

N. 4  
Luglio - Agosto

Tariffa R.O.C. Poste Italiane S.p.a. - Sped. in abb. post. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27-02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

RIVISTA BIMESTRALE  
a cura di

GIORGIO CIAN  
ALBERTO MAFFEI ALBERTI  
PIERO SCHLESINGER

ANNO XXXI

# LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE

Direzione:

P. AUTERI - C.M. BIANCA - E. BOCCHINI  
G. CAIA - F. CIPRIANI - R. DE LUCA TAMAJO  
A. DI PIETRO - P. FILIPPI - N. LIPARI - S. MENCHINI  
M. NAPOLI - G. SANTORO PASSARELLI  
A. TRAVI - A. ZACCARIA

Comitato scientifico:

FD. Busnelli - S. Cassese - G. Cottino  
G. Falcon - E. Fazzalari - G. Giugni - N. Irti  
M. Libertini - P. Marchetti - G. Minervini  
M. Persiani - P. Rescigno - T. Treu

Redattore capo:

Simonetta Baldi

- ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2002/47/CE, IN MATERIA DI CONTRATTI DI GARANZIA FINANZIARIA (d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170)
- L'IMPRESA DI FRONTE ALL'INFORMAZIONE E CONSULTAZIONE DEI LAVORATORI (d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25)



N. 4

ANNO XXXI

LUGLIO-AGOSTO 2008

---

LE NUOVE  
**LEGGI CIVILI**  
COMMENTATE

---

## *Indice - Sommario del fascicolo IV*

---

### *Le attualità*

---

#### **Il procedimento d'ingiunzione europeo. Le ragioni della scelta regolamentare**

di MARIA ROSARIA CULTRERA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni storici sull'istituto. – 3. Il procedimento. – 4. L'oggetto della tutela. – 5. Caratteristiche della procedura. – 6. Conclusioni . pag. 705

---

#### **La legge fallimentare dopo il « correttivo » (d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169)**

di FABIO MICCIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 1 l. fall. e le nuove soglie di fallibilità. – 2.1. La disciplina antecedente alla riforma del 2006. – 2.2. La riforma introdotta con il d.lgs. n. 5/06 ed i principali problemi interpretativi posti dalla novella. – 2.3. Le ulteriori modificazioni introdotte dal decreto correttivo. – 3. Il nuovo ruolo del comitato dei creditori. – 4. Le correzioni al procedimento di verifica del passivo: conferma ed estensione del principio di esclusività della sede della verifica del passivo per l'accertamento dei crediti verso il fallito. – 4.1. L'introduzione di un obbligo di insinuazione anche per i c.d. crediti fondiari. – 4.2. Le modifiche al procedimento di verifica del passivo. – 4.3. I termini per l'esame delle domande tardive. – 4.4. L'estensione delle regole semplificate per la modifica dello stato passivo per effetto di cessioni di crediti anche alle surroghe. – 5. Il programma di liquidazione. – 6. Il concordato fallimentare. – 6.1. Proposte di concordato fallimentare concorrenti e tutela del fallito. – 6.2. Termine di presentazione di una proposta di concordato fallimentare concorrente. – 6.3. Proposte di concordato concorrenti e modalità e tempi di una eventuale modificazione ed integrazione delle stesse. – 6.4. Proposte di concordato concorrenti e disciplina procedimentale. – 7. Il concordato preventivo. – 8. Le norme transitorie ..... pag. 727

## *I commentari*

### **Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria (d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170)**

Commentario a cura di ALESSANDRO V. GUCCIONE

#### PREMESSA

SOMMARIO: 1. Le ragioni della direttiva sui *financial collateral arrangements*. . . . . pag. 799

#### Art. 1. - *Definizioni*

SOMMARIO: 1.1. Le attività finanziarie: art. 1, comma 1°, lett. *c)*, *b)* e *t)*. Il contante e i crediti analoghi. – 1.2. *Segue*: le altre attività accettate a garanzie delle operazioni del SEBC e dei sistemi di regolamento. – 2.1. I contratti di garanzia finanziaria. Il pegno come contratto di garanzia finanziaria. – 2.2. Il contratto di cessione del credito in garanzia. – 2.3. Il contratto di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia. – 2.4. Il contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie. – 2.5.1. Le parti del contratto di garanzia finanziaria. *a)* Le autorità pubbliche; *b)* le banche centrali. – 2.5.2. *Segue*: *c)* Gli enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale. 2.5.3. *Segue*: *d)* le controparti centrali, gli agenti di regolamento e le stanze di compensazione; *e)* le persone diverse dalle persone fisiche. – 3. La clausola di integrazione. – 4. La clausola di interruzione dei rapporti e pagamento del saldo netto, clausola di *close-out netting*. – 5. La clausola di sostituzione. – 6. Gli eventi determinanti l'escussione della garanzia. – 7. La garanzia equivalente. – 8. Il giorno e momento di apertura di una procedura di risanamento e liquidazione. – 9. Le obbligazioni finanziarie e le obbligazioni finanziarie garantite. – 10. La prestazione della garanzia finanziaria. – 11. Le procedure di liquidazione e di risanamento . . . . . pag. 801

#### Art. 2. - *Ambito di applicazione*

SOMMARIO: 1. L'ambito di applicazione del decreto . . . . . pag. 816

#### Art. 3. - *Efficacia della garanzia finanziaria*

SOMMARIO: 1. L'esonero dei contratti di garanzia dal rispetto di oneri formali e procedurali. . . . . pag. 817

#### Art. 4. - *Escussione del pegno*

SOMMARIO: 1. L'escussione del pegno. Il pegno di attività finanziarie. – 2. Il pegno avente per oggetto contante. – 3. L'obbligo di informare il datore della garanzia e quello di restituzione dell'eccedenza. . . . . pag. 819

#### Art. 5. - *Potere di disposizione delle attività finanziarie oggetto del pegno*

SOMMARIO: 1. Il potere di disporre delle attività finanziarie oggetto di pegno . . . . . pag. 821

Art. 6. - <i>Cessione del credito o trasferimento della proprietà con funzione di garanzia</i> SOMMARIO: 1. Il <i>recharacterisation risk</i> e le soluzioni di diritto positivo. - 2. L'estensione dell'art. 5, commi da 2° a 4° alla cessione del credito e al trasferimento della proprietà con funzione di garanzia .....	pag. 823
Art. 7. - <i>Clausola di « close-out netting »</i> SOMMARIO: 1. Il rischio legale degli accordi di <i>close-out netting</i> e la soluzione del decreto .....	pag. 825
Art. 8. - <i>Condizioni di realizzo e criteri di valutazione</i> SOMMARIO: 1. La ragionevolezza commerciale .....	pag. 826
Art. 9. - <i>Effetti delle procedure di liquidazione sulle garanzie finanziarie</i> SOMMARIO: 1. La validità e l'efficacia delle garanzie concluse nel periodo sospetto. - 2. La qualificazione delle alienazioni in garanzia agli effetti della legge fallimentare. - 3. Le clausole di sostituzione e di integrazione. - 4. La disciplina dei rapporti giuridici pendenti. ....	pag. 829
Art. 10. - <i>Legge regolante i diritti su strumenti finanziari in forma scritturale</i> SOMMARIO: 1. Introduzione. La struttura del <i>cross-border settlement</i> . - 2. I termini del problema. - 3. L'art. 9 della dir. 2002/47/CE. - 4. L'art. 10 del decreto: a) la nozione di diritto avente ad oggetto o relativo a strumenti finanziari in forma scritturale; b) il problema dell'estensione del <i>PRIMA</i> al trasferimento dei diritti riguardanti strumenti finanziari in forma scritturale; c) la nozione di modalità di trasferimento. - 5. <i>Segue</i> : d) Il problema del mancato recepimento dell'elenco di cui all'art. 9(2) della direttiva. - 6. Le regole applicabili nel caso in cui il conto di pertinenza si trovi in Italia .....	pag. 832
Art. 11. - <i>Abrogazioni e modifiche</i> SOMMARIO: 1. Le abrogazioni e le modifiche .....	pag. 840

## **L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori** (d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25)

Commentario a cura di MARIO NAPOLI

### NOTE INTRODUTTIVE

#### L'INFORMAZIONE E LA CONSULTAZIONE SONO UN DIRITTO

Commento di MARIO NAPOLI

SOMMARIO: 1. L'informazione e la consultazione nella strategia europea. L'interpretazione alla luce dei «considerando». - 2. Le scelte dell'ordinamento interno. - 3. Le prospettive. ....	pag. 843
--	----------

