

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE

Eternalizzazioni del lavoro e nuovi modelli organizzativi

INTERVENTI

La riforma della dirigenza statale

RELAZIONI INDUSTRIALI

Commissione di Garanzia e sciopero generale

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Licenziamento orale e ripartizione dell'onere probatorio

Comunicazione erronea dell'Inps e risarcimento danni

Onere di deduzione e carico probatorio nel processo del lavoro

Il contratto a tempo determinato nelle Università

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

La certificazione tra decretazione ministeriale e circolari interpretative

L'epilogo dei contratti di formazione e lavoro

L'accordo sui fondi bilaterali della somministrazione

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Dialogo sociale e qualità delle relazioni industriali

Riconoscimento dei titoli di istruzione superiore

Il coordinamento aperto nell'Europa del post-allargamento

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Germania - La contrattazione collettiva nel settore automobilistico

Spagna - Il contratto collettivo aziendale della Michelin

Giuffrè Editore

N. 2/XV - 2005

Rivista di

ADAPT - FONDAZIONE

"MARCO BIAGI"

Publicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione
in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in
L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

Ricerche: Esternalizzazioni del lavoro e nuovi modelli organizzativi

RAFFAELE DE LUCA TAMAJO <i>Ragioni e regole del decentramento produttivo</i>	307
LUIGI GOLZIO <i>L'evoluzione dei modelli organizzativi d'impresa</i>	312
BRUNO BUSACCA <i>Decentramento produttivo e processi di esternalizzazione: il mutamento della organizzazione produttiva.</i>	324
SILVIA PICCIOLI <i>La nuova nozione di ramo d'azienda</i>	333
FRANCESCO VERBARO <i>Esternalizzazioni e percorsi di riforma nelle amministrazioni pubbliche italiane</i>	361
MICHELE TIRABOSCHI <i>Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?</i>	379

Interventi

VALERIO TALAMO <i>Ancora sul rapporto fra politica ed amministrazione nella riforma della dirigenza statale: qualche osservazione di contesto</i>	409
---	-----

Relazioni industriali

RICCARDO DEL PUNTA <i>Sciopero generale e servizi essenziali</i>	423
MARIA RITA IORIO <i>Gli orientamenti della Commissione di Garanzia in materia di sciopero generale.</i>	430

Osservatorio di giurisprudenza italiana

PATRIZIA TESSITORE <i>Accertamenti sanitari e decadenza dall'indennità economica di malattia: visite mediche effettuate durante le fasce di reperibilità (nota a Cass. 29 settembre 2004 n. 22065; Cass. 10 agosto 2004 n. 15446; Cass. 2 marzo 2004 n. 4247)</i>	443
ELIANA BELLEZZA <i>Lavoro a tempo parziale: requisiti di contenuto (nota a Trib. Milano 17 febbraio 2004).</i>	448
VINCENZO PUTRIGNANO <i>Licenziamento orale e ripartizione dell'onere probatorio (nota a Cass. 8 novembre 2004 n. 21250).</i>	453
ALESSANDRO CROSTA <i>Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento derivante da riorganizzazione aziendale (nota a Cass. 7 luglio 2004 n. 12514)</i>	457
ALESSANDRO CROSTA <i>Gli "standards" della coscienza sociale, conformi ai valori dell'ordinamento, ai fini della valutazione della gravità della condotta del lavoratore (nota a Cass. 26 giugno 2004 n. 11919).</i>	460
VALENTINA FORTI <i>Il computo della indennità integrativa speciale nella indennità di buonuscita spettante ai pubblici dipendenti (nota a C. Cost. sentenza 8-12 marzo 2004 n. 91)</i>	467
IVANA MARIMPIETRI <i>La Cassazione a Sezioni Unite si pronuncia su omissione ed evasione contributiva (nota a Cass., sez. un., 7 marzo 2005, n. 4808).</i>	469

BARBARA MAIANI <i>Il computo della indennità di buonuscita per i dipendenti delle Ferrovie dello Stato</i> (nota a Cass. 25 ottobre 2004 n. 20684)	477
PIERLUIGI RAUSEI <i>Comunicazione erronea dell'Inps e risarcimento danni</i> (nota a Cass. 24 aprile 2004 n. 7859)	479
ALESSANDRO CORVINO <i>Disciplina dell'onere di deduzione e carico probatorio nel processo del lavoro e ambito di operatività dei poteri istruttori d'ufficio del giudice</i> (nota a Cass., sez. un., 17 giugno 2004 n. 11353)	483
MARCELLA ARIOTI BRANCIFORTI <i>Patto di prova: invalidità in caso di stipulazione non contestuale al contratto di lavoro</i> (nota a Cass. 26 novembre 2004 n. 22308)	489
GIUSEPPE C. SALERNO <i>Il contratto a tempo determinato nelle Università: una decisione controversa</i> (nota a Trib. Milano 6 dicembre 2004)	494
SUSANNA FERRARIO <i>Sul principio di omnicomprensività della retribuzione</i> (nota a Cass. 19 agosto 2004 n. 16261)	501
MARIA RITA IORIO <i>Sui limiti del diritto di sciopero</i> (nota a Cass. 17 dicembre 2004 n. 23552)	506
SUSANNA FERRARIO <i>Applicabilità dell'art. 2112 c.c. al trasferimento di azienda disposto dalla P.A. con provvedimento autoritativo</i> (nota a Cass. 8 novembre 2004 n. 21248)	508
ALBERTO RUSSO <i>Il diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento di azienda: arma a doppio taglio</i> (nota a Cass. 28 settembre 2004 n. 19379) . .	510
MICHELA VIRGILI <i>Sulla computabilità nel t.f.r. dei fringe benefits</i> (nota a Cass. 25 novembre 2004 n. 22264)	512

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

LUCA RUGGIERO <i>L'associazione in partecipazione dopo la riforma Biagi del mercato del lavoro</i>	517
MICHELE TIRABOSCHI <i>L'istituto della certificazione tra decretazione ministeriale e circolari interpretative</i>	519
ALESSANDRO CORVINO <i>I rinnovi dei Ccnl dei dirigenti</i>	524
LILLI CAROLLO <i>I più recenti interventi a tutela dei disabili</i>	529
JOSEF TSCHÖLL <i>Note alla Legge Finanziaria per il 2005</i>	531
PATRIZIA TIRABOSCHI <i>L'epilogo dei contratti di formazione e lavoro (nel settore privato)</i>	537
NICCOLÒ PERSICO <i>Note di aggiornamento in materia di lavoratori extracomunitari</i>	539
FLAVIA PASQUINI <i>Partecipazione dei lavoratori: costituito il Comitato paritetico per la gestione del fondo speciale</i>	544
VALENTINA FORTI <i>Il cumulo tra prestazioni d'invalidità e rendita di inabilità permanente</i>	547
ROBERTA FORTI <i>Note di aggiornamento in materia di Assicurazione generale contro gli infortuni sul lavoro</i>	548
INES PATRIZIA ROSANO <i>La nuova disciplina della privacy</i>	550
LILLI CAROLLO <i>Prospettive de jure condendo in materia di sicurezza sul lavoro</i>	554
GIANNI BOCCHIERI, MICHELE TIRABOSCHI <i>La somministrazione di lavoro alla luce della circolare ministeriale n. 7 del 2005</i>	558
MICHELE TIRABOSCHI <i>Lavoratori svantaggiati e somministrazione di lavoro. Prime attuazioni dell'art. 13, d.lgs. n. 276/2003</i>	566

LUIGI DE ROMANIS *Il rinnovo del contratto del terziario* 570

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

MICHELE TIRABOSCHI *Dialogo sociale e qualità delle relazioni industriali: un ruolo centrale nel modello sociale europeo* (nota a COM(2004)577) 578

BARBARA MAIANI *Inefficacia delle clausole di residenza nelle tutele previdenziali a favore di cittadini comunitari che svolgano assistenza domiciliare — volontaria o retribuita — in altri Stati dell'Unione. Il caso tedesco* (nota a C. Giust. 8 luglio 2004 in cause C-502/01 e C-31/02). 589

CATERINA TIMELLINI *Riconoscimento dell'abilitazione ad esercitare l'attività del controllo di legge dei documenti contabili ai professionisti già abilitati in un altro Stato membro* (nota a C. Giust. 7 ottobre 2004 in causa C-255/01) . . . 591

CATERINA TIMELLINI *Riconoscimento dei titoli di istruzione superiore* (nota a C. Giust. 1° luglio 2004 in causa C-65/03). 593

SILVIA SPATTINI *Verso una migliore attuazione della strategia di Lisbona* (osservazioni su *Facing the challenge — La strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione*, rapporto del gruppo di alto livello presieduto da Wim Kok, Bruxelles, 3 novembre 2004) 397

GIULIANO CAZZOLA *Problemi e prospettive del metodo di coordinamento aperto nell'Europa del post-allargamento* (commento a *Facing the challenge — La strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione*, rapporto del gruppo di alto livello presieduto da Wim Kok, Bruxelles, 3 novembre 2004) 599

Osservatorio internazionale e comparato

FLAVIA PASQUINI *Germania - Recenti linee di tendenza della contrattazione collettiva nel settore automobilistico* (osservazioni su *Accordo General Motor Europe management e General Motor European Employees Forum*, 8 dicembre 2004; *Accordi Volkswagen - IG Metall*, novembre 2004; *Accordo DaimlerChrysler*, 28 luglio 2004; *Accordo Siemens - IG Metall*, 23-24 giugno 2004) 613

ANNA MARIA MONTRONE *Spagna - Il contratto collettivo triennale per le unità produttive spagnole della Michelin* (osservazioni sul *Convenio Colectivo de la empresa Michelin España-Portugal, S.A. para los centros de trabajo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid y Vitoria-Gasteiz*, 10 giugno 2004) . . 616

INDICE ANALITICO

Accertamenti sanitari

- Assenza alla visita di controllo – Grave motivo – Assoluta impossibilità di rispettare le fasce orarie di reperibilità – Sussistenza – Fattispecie [443] (Cass. 2 marzo 2004 n. 4247, con nota di P. TESSITORE).
- Assenza alla visita di controllo – Impedimento assoluto imputabile a causa ineludibile – Giustificato motivo – Sussistenza – Fattispecie [443] (Cass. 10 agosto 2004 n. 15446, con nota di P. TESSITORE).
- Assenza alla visita di controllo – Allontanamento dal domicilio ai fini di visita presso il medico specialista – Diritto alla salute – Giusto motivo – Sussistenza – Fattispecie [443] – (Cass. 29 settembre 2004 n. 22065, con nota di P. TESSITORE).

Agenzia (contratto di)

- Agente assicurativo e *broker* – Iscrizione all'albo a pena di nullità – Violazione della disciplina comunitaria – Sussistenza [445] (Cass. 14 ottobre 2004 n. 20275).

Arbitrato e conciliazione

- Conciliazione – Somma corrisposta per la mancata fruizione dei riposi settimanali – Natura retributiva – Sussistenza – Imponibilità fiscale come reddito da lavoro dipendente – Sussistenza [447] (Cass. 18 ottobre 2004 n. 20384).

Associazione in partecipazione

- Circolare Inps 29 marzo 2004, n. 57 [519] (con nota di L. RUGGIERO).

Certificazione (contratti di lavoro)

- Decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 [523] (con nota di M. TIRABOSCHI).
- Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 luglio 2004 [520] (con nota di M. TIRABOSCHI).
- Decreti del Ministero del lavoro e delle politiche sociali istitutivi delle commissioni di certificazione 8 ottobre 2004 (Cremona) – 2 novembre 2004 (Roma) – 5 novembre 2004 (Modena) – 5 novembre 2004 (Ascoli Piceno) – 8 novembre 2004 (Macerata) – 8 novembre 2004 (Latina) – 11 novembre 2004 (Ancona) – 12 novembre 2004 (Alessandria) – 15 novembre 2004 (Bergamo) – 18 novembre 2004 (Venezia) – 19 novembre 2004 (Forlì e Cesena) – 25 novembre 2004 (Verona) – 25 novembre 2004 (Bari) – 1° dicembre 2004 (Rimini) – 15 dicembre 2004 (Avellino) – 15 dicembre 2004 (Sondrio) – 22 dicembre 2004 (Brescia) – 22 dicembre 2004 (Pesaro e Urbino) – 23 dicembre

2004 (Asti) – 28 dicembre 2004 (Matera) – 30 dicembre 2004 (Vercelli) – 31 dicembre 2004 (Prato) – 31 dicembre 2004 (Gorizia) – 13 gennaio 2005 (Sassari) – 13 gennaio 2005 (Campobasso) – 14 gennaio 2005 (Piacenza) – 18 gennaio 2005 (Massa Carrara) – 20 gennaio 2005 (Como) – 24 gennaio 2005 (Livorno) – 25 gennaio 2005 (Savona) – 31 gennaio 2005 (Lecce) – 2 febbraio 2005 (Aosta) – 10 febbraio 2005 (Pescara) – 24 febbraio 2005 (Trieste) [520] (con nota di M. TIRABOSCHI).

