finisce per richiedere una convivenza con elementi maggioritari (un alto premio di maggioranza e clausola di sbarramento), tanto quanto le proposte in senso marcatamente maggioritario debbono prevedere un recupero nel senso della rappresentatività, se non vogliono che le fondamenta (partecipazione al voto ed identificazione con i rappresentanti) del sistema politico democratico rappresentativo si indeboliscano fino a rendere questo stesso precario.

4. Tra rappresentanza e governabilità

In realtà, ove solo ci si voglia scostare un poco dagli atteggiamenti ideologici (o propagandistici) che attraversano il dibattito odierno, si noterà facilmente che il sistema politico viene influenzato ma non condizionato da quello elettorale, tanto che molte delle condizioni che oggi ci troviamo di fronte non sono date dalla rapida modificazione della legge elettorale, più volte modificata nell'ultimo decennio, quanto dal nascere di significativi progetti politici e dall'essersi dissolte, per ragioni che nulla hanno a che vedere con il sistema elettorale, di alcune consistenti forze politiche del passato, indebolite non già dal modificarsi della regola di attribuzione dei seggi, ma dal modificarsi del quadro internazionale, dalla trasformazione sociale ed economica e da devastanti inchieste giudiziarie.

Caricare la legge elettorale di compiti che non le spettano (oltre a cagionare delusione nell'opinione pubblica) finisce per far disegnare regole elettorali fortemente cariche di elementi ideologici e non del tutto razionali.

Infine non si può nascondere il fatto che l'adozione di regole elettorali indirizzate solamente alla stabilità dei governi, incuranti della perdita di rappresentatività delle Camere, finiscono per essere funzionali ad una per-

di ruolo della politica (come funzione di governo e difesa degli interessi generali) rispetto al potere delle tecnocrazie economiche e non, di fronte a fenomeni di indubbio rilievo, quali, *ex multis*, il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici già gestiti da enti pubblici, che non possono non divenire luogo delicato della ricerca di equilibrio, nell'interesse generale, tra speculazione di mercato e tutela del consumatore.

SILVIA HEMMELER BENINI

*L'ASSOCIAZIONISMO DILETTANTISTICO SPORTIVO:
PROFILI CIVILISTICI E FISCALI.*

L'assetto sportivo italiano trova, nell'associazionismo sportivo, lo elemento più significativo, fondato, come condiviso da molti, sulla piena autonomia dell'ordinamento sportivo.

Si tratta di un fenomeno largamente diffuso su scala territoriale, ove si snoda un fitto tessuto di società e associazioni sportive, liberamente costituite sulla volontà degli associati di perseguire finalità sportive attraverso il loro impianto organizzativo. In tal senso il fenomeno evidenzia una sostanziale omogeneità, anche se sono presenti al suo interno vari tipi di aggregazioni.

Tra quelle che hanno come scopo primario la pratica sportiva occorre distinguere le società finalizzate al perseguimento di uno sport agonistico di vario livello da quelle che soddisfano esigenze di reclutamento o di pratica amatoriale.

Nelle prime è noto come un rilievo particolare abbiano assunto le società professionistiche regolamentate dalla legge 23 marzo 1981, n.91 emerse fin da allora, in modo sempre più prorompente, all'attenzione del legislatore che ne ha riconosciuto il fine lucrativo nel 1996¹ con ciò ponendo fine ad una concezione romantica dello sport basata sul dilettantismo.

V'è poi un altro gruppo consistente ove le finalità sportivo-ricreative sono viste nell'ambito più ampio di uno spazio socio-culturale, aggregazioni che confluiscono nelle associazioni del tempo libero, identificabili negli Enti di promozione sportiva.

Basato su canali di aggregazione diversi fra di loro, è un fenomeno in continua espansione per l'incidenza economica di notevole spessore che trascina con sé, diretta nel professionismo sportivo, di ricaduta in tutti gli altri movimenti dilettantistici finanche amatoriali o ricreativi.

Per quanto riguarda poi l'impianto organizzativo va detto che le Fe-

¹ Decreto Legge 20 settembre 1996, n.486 convertito in Legge 18 novembre 1996, n.586.

derazioni sportive nazionali dei vari sport detengono tutti i poteri di governo per l'esercizio delle varie discipline sportive secondo una specifica normazione interna costituita dagli statuti e dai regolamenti, cui sono soggette le società ed associazioni federali.

Ciò vale anche per le società appartenenti agli Enti di promozione sportiva ove però le regole, vuoi per le finalità non solo agonistiche che per la loro natura polisportiva, risultano generalmente meno assorbenti.

Per quanto riguarda l'assetto generale ed in relazione al riconoscimento delle società ai fini sportivi, il Coni non richiede specifiche forme particolari e dunque la scelta della forma societaria sarà fatta di volta in volta in relazione alle esigenze particolari di ciascun sodalizio, della funzione dilettantistica o professionistica da svolgere.