Art. 1. - *Oggetto*

Art. 2. - *Definizioni*

Art. 4. - *Modalità dell'informazione e della consultazione*

Commento di MATTEO CORTI

INFORMAZIONE E CONSULTAZIONE IN ITALIA TRA CONTINUITÀ FORMALE E SVILUPPI SISTEMATICI

SOMMARIO (artt. 1, 2 e 4 d.lgs. n. 25/07): I. INTRODUZIONE. – 1. La scarsa risonanza della direttiva e del decreto nell'ambiente scientifico, politico e sindacale italiano: un errore di prospettiva. – 2. I criteri esegetici e il piano del commento. II. LA DIR. 2002/14/CE E IL QUADRO COMUNITARIO E COMPARATO DI RIFERIMENTO. – 3. Dalla V direttiva di armonizzazione societaria all'art. 27 della Carta di Nizza, passando per la direttiva *Vredeling*. – 4. Il quadro comparato sull'informazione e consultazione dei lavoratori: le esperienze di Francia, Germania, Austria, Olanda, Svezia e Gran Bretagna. – 5. La dir. 2002/14/CE. – 6. L'attuazione della direttiva in Gran Bretagna. III. L'INFORMAZIONE E CONSULTAZIONE DEI LAVORATORI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. – 7. Dalle commissioni interne alla partecipazione conflittuale. – 8. La via italiana al coinvolgimento dei lavoratori: i diritti di informazione e consultazione di genesi contrattuale collettiva. – IV. LA TRASPOSIZIONE DELLA DIR. 2002/14/CE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: COMMENTO AGLI ARTT. 1, 2 E 4, D.LGS. N. 25/07. – 9. Il compito affidato alla contrattazione collettiva. – 10. La questione dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi che attuano il decreto. – 11. L'art. 1: in particolare l'obbligo di reciproca collaborazione e di contenimento degli opposti interessi. – 12. L'art. 2: le definizioni di impresa, datore di lavoro e lavoratore. – 13. L'art. 2: le definizioni di rappresentanti dei lavoratori e contratto collettivo. – 14. L'informazione e consultazione dei lavoratori nell'art. 2, lett. e)-f) e nell'art. 4, commi 3°-5°. – 14.1. Le modalità dell'informazione *ex art. 4*, commi 3°-4°. – 14.2. Le modalità della consultazione *ex art. 4*, commi 3° e 5°. – 15. L'art. 4, commi 1°-2°: il sostegno legislativo alla contrattazione collettiva sul coinvolgimento dei lavoratori e il suo ambito di esplicazione. – V. UN BILANCIO SUL D.LGS. N. 25/07: NODI IRRISOLTI E IMPLICAZIONI SISTEMATICHE. – 16. La stabilizzazione della via italiana al coinvolgimento dei lavoratori. – 17. Le implicazioni sistematiche del d.lgs. n. 25/07. – 18. I nodi irrisolti: nuovi compiti per il legislatore .....

pag. 849

Art. 3. - *Campo di applicazione*

Art. 9. - *Disposizioni transitorie*

Art. 10. - *Oneri finanziari*

Art. 11. - *Entrata in vigore*

Commento di CRISTINA ALESSI

IL CAMPO DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DELL'INFORMAZIONE E CONSULTAZIONE DEI LAVORATORI

SOMMARIO (artt. 3, 9, 10 e 11 d.lgs. n. 25/07): 1. La dimensione dell'impresa. – 2. I criteri di computo dei lavoratori. – 2.1. Il computo dei lavoratori a termine, degli apprendisti e dei lavoratori assunti con contratto di inserimento. – 2.2. I la-

- vori ad orario ridotto: *part-time*, *job sharing*, lavoro intermittente. – 2.3. Lavoratori a domicilio, somministrati, in appalto. Le disposizioni per le organizzazioni di tendenza. .... pag. 923
- Art. 5. - *Informazioni riservate*  
 Commento di LUCIANA GUAGLIANONE  
 IL PROBLEMA DELLE INFORMAZIONI RISERVATE  
 SOMMARIO: 1. Le disposizioni comunitarie: costruzione di una norma. – 2. La norma nazionale. Limiti e controlimiti al dovere di informazione: uno sguardo d'insieme. – 3. La riservatezza. – 4. I protagonisti ed i destinatari dell'obbligo di riservatezza: i rappresentanti dei lavoratori. – 4.1. I lavoratori. – 4.2. Gli esperti, i terzi, i consulenti. – 5. Il segreto. – 5.1. ...dai « criteri obiettivi » (art. 6 dir. 2002/14/CE) alle « esigenze tecniche, organizzative e produttive » (art. 5 d.lgs. n. 25/07). – 5.2. La concretizzazione delle « esigenze tecniche, organizzative e produttive » tramite la Commissione di conciliazione. – 5.3. I parametri di valutazione della legittimità del segreto. – 6. La *privacy* delle persone giuridiche . pag. 934
- Art. 6. - *Tutela dei rappresentanti dei lavoratori*  
 Commento di ANTONELLA OCCHINO  
 LA PROTEZIONE DEI RAPPRESENTANTI DEI LAVORATORI ..... pag. 951
- Art. 7. - *Difesa dei diritti*  
 Commento di VINCENZO FERRANTE  
 LE SANZIONI IN CASO DI VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI IN TEMA DI INFORMAZIONE E CONSULTAZIONE  
 SOMMARIO: 1. Antecedenti europei e vocazione antagonistica delle relazioni sindacali italiane. – 2. Il significato del coinvolgimento dei lavoratori nella gestione dell'impresa. – 3. La trasposizione della direttiva sulla SE: una occasione mancata per imprimere un diverso orientamento alle relazioni industriali. – 4. La recezione della direttiva sui CAE e il problema delle sanzioni. – 5. Le sanzioni e l'applicazione della procedura *ex art. 28 stat. lav.* ai diritti di informazione e consultazione ..... pag. 953
- Art. 8. - *Relazione con le disposizioni nazionali in materia di informazione e consultazione dei lavoratori*  
 Commento di ANTONELLA OCCHINO  
 LE RELAZIONI CON IL QUADRO NORMATIVO PREESISTENTE  
 SOMMARIO: 1. Il carattere speciale delle procedure in materia di « trasferimenti di azienda » e di « mobilità » (comma 1°). – 2. L'interazione con la disciplina sui CAE (comma 2°). – 3. La salvezza degli « altri diritti » in materia di « informazione, consultazione e partecipazione » (comma 3°) ..... pag. 964

e attori delle relazioni industriali contigui all'area CISL e al riformismo moderato<sup>(351)</sup>; si proponevano incentivi di carattere fiscale, contributivo e normativo in favore delle imprese che adottassero, in accordo con il sindacato o i lavoratori, uno statuto partecipativo<sup>(352)</sup>. L'iniziativa, che non ha avuto ulteriore seguito<sup>(353)</sup>, appariva sbilanciata in direzione della parteci-

<sup>(351)</sup> La proposta era stata elaborata nell'ambito del Cesos (Centro di studi economici, sociali e sindacali) dal gruppo composto da G. BAGLIONI, CASTRO, FIGURATI, NAPOI e PAPARELLA, e si può leggere nel volumetto dal titolo *Oltre la soglia dello scambio. La partecipazione dei lavoratori nell'impresa. Idee e proposte*, Cesos, Roma, 2000. Le caratteristiche salienti del progetto sono la non obbligatorietà delle forme di partecipazione e gli incentivi fiscali, contributivi, contrattuali e normativi previsti in favore delle imprese che sperimentano la partecipazione in accordo con le parti sociali. La legge dovrebbe incentivare sia la partecipazione decisionale che quella economica. Le caratteristiche della partecipazione « premiata » dovrebbero essere descritte a maglie larghe nella legge e concretizzate in appositi accordi partecipativi aziendali. Questi ultimi, certificati da una apposita commissione costituita nell'ambito del CNEI, dovrebbero ingresso agli incentivi. Ulteriore incentivo di tipo normativo sarebbe la possibilità di avvalersi negli atti di comunicazione della denominazione « impresa partecipativa ». Si deve tuttavia porre attenzione alla circostanza che il progetto utilizza una nozione assai ampia di partecipazione, che va dall'informazione e consultazione alla codeterminazione, ma esclude la cogestione negli organi societari. Quest'ultima è contemplata soltanto come appendice eventuale della partecipazione economica *sub specie* di possesso di azioni da parte dei lavoratori, e viene contenuta nell'ambito degli spazi (per la verità piuttosto angusti) lasciati aperti dal diritto societario alla nomina di amministratori da parte degli azionisti di minoranza.

<sup>(352)</sup> Per un'esposizione più dettagliata del proget-

to di legge unificato v. CORTI, *Il caso della società europea...*, cit., pp. 1510-1511.

zione economica piuttosto che del coinvolgimento decisionale, e soprattutto inadeguata alla trasposizione della direttiva 2002/14/CE: infatti, l'adozione dello statuto partecipativo, benché incentivata, non era obbligatoria, nemmeno con contenuti minimi.

Ora che il problema di uno zoccolo minimo generalizzato di diritti di informazione e consultazione è stato risolto dal d.lgs. n. 25/07, si potrebbe riprendere l'idea di una legislazione promozionale delle forme più avanzate di coinvolgimento dei lavoratori, comprese quelle partecipative, anche negli organi decisionali delle società<sup>(354)</sup>. La legge non dovrebbe soltanto avere cura di salvaguardarne la volontarietà, ma anche di rafforzarne la convenienza. In particolare, negli ambiti coperti dalle forme di partecipazione decisionale si escluderebbe rigorosamente il ricorso all'azione diretta: per un verso, il conflitto sindacale dovrebbe essere in linea di principio vietato, per l'altro, la decisione viziata da inosservanza della procedura partecipativa sarebbe radicalmente nulla.

MATTEO CORTI

<sup>(353)</sup> V. però l'effimera esperienza del Fondo speciale per l'incentivazione della partecipazione dei lavoratori nelle imprese, introdotto dall'art. 4, commi 112°-115°, l. n. 350/2003 e definitivamente affossato da una discutibile sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. 16 giugno 2005, n. 231, consultabile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)): CORTI, *Il caso della società europea...*, cit., pp. 1507-1508.

<sup>(354)</sup> Si era avanzata una proposta più dettagliata in questo senso già per il recepimento della direttiva 2002/14/CE: cfr. CORTI, *Il caso della società europea...*, cit., pp. 1497 ss.