- Decreto interministeriale 14 giugno 2004 [520] (con nota di M. TIRABOSCHI).
- Lettera circolare Direzione Generale della Tutela delle condizioni di lavoro - Ministero del lavoro e delle politiche sociali 17 febbraio 2005 [521] (con nota di M. TIRABOSCHI).

Competitività

- SEC(2004)1397 – Rapporto sulla competitività in Europa 2004, 8 novembre 2004 [577].

Convergenza

- COM(2004)690 – Relazione della Commissione sulla convergenza 2004, 10 ottobre 2004 [577].

Dialogo sociale

- COM(2004)577 – Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata – Rafforzare il contributo del dialogo sociale europeo, 12 agosto 2004 [578] (con nota di M. TIRABOSCHI).

Dirigenti

- Decreto legislativo 19 luglio 2004, n. 213 [526] (con nota di A. CORVINO).
- Ccnl Confindustria-Federmanager, 24 novembre 2004 [524] – Ccnl Confservizi-Federmanager, 21 dicembre 2004 [527] – Ccnl Confapi-Federmanager, 24 dicembre 2004 – Circolare Confapi n. 484/2004/C [528] (con nota di A. CORVINO).

Disabili (tutela dei)

- Legge 9 gennaio 2004, n. 4 [529] (con nota di L. CAROLLO).
- Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 12 luglio 2004 [530] (con nota di L. CAROLLO).
- Legge regionale 17 novembre 2004, n. 20 (Basilicata) [529] – Legge regionale 19 gennaio 2005, n. 218 (Marche) [529] – Legge regionale 1° febbraio 2005, n. 20 (Toscana) [530] (con nota di L. CAROLLO).
- Accordo Provincia di Milano, OO.SS. 22 ottobre 2004 [530] (con nota di L. CAROLLO).

Finanziaria (Legge)

- Legge 30 dicembre 2004, n. 311 (Legge Finanziaria 2005) [531] (con nota di J. TSCHÖLL).
- Circolare dell’Agenzia delle Entrate 8 giugno 2004, n. 22 [532] – Circolare dell’Agenzia delle Entrate 3 gennaio 2005, n. 2 [531] (con nota di J. TSCHÖLL).

Formazione e lavoro (contratto di)

- Decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251 [537] (con nota di P. TIRABOSCHI).
- Circolare Inps 16 marzo 2004, n. 51 [538] – Messaggio Inps 6 ottobre 2004, n. 31319 – Messaggio Inps 25 ottobre 2004, n. 34188 [538] – Messaggio 23 dicembre 2004, n. 41910 (con nota di P. TIRABOSCHI).
- Accordo interconfederale 13 novembre 2003 [538] – Ccnl Socio Sanitario Assistenziale Cooperative 26 maggio 2004 [538] – Ccnl Agricoltura Quadri ed impiegati 27 maggio 2004 [538] (con nota di P. TIRABOSCHI).
- Corte di Giustizia, sentenza 1° aprile 2004 [539] (con nota di P. TIRABOSCHI).

Germania

- Accordo fra gruppo Siemens e IG Metall, 23-24 giugno 2004 [613] (con nota di F. PASQUINI).
- Accordo della DaimlerChrysler, 28 luglio 2004 [613] (con nota di F. PASQUINI).
- Accordi Volkswagen-IG Metall su retribuzione e sicurezza del lavoro, novembre 2004 [613] (con nota di F. PASQUINI).
- Accordo General Motors Europe Management e General Motors European Employees Forum, 8 dicembre 2004 [613] (con nota di F. PASQUINI).

Insolvenza del datore di lavoro

- Politica sociale – Tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro – Direttiva n. 80/987/CEE – Campo di applicazione – Nozione di “diritti” – Nozione di “retribuzione” – Indennità dovuta in caso di licenziamento irregolare (C. Giust. 16 dicembre 2004 in causa C-520/03, Olaso Valero) [580].

Lavoro a tempo parziale

- Illegittima distribuzione dell’orario – Danno – Sussistenza – Risarcibilità [448] (Trib. Milano 17 febbraio 2004, con nota di E. BELLEZZA).

Lavoratori extracomunitari

- Legge 24 dicembre 2003, n. 380 [541] (con nota di N. PERSICO).
- Decreto del Presidente della Repubblica 27 luglio 2004, n. 242 [542] – Decreto del Presidente della Repubblica 18 ottobre 2004, n. 334 [541] (con nota di N. PERSICO).
- Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 19 dicembre 2003 [540] –

- Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 19 dicembre 2003 [540] – Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 20 aprile 2004 [541] – Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 ottobre 2004 [542] – Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 17 dicembre 2004 [540] (con nota di N. PERSICO).
- Legge Regione Campania 19 febbraio 2004, n. 2 [543] – Legge Regione Emilia-Romagna 24 marzo 2004, n. 5 [543] (con nota di N. PERSICO).
 - Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 gennaio 2004, n. 5 – Circolare Inps 6 aprile 2004, n. 61 [540] [542] – Circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri 28 aprile 2004 [541] – Circolare del Ministero dell'interno 28 aprile 2004, n. 400 [541] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 28 aprile 2004, n. 14 [541] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 aprile 2004, n. 15 [541] – Messaggio Inps 25 maggio 2004 – Circolare del Ministero dell'interno 1° giugno 2004, n. 400 [541] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 luglio 2004, n. 31 [541] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 4 ottobre 2004, n. 37 [540] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 15 novembre 2004, n. 43 [542] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 15 novembre 2004, n. 44 [540] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 25 gennaio 2005, n. 1 [540] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 11 febbraio 2005, n. 6 – Circolare congiunta del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e del Ministero dell'interno 25 febbraio 2005 [543] (con nota di N. PERSICO).

Lavoro subordinato

- Socio di maggioranza – Configurabilità (Cass. 17 novembre 2004 n. 21759) [449].
- Membro del consiglio di amministrazione – Configurabilità (Trib. Bergamo 4 marzo 2004) [450].

Libera circolazione delle persone

- Inadempimento di uno Stato – Libera circolazione dei lavoratori – Cittadini dell'Unione o dello Spazio Economico Europeo – Cittadini di Paesi terzi legati alla Comunità da un accordo – Eleggibilità alle camere del lavoro e ai consigli di fabbrica – Divieto di discriminazioni per quanto riguarda le condizioni di lavoro (C. Giust. 16 settembre 2004 in causa C-465/01, Commissione c. Repubblica d'Austria) [581].
- Accesso al lavoro – Requisito di conoscenze linguistiche – Datore di lavoro che obbliga i candidati ad un concorso a fine di assunzione a conseguire un attestato di bilinguismo rilasciato da un'amministrazione locale – Inammissibilità (Cass. 11 ottobre 2004 n. 20116) [451].

Libera prestazione di servizi

- Art. 49 CE – Restrizioni alla libera prestazione dei servizi – Imprese del settore edile – Subappalto – Obbligo per un'impresa di rendersi garante per

la retribuzione minima dei lavoratori alle dipendenze di un subappaltatore (C. Giust. 12 ottobre 2004 in causa C-60/03, Wolff & Muller GmbH) [584].

- Inadempimento di uno Stato – Libera prestazione dei servizi – Condizioni imposte dallo Stato membro ospitante alle imprese che distaccano sul suo territorio lavoratori dipendenti cittadini di Stati terzi (C. Giust. 21 ottobre 2004 in causa C-445/03, Commissione c. Granducato di Lussemburgo) [583].

Licenziamento

- Giusta causa – Valutazione del giudice di merito – Riferimento alla coscienza generale – Censurabilità – Limiti – Fattispecie (Cass. 26 giugno 2004 n. 11919, con nota di A. CROSTA) [460].
- Giustificato motivo obiettivo – Ridimensionamento generico dell'attività imprenditoriale – Esclusione – Soppressione del posto o del reparto per situazioni sfavorevoli non contingenti – Necessità (Cass. 7 luglio 2004 n. 12514, con nota di A. CROSTA) [456].
- Giustificato motivo obiettivo – Prova – Onere – Impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni equivalenti – Datore di lavoro – Sussistenza (Cass. 7 luglio 2004 n. 12514, con nota di A. CROSTA) [457].
- Ambito di applicazione tutela reale – Dimensione dell'impresa – Collegamento societario – Frode alla legge – Sussistenza (Cass. 25 ottobre 2004 n. 20701) [455].
- Licenziamento orale – Prova – Onere – Criteri di ripartizione (Cass. 8 novembre 2004 n. 21250, con nota di V. PUTRIGNANO) [452].

Licenziamenti collettivi

- Inadempimento di uno Stato – Artt. 1, 6 e 7 della direttiva n. 98/59/CE – Nozione di “licenziamento collettivo” – Regime di licenziamenti per assimilazione – Trasposizione incompleta (C. Giust. 12 ottobre 2004 in causa C-55/02, Commissione c. Repubblica portoghese) [586].
- Art. 141 CE – Direttiva n. 75/117/CEE – Direttiva n. 76/207/CEE – Direttiva n. 86/378/CEE – Politica sociale – Lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile – Parità di retribuzione – Nozione – Sussidio di transizione (*Überbrückungsgeld*) previsto da un accordo d'impresa – Accordo sociale concluso in occasione di un'operazione di ristrutturazione dell'impresa – Prestazione concessa ai lavoratori che abbiano raggiunto una determinata età al momento del loro licenziamento – Erogazione della prestazione a partire da un'età diversa in base al sesso dei lavoratori licenziati – Considerazione dell'età pensionabile stabilita con legge dal diritto nazionale, diversa in base al sesso (C. Giust. 9 dicembre 2004 in causa C-19/02, Hlozek) [585].

Mansioni

- Danno da dequalificazione professionale – Natura di danno non patrimoniale – Sussistenza (Cass. 26 maggio 2004 n. 10157) [463].
- Danno da dequalificazione professionale – Natura di danno non patrimoniale

– Necessità di prova specifica – Esclusione – Risarcibilità in via equitativa – Sussistenza (Cass. 26 maggio 2004 n. 10157) [463].

Orario di lavoro

- Art. 230 CE – Richiesta di annullamento – Direttiva n. 2002/15/CE – Organizzazione dell'orario di lavoro degli autotrasportatori – Autotrasportatori autonomi – Fondamento giuridico – Libero esercizio di una professione – Principio della parità di trattamento – Proporzionalità – Obbligo di motivazione (C. Giust. 9 settembre 2004 nelle cause riunite C-184/02 e C-223/02 – Regno di Spagna e Repubblica di Finlandia) [588].
- Politica sociale – Protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori – Direttiva n. 93/104/CE – Ambito di applicazione – Operatori del soccorso che accompagnano le ambulanze nell'ambito di un servizio di soccorso organizzato dal *Deutsches Rotes Kreuz* – Portata della nozione di “trasporti stradali” – Durata massima dell'orario lavorativo settimanale – Principio – Effetto diretto – Deroghe – Presupposti (C. Giust. 5 ottobre 2004 in cause da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e altri) [587].
- Lavoratori a paga fissa o a ore – Festività del 25 aprile e del 1° maggio – Coincidenza con la domenica – Diritto alla retribuzione giornaliera aggiuntiva anche in assenza dello svolgimento di attività lavorativa (Cass. 16 febbraio 2004 n. 2918) [465].
- Impiegato con funzioni direttive – Lavoro straordinario – Esclusione – Fattispecie (App. Brescia 25 marzo 2004) [466].

Partecipazione

- Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 4 novembre 2004 [544] (con nota di F. PASQUINI).
- Corte Costituzionale 16 giugno 2005, n. 231 [544] (con nota di F. PASQUINI).