Per le società professionistiche la legge n.91/1981 prevede all'art.10 una forma vincolata, quella di Spa o Srl, mentre richiede la trasformazione di quelle esistenti in uno dei tipi previsti entro un anno dall'entrata in vigore della norma. Per le altre, le tipologie assumibili variano. Si possono avere cooperative, qualche caso isolato di associazioni riconosciute secondo gli schemi del diritto civile - si tratta in genere di società sportive trasformatesi in Enti morali- ed una larghissima diffusione delle associazioni non riconosciute che rappresentano certamente la figura generalizzata dell'associazionismo sportivo.

Si tratta, per queste ultime, di enti sportivi generalmente a carattere dilettantistico, prive di fine di lucro, riconducibili quanto a disciplina agli artt. 36 e ss. del codice civile.

I punti essenziali di tale disciplina possono evidenziarsi nelle seguenti regole:

- la regolamentazione interna dei rapporti e l'amministrazione del sodalizio viene rimessa alla volontà degli associati fatte salve le disposizioni civilistiche di riferimento ed applicabili in via analogica;
- la rappresentanza in giudizio dell'associazione è di norma attribuita al Presidente o al direttore del sodalizio;
- i contributi conferiti dagli associati costituiscono un fondo comune indisponibile fin tanto che dura l'associazione;
- per l'adempimento delle obbligazioni sociali rispondono, oltreché il

fondo comune, solidalmente e illimitatamente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione. Tale responsabilità si estende anche ai rapporti extra-negoziali.

Quanto all'ultimo punto va rilevato ancora come la responsabilità personale e solidale dell'associato che abbia agito in nome e per conto dell'ente, ha carattere accessorio e non sussidiario, non potendosi qui applicare il "beneficium excussionis" tipico delle associazioni riconosciute.

Con la conseguenza che il creditore societario può agire o direttamente contro l'associazione (sul fondo comune) o contro le persone che hanno agito in suo nome.

Caratterizzano questo tipo di ente il fine, che trascende i singoli componenti, l'organizzazione collettiva, la costituzione di un fondo comune che non è necessariamente fisso, la mutevolezza dei componenti, la rappresentanza conferita ai dirigenti.

Ci troviamo di fronte ad una struttura aperta, con una potenziale mutabilità dei soci e delle relative quote patrimoniali, che non costituiscono, tra l'altro, misura della partecipazione alla vita del gruppo; una struttura agibile per la complessa varietà d'intenti, seppur nel carattere sportivo.

Tuttavia non pochi sono gli svantaggi di tali sodalizi sportivi. In primo luogo il tipo di responsabilità personale degli associati, piuttosto pesante per chi tutto sommato è spinto da un intento amatoriale nell'impresa. In secondo luogo, agli effetti tributari, può risultare non influente la mancanza dello scopo lucrativo, ove viene considerata l'attività oggettivamente intesa e l'introito che ne deriva, prescindendo cioè dalla finalità della ulteriore destinazione degli utili conseguiti. V'è poi la difficoltà se non addirittura la impossibilità per questo tipo di ente sportivo di accedere ai finanziamenti dell'Istituto per il credito sportivo per la costruzione degli impianti dato che questi sono conferiti solo ad organismi dotati di personalità giuridica secondo gli schemi disposti dall'ordinamento giuridico generale.

Per tutte queste ragioni si è richiesta per lungo tempo al legislatore fiscale l'esenzione dei redditi reinvestiti nell'attività sportiva e anche la deducibilità dal plafond di ciò che è elargito per il finanziamento di attività sportive. O, ancora, l'applicazione di un canone simbolico da parte del Demanio per l'occupazione di aree pubbliche per l'esercizio di attività spor-

tive e la forfettizzazione dell'imposta sugli spettacoli con la SIAE. A ciò si aggiunge anche la richiesta di snellimento dell'impianto burocratico, di contabilità obbligatoria, insostenibile anche sul piano dei costi per consorzi di media, piccola dimensione quali sono le associazioni dilettantistiche.

Da tempo enti sportivi e governo si sono impegnati a ripensare, almeno, ad un trattamento fiscale agevolato che allevii le innumerevoli difficoltà finanziarie di questi sodalizi. Si è giunti così in questi ultimi anni ad alcuni provvedimenti normativi volti a fissare nuovi criteri di tassazione delle indennità di trasferta e dei rimborsi spese forfettari elargiti dalle associazioni dilettantistiche e a prevedere l'esenzione dal calcolo del plafond di proventi realizzati in via occasionale il cui introito non sia superiore ad un limite annuo complessivo prefissato.

Ma vediamo di cosa si tratta.