### Art. 3.

#### (Campo di applicazione)

1. Il presente decreto legislativo si applica a tutte le imprese che impiegano almeno 50 lavoratori.

2. La soglia numerica occupazionale è definita nel rispetto delle norme di legge e si basa sul numero medio ponderato mensile dei lavoratori subordinati impiegati negli ultimi due anni. I lavoratori occupati con contratto a tempo determinato sono computabili ove il contratto abbia durata superiore ai nove mesi. Per i datori di lavoro pubblici o privati che svolgono attività di

*carattere stagionale, il periodo di nove mesi di durata del contratto a tempo determinato si calcola sulla base delle corrispondenti giornate lavorative effettivamente prestate, anche non continuative.*

3. *Il presente decreto legislativo non pregiudica eventuali procedure specifiche di informazione e consultazione già esistenti nel diritto nazionale al momento della data di entrata in vigore del presente decreto legislativo applicabili ai datori di lavoro che perseguono direttamente e principalmente fini politici, di organizzazione professionale, confessionali, benefici, educativi, scientifici o artistici, nonché fini d'informazione o espressione di opinioni.*

[Omissis] (\*)

(\*) Per il testo e il commento dell'art. 4, v. *supra*, il lavoro di M. CORTI; per quello dell'art. 5, v. *infra* la parte « Il problema delle informazioni riservate » di L. GUAGLIANONE; per quello dell'art. 6 la parte « La protezione dei rappresentanti dei lavoratori » di A. OCCHINO; per quello dell'art. 7, la parte relativa alle sanzioni; di v. FERRANTE; per quello dell'art. 8 e la parte « Le relazioni con il quadro normativo preesistente, di A. OCCHINO.

#### Art. 9.

(Disposizioni transitorie)

1. *Il presente decreto legislativo si applica, in deroga a quanto previsto dall'articolo 3, comma 1:*

a) *fino al 23 marzo 2007, solo nei confronti delle imprese che impiegano almeno 150 lavoratori;*

b) *dal 24 marzo 2007 al 23 marzo 2008, solo nei confronti delle imprese che impiegano almeno 100 lavoratori.*

#### Art. 10.

(Oneri finanziari)

1. *Dall'attuazione del presente decreto legislativo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.*

#### Art. 11.

(Entrata in vigore)

1. *Il presente decreto legislativo entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.*

*Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.*

## IL CAMPO DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DELL'INFORMAZIONE E CONSULTAZIONE DEI LAVORATORI

**SOMMARIO** (artt. 3, 9, 10 e 11 d.lgs. n. 25/07): 1. La dimensione dell'impresa. - 2. I criteri di computo dei lavoratori. - 2.1. Il computo dei lavoratori a termine, degli apprendisti e dei lavoratori assunti con contratto di inserimento. - 2.2. I lavori ad orario ridotto: *part-time*, *job sharing*, lavoro intermittente. - 2.3. Lavoratori a domicilio, somministrati, in appalto. Le disposizioni per le organizzazioni di tendenza.

1. - Il comma 1° dell'art. 3 stabilisce che l'applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 25/07 è riservata alle imprese che occupino almeno 50 lavoratori. La previsione adotta uno dei criteri utilizzati dalla dir. 2002/14/CE per la delimitazione del suo campo di applicazione, quello riferito alla dimensione complessiva dell'impresa, escludendo così la possibilità, pure prevista dalla direttiva, di fare riferimento alle dimensioni dello *stabilimento*, ovvero dell'unità produttiva, per il quale la soglia dimensionale minima sarebbe stata di 20 lavoratori. Una simile scelta è certamente conforme alle previsioni comunitarie e in linea con analoghe previsioni in materia di diritti di informazione e consultazione dei lavoratori in occasione di situazioni di crisi; si pensi, ad esempio, alle disposizioni in tema di Cassa integrazione guadagni o di licenziamenti collettivi. La generalità della previsione, tuttavia, avrebbe forse permesso di « osare » un po' di più, per esempio collegando i diritti di informazione e consultazione previsti dal d.lgs. n. 25/07 al campo di applicazione del titolo III dello Statuto dei lavoratori, cioè alle unità produttive nelle quali è possibile costituire una rappresentanza sindacale aziendale ai sensi dell'art. 19 dello Statuto medesimo<sup>(1)</sup>. Del resto, che una simile soluzione avrebbe potuto tranquillamente essere adottata è confermato dalle stesse parti sociali che, nell'avviso comune sul recepimento

della dir. 2002/14/CE<sup>(2)</sup>, definiscono lo stabilimento come « l'unità produttiva come definita dalle leggi e dai contratti collettivi di lavoro »<sup>(3)</sup>. In tal modo, fra l'altro, i diritti di informazione e consultazione specifici sopra citati avrebbero potuto collocarsi in un quadro regolativo più coerente, nel quale all'informazione e consultazione periodica si aggiunge, nelle situazioni di particolare importanza, una procedura aggiuntiva. La delimitazione del campo di applicazione viene giustificato, nella dir. 2002/14/CE, con il classico riferimento alla necessità di « evitare vincoli amministrativi, finanziari e giuridici tali da contrastare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese » (si v. il *considerando* 19), formula ormai presente in tutte le direttive in materia sociale. Nella direttiva in esame, tuttavia, la preoccupazione di non ostacolare eccessivamente la nascita di imprese appare affermata con particolare nettezza in più punti. Basti pensare, in primo luogo, alla possibilità, prevista nel *considerando* 21 e nell'art. 10 della direttiva, di limitare ulteriormente il campo di applicazione della disciplina ivi contenuta per gli Stati in cui non esista un sistema istituzionale di informazione o consultazione dei lavoratori (su questi profili si tornerà tra breve), nonché alla previsione del *considerando* 22, a mente del quale « il quadro comunitario in questo settore dovrebbe limitare al livello minimo possibile gli oneri imposti alle imprese e agli stabilimenti, pur garantendo l'esercizio effettivo dei diritti accordati ». Se, da un lato, una simile impostazione è legata all'allargamento dell'Unione, e perciò all'ingresso di Paesi con un basso tasso di industrializzazione<sup>(4)</sup>, dall'altro non si può na-

<sup>(1)</sup> Sul punto si v. le osservazioni di CORTI, *sub* art. 1, 2 e 4, in questo *Commentario*, par. 12. Si v. anche FERRANTE, *Direttiva che istituisce un quadro generale in tema di informazione e consultazione: recepita in Italia*, in *Iustlabor*, n. 2/07, reperibile all'indirizzo <http://www.raco.cat/>, che definisce « insolita nel settore del diritto sindacale » la soglia dimensionale prescelta dal d.lgs. n. 25/07.

<sup>(2)</sup> Si v. l'« avviso comune per il recepimento della direttiva 11 marzo 2002, n. 14 », siglato dalle parti sociali il 27 novembre 2006, *sub* art. 2, comma 1°, lett. b).

<sup>(3)</sup> Sulla nozione di stabilimento nel diritto comunitario si v. Corte giust. CE 15 febbraio 2007, C-270/05, *Athinaiiki*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 895 ss., con nota di COSIO, *I licenziamenti collettivi e il diritto europeo*, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

<sup>(4)</sup> Per alcuni riferimenti all'attuazione della dir. 2002/14/CE nei Paesi di recente adesione si v. ALIAS,

scondere l'impressione che previsioni siffatte costituiscano, in qualche misura, una riaffermazione del primato, in ambito comunitario, della sfera economica su quella sociale, impressione che le recenti pronunce della Corte di giustizia sui casi Viking e Laval non aiutano a dissipare<sup>(5)</sup>. Nell'ordinamento italiano, tuttavia, anche sotto questo profilo l'individuazione di un campo di applicazione centrato sull'unità produttiva non avrebbe aggravato in maniera insostenibile la situazione delle piccole imprese, proprio perché negli ambiti ove sono costituite le rappresentanze sindacali aziendali esistono già specifici diritti di informazione, di origine sia legale che contrattuale<sup>(6)</sup>. Per una normati-

va che ambisce a « porsi come legge generale sui diritti di informazione e consultazione dei lavoratori nell'impresa »<sup>(7)</sup>, una limitazione così importante del campo di applicazione rischia di ridimensionarne notevolmente la portata, se si pensa che le imprese italiane hanno generalmente un numero basso di addetti, nella maggior parte dei casi al di sotto dei 50 dipendenti<sup>(8)</sup>. Se questo è vero, si deve però riconoscere che la normativa in commento risulta migliorativa rispetto alle previsioni contrattuali in materia di diritti di informazione, molte delle quali fissano ad un livello più alto di 50 dipendenti la soglia oltre la quale l'impresa è tenuta ad informare i rappresentanti dei lavoratori delle proprie decisioni gestionali e organizzative<sup>(9)</sup>.

Alla luce delle considerazioni ora svolte, la scelta del legislatore italiano di avvalersi della possibilità, prevista dall'art. 10 della direttiva, di applicare gradualmente le disposizioni in materia di informazione e consultazione sembra davvero poco giustificata. L'art. 9 prevede infatti che, in deroga a quanto previsto dall'art. 3, comma 1°, il d.lgs. in commento si applichi solo alle imprese che occupino almeno 150 lavoratori fino al 23 marzo 2007, e solo nei confronti delle imprese aventi almeno 100 dipendenti dal 24 marzo 2007 al 23 marzo 2008. A termini ormai scaduti, si può osservare che la direttiva concede la possibilità di deroga ai soli Paesi in cui « non esiste un regime legale, generale e permanente di informazione o consultazione dei lavoratori, né un regime legale, generale e permanente di rappresentanza dei lavoratori » (art.

*L'attuazione della direttiva n. 2002/14/CE: il quadro europeo e il caso italiano*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 919.