Previdenza

- Previdenza sociale – Libera circolazione dei lavoratori – Trattato CE – Regolamento (CEE) n. 1408/1971 – Prestazioni a copertura del rischio di non autosufficienza – Versamento da parte dell'assicurazione contro la non autosufficienza dei contributi per la pensione di vecchiaia del terzo che assiste la persona non autosufficiente (C. Giust. 8 luglio 2004 in causa C-502/01 e C-31/02, Silke Gaumain, con nota di B. MAIANI) [589].
- Decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 [548] (con nota di R. FORTI).
- Schema di disegno di legge 23 dicembre 2004 [547] (con nota di V. FORTI).
- Circolare Inail 22 gennaio 2004, n. 8 [549] – Circolare Inail 24 agosto 2004, n. 57 [549] – Circolare Inail 17 novembre 2004, n. 79 [548] – Circolare Inail 23 novembre 2004, n. 80 [548] (con nota di R. FORTI).
- Interpretazione della norma censurata – Conformazione ad un consolidato « diritto vivente » ovvero ricerca di una interpretazione conforme a Costitu-

zione – Facoltà del rimettente – Eccezione di inammissibilità – Rigetto. Impiego pubblico – Previdenza e assistenza – Dipendenti dell'istituto postelegrafonici – Indennità di buonuscita – Calcolo dell'indennità integrativa speciale nella percentuale del 48 per cento anziché in quella del 60 per cento – Assunto contrasto con il principio di proporzionalità e adeguatezza della retribuzione – Non fondatezza della questione (C. Cost. 8-12 marzo 2004 n. 91, con nota di V. FORTI) [466].

- Obbligo di rilasciare all'assicurato informazioni sulla sua posizione assicurativa e pensionistica (ove ne faccia richiesta) – Informazioni erronee rese dall'Inps – Responsabilità dell'ente – Sussistenza – Obbligazione risarcitoria dell'ente previdenziale – Sussistenza (Cass. 24 aprile 2004 n. 7859, con nota di P. RAUSEI) [478].
- Indennità di buonuscita (impiegati delle Ferrovie dello Stato) – Trattamento economico – Inapplicabilità dei miglioramenti retributivi previsti dal contratto collettivo (Cass. 25 ottobre 2004 n. 20648, con nota di B. MAIANI) [477].
- Illeciti previdenziali – Mancata denuncia dei dati contributivi all'Inps – Omissione contributiva – Insussistenza – Evasione contributiva – Sussistenza (Cass., sez. un., 7 marzo 2005 n. 4808, con nota di I. MARIMPIETRI) [469].

Privacy (diritto alla)

- Relazioni 2004 del Garante per la protezione dei dati personali — L'attuazione del Codice nel quadro della Costituzione per l'Europa, 9 febbraio 2005 [553] (con nota di I.P. ROJANO).

Processo del lavoro

- Domanda di equo indennizzo per causa di servizio (dipendenti delle Ferrovie dello Stato) – Prova – Onere (Cass., sez. un., 17 giugno 2004 n. 11353, con nota di A. CORVINO) [481].
- Ricorso introduttivo – Obblighi del ricorrente (Cass., sez. un., 17 giugno 2004 n. 11353, con nota di A. CORVINO) [481].
- Fatto costitutivo del diritto – Mancata contestazione – Conseguenze (Cass., sez. un., 17 giugno 2004 n. 11353, con nota di A. CORVINO) [482].
- Prova – Obblighi del giudice (Cass., sez. un., 17 giugno 2004 n. 11353, con nota di A. CORVINO) [482].

Prova (patto di)

- Stipulazione non contestuale alla conclusione del contratto – Invalidità (Cass. 26 novembre 2004 n. 22308, con nota di M. ARIOTI BRANCIFORTI) [489].

Pubblico impiego

- Dipendenti Università degli Studi – Collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre straniera – Contratto a tempo determinato – Attività di natura temporanea e sperimentale – Insussistenza – Termine finale – Nullità –

Ragioni – Conseguenze (Trib. Milano 6 dicembre 2004, con nota di G.C. SALERNO) [493].

Regioni (competenza delle)

- *Omissis*. Amministrazione pubblica – Assunzioni di personale a tempo indeterminato – Fissazione, in via temporanea, del limite del 50 per cento delle cessazioni dal servizio verificatesi nel corso dell'anno 2002 – Ricorsi delle Regioni Marche, Toscana, Campania, Umbria, Emilia-Romagna, Veneto – Indebita invasione, da parte della legge statale, della competenza legislativa regionale, con previsione nel dettaglio di strumenti concreti – Illegittimità costituzionale *in parte qua* – Legge 27 dicembre 2002, n. 289, art. 34, comma 11 – Costituzione, art. 117 (C. Cost. 13-17 dicembre 2004, n. 390) [500].

Retribuzione

- Trattamento nel periodo feriale – Lavoro notturno su turni periodici – Calcolo – Specifico riferimento della contrattazione collettiva alla retribuzione normale – Necessità – Fattispecie (Cass. 19 agosto 2004 n. 16261, con nota di S. FERRARIO) [501].

Riconoscimento delle qualifiche

- Inadempimento di uno Stato – Artt. 12 CE, 149 CE e 150 CE – Diploma di insegnamento secondario ottenuto in un altro Stato membro – Accesso all'insegnamento superiore (C. Giust. 1° luglio 2004 in causa C-65/03, Commissione c. Regno del Belgio, con nota di C. TIMELLINI) [593].
- Domanda di pronuncia pregiudiziale – Ottava direttiva n. 84/253/CEE – Artt. 11 e 15 – Abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili – Possibilità di abilitare persone che non hanno superato un esame di idoneità professionale – Condizioni per abilitare cittadini di altri Stati membri (C. Giust. 7 ottobre 2004 in causa C-255/01, Panagiotis Markopoulos e altri, con nota di C. TIMELLINI) [591].

Salute e sicurezza

- COM(2004)62, Comunicazione della Commissione Europea 5 febbraio 2004 [544] (con nota di L. CAROLLO).
- Inadempimento di uno Stato – Art. 10 CE – Collaborazione con le istituzioni comunitarie – Omessa trasmissione di informazioni alla Commissione (C. Giust. 13 luglio 2004 in causa C-82/03, Commissione c. Repubblica Italiana) [596].
- Inadempimento di uno Stato – Direttive n. 89/655/CEE e n. 95/63/CE – Trasposizione difettosa – Periodo di adattamento supplementare (C. Giust. 14 settembre 2004 in causa C-168/03, Commissione c. Regno di Spagna) [595].
- Inadempimento di uno Stato – Tutela dei lavoratori – Sicurezza e salute dei lavoratori – Movimentazione manuale di carichi che comporta rischi per i lavoratori (C. Giust. 16 dicembre 2004 in causa C-358/03, Commissione c. Repubblica d'Austria) [595].

- Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e del Ministero della salute 26 febbraio 2004 [556] – Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 27 aprile 2004 [557] (con nota di L. CAROLLO).
- Schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 18 novembre 2004 [554] – Relazione tecnica di accompagnamento dello schema del decreto legislativo 18 novembre 2004 [556] (con nota di L. CAROLLO).
- Infortunio – Concorso di colpa del lavoratore – Responsabilità *ex art.* 2087 c.c. – Sussistenza (Cass. 18 febbraio 2004 n. 3213) [504].
- Infortunio – Responsabilità *ex art.* 2087 c.c. – Natura contrattuale – Prova – Onere – Adozione delle misure necessarie – Datore di lavoro – Sussistenza (Cass. 21 aprile 2004 n. 7629) [504].
- Infortunio – Responsabilità *ex art.* 2087 c.c. – Sussistenza – Prova – Onere – Rapporto di lavoro – Nesso di causalità tra evento dannoso e pericolosità del luogo di lavoro – Lavoratore – Sussistenza – Prova – Onere – Rispetto di tutte le cautele necessarie per il non verificarsi dell'evento – Datore di lavoro – Sussistenza (Cass. 28 luglio 2004 n. 14270) [503].
- Infortunio – Responsabilità *ex art.* 2087 c.c. – Natura oggettiva – Esclusione – Prova – Onere – Nesso di causalità tra evento dannoso e nocività del luogo di lavoro – Lavoratore – Sussistenza – Prova – Onere – Adozione di tutte le cautele necessarie per impedire l'evento dannoso – Datore di lavoro – Sussistenza (Cass. 30 luglio 2004 n. 14663) [503].
- Infortunio – Concorso di colpa del lavoratore – Responsabilità *ex art.* 2087 c.c. – Sussistenza (Cass. pen. 17 settembre 2004 n. 36804) [503].

Sciopero

- Legittimità e limiti (Cass. 17 novembre 2004 n. 23552, con nota di M.R. IORIO) [506].

Spagna

- *Convenio Colectivo de la empresa Michelin España-Portugal, S.A. para los centros de trabajo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid y Vitoria-Gasteiz*, 10 giugno 2004 [616] (con nota di A.M. MONTRONE).

Somministrazione

- C. Cost. 28 gennaio 2005, n. 50 [568] (con nota di M. TIRABOSCHI).
- Decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 [568] - Legge 14 maggio 2005, n. 80 [568] (con nota di M. TIRABOSCHI).
- Nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 1° dicembre 2004 [564] (con nota di G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI) – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 22 febbraio 2005, n. 7 [558].
- Accordo per l'applicazione del Ccnl 23 settembre 2002 alla somministrazione a tempo determinato del 27 ottobre 2003 [564] (con nota di G. BOCCHIERI, M.

TIRABOSCHI) – Accordo per la attuazione dell'art. 12 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sottoscritto da Cgil, Cisl, Uil, Alai-Cisl, Cpo-Uil, Nidil-Cgil, Ailt, Apla, Confinterm, 2 febbraio 2005 [563] (con nota di G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI) – Accordo quadro per l'attuazione dell'art. 12, commi 2 e 3 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sottoscritto da Cisl, Uil, Alai-Cisl, Cpo-Uil, Ailt, Apla, Confinterm, 2 febbraio 2005 [563] (con nota di G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI) – Convenzione Territoriale *ex art.* 13, comma 6, decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, tra Regione Puglia e Italia Lavoro S.p.A. e Ailt, Apla, Confinterm, 2 febbraio 2005 [567] (con nota di M. TIRABOSCHI) – Convenzione Territoriale *ex art.* 13, comma 6, decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, tra Regione Abruzzo e Italia Lavoro S.p.A. e Ailt, Apla, Confinterm, 3 febbraio 2005 [567] (con nota di M. TIRABOSCHI).

Strategia Europea per l'occupazione

- Rapporto *Facing the challenge* del gruppo di alto livello presieduto da Wim Kok 3 novembre 2004 [596] (con nota di S. SPATTINI).
- Rapporto *Facing the challenge* del gruppo di alto livello presieduto da Wim Kok – Problemi e prospettive del metodo di coordinamento aperto nell'Europa del post-allargamento [599] (contributo di G. CAZZOLA).

Terziario

- Ccnl Terziario 2 luglio 2004 [570] (con nota di L. DE ROMANIS).

Trasferimento d'azienda

- Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di un'impresa allo Stato – Possibilità, per lo Stato, di imporre le norme di diritto pubblico – Riduzione dell'importo della retribuzione (C. Giust. 11 novembre 2004 in causa C-425/02, Delahaye) [609].
- Opposizione del lavoratore al trasferimento – Rilevanza del consenso del lavoratore – Direttiva n. 77/187/CEE (Cass. 28 settembre 2004 n. 19379, con nota di A. RUSSO) [510].
- Pubblica amministrazione – Applicabilità art. 2112 c.c. (Cass. 8 novembre 2004 n. 21248, con nota di S. FERRARIO) [508].

Trattamento di fine rapporto

- Retribuzione utile – *Fringe benefit* – Computabilità – Condizioni (Cass. 25 novembre 2004 n. 22264, con nota di M. VIRGILI) [512].

Esternalizzazioni del lavoro e nuovi modelli organizzativi

Ragioni e regole del decentramento produttivo

Raffaele De Luca Tamajo

Erano gli ultimi anni Ottanta quando una delegazione di dirigenti Fiat si recò in Giappone per visitare alcune fabbriche automobilistiche locali. Scoprì allora, con grande stupore, che il numero di dipendenti utilizzato per ciascuna unità di prodotto (autovettura) era straordinariamente inferiore all'analogo rapporto misurato presso la Casa torinese; e questo – lo si comprese successivamente – non solo e non tanto per una maggiore produttività degli operai giapponesi, quanto perché una rilevante parte della produzione veniva effettuata da aziende terze con propri lavoratori.

Si può idealmente ricollegare a tale episodio l'inizio (tardivo) di un diffuso processo di "esternalizzazione" di segmenti produttivi che investirà, nei decenni successivi, la grande industria italiana, nel tentativo di quest'ultima di far fronte, anche sul piano dei modelli organizzativi, alle sfide della competizione globale.