Per la prima questione la legge 13 maggio 1999, n. 133 ha introdotto alcune novità relative ai criteri di tassazione dei compensi percepiti dagli atleti dilettanti, delle indennità di trasferta, dei rimborsi spese forfettari erogati dalle associazioni sportive dilettantistiche. Ci riferiamo alle disposizioni contenute nell'art. 25 della citata legge e nell'art. 2 del decreto attuativo 26 novembre 1999, n. 473, che hanno modificato, anche se parzialmente, sia la disciplina fiscale contenuta nel T.U. delle Imposte sui redditi sia la normativa di cui alla legge n. 80/1986 di regolamentazione delle indennità di trasferta e dei rimborsi spese forfettari erogati agli atleti, allenatori, dirigenti, accompagnatori o ai giudici di gara da sodalizi sportivi dilettantistici.

L'agevolazione introdotta consente di non ricomprendere le somme sopra menzionate nell'ambito dei redditi di lavoro autonomo e quindi di non essere né assoggettate a ritenuta Irpef né di essere dichiarate unitamente agli altri redditi del percipiente.

L'art. 25 della legge n. 133/1999 ha previsto un ulteriore beneficio fiscale rispetto alla normativa previgente escludendo da qualsiasi forma di tassazione anche i proventi percepiti sotto forma di compensi fino ad un importo massimo annuale di 6 milioni di lire e nel limite di £.90.000 per ciascuna prestazione purché si verifichino le condizioni previste dalla legge. E' questa la novità maggiore rispetto alla normativa preesistente, che limitava il trattamento agevolativo agli importi corrisposti esclusivamente

a titolo di indennità di trasferta e dei rimborsi spese forfettari. In sostanza vengono modificati i criteri di tassazione relativi a quegli importi eccedenti la franchigia, assoggettandoli ad una ritenuta a titolo di imposta nella misura fissata dall'art.11 del T.U. delle imposte sui redditi approvato con DPR 22 dicembre 1986,n.917.

Diversamente, secondo la previgente disciplina (art. 1, legge n.80/1986)la quota eccedente la franchigia veniva assoggettata normalmente a ritenuta d'acconto secondo quanto previsto dal DPR n.600/1973 e concorrevava a formare il reddito complessivo unitamente agli altri redditi.

Le disposizioni in commento non riguardano tutti gli sportivi e neppure tutte le società. Di fatto si applicano alle sole società dilettantistiche ed ai soli atleti dilettanti ad esclusione, pertanto, dei professionisti siano essi soggetti individuali o collettivi.

Il trattamento agevolato dei compensi, delle indennità di trasferta e dei rimborsi spese forfettari si applica dunque solo a quelli erogati a sportivi dilettanti da società dilettantistiche che siano però riconosciute dal Coni, dalle Federazioni nazionali o dagli Enti di promozione sportiva.

L'art.2, comma 4, lett. a) del D.M. 26 novembre 1999,n.473 precisa che ai fini dell'applicazione delle agevolazioni "de quibus" si considerano società dilettantistiche il Coni stesso, le Federazioni sportive nazionali e gli Enti di promozione sportiva. La norma ha operato quindi un ampliamento dei soggetti riconducibili alle agevolazioni previste dall'art.25 della legge n.133/1999 fino al punto di ricomprendervi soggetti diversi dalle società dilettantistiche vere e proprie. Si tratta di enti che, per loro natura e fine, come le federazioni sportive, attuano agonismo programmatico di punta, di tipo professionistico. La riconducibilità alle previsioni dell'art.25, per esse, si verifica a condizione e solo se i compensi vengono erogati per prestazioni inerenti all'attività sportiva vera e propria o per promuovere l'attività sportiva dilettantistica. Restano comunque escluse le società sportive non riconosciute dall'ordinamento sportivo ancorché dilettantistiche.

Va rilevato che nel nostro ordinamento giuridico non esiste alcuna disposizione di legge in grado di fornire una qualificazione giuridica di sportivo dilettante. A ben vedere anche nell'ordinamento sportivo l'assetto organizzativo si fonda sull'impostazione di base della distinzione tra sport

totalmente agonistici e sport solo parzialmente professionistici. Poiché nell'ambito del Coni non esistono né potrebbero esistere sport esclusivamente professionistici - in quanto contrari ai regolamenti del CIO - l'attività dilettantistica e quella professionistica coesistono nelle medesime strutture federative.

A parziale soluzione della questione, cui apprezzabile contributo ha dato la legge 23 marzo 1981, n.91 sul professionismo sportivo, l'Amministrazione finanziaria ha precisato in proposito ² come debbano essere prese in considerazione le condizioni che danno luogo all'applicabilità della legge n. 91/1981: rientrano nella categoria degli atleti dilettanti tutti gli sportivi che non svolgono attività professionistica ai sensi della predetta legge.