<sup>(5)</sup> Il riferimento è a Corte giust. CE 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking*, e a Corte giust. CE 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*, entrambe reperibili sul sito « Labour Web », [www.lex.unict.it/eurolabor](http://www.lex.unict.it/eurolabor). Sul punto si v. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. e dir.*, 2008, p. 63 ss.; CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, Working Paper C.S.D.L.E. « Massimo D'Antona » INT - 61/08, in [www.lex.unict.it/eurolabor](http://www.lex.unict.it/eurolabor); ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, Working Paper C.S.D.L.E. « Massimo D'Antona » INT - 45/06, in [www.lex.unict.it/eurolabor](http://www.lex.unict.it/eurolabor); BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, Working Paper C.S.D.L.E. « Massimo D'Antona » INT - 54/07, in [www.lex.unict.it/eurolabor](http://www.lex.unict.it/eurolabor).

<sup>(6)</sup> Sulla tendenza delle imprese vicine alla soglia dei 15 dipendenti a mantenere inalterato il numero dei lavoratori per evitare l'applicazione della disciplina relativa ai diritti di libertà sindacale nei luoghi di lavoro, nonché dell'art. 18 stat. lav., si v. DE NARDIS, MANCINI e PAPPALARDO, *Regolazione del mercato del lavoro e crescita dimensionale delle imprese: una verifica sull'effetto soglia dei 15 dipendenti*, Working Paper Isac n. 38/03, reperibile all'indirizzo internet [www.isae.it](http://www.isae.it); PRINCIPE, *Soglie dimensionali e regolazione del rapporto di lavoro in Italia*, Working Paper Isae n. 36/03, *ibidem*, sottolinea come le soglie dimensionali relative alla presenza sindacale abbiano valenza diversa, dovendo valutarsi il loro effetto « all'interno del sistema di scambi e contropartite che in quella sede si sviluppa, determinando per l'impresa

convenienze di segno diverso, in particolare attorno alla coppia retribuzione aziendale-flessibilità » (p. 3).

<sup>(7)</sup> In questo senso GUARRIELLO, *Nota sulla trasposizione della direttiva 2002/14/CE dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori*, in [www.cgil.it/giuridico](http://www.cgil.it/giuridico).

<sup>(8)</sup> Si vedano ad esempio i dati ISTAT disponibili, che dimostrano come le imprese al di sotto dei 50 dipendenti costituiscano oltre il 90% delle imprese, occupando circa il 70% dei lavoratori dipendenti. Si v. il censimento 2001, disponibile all'indirizzo internet: [http://dwcis.istat.it/cis/download\\_dati\\_italia.htm](http://dwcis.istat.it/cis/download_dati_italia.htm). Si v. altresì il volume curato dall'Istituto Tagliacarne, *Le piccole e medie imprese nell'economia italiana*, Milano, 2007.

<sup>(9)</sup> Si v. i dati riportati da PRINCIPE, *op. cit.*, p. 23.

10, comma 1°, dir. 2002/14/CE). Ora, si potrebbe dubitare che una simile previsione possa essere riferita all'ordinamento italiano, almeno per quanto attiene al sistema legale di rappresentanza dei lavoratori, data l'ampiezza delle previsioni dell'art. 19 Stat. lav. (10). È vero che, come osserva la dottrina più attenta, la costituzione di r.s.a. « non ha carattere necessario e generale, avendo luogo sulla base dell'iniziativa dei lavoratori che si riconoscono in una determinata sigla sindacale » (11); tuttavia, alla carenza di rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro avrebbe potuto avviarsi prevedendo che, in tal caso, la procedura di informazione e/o consultazione avrebbe potuto essere avviata dagli organismi locali delle associazioni sindacali esterne, individuate secondo il criterio della maggiore rappresentatività comparata, come avviene in casi analoghi (12). Il ricorso alla deroga ha permesso, in definitiva, di spostare in avanti di altri due anni la completa entrata in vigore della nuova disciplina per le imprese aventi tra i 51 e i 100 dipendenti, di un anno per quelle aventi tra i 101 e i 150 dipendenti; detti periodi, sommati a quello dovuto al ritardo del nostro Paese nella trasposizione della direttiva (13), hanno consentito un adeguamento davvero graduale delle imprese italiane alle nuove previsioni.

L'applicazione del d.lgs. n. 25/07 è estesa, ai sensi dell'art. 1, comma 1°, alle « unità produttive situate in Italia » di imprese aventi sede in altri Paesi, comunitari e non, a condizione che raggiungano la soglia dimensionale stabilita dall'art. 3 (14). Si deve ritenere che, in questa ipote-

si, la sussistenza del requisito occupazionale vada verificata guardando alla dimensione complessiva delle unità produttive presenti nel territorio italiano, sommando dunque i dipendenti presenti nelle diverse filiali dell'impresa, anche se non funzionalmente autonome rispetto alla sede centrale.

Il riferimento alla dimensione dell'impresa sembra invece escludere la possibilità di considerare unitariamente, ai fini del computo dei dipendenti, le imprese facenti parte di un gruppo (15). Secondo la tradizionale impostazione giurisprudenziale, com'è noto, è possibile sommare i dipendenti di un gruppo di imprese, ai fini ad esempio dell'applicazione della tutela reale di cui all'art. 18 Stat. lav., solamente ove sia possibile dimostrare che il gruppo è stato costituito al solo fine di eludere l'applicazione della normativa di tutela, finalità resa evidente dalla sussistenza di alcuni indici (16). In effetti, neppure la dir. 2002/14/CE fa riferimento al gruppo di imprese, mentre altre disposizioni co-

*c.d. consultazione: il decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25, in MONTUSCHI (a cura di), Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa, Milano, 2007, p. 709 ss.; CORTI, sub artt. 1, 2 e 4, in questo Commentario, par. 14.*

(15) Sul rilievo del gruppo di imprese nel diritto del lavoro si v., in generale, DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza: interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 2005; LUNARDON, *Autonomia collettiva e gruppi di imprese*, Torino, 1996; NOGLER, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in *Lav. e dir.*, 1992, p. 291 ss.; MAZZOTTA, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, in *Lav. e dir.*, 1988, p. 359 ss.

(16) Si v., ad esempio, Cass. 15 maggio 2006, n. 11107, in *Dir. lav.*, 2006, II, 169, con nota di TIMELINI. Secondo la sentenza, l'unificazione delle imprese del gruppo può avvenire solo qualora si ravvisino alcuni elementi, quali « a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; c) coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori ». Si v. anche Cass., sez. lav., 28 settembre 2006, n. 21035, in *Notiz. giur. lav.*, 2006, p. 804.

(10) V. però in senso contrario CORTI, *sub artt. 1, 2 e 4*, in questo *Commentario*, par. 13.

(11) In tal senso GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 4.

(12) Si pensi al caso dei licenziamenti collettivi, ad esempio. Sui destinatari degli obblighi di informazione previsti dall'art. 4 l. n. 223/91 si v. ZOLI, *La procedura*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 19/97, *I licenziamenti collettivi*, p. 73 ss.

(13) La dir. 2002/14/CE avrebbe dovuto essere recepita dagli Stati membri entro il 23 marzo 2005. L'Italia è stata condannata dalla Corte di giustizia per il mancato recepimento della direttiva pochi giorni dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 25/07. Si v. Corte giust. CE 1° marzo 2007, C-327/06, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 508, con nota di RICCI.

(14) In tal senso ZOLI, *I diritti di informazione e di*

munitarie, come la direttiva sui CAE<sup>(17)</sup>, quella sui licenziamenti collettivi e quella sui trasferimenti d'azienda, assegnano rilievo al gruppo di imprese proprio ai fini della informazione e consultazione dei lavoratori, sia pure in termini differenti<sup>(18)</sup>. Si può comunque sostenere, sulla scorta delle indicazioni provenienti dalle citate direttive e dalle stesse previsioni della dir. 2002/14/CE, che gli obblighi di cui al d.lgs. in commento comprendano tutte le informazioni relative al gruppo di cui fa parte l'impresa, qualora le decisioni prese a livelli di gestione più elevati possano ripercuotersi sul personale dell'impresa medesima. La conclusione si può ricavare dalle previsioni relative alle modalità della consultazione, là dove sia la direttiva che il d.lgs. n.

25/07 sottolineano come l'informazione e la consultazione debbano avvenire al livello di direzione adeguato rispetto alla materia da trattare e in modo tale da consentire ai rappresentanti dei lavoratori di preparare la consultazione o di formulare un parere sulla situazione aziendale (art. 4)<sup>(19)</sup>.

La soglia dimensionale prevista dall'art. 3 è calcolata, ai sensi del comma 2° « nel rispetto delle norme di legge », in base al numero medio ponderato mensile dei lavoratori subordinati impiegati negli ultimi due anni. La prima previsione riprende testualmente l'art. 3, comma 2°, dell'avviso comune del novembre 2007, rinviando semplicemente alle norme di legge che disciplinano, caso per caso, i criteri di computo dei lavoratori (sui quali si v. *infra*, par. 2). Il criterio della media ponderata mensile costituisce un'evoluzione di quello della « normale occupazione », utilizzato dalla giurisprudenza in relazione, ad esempio, alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 18 Stat. lav.<sup>(20)</sup> Secondo detto criterio, in particolare, l'accertamento delle dimensioni aziendali va effettuato non già attraverso il computo del numero dei dipendenti presenti al momento del licenziamento, bensì con riguardo all'organigramma « normale », cioè alla media dei dipendenti occupati in un dato arco temporale<sup>(21)</sup>, precedente all'intimazione del licenziamento<sup>(22)</sup>. Il riferimento alla media ponderata, utilizzato anche in altri provvedimenti legislativi<sup>(23)</sup>, implica la valutazione proporzionata all'effettiva durata

(17) La dir. 1994/45/CE, trasposta in Italia con il d.lgs. n. 74/02, riguarda espressamente le imprese e i gruppi di imprese di dimensioni comunitarie ai fini della costituzione di un Comitato Aziendale Europeo ovvero di una procedura di informazione e consultazione dei lavoratori. In argomento si v. GUARRIELLO, *Le funzioni negoziali del comitato aziendale europeo tra modello normativo e costituzione materiale: prime riflessioni*, in *Lav. e dir.*, 2005, p. 631 ss.; DEL PUNTA, *La Direttiva europea sui Comitati Aziendali. Profili analitici e sistematici*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, p. 71 ss.; STENICO, *Il ruolo del Comitato Aziendale Europeo alla luce delle esperienze di responsabilità sociale nelle imprese transnazionali europee*, in SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Trento, 2007, p. 181 ss.