Prima di allora la scelta di sostituire il *make* con il *buy* aveva interessato soltanto segmenti periferici e marginali del ciclo produttivo, quali, ad esempio, la gestione delle mense aziendali, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti, la sorveglianza, le pulizie etc. Dopo, la tendenza ha investito funzioni di maggiore centralità a partire dalla gestione dei servizi informatici e dalle operazioni di amministrazione e controllo sino a lambire il *core business*, mediante l'affidamento a società specializzate della logistica interna allo stabilimento, della produzione di parti rilevanti del prodotto finale, della gestione del magazzino ricambi etc. Dopo, soprattutto, le tipologie del decentramento si sono moltiplicate, lasciando emergere accanto alla classica delocalizzazione verso aree geografiche a minor costo del lavoro e ai collaudati appalti "esterni", fattispecie di appalti connessi a trasferimenti di rami d'azienda e financo ipotesi di esternalizzazione *intra moenia*, nelle quali la produzione affidata a terzi continua ad essere svolta nel medesimo luogo in cui era in precedenza allocata, cioè entro il perimetro aziendale della impresa committente, e con gli stessi lavoratori in precedenza impiegati, restando i fattori produttivi utilizzati dalla impresa terza non soltanto identici, ma anche non esposti a variazione logistica. Simili processi, ancorché accreditati da una loro affermazione su scala mondiale, hanno trovato nel nostro ordinamento non poche contrarietà, dal mo-

(*) *Raffaele De Luca Tamajo è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

mento che la scissione del ciclo produttivo ha indotto spiccate tensioni nei confronti delle tradizionali categorie del diritto del lavoro, tendenzialmente tarate sul doppio stereotipo della titolarità da parte di un solo datore del rapporto di lavoro di coloro che operano in una medesima unità produttiva e della coincidenza dei confini del ciclo produttivo con quelli di una unica realtà giuridico-societaria.

Del resto allarmi e preoccupazioni non potevano non essere suscitati dalla messa in discussione di modelli produttivi e sociali che avevano garantito se non altro continuità del lavoro degli occupati, radicamento delle organizzazioni sindacali e affermazione di un soddisfacente modello di *welfare*.

La progressiva liberalizzazione, sul piano giuridico, dei processi di esternalizzazione e il superamento della originaria ostilità che trasudava dalla legge n. 1369 del 1960 hanno trovato un significativo approdo nel decreto legislativo n. 276 del 2003. La nuova disciplina del trasferimento di ramo di azienda e dei profili giuslavoristici dell'appalto, nonché la tipizzazione, sia pur a limitati fini, del contratto di esternalizzazione (articolo 32, comma 2) testimoniano della volontà del legislatore di circoscrivere l'area della illiceità, limitata ora ai soli processi organizzativi guidati da logiche puramente fraudolente o idonei a turbare la "trasparenza" nell'imputazione dei rapporti di lavoro, fermo restando un livello di tutele essenziali per i lavoratori esposti alle vicende circolatorie.

Le discipline in esame si inseriscono, pertanto, in un più ampio quadro normativo caratterizzato dalla scelta di politica del diritto di non intervenire sulle storiche tutele "interne" al contratto di lavoro, emblemizzate dalle norme dello Statuto dei diritti dei lavoratori, ma di consentire alle imprese più ampi margini di riorganizzazione (liberalizzando i c.d. poteri "manageriali" e non i poteri direttivi), sul presupposto che solo una impresa più libera di produrre modificazioni organizzative, più efficiente e specializzata e, dunque, una effettiva modernizzazione dell'apparato produttivo del nostro Paese saranno in grado di garantire i livelli occupazionali, una soddisfacente qualità del lavoro ed adeguati meccanismi redistributivi.

Gli obiettivi appena enunciati vengono perseguiti dal legislatore di inizio secolo mediante una "riscrittura" delle fattispecie legali dell'appalto e del trasferimento di ramo di azienda, idonea a renderle più attuali e consapevoli dei processi riorganizzativi in corso; ma anche attraverso una riduzione di alcune tutele del lavoro, diretta ad eliminare elementi di disincentivo al decentramento (si pensi alla caducazione del principio di parità tra lavoratori dell'impresa appaltatrice e dell'impresa appaltante o alla possibilità di applicare ai lavoratori "ceduti", a seguito di trasferimento di ramo di azienda, il contratto collettivo, sovente di minor favore, del cessionario).

È appena il caso di ricordare che l'operazione di aggiornamento normativo, pur preparata da orientamenti giurisprudenziali che ne avevano in qualche modo evidenziato la opportunità (se non altro in termini di superamento dei vincoli che avevano perso una parte del loro originario significato), è stata accolta da valutazioni preoccupate, quando non esplicitamente critiche. Taluna di pura matrice ideologica, talaltra genuinamente perplessa per gli effetti destrutturanti

delle dinamiche del mercato del lavoro, talaltra, ancora, pur consapevole dell'imprescindibilità di una riduzione dei vincoli al decentramento, timorosa delle possibili ricadute negative sulle politiche di valorizzazione del capitale umano, conseguenti al minor interesse allo sviluppo professionale dei lavoratori acquisiti attraverso relazioni giuridiche di natura commerciale con altri operatori economici e, dunque, non "dipendenti".

A tali preoccupazioni può innanzitutto replicarsi, in linea generale, che ad una valutazione comparativa l'Italia presenta ancora oggi livelli di esternalizzazione decisamente bassi (23 miliardi di euro di valore annuo dei servizi esternalizzati nel 2003, contro i 448 per gli Stati Uniti e i 343 per l'Europa, con uno scarto negativo notevole rispetto a Gran Bretagna e Germania): una riduzione dei vincoli normativi in materia, lungi dall'essere anacronistica, restituisce al nostro sistema industriale una importante leva di competitività, particolarmente necessaria in una fase di evidente e pericoloso declino.

In secondo luogo va obiettato che non potendosi più far ricorso, al fine di rilanciare un sistema imprenditoriale in evidente crisi, alla leva puramente monetaria e alle politiche di ausilio, in ragione dei noti vincoli comunitari, l'unica via per non intaccare il patrimonio garantistico che caratterizza la disciplina "interna" del contratto di lavoro subordinato, passa necessariamente per un recupero del dinamismo organizzativo delle imprese italiane, quand'anche questo comporti qualche prezzo per i lavoratori coinvolti dai nuovi fenomeni di decentramento produttivo; prezzo che, altrimenti, rischierebbe di essere comunque pagato in termini di sicurezza occupazionale o di retrocessione nelle varie sfumature del lavoro irregolare.

In ordine a tali "prezzi" occorre peraltro chiarirsi, prescindendo da influenze valutative di tipo ideologico.

Certamente la nuova normativa riduce le possibilità per i lavoratori coinvolti in appalti o in vicende di trasferimento di ramo aziendale di veder riconosciuta la permanente imputazione del rapporto (talora fortemente ambita) all'impresa appaltante o decentrante, che sovente offre maggiori garanzie di stabilità economica e di radicamento sindacale. Depongono in tal senso la dilatazione dei confini dell'appalto lecito, sino ad abbracciare ipotesi in cui l'apporto dell'appaltatore si esaurisca nell'esercizio di poteri organizzativi e direttivi della manodopera impiegata (articolo 29), e, per altro verso, l'ampliamento della fattispecie legale del trasferimento di ramo di azienda, alla cui stregua l'automatismo dell'articolo 2112 c.c. opera anche in presenza della traslazione di attività smaterializzate (articolo 32).

Va però evidenziato che l'opzione di favore per simili vicende di segmentazione del ciclo produttivo non giunge sino a minare la *ratio* più genuina delle normative vincolistiche del decentramento, consistente – in tema di appalto – nell'impedire fenomeni di imputazione fittizia del rapporto di lavoro in capo al soggetto che non esercita i poteri direttivi nei confronti dei lavoratori e – in tema di trasferimento di azienda – nell'impedire che la traslazione di singoli beni e singoli contratti sia camuffata da cessione di segmenti produttivi autonomi, al solo scopo di privare di ogni rilevanza giuridica il dissenso del lavoratore trasferito. Obiettivi, questi, preservati dal legislatore del 2003, che

certo non ha integralmente liberalizzato i fenomeni in esame, limitandosi ad adeguare le fattispecie legali ai nuovi contesti organizzativi (sovente smaterializzati) della produzione, nel rispetto della *ratio* normativa originaria.

Quanto, in particolare, alla caducazione del requisito della “preesistenza” dell’autonomia funzionale del ramo aziendale oggetto di cessione, essa svincola il cedente dall’obbligo di dimostrare che il ramo aziendale ceduto aveva una propria identità già all’interno dell’originaria compagine organizzativa; prova, invero, non sempre agevole, specie al cospetto di strutture aziendali altamente connesse e interdipendenti ove una certa autonomia funzionale del segmento da cedere si accompagna ad una stretta complementarietà con altri comparti o funzioni dell’azienda.

La valutazione positiva dell’intervento legislativo non può far velo alla constatazione che l’eliminazione di alcuni criteri presuntivi dell’illiceità, implicita nella richiamata dilatazione delle fattispecie legali e nell’abrogazione di alcuni passaggi normativi della legge n. 1369 del 1960, dilata i margini per un uso fraudolento degli istituti in esame, rendendo talora possibile: a) il ricorso al trasferimento di ramo di azienda al solo scopo di occultare un licenziamento collettivo, la cui pratica risulterebbe ben più onerosa e proceduralizzata, e b) l’utilizzo dell’appalto in favore di un dipendente dell’appaltante, dotato di poteri direttivi, allo scopo di celare una mera fattispecie interpositoria.

Al riguardo, premesso che ogni norma che allarga le maglie definitorie della fattispecie legale si espone a simili rischi, non resta che auspicare il ricorso nella sede giudiziale ai classici e generali meccanismi anti frodatori ed *in primis* all’articolo 1344 c.c. ovvero la predisposizione di previsioni legislative *ad hoc*, capaci di ridurre tali patologie senza appesantire le fattispecie legali e senza punire i processi di decentramento genuino.

Tali erano fino ad ieri soltanto quelli ispirati da esclusive finalità di specializzazione produttiva e di razionalizzazione organizzativa, oggi – a seguito della caducazione del principio di parità di trattamento tra dipendenti dell’appaltante e dell’appaltatore – anche quelli alla cui adozione concorre il perseguimento di un obiettivo di riduzione del costo del lavoro a seguito dell’applicazione di un contratto collettivo (quello del cessionario) meno oneroso.

Ragioni e regole del decentramento produttivo – Riassunto – L’A. muove dalla ricostruzione della progressiva affermazione dei processi di esternalizzazione in Italia e degli elementi, sul piano delle categorie del diritto del lavoro e sul piano sociale, che ne hanno ostacolato la diffusione. Nel d.lgs. n. 276, l’A. ravvisa l’approdo della tendenza alla progressiva liberalizzazione di tali processi, e al superamento della originaria ostilità, desumibile dalla volontà del legislatore di circoscrivere l’area della illiceità ai soli processi organizzativi guidati da logiche fraudolente o idonei a turbare la “trasparenza” nell’imputazione dei rapporti di lavoro realizzato attraverso una liberalizzazione dei c.d. poteri “manageriali” e non di quelli direttivi e senza incidere sulle tutele “interne” al contratto di lavoro. A fronte delle critiche di diversa natura e portate mosse alle soluzioni legislative adottate, l’A. rileva la ancora scarsa diffusione in Italia di pratiche di esternalizzazione e la necessità, quindi, di ridurre i vincoli normativi in materia come unico possibile strumento di competitività a fronte dei vincoli comunitari e della volontà di non intaccare le garanzie tipiche del contratto di lavoro subordinato, con anche la precisazione che l’opzione di favore per le vicende di segmentazione del ciclo produttivo non giunge a minare la *ratio* più genuina delle normative vincolistiche del decentramento. L’A. esprime quindi un giudizio positivo dell’intervento legislativo ma sottolinea i

pericoli derivanti da un ampliamento delle maglie definitorie della fattispecie legale sotto il profilo di un aumento del ricorso fraudolento agli istituti giuridici che presiedono ai fenomeni di esternalizzazione e prospetta come rimedi i classici e generali meccanismi antifrodatori in sede giurisdizionale ovvero la previsione di specifici strumenti legislativi che riducano le patologie senza appesantire le fattispecie legali e senza punire i processi di decentramento genuino.