Deve trattarsi dunque di soggetti diversi da quelli indicati dall'art.2 della legge n. 91/1981, che individua la figura dello sportivo professionista in tutti gli atleti, allenatori, direttori tecnico-sportivi e preparatori atletici che:

- esercitano l'attività sportiva a titolo oneroso;
- con carattere di continuità;
- nell'ambito delle discipline regolamentate dal Coni;
- che conseguono la qualificazione di sportivi professionisti dalle Federazioni sportive nazionali, secondo le norme emanate dalle Federazioni stesse e con l'osservanza delle direttive stabilite dal Coni per la distinzione dell'attività dilettantistica da quella professionistica.

Il primo comma dell'art.25 della legge n.133/1999 prevede, con riferimento al secondo tipo di beneficio fiscale, per le società sportive dilettantistiche, comprese quelle non riconosciute dal Coni o dalle Federazioni sportive nazionali purché in possesso di riconoscimento da Enti di promozione sportiva che si avvalgono dell'opzione di cui all'art.1 della legge n.398/1991, la neutralità fiscale, ai fini delle imposte sui redditi, degli introiti derivanti da attività commerciali connesse agli scopi istituzionali dell'associa-

² C.M. n. 27 del 3 luglio 1986.

zione, di attività di raccolta fondi purché svolte in maniera occasionale.

Il Decreto 10 novembre 1999 di attuazione del comma 1, art.25 della legge n. 133/1999 fissa in 100 milioni per periodo di imposta l'importo complessivo dei proventi derivanti dallo svolgimento delle attività non assoggettabili a tassazione. Mentre il D.M. 26 novembre 1999, n.473 attuativo dell'art.25 della legge più volte ricordata stabilisce che tali proventi, nei limiti ivi indicati, non si computano ai fini del calcolo del plafond di cui alla legge n 398/1991 né concorrono alla determinazione del reddito imponibile se conseguiti a seguito di manifestazioni realizzate successivamente alla data di entrata in vigore dello stesso decreto ministeriale.

Tale disciplina agevolata si applica solamente alle associazioni sportive dilettantistiche che si siano avvalse della legge n.398/1991 non anche agli enti senza scopo di lucro che non svolgono attività sportiva né allé pro loco. Viene ribadito pertanto che per poter fruire di questa agevolazione non è sufficiente svolgere attività sportiva ma necessita che la stessa sia svolta nell'ambito delle Federazioni sportive nazionali o dagli Enti di promozione sportiva.

Per quanto concerne i proventi commerciali connessi agli scopi istituzionali del sodalizio, il comma 2 dell'art.25 della legge n.133/1999 innalza a 360 milioni il volume d'affari entro cui è possibile avvalersi della legge n. 398/1991, che prevede l'opzione per il regime di tassazione forfettario, a partire dal secondo quadrimestre d'imposta successivo a quello dell'entrata in vigore dello stesso provvedimento legislativo. Destinatari del provvedimento sono le associazioni sportive dilettantistiche riconosciute dal Coni o dalle Federazioni sportive nazionali o da Enti di promozione sportiva nonché le associazioni senza scopo di lucro e le pro loco che si avvalgono dell'opzione sopra ricordata.

Se il legislatore fiscale ha, con i provvedimenti innanzi analizzati, introdotto agevolazioni che consentono di incentivare i sodalizi sportivi di piccola e media dimensione anche di tipo amatoriale, il quadro tracciato in partenza fornisce un'idea delle problematiche più rilevanti in cui si colloca l'esercizio dello sport agonistico. Si conoscono altresì le carenze di cui soffre l'esercizio della pratica sportiva a livello sociale, specie in ordine al sistema scolastico e agli impianti sportivi. Di converso, i nuovi tempi pro-

pongono altri fenomeni, quali le sponsorizzazioni e l'espansione in genere dell'incidenza pubblicitaria.

In una prospettiva di riforma del settore che tenga conto delle innumerevoli problematiche, per un contributo alla loro progressiva soluzione, si dovrebbe pensare piuttosto a finanziamenti diretti dei sodalizi sportivi dilettantistici e degli Enti di promozione sportiva a mezzo del Totocalcio, come avviene per il Coni, le cui entrate dovrebbero essere destinate interamente allo sport, destinando le quote ora riservate allo Stato verso quella direttrice o per la costruzione di impianti e strutture sportive sia per lo sport agonistico che amatoriale e sociale.

Lo sport si presenta, oggi, come uno dei protagonisti della vita organizzata, conforme al fatto sociale che riscontra il fenomeno della pratica sportiva come dato oramai largamente massificato; esso ha acquisito un indeclinabile valore sociale che il legislatore deve garantire e tutelare nell'interesse dell'intera collettività.