(18) Le dir. 1998/59/CE (licenziamenti collettivi) e 2001/23/CE (trasferimenti d'azienda) prevedono che il datore di lavoro non possa giustificare la carenza di informazioni ai rappresentanti dei lavoratori con il fatto che la decisione è stata presa da un'impresa controllante. In questo caso, a differenza di quanto avviene per i CAE, il gruppo non rileva ai fini del computo complessivo dei dipendenti, ma occorre tener conto che nel primo caso la dimensione dell'impresa si ricava indirettamente dal numero dei licenziamenti, mentre nel secondo la direttiva non prevede alcuna limitazione al proprio ambito di applicazione in ragione del numero dei dipendenti, ma consente agli Stati membri di limitare l'applicazione delle disposizioni della direttiva alle imprese o agli stabilimenti che soddisfino le condizioni richieste dal diritto nazionale per la costituzione degli organi di rappresentanza dei lavoratori. Su questi aspetti si v. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, *Transmisión de empresas y derecho europeo*, in AA.VV., *La transmisión de empresas en Europa*, Bari, 1999, p. 27 ss.

(19) Su questi aspetti si rinvia al commento di CORTI.

(20) Sul criterio della normale occupazione si v. da ultimo, BOSCATI, *I regimi di tutela contro il licenziamento illegittimo*, in CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato. III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, 2007, p. 243 ss.

(21) La maggior parte delle pronunce fanno riferimento al periodo di un anno antecedente al licenziamento. Si v., ad esempio, Cass. 10 febbraio 2004, n. 2546, in *Notiz. giur. lav.*, 2004, p. 617 ss.

(22) La posizione è ormai consolidata in giurisprudenza. Si v., ad esempio, Cass. 10 febbraio 2004, n. 2546, cit.; Cass. 29 luglio 1998, n. 7448, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3411, con nota di FERLUGA, *Disciplina limitativa dei licenziamenti e momento di calcolo dei dipendenti*.

(23) Ad esempio, nel d.lgs. n. 74/02 sui comitati aziendali europei. Si v. l'art. 2, comma 2°.

del rapporto; nel caso dei lavoratori assunti con contratto a termine, ad esempio, il « peso » nella media del singolo lavoratore dovrà essere rapportato alla durata del contratto nel biennio di riferimento.

2. - 2.1. - Come accennato, la previsione dell'art. 3, comma 2°, si apre con il rinvio alle norme di legge che disciplinano la determinazione della soglia numerica occupazionale e prosegue con la fissazione di alcune regole specifiche per i lavoratori a termine. La prima osservazione da svolgere riguarda la natura del rapporto di lavoro dei dipendenti da computare, che dev'essere riconducibile alla subordinazione in forza della definizione di cui all'art. 2, lett. c) (24). Anche questa previsione rischia di escludere dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 25/07 le imprese che utilizzino in misura massiccia rapporti di lavoro a carattere non subordinato, come il lavoro a progetto, che avrebbero invece potuto invece, sia pure a date condizioni (25), essere considerati riconducibili al concetto di « normale organico ».

Un discorso più articolato deve essere svolto in riferimento ai criteri di computo delle tipologie contrattuali « flessibili », anche alla luce dell'utilizzo del criterio della media ponderata ai fini della determinazione del normale organico dell'impresa.

Per quanto riguarda il contratto a termine, il comma 2° dell'art. 3 estende ai diritti di informazione e consultazione lo stesso criterio di computo che l'art. 8, d.lgs. n. 368/01, riserva alle finalità previste dall'art. 35 Stat. lav. (26); i lavoratori a termine, cioè, possono essere compu-

tati nell'organico dell'impresa solo ove il loro contratto abbia durata superiore a 9 mesi. La norma, come in precedenza l'art. 4 della l. n. 68/99, costituisce attuazione dell'orientamento giurisprudenziale, formatosi nel vigore della disciplina precedente, secondo il quale i lavoratori a termine dovevano computarsi nell'organico dell'impresa nei casi in cui la loro attività fosse inserita nell'ordinario ciclo produttivo aziendale (27). La fissazione della soglia di « normalità » della presenza del lavoratore a termine in 9 mesi costituisce, da questo punto di vista, un limite abbastanza restrittivo alla valutazione discrezionale del giudice (28), al quale si aggiunge l'adozione del criterio, sopra richiamato, della media ponderata, che riduce l'incidenza del lavoratore a termine nel computo dei dipendenti qualora il contratto, pur superiore ai 9 mesi, non copra tutto l'arco temporale di riferimento. Si deve ritenere, in proposito, che il suddetto limite possa essere superato anche attraverso la somma di diversi contratti a termine conclusi, per mansioni equivalenti, con lo stesso lavoratore nell'arco di tempo individuato dalla legge; si può ritenere, infatti, che una simile reiterazione, anche se perfettamente lecita ai sensi dell'art. 5, commi 3° e 4°, d.lgs. n. 368/01, sia indice di un'esigenza stabile di organico dell'impresa (29). Sulla scorta della *ratio* della norma in commento (e forzandone un po' la lettera), si può anche sostenere che debba essere computato come un'unità lavorativa il posto di lavoro occupato attraverso una successione di contratti a tempo

ra di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, 2002, p. 149 ss.

(27) Si v. AMOROSO, DI CERBO e MARESCA, *Il diritto del lavoro. Vol. II. Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Milano, 2001, p. 515 ss. e la giurisprudenza ivi richiamata. Sul punto sia altresì consentito il rinvio ad ALESSI, *Commento all'art. 1, comma 2, L. 108/1990 (I criteri di computo dei dipendenti nei licenziamenti individuali)*, in questa Rivista, 1991, p. 151 ss.

(28) In questo senso MARINELLI, *op. cit.*, p. 141.

(29) Sul punto sia consentito il rinvio ad ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul Welfare: prime osservazioni*, Working Paper C.S.D.L.E. « Massimo D'Antona ». INT - 68/08, in [www.lex.unict.it/eurolabor](http://www.lex.unict.it/eurolabor). Una impostazione parzialmente diversa è quella di SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge 247 del 2007*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, spec. par. 6.

(24) Sul punto si rinvia al commento di CORTI, *sub* artt. 1, 2 e 4, in questo *Commentario*, par. 12. In giurisprudenza, per la considerazione esclusiva, ai fini del computo, dei soli addetti legati all'azienda da un rapporto di subordinazione si v. Cass. 10 settembre 2003, n. 13274, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1534.

(25) Ad esempio, avrebbero potuto essere utilizzati criteri analoghi a quelli previsti per i lavoratori a termine.

(26) Sull'art. 8 d.lgs. n. 368/01 si v., in generale, MARINELLI, *Trattamento del lavoratore assunto a termine e sua computabilità nell'organico aziendale*, in GARILII e NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, p. 137 ss.; CESTER, *Criteri di computo dei lavoratori*, in MENGHINI (a cu-

determinato stipulati con una pluralità di lavoratori; se lo scopo della previsione è la determinazione del livello *normale* di organico, in altre parole, non si può escludere una posizione che è in esso inserita con carattere di stabilità, anche se ricoperta di volta in volta da soggetti diversi<sup>(30)</sup>. Per ragioni analoghe, si deve ritenere tuttora valido l'orientamento che esclude dal computo i lavoratori assunti a termine per sostituire lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro, che ovviamente devono essere computati<sup>(31)</sup>.

Una regola particolare è prevista per i datori di lavoro pubblici e privati che svolgono attività di carattere stagionale. In questa ipotesi, il periodo di 9 mesi si calcola sulla base delle corrispondenti<sup>(32)</sup> giornate lavorative effettivamente prestate, anche non continuative. Si tratta, anche in questo caso, di un criterio già utilizzato dal legislatore per il computo della base occupazionale utile ai fini delle assunzioni obbligatorie<sup>(33)</sup>. La previsione solleva però alcune questioni interpretative, a partire dalla definizione di attività di carattere stagionale. Com'è noto, l'elencazione delle attività stagionali è contenuta nel d.p.r. n. 1525/63, ora richiamato dall'art. 5, comma 4° *ter*, d.lgs. n. 368/01 per individuare le attività sottratte all'applicazione del limite generale di 36 mesi per le assunzioni a termine dello stesso lavoratore<sup>(34)</sup>. Il problema concerne la natura, tassativa o meno, di tale elenco, *anche* ai fini previsti dalla di-

sposizione in commento. La soluzione affermativa sembra da preferire, in entrambi i casi, per ragioni sistematiche<sup>(35)</sup>. La seconda questione riguarda la precisazione secondo la quale le giornate di attività lavorativa debbano essere *effettivamente prestate*; ci si potrebbe chiedere, infatti, se nel computo delle giornate vadano escluse quelle di assenza per un motivo di sospensione del rapporto di lavoro, come la malattia o la maternità. In questo caso, sia per ragioni collegate alla natura delle ipotesi citate, sia perché la mancata prestazione di attività non è collegata, a differenza di quanto avviene nei periodi « morti », alla carenza di attività aziendale, si può sostenere che le assenze in parola debbano essere equiparate ai periodi di effettiva prestazione di attività.