The rationale and regulation of outsourcing (Article in Italian) – Summary – *This paper takes as its starting point the trend towards labour outsourcing in Italy, and examines the labour law provisions and social policy measures that have prevented it from becoming more widespread. In examining Legislative Decree No. 276, the author identifies a trend towards the progressive liberalisation of outsourcing processes, moving beyond the hostility characterising the original legislative measures, limiting the area of illicit activity to organisational processes consisting of fraudulent schemes, or practices likely to undermine the transparency of the employment relationship by means of a liberalisation of managerial rather than executive powers, without affecting the forms of protection considered to be intrinsic to the employment contract. In relation to the criticisms of various kinds and degrees of intensity of the legislative provisions enacted, the author highlights the fact that outsourcing is still not particularly widespread in Italy, and the consequent need to reduce the regulatory limits in this connection as the only possible means of increasing competitiveness, bearing in mind the limits laid down by EU law and the aim of preserving the safeguards typical of salaried employment. The paper goes on to point out that the means adopted for dealing with the segmentation of the productive cycle do not undermine the genuine reasons for the regulatory limits laid down with regard to decentralisation. The author offers a positive assessment of the legislative measures, while underlining the dangers arising from widening the definitions of this legal institution in terms of an increase of the fraudulent use of the legal provisions regulating outsourcing practices. By way of remedial action the author advocates the use of general antifraud measures at a jurisdictional level, or the introduction of specific legislative measures that reduce fraudulent practices without preventing the use of this legal institution and without penalising genuine decentralisation processes.*

L'evoluzione dei modelli organizzativi d'impresa

Luigi Golzio

Sommario: **1.** La competizione nell'economia della conoscenza. – **2.** La persona ed il lavoro nell'economia della conoscenza. – **3.** Strategie aziendali e *personnel idea* nell'economia della conoscenza. – **4.** Il contratto a tempo indeterminato nell'economia della conoscenza: dalla relazione di autorità a quella di agenzia. – **5.** L'esternalizzazione delle relazioni di lavoro: i criteri aziendali di scelta.

1. L'economia della conoscenza si qualifica per tre caratteristiche:
— il peso prevalente dei servizi nel contribuire alla produzione del prodotto interno lordo di uno specifico sistema economico. Ciò significa il superamento *dell'economia della scarsità* (anche se circoscritto alle economie affluenti del mercato globale), caratterizzata dalla produzione di beni materiali, che cerca di trarre dalla natura la produzione di ricchezza economica per assicurare lo sviluppo;
– la produzione crescente all'interno delle imprese (nelle c.d. *Corporate Universities*) di una nuova forma di conoscenza applicata rispetto a quella tradizionale (la *conoscenza contemplativa od universale* prodotta dalle Università), ovvero la c.d. *conoscenza performativa* richiesta dal mercato per sviluppare nuovi prodotti e servizi, nonché le conoscenze manageriali per gestire i processi sottostanti. La *conoscenza performativa*, in quanto nuovo fattore competitivo dominante nel mercato, giustifica, a livello di singola impresa, la presenza di barriere protettive della ricerca; la riservatezza dei risultati conseguiti (soggetti a critica e valutazione esclusivamente interne); l'accessibilità solo al personale aziendale ai luoghi della sua produzione; la legittimazione del valore di uso e della produzione di reddito della conoscenza prodotta. In altri termini la *conoscenza performativa*, applicata alla produzione di beni e servizi sostituisce il capitale quale fattore competitivo dominante nel mercato;
– lo sviluppo della tecnologia delle informazioni (la c.d. *Information Comunication Technology*) quale strumento di riorganizzazione delle relazioni di lavoro e di mercato e di controllo dei sistemi organizzativi.
L'economia della conoscenza, in quanto *economia della post scarsità*, qualifica l'utilità dei prodotti non solo in base alla loro qualità fisica e prestazionale (che

(*) Luigi Golzio è professore ordinario di Organizzazione del lavoro presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Il presente contributo riproduce il testo della relazione presentata al convegno La riforma del mercato del lavoro: Deregolazione o riregolazione?, Roma, 18-19 marzo 2004.

diventano i requisiti minimi per competere sul mercato), ma soprattutto in base al contenuto delle informazioni e delle opportunità di relazioni da essi veicolate (i servizi aggiunti al prodotto ne aumentano il valore di uso e lo distinguono dai prodotti della concorrenza). Essa quindi introduce nuove regole del gioco tra le imprese rispetto all'economia industriale, che si possono riassumere nella personalizzazione dei beni e servizi, nel cambiamento della natura degli investimenti, nel ridisegno delle forme organizzative e nella ridefinizione delle relazioni di lavoro.

La personalizzazione dei beni e servizi riflette lo spostamento del potere di mercato dall'offerta alla domanda. Esso si fonda sulla capacità (collettiva, del sistema aziendale) di soddisfare il singolo cliente, pena il suo abbandono della relazione per privilegiare quella con la concorrenza. Cambia la logica di affari, dalla transazione governata dal prezzo e dalla rendita monopolistica (ad esempio l'impresa pubblica) alla relazione con il cliente qualificata dalla creazione di valore (per entrambi gli scambisti). Essa costituisce la base per garantire all'impresa l'economicità della gestione, oltre alla capacità di combinare le economie di specializzazione e di scala (le leve tradizionali nell'economia industriale) con quelle di scopo. Le economie di scopo, ovvero i vantaggi economici dovuti all'impiego del medesimo fattore produttivo nella produzione congiunta di più beni o servizi, costituiscono la leva peculiare, distintiva nella economia della conoscenza per garantire all'impresa la redditività di gestione. Si pensi in particolare alle imprese di servizi, dove il lavoro costituisce il fattore produttivo più critico, sia in termini di costo che in termini di governo. L'applicazione delle economie di scopo agli operatori addetti allo sportello significa la riorganizzazione del lavoro assegnando agli stessi lo svolgimento di diverse attività: erogazione del servizio, promozione dell'intero portafoglio nei confronti del cliente, gestione degli aspetti finanziari, marketing dei comportamenti di acquisto, recupero dell'eventuale disservizio. Più in generale l'assegnazione agli stessi operatori delle attività operative e di quelle di controllo consente di rendere snella (ovvero con meno impiego di risorse umane e di costi di coordinamento) la struttura, di aumentare la produttività del lavoro e la flessibilità organizzativa.

L'economia della conoscenza muta la natura degli investimenti nelle imprese: aumenta il peso degli investimenti intangibili (in ricerca, apprendimento e *know-how* organizzativo, immagine e reputazione aziendale, distinzione e fedeltà della marca commerciale, fidelizzazione del cliente, ecc.) rispetto a quelli tangibili, tradizionali (in immobili, impianti e macchinari). Si allunga anche il periodo temporale del ciclo finanziario costi-ricavi, che richiede all'impresa un approccio integrato tra le funzioni aziendali, sin dal momento della concezione del prodotto, per la gestione dell'intero ciclo di vita del prodotto/servizio. L'aumento degli investimenti intangibili e l'allungamento temporale del loro ciclo finanziario impongono all'impresa la ricerca di nuove metodologie contabili (ad esempio l'*activity based costing*, il bilancio sociale, la misurazione della reputazione aziendale, il capitale sociale, ecc.) per misurare le performance aziendali e la redditività degli investimenti intangibili.

La centralità assunta dal cliente nella gestione aziendale impone il ridisegno

delle forme organizzative, assumendolo come criterio prioritario della progettazione organizzativa. Declina la forma funzionale (perno dell'economia industriale), basata sulla specializzazione della tecnica e sulla standardizzazione dei beni e servizi, la cui rigidità organizzativa mal si adatta all'incertezza ed alla volatilità, proprie, fisiologiche dell'economia della conoscenza. Per contro si diffondono le forme organizzative che assumono il cliente come criterio prioritario di specializzazione del lavoro e che garantiscono, al riguardo, la personalizzazione di beni/servizi e la flessibilità organizzativa (per gestire il mutamento sia degli orientamenti del cliente, sia delle azioni delle imprese concorrenti). Il cliente ed il servizio sono portati dentro ai confini dell'impresa (dove le attività sono considerate prestazioni tra *cliente e fornitore interni*) in modo da creare relazioni di quasi-mercato, caratterizzate da interdipendenze reciproche, che coordinano in modo flessibile le varianze indotte dall'incertezza del cliente esterno. Le forme organizzative disegnate sul cliente si qualificano per essere "orizzontali/trasversali" (ovvero articolate per processi), "snelle/piatte" (che riducono l'assorbimento di persone e dei costi relativi). Queste forme organizzative impongono un modo diverso di lavorare: si decentrano le decisioni; si privilegiano le modalità di coordinamento della negoziazione, del gruppo e dell'*agenzia* rispetto alla gerarchia per integrare le relazioni interne tra gli attori organizzativi; si chiede alle singole persone di assumere rischi maggiori nel prendere decisioni destrutturate, più incerte. Inoltre si afferma la *forma a rete* che, modificando confini organizzativi dell'impresa, consente di disegnare modelli di divisione del lavoro tra le imprese (e non solo all'interno di esse) e l'integrazione delle loro azioni attraverso modalità di coordinamento diverse sia dalla gerarchia (privilegiata dalla *forma impresa*), che dal prezzo (privilegiato dalla *forma mercato*). La rete consente alla singola impresa di crescere per vie esterne attraverso:

- la ripartizione del rischio e dei fabbisogni di capitale (si pensi ad esempio al *franchising*, alla *sub-fornitura*, alle *joint-venture* od al *project financing*);
- la rapidità della realizzazione delle decisioni, in modo tale da cogliere immediatamente le opportunità offerte dal mercato, grazie alla condivisione delle conoscenze reciproche tra i *partners*, che consente di ridurre i costi ed i tempi di esperienza.

2. L'economia della conoscenza si innesta coerentemente (anche perché ne è il riflesso) nella società del rischio caratterizzata da incertezza crescente e dalla individualizzazione dell'azione sociale ⁽¹⁾.

La competizione crescente, la mobilità dei capitali, la flessibilità delle nuove forme organizzative, accrescono le opportunità di mobilità individuale nel mercato del lavoro e, al contempo, aumentano l'insicurezza ed il rischio che, chi vive in questa società, deve essere disposto ad accettare. La propensione soggettiva al rischio ed alla mobilità da parte degli individui è più elevata rispetto alla società industriale e si spiega con la ricerca (e la possibilità

(1) U. BHECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Napoli, 2000.

concreta) di posizioni sociali più promettenti, per la maggiore permeabilità dei confini degli Stati (si pensi all'Europa unita), delle istituzioni e in particolare delle imprese (si pensi alle assunzioni via internet che elidono le barriere spaziali). Nella prospettiva individuale la maggiore disponibilità di offerte di lavoro sono opportunità da non perdere: "I mancati spostamenti sono presi come indicazioni di fallimento e la stabilità sembra una morte in vita: la destinazione conta meno dell'atto del partire" (2). Per contro i successi economici e professionali acquisiti sono continuamente sottoposti alla "distruzione creatrice" indotta dall'incertezza e dalla competizione. In altri termini la società del rischio presenta due aspetti ambivalenti. L'aspetto positivo è costituito dalla cultura diffusa della mobilità e del rischio che riflette una società aperta, senza gerarchie e *status* acquisiti, pronta a valorizzare le differenze ed a sperimentare soluzioni che nascono dall'incertezza e dal confronto. L'aspetto negativo è il rischio del fallimento implicito nella mobilità (ogni volta si riparte da zero) ed il vivere perennemente in una situazione di incertezza e di ambiguità, che rende difficile all'individuo costruire la propria identità professionale e sociale, e consolidare i propri progetti di vita.

L'ambivalenza della società del rischio è ben riflessa dalla transazione dal *Lavoro ai lavori* (3). Il *Lavoro*, tipico della società industriale, è caratterizzato dalla professionalizzazione delle sole attività direttamente produttive, è a tempo pieno ed indeterminato, a piena tutela, con contenuti prevalentemente tecnici (che danno l'identità professionale e sociale). I *lavori* della società del rischio sono qualificati dalla professionalizzazione delle attività indirettamente produttive (ad esempio i servizi per il tempo libero), a tempo, a tutela ridotta, con contenuti sia tecnici, sia relazionali. Circa i contenuti dei *lavori*, la società del rischio presenta il paradosso di lavori migliori nei contenuti e nell'impiegabilità, ma peggiori nella tutela. Ad esempio le prestazioni giornaliere richieste dai lavori comuni, che necessitano di livelli di istruzione e qualificazione medio bassa nei posti di lavoro creati nel 1995 negli Stati Uniti d'America richiedevano per il 58% di "Avere a che fare con i clienti di persona" e per il 53% di "Avere a che fare con i clienti per telefono". Circa la composizione delle prestazioni giornaliere il 65% di essi richiedeva di "Fare i calcoli", il 55% di "Leggere parti dei documenti", il 51% di "Usare il computer", il 29% di "Scrivere parti di documenti" (4).