Per quanto riguarda le altre tipologie contrattuali, la norma dell'art. 3 rinvia, come già accennato, ai criteri generali previsti dalla legge per il computo dei dipendenti. La prima questione che occorre affrontare, per questi profili, è quella che riguarda l'esclusione degli apprendisti « dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti » disposta in via generale dall'art. 53, comma 2°, del d.lgs. n. 276/03. Si tratta del classico incentivo normativo, utilizzato soprattutto dalla legislazione degli anni '80, per favorire l'occupazione di soggetti che incontrano particolari difficoltà di accesso al mercato del lavoro o che risultano in una posizione di debolezza nel reperimento dell'occupazione. Nel caso dell'apprendistato, la previsione dell'art. 53, comma 2°, riproduce sostanzialmente quella dell'art. 21 della l. n. 56/87<sup>(36)</sup>, sulla quale aveva avuto occasione di pronunciarsi la Corte costituzionale, « salvando » la norma dalla dichiarazione di incostituzionalità sulla scorta della finalità, sottesa alla previsione, di incentivare l'occupazione giovanile<sup>(37)</sup>. La pronuncia della Corte, tuttavia, fa-

<sup>(30)</sup> La posizione sostenuta nel testo si può ricollegare all'orientamento giurisprudenziale che richiede l'accertamento delle posizioni lavorative necessarie per la normale produttività dell'impresa. Si v., in proposito, Cass. 8 maggio 2001, n. 6421, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 129 ss., con nota di CORSINOVI, *Ancora su tutela reale e criteri di computo dell'organico aziendale*.

<sup>(31)</sup> Sul punto si v. AMOROSO, DI CERBO e MARESCA, *op. cit.*, p. 515. In giurisprudenza si v. Cass. 20 ottobre 1983, n. 6165, in *Riv. giur. lav.*, 1984, II, p. 98 ss.

<sup>(32)</sup> Secondo un Autore, le giornate lavorative corrispondenti a 9 mesi sono 172,5. Si v. CUDIFERRO, *Il computo dei dipendenti. Diritti e obblighi del datore di lavoro in base alla dimensione aziendale*, in *Guida al lavoro*, Inserto n. 36/07, p. X, testo e nt. 7.

<sup>(33)</sup> Si v. l'art. 3, comma 6°, d.lgs. 10 ottobre 2000, n. 333.

<sup>(34)</sup> Si v. ALESSI, *La flessibilità del lavoro*, cit., p. 15 ss.; SPEZIALE, *op. cit.*, par. 6.3.

<sup>(35)</sup> SPEZIALE, *op. loc. ultt. citt.*, ritiene tassativo l'elenco di cui al d.p.r. n. 1525.

<sup>(36)</sup> Sulla previsione si v. LOY, *Commento all'art. 21*, in TREU, LISO e NAPOLI (a cura di), *Commentario sistematico alla legge 28 febbraio 1987, n. 56*, in questa *Rivista*, 1987, p. 747 ss.

<sup>(37)</sup> Corte cost. 12 aprile 1989, n. 181, in *Mass. giur. lav.*, 1989, p. 132 ss., con nota di MANNACIO. In dottrina, sulla questione si v. SALA CHIRI, *Il tirocinio*.

ceva intendere che la dichiarazione di conformità alla Costituzione di una norma che comporta la deroga a fondamentali strumenti di garanzia per il lavoratore, come la disciplina limitativa dei licenziamenti individuali, si giustificava solo per la straordinarietà della situazione di grave e diffusa disoccupazione giovanile esistente all'epoca della sentenza, ma non avrebbe precluso « una riconsiderazione della questione ove il sacrificio di questi si protragga troppo a lungo ». In proposito, si è parlato di una dichiarazione di legittimità costituzionale « condizionata »<sup>(38)</sup>, proprio perché destinata ad essere rivista con il decorso del tempo, al mutare della situazione di fatto<sup>(39)</sup>. Nonostante queste precise indicazioni, il legislatore, come si è visto, non ha mutato orientamento, continuando a mantenere l'esclusione dal computo tra gli incentivi connessi al contratto di apprendistato. Il quadro è ora destinato a complicarsi per effetto di una pronuncia della Corte di giustizia in materia di esclusione di una categoria di dipendenti dal computo del livello occupazionale di cui alla dir. 2002/14/CE<sup>(40)</sup>. La questione riguardava la previsione dell'art. L. 620-10 del *Code du Travail*, come modificato dal d. n. 892/05, che consentiva di escludere dall'organico dell'impresa, fino al 31 dicembre 2007, i lavoratori di età inferiore a 26 anni, indipendentemente dalla tipologia contrattuale utilizzata per l'assunzione. Una simile previsione, secondo la Corte di giustizia, pur avendo come obiettivo l'incentivazione dell'assunzione di giovani, non può considerarsi conforme al diritto comunitario perché si risolve nello « svuotare di ogni sostanza l'at-

tuzione di un principio fondamentale del diritto comunitario o di una disposizione di tale diritto » (punto 29 della sentenza). La questione, tuttavia, non viene impostata in termini di violazione del divieto di discriminazione sulla base dell'età, che pure avrebbe potuto fondare la pronuncia<sup>(41)</sup>; sulla scorta delle conclusioni dell'Avvocato generale, la Corte sottolinea invece che la previsione della legge francese contrasta con l'art. 3, n. 1, comma 2°, della direttiva là dove non si limita a determinare le modalità di calcolo delle soglie numeriche occupazionali, bensì incide sulla nozione di lavoratore (punto 33 della sentenza)<sup>(42)</sup>. Secondo la Corte, in particolare, gli Stati membri non possono escludere un soggetto che rientra nella nozione di lavoratore ai sensi della direttiva dal calcolo delle soglie numeriche richieste per l'applicazione degli obblighi di informazione e consultazione; ciò che è consentito, tutt'al più, è determinare le modalità di calcolo delle suddette soglie, modulando a seconda delle tipologie contrattuali coinvolte<sup>(43)</sup>. La questione non può essere approfondita in questa sede; ciò che preme rilevare, tuttavia, è che quale che sia l'angolo visuale che si sceglie di utilizzare, l'esclusione degli apprendisti dal computo dell'organico risulta ingiustificata<sup>(44)</sup>. Da un lato, infatti, il riferimento agli apprendisti identifica una fascia d'età ben defi-

Artt. 2130-2134, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, p. 234 ss.; VARESI, *I contratti formativi*, Milano, 2001, p. 151 ss.

<sup>(38)</sup> In questi termini SALA CHIRI, *op. cit.*, p. 237.

<sup>(39)</sup> Sul punto si v. ALESSI, *Commento all'art. 1, comma 2°, cit.*, p. 154.

<sup>(40)</sup> Corte giust. CE 18 gennaio 2007, C-385/05, *CGT e altri c. Premier Ministre e Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du logement*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 737 ss., con nota di BELLAVISTA, *Il diritto comunitario vieta di escludere i giovani dal computo dei dipendenti ai fini dell'applicazione delle norme in materia di informazione dei lavoratori*, p. 744 ss. e in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 85 ss., con nota di VIMERCATI, *Dimensioni delle imprese e diritti di partecipazione: note a margine di un provvedimento in materia di occupazione giovanile*, p. 93 ss.

<sup>(41)</sup> Lo rileva, condivisibilmente, LAULOM, *Les moins de 26 ans définitivement réintégrés dans le calcul des seuils d'effectif*, in *Semaine sociale Lamy*, 2007, n. 1292. Sulla portata del divieto di discriminazione sulla base dell'età si v. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, p. 125 ss.

<sup>(42)</sup> Sul punto si v. BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 747.

<sup>(43)</sup> Si v. ancora BELLAVISTA, *op. loc. cit.* La distinzione tra esclusione di un lavoratore dalla base di calcolo (vietata dalla direttiva) e determinazione delle modalità di calcolo dei dipendenti in funzione, ad esempio, del tempo di lavoro (permessa) è ben esplicitata dall'Avvocato generale Stix-Hackl, specialmente nei punti 53 ss. delle conclusioni. Tra l'altro, l'Avvocato generale sottolinea come le « regole di modulazione » adottate dagli Stati sono anch'esse soggette al controllo della Corte di giustizia, perché devono funzionali alla determinazione delle reali dimensioni dell'impresa. In mancanza delle suddette regole, infatti, ogni lavoratore, anche a tempo parziale o a termine, dovrebbe essere computato come un'unità lavorativa intera (punto 59 delle conclusioni).