L'ambivalenza della società del rischio si riflette nella motivazione al lavoro delle persone, la quale presenta due promesse di felicità compresenti e contraddittorie: il lavoro come strumento di consumo per il quale il tempo di lavoro è finalizzato al *tempo altro*; il lavoro come strumento di sviluppo professionale che, più della singola impresa, garantisce l'identità professionale. Ciò spiega la crescente mobilità delle persone da un'impresa all'altra, poiché

(2) R. SENNET, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, Milano, 1999.

(3) A. ACCORNERO, *Era il secolo del Lavoro*, Il Mulino, Bologna, 1997.

(4) G.H. HOLZER, *What employees want. Job prospects for less educated workers*, Russel Sage Foundation, New York, 1996.

nella società del rischio è premiata la fedeltà al lavoro che si fa, piuttosto che all'impresa in cui si lavora.

La società del rischio ha messo in crisi il contratto sociale tra impresa e individuo della società industriale. Esso era costituito dallo scambio di fedeltà e competenze (prevalentemente tecnico-professionali) fornite dal lavoratore in contropartita alla sicurezza e allo sviluppo della carriera aziendale, alla longevità della relazione di lavoro garantite dall'impresa. L'economia della conoscenza per garantire i suoi benefici impone alla società del rischio la ricerca di un nuovo contratto sociale tra impresa ed individuo, che si basi sui diritti fondamentali di cittadinanza, ovvero:

- un livello di reddito minimo che consenta un livello dignitoso di esistenza alle persone (sempre meno protette dalla appartenenza al sindacato dei lavoratori) nelle fasi ricorrenti e fisiologiche di ricerca di un nuovo lavoro e di congiuntura negativa del sistema economico;
- la garanzia di una formazione continua (la c.d. *life long learning*) che consenta alle persone di mantenere il proprio capitale di competenze aggiornato rispetto alla rapida obsolescenza indotta dall'economia della conoscenza e di contribuire al miglioramento della competitività sia della singola impresa che dell'intero sistema economico ⁽⁵⁾.

3. L'economia della conoscenza richiede alle imprese l'adozione di strategie *resource based* che fanno dipendere la redditività della gestione da:

- la rendita aziendale dovuta alle risorse (*assets*) intangibili, ovvero le conoscenze e le competenze distintive (le c.d. *core competences*, incluse quelle organizzative), scarse, idiosincratice, non replicabili e riconosciute dal mercato, le quali, per questo motivo, sono isolate e protette dall'impresa nei confronti dei concorrenti;
- il vantaggio competitivo dominante, costituito dalle (meta) competenze organizzative di presidio dei processi di apprendimento e di innovazione delle competenze distintive (le *core competences*) minacciate o modificate dalla concorrenza;
- la sostenibilità (ovvero la non replicabilità) del vantaggio competitivo dominante che, nell'economia della conoscenza, si qualifica per l'orientamento al cliente e la conciliazione di due strategie considerate alternative nell'economia industriale, ovvero la personalizzazione del prodotto o servizio e la *leadership* di costo.

Poiché le *core competences* sono di fatto detenute dalle persone, il mercato interno del lavoro delle imprese si trasforma, assumendo una struttura più complessa e variegata: emergono due grandi segmenti (che si articolano ulteriormente) costituiti da:

- le persone stabili, che presidiano le attività centrali, critiche, distintive (i c.d. *core workers*, ad esempio gli analisti di simboli, i fornitori di servizi interni, gli

⁽⁵⁾ G. PROVASI, *La società della conoscenza ed il futuro del lavoro*, in *L'impresa al plurale*, febbraio 2002, n. 9.

integratori organizzativi, i responsabili di cliente, ecc.) che richiedono elevate o specifiche competenze tecniche, organizzative e di servizio;
– le persone flessibili (i c.d. *contingent workers*) che svolgono le attività “periferiche” a bassa qualificazione, facilmente sostituibili con processi di esternalizzazione.

Ne consegue l'esigenza da parte dell'impresa di sviluppare distinte *personnel idea*, ovvero specifiche formule (riflesse sia nei contratti di lavoro, che in quelli che li integrano, i contratti psicologici e sociali), che rendono compatibile la situazione ed i bisogni vitali di uno specifico gruppo di persone con i vincoli aziendali (6). In altri termini la *personnel idea* specifica i termini del *do ut des* con i singoli gruppi (o con la singola persona) ovvero quante e quali competenze essi debbono mobilitare (e quanto controllo individuale e sociale porre in atto) in cambio di una correlata situazione di lavoro, progettata dall'impresa in modo da riconoscere le esigenze vitali e l'influenza delle persone (attraverso l'instaurazione di relazioni di lavoro personalizzate, qualificate da più autonomia e meno controllo organizzativo). In altri termini se le persone sono differenti e differenti sono le loro motivazioni, di conseguenza anche le loro ricompense ed incentivi devono essere differenti, personalizzati. Ad esempio perché proporre un piano pensionistico standard per tutti i lavoratori? Fatta salva la parte standard del contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato (retribuzione minima, orario, diritti sindacali e così via) le distinte *personnel idea* si rifletteranno sui trattamenti *alla carta*, dove il singolo *core worker*, potrà scegliere, con un limite economico prefissato, il trattamento ed i servizi che meglio si attagliano alle sue individuali necessità. L'esigenza di definire diverse *personnel idea* costringe l'impresa a progettare la relazione di lavoro con le persone (piuttosto che con indistinte risorse umane) facilitando la segmentazione del mercato interno del lavoro in *famiglie professionali*, omogenee per le competenze possedute, al fine di personalizzare le relazioni di lavoro con specifici individui o gruppi di individui.

Circa le attività *non core* (ed i lavoratori che le realizzano) le strategie *resource based* prevedono la loro esternalizzazione in modo da aumentare l'efficienza delle stesse (perché svolte da imprese specializzate), lo snellimento della forma organizzativa e, spesso, la modifica dei confini attraverso la costituzione di *reti burocratiche* con i fornitori. Essi, in virtù di relazioni di fornitura longeve, diventano dei *partner*. La *rete burocratica* è un accordo stabile tra due imprese in cui la transazione (ad esempio la fornitura di un servizio come la mensa o la contabilità delle retribuzioni) ha per oggetto: contratti formali esterni, validi civilisticamente, che definiscono obblighi reciproci di carattere patrimoniale; contratti interni, patti para-sociali, che definiscono la forma organizzativa della rete, ovvero i diritti reciproci di informazione, decisione e controllo, divisione dei compiti e delle responsabilità ed i diritti di ricompensa ad essi collegati (7). Nella realtà economica del nostro Paese le imprese hanno acquisito un'espe-

(6) R. NORMANN, *La gestione strategica dei servizi*, Etaslibri, Milano, 1985.

(7) A. GRANDORI, *Organizzazione e comportamento economico*, Il Mulino, Bologna, 1999.

rienza consolidata nell'esternalizzazione dei servizi generali (mensa, sicurezza, pulizie, *facility management*), informativi (*Information technology*, gestione dei *software*), di logistica c.d. integrata (dall'assemblaggio, alla gestione dei magazzini, al trasporto, alla consegna, alla riscossione del dovuto dai clienti), di parti del processo di produzione (si pensi al settore automobilistico o a quello dei *computer*) attraverso *reti burocratiche*. Nel prossimo futuro l'esternalizzazione si estenderà ulteriormente ad attività oggi considerate *core*, come ad esempio i servizi di gestione del personale (oltre alla selezione, la formazione, lo sviluppo del potenziale, la gestione del contratto, ecc.) (8). Le società specializzate al riguardo (le c.d. *Professional Employers Organization*, PEO) sono quotate in borsa negli Stati Uniti, mentre in Italia si è appena presentata sul mercato *Service-lab*, società di Unicredit.

Le strategie *resource based* si distinguono rispetto a quelle dell'economia industriale (il modello *strategia-struttura e performance*) per due elementi distintivi:

- assumono l'interdipendenza reciproca e paritaria tra la *business/service idea* e la *personnel idea*, dando concretamente corpo alla tesi della strategicità delle persone (sin qui troppo spesso solo affermata, ma non agita nelle imprese);
- adottano forme organizzative organiche, con confini mobili e permeabili che consentono flessibilità organizzativa e modalità di crescita sia per vie interne che per vie esterne (attraverso le reti organizzative).

Le strategie *resource based* e le *personnel idea* ridefiniscono la relazione di lavoro dell'impresa nei confronti dei *core workers*. L'aumento degli investimenti intangibili aumenta l'asimmetria ed il potere dei *core workers* (*professional*, titolari di ruoli di contatto e di assistenza al cliente, ecc.). Al riguardo occorre precisare che i *core workers* non si esauriscono nelle persone che possiedono competenze tecnico-professionali critiche, ma includono le persone che hanno altre competenze altrettanto *critiche* come ad esempio quelle *contestuali* (derivanti dalla propria rete di relazioni costruita e presidiata) o le competenze specifiche (non necessariamente specializzate) il cui impiego nelle combinazioni produttive aumenta il valore in modo superiore al costo opportunità di un loro impiego alternativo. A ciò si aggiunga che l'alta Direzione incontra problemi crescenti nel valutare le prestazioni individuali e di gruppo. Ne deriva che la redditività ed il rischio degli investimenti aziendali dipendono in modo crescente dai *core workers*.

In conclusione nell'economia della conoscenza l'efficienza della gestione aziendale dipende dalla interdipendenza (reciproca e paritaria) e dalla coerenza tra la strategia (*resource based*), le forme organizzative (organiche) e le *personnel idea* (personalizzate per segmenti del mercato del lavoro interno ed esterno). Le persone (in particolare i *core workers*) sono strategiche perché detengono in modo progressivamente diffuso le competenze distintive (i c.d. *saperi segreti*), sono la base dell'innovazione organizzativa ed hanno una notevole propen-

(8) R. DI BERNARDINI, *L'azienda estesa. La riforma del mercato del lavoro, l'impatto sui trend futuri nella gestione delle risorse umane*, in *Studi organizzativi*, 2003, n. 2.

sione alla mobilità interaziendale. Ciò spiega la rilevanza, appunto strategica, assunta dalla gestione delle persone.

4. Nei confronti dei lavoratori stabili (i *core workers*) i contratti di lavoro a tempo indeterminato sono disegnati e finalizzati all'impiego ottimale di persone che mobilitano le loro competenze piuttosto che alla semplice prestazione di lavoro. L'incertezza indotta dal cliente e dall'innovazione tecnologica determina la crisi delle regole scritte (rigide) e legittima le regole non scritte (i contratti impliciti, complementari), che rappresentano le soluzioni organizzative all'incertezza elaborate dalle singole persone e dai gruppi di lavoro. La flessibilità della relazione di lavoro richiede: competenze codificate, ed anche non codificate, ma necessarie per gestire l'incertezza e le varianze; quantità ma soprattutto qualità del lavoro contingenti alle situazioni che si creano; motivazione a mobilitare le competenze nelle quantità e nelle qualità richieste dalla situazione di lavoro; responsabilità e collaborazione nel conseguimento degli obiettivi. La flessibilità della relazione di lavoro si traduce nell'adattamento e nella variabilità dello scambio. Specificatamente i contenuti del contratto di lavoro soggetti all'adattamento reciproco riguardano: il tempo di lavoro (continuo o discontinuo, definito in orario o fuori orario); i ritmi di lavoro (predefiniti o contingenti); lo spazio di lavoro (dentro i confini organizzativi o fuori dai confini organizzativi); la retribuzione (fissa o/e variabile); le competenze (esplicite o /e implicite); l'equità distributiva (flessibilità data e ricevuta, rischi e benefici suddivisi); l'equità procedurale (adattamenti, variabilità delle regole del gioco trasparenti e controllati reciprocamente); l'equità d'interazione (scambio simmetrico o asimmetrico delle reciproche conoscenze).

La flessibilità richiesta alla relazione di lavoro aumenta la complessità del contratto a tempo pieno ed indeterminato. Al riguardo è utile ricordare i termini fondamentali dello scambio che lo contraddistinguono: il datore di lavoro corrisponde una retribuzione fissa non soggetta a rischio, in cambio, da parte del lavoratore, di una data quantità di lavoro (misurata a tempo), nonché della cessione dei propri diritti di decisione e di controllo, e dell'accettazione del potere gerarchico del datore di lavoro nell'utilizzare la quantità di lavoro ceduta. Lo scambio assume il lavoratore avverso al rischio ed il datore di lavoro neutrale al rischio e (quando anche conferente di capitale) avente il diritto di trattenere/sostenere i risultati residuali della gestione (l'utile o la perdita di esercizio). Lo scambio è efficiente quando il datore di lavoro possiede le competenze per risolvere i problemi gestionali, dispone delle informazioni (strutturate e centralizzate a mezzo della gerarchia) necessarie per decidere e può osservare (e quindi programmare e controllare) i comportamenti dei lavoratori ⁽⁹⁾.

L'economia della conoscenza aumenta l'asimmetria informativa ed i comportamenti opachi tra gli attori organizzativi, mettendo in crisi i termini dello

⁽⁹⁾ A. GRANDORI, *op. cit.*

scambio che qualificano il contratto di lavoro indeterminato. L'incapacità del contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato a regolare la relazione di lavoro in condizioni di incertezza, è superata dall'impresa attraverso l'introduzione della relazione di *agenzia*, che lo integra. Nella relazione di *agenzia* il *principale* (il datore di lavoro) delega il potere discrezionale di agire nel proprio interesse all'*agente* (il lavoratore), il quale sceglie i comportamenti migliori nel migliore interesse del *principale* ⁽¹⁰⁾. Anche la relazione di *agenzia* si basa su uno scambio che giustifica la cessione dei diritti di decisione e di controllo (come per la relazione di autorità gerarchica), ma l'*agente*, che si impegna ad agire nell'interesse del *principale*, contrae anche il diritto e l'obbligazione a scegliere i propri comportamenti nel migliore interesse del *principale*. L'affiancamento della relazione di *agenzia* a quella di lavoro dipendente si spiega nella sua migliore efficienza di coordinamento quando: i comportamenti degli *agenti* non sono osservabili ed i risultati della gestione dipendano sia dalle loro azioni sia da fattori esogeni (ad esempio lo stato della domanda e della concorrenza, ecc.); il *principale* non possiede né tutte le competenze né l'informazione completa per prendere le decisioni. La relazione di *agenzia* supplisce alle carenze della relazione di autorità gerarchia (ed al contratto di lavoro a tempo indeterminato) nel garantire la flessibilità organizzativa perché trasferisce il rischio ad entrambi gli attori, sia al *principale* (neutrale ad esso) sia all'*agente* (avverso ad esso) seppure in modo diverso. Per indurre l'*agente* ad accettare il rischio, il *principale* deve disegnare *ad hoc* un *mix* di sistemi operativi: quello degli incentivi legati al risultato osservabile della gestione aziendale, che ha la duplice funzione di riallineare gli obiettivi degli *agenti* con quelli dell'impresa e di compensare il costo dell'esposizione al rischio; il sistema di controllo che misuri i risultati della gestione aziendale a cui sono legati gli incentivi. Il trasferimento del rischio agli *agenti* si traduce nella riduzione del controllo organizzativo (e dei costi relativi), limitato ai risultati, e nel privilegiare l'auto-controllo ed il controllo sociale messi in atto degli *agenti*. In sostanza l'aumento della flessibilità si accompagna alla riduzione dei costi di controllo organizzativo. Ciò spiega perché le imprese estendano progressivamente la relazione di *agenzia* a tutti i lavoratori (e non solo ai dirigenti, il cui contratto si fonda esclusivamente su di essa) attraverso gli accordi sulla retribuzione variabile legata ai risultati aziendali. L'integrazione della relazione di *agenzia* a quella dell'autorità è efficiente solo se si inquadra coerentemente nella *personnel idea* che preveda nella contropartita tra autonomia operativa e rischi richiesti ai lavoratori, la partecipazione decisoria, l'equità (sia distributiva che procedurale), la personalizzazione della relazione di lavoro ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, *Theory of the firm: management behaviour, agency costs and ownership structure*, in *Journal of financial economics*, 1976, n. 3.

⁽¹¹⁾ E. RULLANI, *Lavorare e vivere nel post-fordismo: meno dipendenza, più auto-organizzazione*, in AA.VV., *Dalla parte del lavoro*, Citta Aperta Edizioni, Troina, 2002; Id., *L'organizzazione di impresa tra new e old economy*, in *L'impresa al plurale*, febbraio 2002, n. 9.

5. La legge 24 giugno 1997, n. 196 (che ha introdotto i primi spazi di flessibilità, riformando l'apprendistato, il *part-time* e regolando i contratti interinali), e il decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469 (che ha sancito il definitivo superamento del principio del monopolio pubblico del collocamento), la legge 14 febbraio 2003, n. 30, ed il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (che hanno introdotto cambiamenti diffusi sia nelle aziende e nei servizi all'impiego sia nelle tipologie contrattuali) hanno riformato il mercato del lavoro, nel senso di garantire una sua "flessibilità normata" che riconosce la pari dignità dei contratti flessibili rispetto a quello tradizionale, standard del lavoro a tempo pieno ed indeterminato ⁽¹²⁾. Per le imprese si sono quindi accresciute le opportunità di ricorrere al mercato del lavoro esterno ed ai suoi vantaggi rispetto all'uso del mercato interno in termini sia di flessibilità organizzativa che di costi del lavoro. In questo quadro non va dimenticato l'effetto atteso (da verificare nella prassi concreta di lavoro) del miglioramento della tutela delle relazioni di lavoro, come ad esempio la recente trasformazione di migliaia di contratti di collaborazione coordinata e continuativa (non più consentiti dalla legge n. 30, per quanto riguarda le imprese) in contratti di lavoro dipendente per gli addetti ai *call center* del gruppo Telecom.

La normativa volta a liberalizzare il mercato del lavoro ha accelerato negli ultimi cinque anni il processo di esternalizzazione indotto dalle strategie *resource based*: nel 2002 il 30% dei 5 milioni e 700 mila nuovi contratti sottoscritti in Italia sono stati contratti "atipici", ovvero non a tempo indeterminato. In alcune regioni l'incidenza di tali contratti, sempre per il 2002, è stata maggiore: 52% per la regione Lazio, 42% per la regione Sicilia, 40,7% per la regione Puglia ⁽¹³⁾.

L'opportunità di poter utilizzare, oltre al tradizionale contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, numerose altre tipologie contrattuali previste dalla legge n. 30, pone all'impresa il problema di definire quali criteri di convenienza adottare nella scelta di un tipo di contratto piuttosto che un altro. La prospettiva dell'*economia dell'organizzazione* indica che occorre considerare, per ciascuna alternativa disponibile, il costo totale ovvero, nel caso specifico, il costo del lavoro ed in aggiunta il costo di transazione, ovvero il costo di uso associato a ciascun tipo di contratto di lavoro considerato ⁽¹⁴⁾. I costi di transazione possono distinguersi in tre categorie: costi di decisione o di esperienza, costi di controllo (ovvero della gestione del contratto e della relazione di lavoro) e costi di cambiamento (indotti dal passare da una tipologia di contratto ad un'altra) ⁽¹⁵⁾.

L'esternalizzazione delle relazioni di lavoro che implicano attività di sportello

⁽¹²⁾ M. RUSCIANO, *Come cambia il diritto del lavoro. Riflessioni sulla cosiddetta flessibilità in entrata*, in AA.VV., *Dalla parte del lavoro*, Citta Aperta Edizioni, Troina, 2002.

⁽¹³⁾ R. DI BERNARDINI, *op. cit.*, 133.

⁽¹⁴⁾ O.E. WILLIAMSON, *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*, Free Press, New York, 1975.

⁽¹⁵⁾ A. RUGIADINI, *L'efficienza delle scelte manageriali fra organizzazione e mercato*, in R.C.D. NACAMULLI, A. RUGIADINI (a cura di), *Organizzazione e mercato*, Il Mulino, Bologna, 1985.

o comunque di contatto con il cliente comportano per l'impresa costi di esperienza e di controllo che occorre valutare attentamente. Infatti il lavoratore "esterno" che presidia la relazione con il cliente, anche attraverso il semplice contatto dovuto alla consegna di beni, rappresenta l'impresa e gioca anche il ruolo di *part-time marketer* ⁽¹⁶⁾. Se l'impresa vuole presidiare la relazione con il cliente attraverso questo ruolo, dovrà sostenere dei costi per formare ed allineare il lavoratore ai valori aziendali ed alla strategia commerciale nel confronto del cliente. Si consideri ad esempio il caso di un imprenditore che eserciti una attività stagionale di consegna (a mezzo di un proprio autocarro) di pesce surgelato alle pescherie e cucine dei ristoranti di una zona balneare. È evidente la convenienza ad esternalizzare la relazione di lavoro che riguarda l'autista-facchino, stante il periodo limitato (la stagione) in cui l'imprenditore richiede la prestazione. Ma quale contratto utilizzare: il contratto di servizio con una impresa/cooperativa di trasporto specializzata, oppure il contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato, oppure il contratto di lavoro intermittente, a chiamata? Oltre al costo del lavoro di ciascuna tipologia occorre che l'impresa consideri il costo di formazione e di allineamento degli obiettivi del lavoratore (che nei primi due casi può sempre cambiare, perché scelto dal fornitore anziché dall'impresa) nonché quelli di controllo (dei comportamenti attesi nei confronti dei clienti) del rispetto delle politiche aziendali e commerciali dell'impresa. Inoltre occorre ricordare che l'esternalizzazione delle relazioni di lavoro riguarda la stipula del contratto, mentre la prestazione dei lavoratori esterni avviene comunque all'interno dei confini fisici dell'impresa. Essi lavorano negli stessi luoghi di lavoro, utilizzano gli stessi servizi generali (mensa, spaccio, ecc.) e spesso riportano allo stesso superiore gerarchico dei lavoratori stabili, interni. Questa contaminazione comporta inevitabilmente costi di controllo (ad esempio relativi alle relazioni sindacali circa la distribuzione omogenea o differenziata di incentivi) derivanti dal gestire una molteplicità di contratti e di *personnel idea* negli stessi luoghi di lavoro.

L'evoluzione dei modelli organizzativi d'impresa – Riassunto – *L'economia della conoscenza si caratterizza per il peso prevalente assunto dai servizi nella composizione del PIL di uno specifico sistema economico, per la produzione crescente all'interno delle imprese di una nuova forma di conoscenza applicata rispetto a quella tradizionale e per lo sviluppo della tecnologia delle informazioni quale strumento di riorganizzazione delle relazioni di lavoro e di mercato e di controllo dei sistemi organizzativi.*

L'affermarsi della economia della conoscenza determina una ridefinizione delle forme organizzative e delle relazioni di lavoro. La competizione crescente e la flessibilità delle nuove forme organizzative accrescono le opportunità di mobilità individuale nel mercato del lavoro ma aumentano l'insicurezza ed il rischio. La cultura della mobilità e del rischio, argomenta l'A., riflette una società aperta, senza gerarchie e status, pronta a valorizzare le differenze e ad esprimere soluzioni che nascono dall'incertezza e dal confronto; per altro verso una perenne situazione di incertezza ed ambiguità – accompagnata dal rischio del fallimento naturalmente connesso con la mobilità –

⁽¹⁶⁾ C. GRONROOS, *Service management and marketing. Managing the moments of truth in service competition*, Lexington Books, Lexington, 1990 (trad. it., *Management e marketing dei servizi*, ISEDI, Torino, 1994).

rendono difficile per l'individuo costruire la propria identità professionale e sociale ed il consolidare il proprio progetto di vita.

L'ambivalenza della società del rischio è ben riflessa dalla transazione dal "lavoro" a tempo pieno ed indeterminato – tipico della società industriale – ai "lavori", qualificati dalla professionalizzazione delle attività indirettamente produttive, migliori nei contenuti e nell'impiegabilità ma peggiori nella tutela.

Tale economia suppone altresì l'esigenza delle imprese di sviluppare specifiche formule, riflesse anche nei contratti di lavoro, che rendono compatibili la situazione e i bisogni vitali di varie e diversificate categorie di lavoratori (quelli stabili, che presiedono le attività centrali e quelli flessibili, che svolgono attività periferiche a bassa qualificazione, facilmente sostituibili con i processi di esternalizzazione).

L'A. evidenzia rispetto al modello di lavoro a tempo pieno ed indeterminato l'incapacità a regolare la relazione di lavoro svolta in condizioni di incertezza e aggiunge che tale incapacità è oggi talvolta superata dalle imprese attraverso l'introduzione della relazione di agenzia attraverso la quale il datore di lavoro delega il potere discrezionale di agire nel proprio interesse all'agente che sceglie e valuta poi i comportamenti più opportuni per realizzare al meglio l'interesse del preponente.

L'A. sottolinea l'ulteriore opportunità (introdotta con la l. n. 196/1997 e, soprattutto, valorizzata dalla l. n. 30/2003 e dal relativo decreto attuativo) di utilizzare, oltre al tradizionale contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato numerose tipologie contrattuali. Una opportunità che solleva però il problema di definire i criteri di convenienza da seguire nella scelta di un tipo di contratto piuttosto che di un altro.