<sup>(44)</sup> Dubitativamente, ma con propensione per la

nita, quella dei giovani tra i 15 e i 29 anni<sup>(45)</sup>, cosa che potrebbe far dubitare, come già accennato, della contrarietà al divieto di discriminazione sulla base dell'età; dall'altro, pur in assenza di un simile divieto, la Corte costituzionale aveva sollevato forti perplessità sulla ragionevolezza dell'esclusione in parola. Se a ciò si aggiungono le chiare indicazioni della Corte di giustizia, non dovrebbero residuare dubbi sulla necessità di calcolare anche gli apprendisti nell'organico dell'impresa ai fini della disciplina in commento<sup>(46)</sup>. Un discorso analogo può essere fatto in relazione al contratto di inserimento, per il quale l'art. 59, comma 2°, d.lgs. n. 276/03 prevede il medesimo incentivo normativo<sup>(47)</sup>. Anche in questo caso, infatti, l'esclusione è prevista in via generale per diverse categorie di lavoratori, individuati sulla base di una (presunta) posizione di debolezza nel mercato del lavoro. In queste ipotesi, si potrebbe sostenere che la necessità di promuovere l'occupazione dei soggetti interessati giustifichi la loro esclusione dal computo; del resto, è proprio sulla scorta di analoghe osservazioni che la Corte di giustizia ha in passato considerato legittimi gli incentivi economici concessi ai datori di lavoro per l'assunzione dei soggetti svantaggiati<sup>(48)</sup>. Una simi-

le impostazione, tuttavia, è decisamente respinta dalla Corte di giustizia, in forza della violazione che ne deriverebbe dell'impegno dello Stato, previsto dall'art. 11, n. 1, della dir. 2002/14/CE, di garantire in ogni momento i risultati imposti dalla direttiva medesima<sup>(49)</sup>. La determinazione dell'organico per le finalità previste dal d.lgs. n. 25/07, e dunque dalla dir. 2002/14/CE, deve perciò includere tutti i lavoratori, quale che sia la loro tipologia contrattuale e a prescindere dalle previsioni generali in materia di esclusione dal computo, che potranno dunque valere per altre finalità, come la definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 18 Stat. lav. Alla luce delle indicazioni provenienti dalla citata pronuncia, tra l'altro, si può sostenere che è discutibile l'esclusione totale dal computo dei lavoratori a termine il cui contratto abbia durata inferiore ai 9 mesi<sup>(50)</sup>. Il criterio della media ponderata, infatti, si può ritenere sufficiente a limitare l'incidenza dei rapporti di lavoro di breve durata nel computo dell'organico dell'impresa.

2.2. – La discrezionalità degli Stati nella determinazione delle modalità di calcolo dell'organico dell'impresa può essere esercitata con riferimento ai criteri di computo dei lavoratori ad orario ridotto, come i lavoratori a tempo parziale, i lavoratori intermittenti e i titolari di un contratto di lavoro ripartito.

legittimità comunitaria dell'esclusione, v. *CORTI*, sub artt. 1, 2 e 4, in questo *Commentario*, par. 12.

<sup>(45)</sup> Sulla disciplina del contratto di apprendistato dopo il d.lgs. n. 276/03 si v. *LOY*, *I nuovi apprendistati*, in *MAGNANI e VARESI* (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2005, p. 474 ss.; *MENGHINI*, sub artt. 47-53, in *BROLLO, MATTAROLO e MENGHINI*, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Milano, 2004, p. 175 ss.

<sup>(46)</sup> In questo senso, in riferimento alla disciplina francese dell'apprendistato, *LAULOM*, *op. cit.*

<sup>(47)</sup> Sul contratto di inserimento si v., in generale, *LOI*, *Il contratto di inserimento*, in *MAGNANI e VARESI* (a cura di), *op. cit.*, p. 509 ss.; *BELLOCCHI*, *Contratto di inserimento*, in *AA.VV.*, *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, p. 603 ss.

<sup>(48)</sup> Il riferimento è alla nota vicenda degli sgravi contributivi collegati al contratto di formazione e lavoro, conclusasi con la sentenza Corte giust. CE 7 marzo 2002, C-310/99, *Italia c. Commissione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 435 ss., con nota di *TIRABOSCHI*, *Aiuti di Stato e contratti di formazione e lavoro nella decisione della Corte di giustizia del 7 marzo 2002: sentenza annunciata, risultato giusto*; sulla questione si v. inoltre *CALAFÀ*, *Il contratto di*

*formazione e lavoro in attesa della pronuncia della Corte di Lussemburgo*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, 2001, n. 10, p. 48 ss.; *VALLEBONA*, *Contratto di formazione e lavoro: riduzione dell'obbligo contributivo e divieto comunitario di aiuti di Stato*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 461 ss. Per una esauriente analisi delle tipologie di incentivi compatibili con la disciplina comunitaria si rinvia a *LOI*, *op. cit.*, spec. p. 525 ss.

<sup>(49)</sup> Si v. il punto 40 della sentenza, là dove la Corte respinge l'interpretazione suggerita dal Governo francese secondo il quale la previsione dell'art. 3, n. 1, dir. non impedirebbe agli Stati membri di istituire «modalità di calcolo delle soglie di lavoratori impiegati che possono spingersi fino ad escludere temporaneamente alcune categorie di lavoratori, allorché tale esclusione è giustificata da un obiettivo di interesse generale, costituito dall'incentivazione dell'occupazione giovanile, ed è conforme al principio di proporzionalità». Sul punto si v. le osservazioni di *LAULOM*, *op. cit.*, e di *VIMERCATI*, *op. cit.*, p. 100 ss.

<sup>(50)</sup> In tal senso *BELLAVISTA*, *op. cit.*, p. 749.

Quanto ai lavoratori *part-time*, in assenza di una diversa previsione si deve ritenere applicabile in questo caso il criterio fissato dall'art. 6, comma 1°, d.lgs. n. 61/00, secondo il quale i lavoratori a tempo parziale vanno computati proporzionalmente all'orario di lavoro svolto, con arrotondamento « per le frazioni di orario eccedenti la somma degli orari individuali a tempo parziale corrispondente a unità intere di orario a tempo pieno »<sup>(51)</sup>. La modifica introdotta dal d.lgs. n. 100/01 rispetto al testo originario<sup>(52)</sup> ha chiarito che l'arrotondamento in parola si riferisce al « monte ore globale di lavoro a tempo parziale »<sup>(53)</sup> e non all'orario svolto dal singolo lavoratore; del resto, in tal senso era orientata la dottrina maggioritaria<sup>(54)</sup> e la giurisprudenza<sup>(55)</sup>. Il computo dei lavoratori *part-time* secondo il criterio del *pro rata temporis* in relazione all'applicazione delle previsioni in materia di diritti di informazione e consultazione dei lavoratori pone però qualche dubbio di conformità della previsione alla direttiva comunitaria e alla considerazione dei diritti in questione come diritti fondamentali della persona, secondo quanto prevede la Carta di Nizza<sup>(56)</sup>. Un simile criterio può essere

giustificato, in altre parole, quando si tratti di individuare le reali dimensioni dell'impresa per finalità che, in qualche misura, implicano l'accertamento della capacità (anche) economica dell'impresa. Si pensi, per dirne una, al campo di applicazione dell'art. 18 stat. lav. Altro è un criterio di calcolo centrato sulla « presenza nell'ambiente di lavoro della persona del lavoratore, in sé e per sé, a prescindere dalla durata della presenza stessa »<sup>(57)</sup>. Del resto, dubbi di legittimità analoghi erano stati avanzati dalla dottrina in relazione alla cancellazione, da parte dell'art. 46, lett. p), del d.lgs. n. 276/03<sup>(58)</sup>, del comma 2° dell'art. 6, d.lgs. n. 61/00, che manteneva il criterio del computo come unità intere dei lavoratori a tempo parziale ai fini dell'applicabilità del titolo III stat. lav.<sup>(59)</sup>.

Una questione analoga a quella ora esaminata riguarda il caso del lavoro ripartito di cui agli artt. 41 ss. d.lgs. n. 276/03<sup>(60)</sup>. In questa ipotesi, mancando una previsione espressa, si dovrebbero computare entrambi i *job sharers* come unità intere, stante il rinvio dell'art. 43, comma 2°, d.lgs. n. 276/03, alla « normativa generale del lavoro subordinato in quanto compatibile con la particolare natura del rapporto di lavoro ripartito ». In dottrina, al contrario, si è sostenuta la necessità di computo in proporzione all'orario di lavoro svolto, sia pure in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 18 stat. lav.<sup>(61)</sup>; nulla vieta, però, una diversa considerazione dei lavoratori in relazione alle finalità della normativa di volta in volta interessata, come si è cercato di argomentare in queste pagine.

Nell'ambito dei lavori ad orario ridotto, oc-

(51) Sul significato della previsione si v. ALAIMO, *Il computo dei lavoratori a tempo parziale*, in BROLLO (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale. d.lgs. n. 61/2000*, Milano, 2001, p. 173 ss.; RUSSO, *Criteri di computo dei lavoratori a tempo parziale*, in BIAGI (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Milano, 2000, p. 151 ss.

(52) Il testo originario dell'art. 6, comma 1°, d.lgs. n. 61/00, prevedeva che i lavoratori *part-time* dovessero computarsi nell'organico dell'impresa « in proporzione all'orario svolto, rapportato al tempo pieno così come definito ai sensi dell'art. 1, con arrotondamento all'unità della frazione di orario superiore alla metà di quello pieno ».

(53) Così RUSSO, *op. cit.*, p. 152.

(54) Oltre alla dottrina citata a nt. 51, si v. PAPA-LEONI, *La riforma del part-time*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 207 ss. La stessa soluzione era stata adottata dalla dottrina maggioritaria in relazione alla previsione dell'art. 5, comma 12°, l. n. 863/84. In merito si v. BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Napoli, 1991, p. 178 ss.; MARESCA, *Il part-time*, in D'ANTONA, DE LUCA TAMAJO, FERRARO e VENTURA, *Il diritto del lavoro negli anni 80*, Napoli, 1988, p. 62.

(55) In giurisprudenza si v. Trib. Milano 23 giugno 2003, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 416 ss.

(56) In tal senso GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 3.

(57) Così BROLLO, *sub art. 46. Le modifiche alla disciplina del d. lgs. n. 61/2000 in materia di lavoro a tempo parziale*, in BROLLO, MATTAROLO e MENGHINI, *op. cit.*, p. 165; si v. anche DEL PUNTA, *Lavoro a tempo parziale*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 523.

(58) Per una valutazione fortemente critica della previsione si v. BROLLO, *op. ult. cit.*, p. 165 ss.

(59) Sulla previsione in parola si v. ALAIMO, *op. cit.*, p. 175.

(60) Sul contratto di lavoro ripartito si v. ALLAMPRESE, *sub artt. 41-45. Lavoro ripartito*, in BROLLO, MATTAROLO e MENGHINI, *op. cit.*, p. 81 ss.; MONTUSCHI, *Lavoro ripartito*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 437 ss.

(61) In tal senso BOSCATI, *op. cit.*, p. 254.

corre infine ricordare il lavoro intermittente, previsto dagli artt. 37-40 del d.lgs. n. 276/03<sup>(62)</sup>. La disciplina in parola, com'è noto, abrogata dalla l. n. 247/07 (art. 1, comma 45°), è stata « ripristinata » dall'art. 39, comma 11°, del d.l. n. 112/08. Quanto alle modalità di computo dei lavoratori, l'art. 39 d.lgs. n. 276/03 prevede il calcolo « in proporzione all'orario effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre »<sup>(63)</sup>; in linea generale « ai fini della applicazione di normative di legge ». Anche in questa ipotesi, tuttavia, la natura di diritto fondamentale dell'informazione e della consultazione, nonché le possibili ripercussioni su tutti i lavoratori interessati delle decisioni aziendali oggetto del medesimo diritto dovrebbero far concludere in senso diverso.

2.3. – Il computo dei lavoratori a domicilio non pone particolari problemi; in assenza di una specifica indicazione legislativa, si deve concludere per l'inclusione nell'organico dell'impresa, ai fini del riconoscimento dei diritti di informazione e consultazione<sup>(64)</sup>. In questo senso, del resto, è orientata la dottrina maggioritaria, nonché una ormai risalente giurisprudenza, anche in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 18 stat. lav.<sup>(65)</sup>. Non è possibile negare, in altre parole, che il lavoratore a domicilio sia parte dell'organigramma del datore

di lavoro e sia, pertanto, direttamente interessato dalla conoscenza delle informazioni che il datore di lavoro medesimo deve fornire ai sensi del d.lgs. in commento. Da questo punto di vista, sono pienamente condivisibili le perplessità della dottrina circa la loro esclusione dal computo dell'organico rilevante ai fini della costituzione del Comitato aziendale europeo, prevista espressamente dall'art. 2, comma 2°, d.lgs. n. 74/02<sup>(66)</sup>. Si potrebbe ritenere, tra l'altro, alla luce delle considerazioni svolte in queste pagine, che una simile esclusione si ponga in contrasto sia con i principi generali del nostro ordinamento, principio di uguaglianza in testa, sia con le previsioni della dir. 1994/45/CE, letta alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia<sup>(67)</sup>. Il computo dei lavoratori a domicilio, secondo l'orientamento prevalente, dovrebbe essere effettuato in ragione dell'« effettivo apporto di lavoro prestato », rapportato al lavoratore « interno » a tempo pieno<sup>(68)</sup>; anche in questo caso, però, si possono sollevare alcuni dubbi sulla « trasferibilità » di un simile criterio dall'accertamento dell'ambito di applicazione dell'art. 18 stat. lav. a quello in esame, proprio per la diversità degli interessi sottesi alle due fattispecie. Mancando una esplicita previsione, in altre parole, la regola dovrebbe essere, ancora una volta, quella della computabilità come unità intere, a prescindere dalla misura dell'apporto reso all'organizzazione produttiva.

Per quanto riguarda le fattispecie di utilizzazione indiretta di manodopera<sup>(69)</sup>, come la somministrazione di lavoro e l'appalto interno, in linea generale si deve ritenere che i lavoratori debbano essere computati nell'organico del datore di lavoro formale, e non in quello del soggetto che usufruisce effettivamente della prestazione. Per la somministrazione, fra l'altro, l'art. 22, comma 5°, del d.lgs. n. 276/03 prevede espressamente l'esclusione dei lavoratori somministrati dal computo dell'organico

<sup>(62)</sup> Sulla disciplina del lavoro intermittente si v. BAVARO, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 213 ss.; BOLLANI, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in MAGNANI e VARESI (a cura di), *op. cit.*, p. 405 ss.; MATTAROLO, *sub artt. 37-40*, in BROLLO, MATTAROLO e MENGHINI, *op. cit.*, p. 57 ss.; PERULLI, *Il lavoro intermittente*, in ID. (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino, 2004, p. 133 ss.

<sup>(63)</sup> Sul significato della disposizione si v. GOTTARDI, *Computo del lavoratore intermittente*, in GRAGNOLI e PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, p. 502 ss.; MATTAROLO, *op. cit.*, p. 71 ss.; BOSCATI, *op. cit.*, p. 254.

<sup>(64)</sup> Così CORTI, *sub artt. 1, 2 e 4*, in questo *Commentario*, par. 12. In tal senso, in relazione all'applicazione dell'art. 35 Stat. lav., si v. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2000, p. 444.

<sup>(65)</sup> Si rinvia a BOSCATI, *op. cit.*, p. 255, anche per ulteriori riferimenti.

<sup>(66)</sup> In tal senso GUARRIELLO, *Nota sulla trasposizione...*, *cit.*, p. 3 ss.

<sup>(67)</sup> Il riferimento è ancora alla sentenza Corte giust. CE 18 gennaio 2007, C-385/05, *cit.*

<sup>(68)</sup> Così BOSCATI, *op. cit.*, p. 255; NOGLER, *op. ult. cit.*, p. 450 ss.

<sup>(69)</sup> Utilizzo qui l'espressione di BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001.

dell'impresa utilizzatrice, fatte salve le sole norme in materia di salute e sicurezza dei lavoratori<sup>(70)</sup>. Ad una diversa conclusione si potrebbe giungere, tuttavia, ove si ritenesse possibile considerare come parte dell'organico *normale* dell'impresa, al di fuori delle ipotesi « patologiche », anche i lavoratori somministrati, ovvero i lavoratori in appalto, le cui prestazioni siano utilizzate con carattere di continuità o frequenza<sup>(71)</sup>, per i quali l'incidenza delle decisioni organizzative del datore di lavoro che utilizza le prestazioni sulla loro attività lavorativa è molto elevata. Un indizio del possibile rilievo dell'interesse di questi lavoratori all'esercizio di alcuni diritti collettivi all'interno dell'organizzazione produttiva in cui svolgono la loro attività è dato dalla previsione dell'art. 24, comma 2°, d.lgs. n. 276/03, a mente del quale il lavoratore somministrato ha diritto, per tutta la durata della somministrazione, ad esercitare presso l'utilizzatore i diritti di libertà e attività sindacale, nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente<sup>(72)</sup>.

L'ultimo comma dell'art. 3, infine, riprendendo l'analoga disposizione della dir. 2002/14/CE, fa salve eventuali procedure specifiche

di informazione e consultazione previste dal diritto nazionale, applicabili ai datori di lavoro che perseguono direttamente e principalmente « fini politici, di organizzazione professionale, confessionali, benefici, educativi, scientifici o artistici, nonché fini d'informazione o espressione di opinioni ». La previsione, più che configurare una sorta di esenzione<sup>(73)</sup>, sembra permettere dunque alle organizzazioni c.d. di tendenza (ma non solo) di continuare ad applicare la disciplina ad esse riservata ed eventualmente vigente in materia di obblighi di informazione e consultazione; in assenza di una disciplina specifica, tuttavia, dovrà ritenersi applicabile il d.lgs. in commento, in forza della generale previsione dell'art. 2, comma 2°, lett. a)<sup>(74)</sup>.

CRISTINA ALESSI

(70) Sulla previsione si v. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 315.

(71) L'ipotesi è tutt'altro che peregrina, se si pensa al massiccio utilizzo dell'appalto di servizi, ad esempio, in alcuni settori. Per un'analisi della situazione relativa ai servizi socio-assistenziali sia consentito il rinvio a BARBERA e ALESSI, *I rapporti di lavoro nel settore dei servizi socio-assistenziali: il caso della Lombardia*, in MONTUSCHI (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Milano, 2007, spec. p. 607 ss.

(72) Sull'esercizio dei diritti sindacali dei lavoratori somministrati si v. GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro*, in MAGNANI e VARESI (a cura di), *op. cit.*, p. 313 ss. e, in relazione all'analoga previsione dell'art. 7 l. n. 196/97, EA., *I diritti sindacali*, in NAPOLI (a cura di), *Il « pacchetto Treu ». Commentario sistematico alla L. 24 giugno 1997, n. 196*, in questa *Rivista*, 1998, p. 1251 ss. Secondo PASSALACQUA, *I diritti sindacali del lavoratore interinale*, in GALANTINO (a cura di), *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Milano, 1997, p. 200, la norma dell'art. 7 sancirebbe che « l'interesse sindacale del lavoratore interinale è analogo a quello dei lavoratori dipendenti dell'impresa utilizzatrice ».

(73) In questo senso, invece, ZOLI, *I diritti di informazione...*, cit., p. 711.

(74) In questo senso anche CORTI, *sub artt. 1, 2 e 4*, in questo *Commentario*, par. 12.