The development of business organisation models (Article in Italian) – Summary – *The knowledge economy is characterised by the prevalence of services as a share of GDP in a specific system, by the increase in the production within the system of companies of a new form of applied knowledge compared to traditional forms, and by the growth in information and communications technology as a means for reorganising labour and market relations and for the control of organisational systems.*

The rise of the knowledge economy leads to a redefinition of organisational forms and labour relations. The growth in competition and the flexibility of the new organisational forms provides opportunities for individual mobility in the labour market but also increases the degree of insecurity and the level of risk. In the author's view, the culture of mobility and risk reflects an open society, not defined by hierarchies and status, with a tendency to reward differences and to lead to solutions arising out of uncertainty and competition. Moreover, a situation of permanent uncertainty and ambiguity – accompanied by the risk of failure that is naturally associated with mobility – makes it difficult for individuals to construct a social and professional identity and to devise an overall life plan.

The ambivalence of the risk society is reflected in the transition from full-time and open-ended "work" – typical of industrial society – to "jobs", characterised by the professional nature of the activities that are productive in an indirect way, that are better in terms of content and employability but worse in terms of protection.

This type of economy also gives rise to a need on the part of companies to devise specific arrangements, reflected also in employment contracts, that make it possible to strike a balance between the essential needs of various categories of workers (stable categories, dealing with core activities, and flexible categories, carrying out peripheral activities with a low level of specialisation, that can easily be replaced by means of outsourcing).

In relation to the full-time and open-ended model of employment, the author highlights the difficulty of regulating labour relations in conditions of uncertainty, and notes that today this is sometimes dealt with by companies with the introduction of agency work by which employers delegate discretionary power to act in their interests to an agency that chooses the most appropriate means for achieving the objectives set by the user company.

The author also underlines the opportunity (introduced by Act No. 196/97, and above all, promoted by Act No. 30/2003 and the related implementing decree) to utilise, alongside the traditional full-time and open-ended employment contract, numerous types of employment contracts. However, this innovation gives rise to the problem of defining the criteria for selecting one type of employment contract rather than another.

Decentramento produttivo e processi di esternalizzazione: il mutamento della organizzazione produttiva

Bruno Busacca

Sommario: **1.** Delocalizzazione, decentramento, esternalizzazione. – **2.** L'Italia stenta a tenere il passo. – **3.** I nodi della perdita di competitività. – **4.** Un progetto condiviso per la competitività. – **5.** Decentramento e *outsourcing* come soluzioni. – **6.** Buona regolamentazione e buone prassi. – **7.** L'*outsourcing* nel settore pubblico.

1. Sotto la spinta della rivoluzione tecnologica innescata dallo sviluppo e dalla diffusione dell'informatica e della telematica, dell'altalena ciclica dei prezzi dei prodotti petroliferi, della progressiva apertura dei mercati determinata dagli accordi per la liberalizzazione degli scambi commerciali, nell'ultimo quarto di secolo l'organizzazione produttiva e distributiva dei Paesi sviluppati ha conosciuto profonde e continue modificazioni.

La posta in gioco è stata il mantenimento della competitività delle singole imprese e dei sistemi-Paese nell'ambito di mercati che hanno via via assunto dimensioni tendenzialmente mondiali.

Non è solo divenuta più aspra la competizione tra le economie già sviluppate, ma si è aperta la strada anche alla crescente pressione della concorrenza dei Paesi di più recente industrializzazione (le "tigri asiatiche" prima, i giganti della popolazione mondiale, la Cina e l'India, più di recente).

Il fenomeno più eclatante – sia per l'impatto diretto sull'organizzazione produttiva e sull'occupazione, sia per le ricadute sugli scambi e sulla divisione internazionale delle produzioni – è stato certamente la delocalizzazione delle manifatture, in diversi casi per interi settori industriali, in Paesi nei quali i costi e le tutele del lavoro sono enormemente più bassi di quelli esistenti nei Paesi sviluppati. Mantenendo nei Paesi maggiormente sviluppati il governo dei gruppi e le funzioni più specializzate del processo industriale, come la progettazione e il design, la finanza, lo sviluppo dei marchi e il marketing.

Questo fenomeno, peraltro, laddove ve ne erano le condizioni sociali e culturali di contesto, ha accelerato la nascita e la crescita di gruppi imprenditoriali locali in grado di gestire in proprio l'intero processo produttivo, gruppi che hanno progressivamente affiancato sul mercato mondiale – e per alcune produzioni addirittura superato – i produttori dei Paesi maggiormente sviluppati.

È ben noto, solo per fare un esempio, il caso dei televisori, che non vengono

(*) *Bruno Busacca è responsabile dell'Area legislazione e Politiche sociali di Legacoop.*

praticamente più fabbricati negli USA e in Europa ormai da oltre un decennio: non siamo più, dunque, alla fase della delocalizzazione degli impianti da parte di produttori statunitensi o europei, ma ormai alla sostituzione da parte dei produttori asiatici con marchi propri.

Così come, di recente, ha fatto scalpore l'abbandono della produzione di *hardware* da parte dell'IBM, con la cessione degli impianti al principale competitore cinese.

Ma, alla ricerca di maggiore efficienza dei processi produttivi e di maggiore qualità nei prodotti finiti, l'organizzazione produttiva e distributiva ha conosciuto mutamenti profondi anche quando le produzioni non sono state delocalizzate.

Si pensi al decentramento della fabbricazione di quote importanti della componentistica verso soggetti specializzati che operano per conto di più committenti, abbattendo così i costi unitari di produzione. Ne è esempio tipico, ma non certamente isolato, l'industria automobilistica poiché in realtà il fenomeno interessa oggi non solo i grandi gruppi industriali, quali sono in genere i produttori di automobili o di veicoli industriali, ma anche soggetti di medio-grandi e di medie dimensioni operanti in tanti altri settori industriali.

Ed ancora, in relazione alla crescita dell'importanza, della complessità e del valore per il consumatore finale delle attività di servizio integrate nella produzione, si è sviluppata la tendenza alla loro esternalizzazione attraverso l'affidamento a imprese maggiormente in grado di progettare e gestire soluzioni innovative in quanto hanno identificato in quelle attività il proprio *core business*.

Il nodo del cambiamento del modello produttivo non è ovviamente una questione semplicemente domestica.

È un processo di dimensioni mondiali che vede coinvolti e legati insieme sia i Paesi più sviluppati che quelli di recente industrializzazione.

E genera ricadute che suscitano comprensibili ansie non solo tra chi vi è direttamente coinvolto, spesso subendolo senza neanche poterlo prevedere né comprendere appieno, ma in generale in tutta la società.

In effetti termini come delocalizzazione, decentramento produttivo, esternalizzazione, sono entrati a far parte non solo del lessico economico, ma – nella cornice concettuale della paventatissima globalizzazione – anche del linguaggio comune. E tutti sono, nella comune opinione, generalmente caricati di significati negativi, suscitano allarmi e paure, perché non v'è dubbio che si tratti di fenomeni che rimettono in discussione modelli produttivi che hanno consolidato nei Paesi sviluppati benessere e prosperità, ed anche modelli di società fondati sulla certezza di solide reti di tutela e sulla continuità del lavoro.

I processi di delocalizzazione possono indebolire il patrimonio industriale dei Paesi avanzati e incidono direttamente sull'occupazione nei settori nei quali generalmente più forti sono le tutele del lavoro.

Il decentramento e la frammentazione delle produzioni in unità più piccole e specializzate, talvolta anche fisicamente molto distanti può anche comportare forme di mobilità alle quali in particolare le società europee sono meno abituate.

L'esternalizzazione delle attività di servizio modifica a fondo le modalità di gestione dei processi industriali, comporta e richiede lo sviluppo di spiccate capacità di flessibilità operativa, e porta con sé, generalmente, lo spostamento di lavoratori in imprese dove più debole è la tutela sindacale.

2. Più degli altri Paesi sviluppati il nostro Paese sembra in difficoltà a tenere il passo della competizione globale: da qui le preoccupazioni sempre più frequentemente ricorrenti nel dibattito economico e politico di oggi, fino a far trasparire nelle posizioni di alcuni dei protagonisti e dei commentatori il timore di un declino economico dell'Italia difficilmente reversibile.

I dati recenti, in effetti, offrono qualche ragione alle posizioni più pessimiste. Con un tasso di crescita stimato intorno al 4% il 2004 è stato per l'economia mondiale l'anno del consolidamento della ripresa, iniziata nella seconda metà del 2003 dopo uno dei più lunghi cicli di stagnazione verificatisi dal secondo dopoguerra in avanti, la fase cioè iniziata nel 1999 con lo scoppio della bolla speculativa formatasi intorno ai titoli della *new economy*, e aggravata dagli *shock* provocati dal tragico attacco terroristico del settembre 2001.

I tassi di crescita sono, com'è noto, assai diversificati da area ad area e da Paese a Paese. Anche non volendo prendere a riferimento l'8/9% della Cina e dell'India, o quelli superiori al 5% di alcune delle "tigri asiatiche", l'Italia è rimasta nel gruppetto di coda pure tra i Paesi maggiormente sviluppati, ben lontana dalle performance di Stati Uniti, Giappone e Gran Bretagna, stentando a tenere il passo di competitori come la Germania e la Francia che pure avevano più di noi sofferto la fase della stagnazione.

Due indicatori sono particolarmente allarmanti: quello relativo alle quote sulle esportazioni mondiali, e quello della crescita della produttività nel settore manifatturiero.

In relazione al primo – secondo dati elaborati dall'ICE – l'Italia è progressivamente scesa dal 5% del periodo 1992/1995 al 4% del 2002. E nel biennio 2003/2004, pur godendo della ripresa vigorosa del commercio mondiale che è cresciuto a tassi consistenti (il 4,5% nel 2003 e il 7% nel 2004), e dunque recuperando sotto il profilo dei volumi, tuttavia non ha riconquistato le quote percentuali perdute.

Certo, la modifica delle posizioni nell'ambito del commercio mondiale non riguarda solo l'Italia.

Le c.d. "tigri asiatiche" prima, la Cina e l'India più di recente, hanno sconvolto nell'ultimo ventennio gli equilibri dell'economia mondiale, se si pensa che le quote nel commercio mondiale, calcolate a parità di potere d'acquisto, sono passate tra il 1985 e il 2003 dal 60% al 55% per i Paesi più sviluppati (compreso il Giappone), e viceversa dal 13% al 24% per il gruppo di Cina, India e "tigri". Tuttavia l'Italia, in relazione alla tipologia delle sue produzioni, è certamente tra i grandi Paesi europei quello che più ha sofferto della concorrenza mossa dai Paesi di più recente industrializzazione. A titolo di esempio, sempre tra il 1992 e il 2002, la quota sulle esportazioni mondiali della Francia è rimasta sostanzialmente inalterata intorno al 6%, la Gran Bretagna è calata di meno di

mezzo punto, la Germania ha addirittura rafforzato le sue posizioni passando dal 10,4% all'11,2%.

La perdita di competitività del sistema produttivo italiano è evidenziata anche dalla evidente frenata nella crescita della produttività del lavoro, ridottasi – secondo le valutazioni del Centro Studi Confindustria – da una media annua del 2,6% nel periodo 1990/1996, ad una media dello 0,4% per il periodo 1997/2003. A titolo di raffronto per gli stessi periodi la Germania è passata dal 3,1% al 2%; la Francia è rimasta ferma al 3,4% di media annua, la Gran Bretagna dal 3% al 2,8%, gli Stati Uniti hanno addirittura migliorato il tasso medio annuo di crescita, passando dal 3,8% del primo periodo al 5,4% del secondo.

Il risultato è una contrazione dei volumi della produzione industriale che non ha riscontri negli altri grandi dell'area dell'Euro. Fatto 100 il volume della produzione del 2000, nel 2004 Spagna, Francia e Germania hanno ampiamente recuperato il calo del biennio 2001/2002; l'Italia resta ancora al di sotto del dato del 2000.

3. I grandi problemi strutturali del Paese sono troppo noti per richiedere ampie trattazioni: il marcato dualismo tra Centro-Nord e Sud, che non trova riscontro per dimensione territoriale e per ampiezza di distacco in nessun altro Paese sviluppato; il vincolo costituito dall'enorme *stock* di debito pubblico che storna risorse dagli impieghi produttivi; i pesanti ritardi accumulati in materia di infrastrutture; la particolare vischiosità dell'apparato burocratico che non aiuta lo sviluppo delle imprese e fa da freno all'attrazione di investimenti stranieri.

Ma in questi ultimi anni sono venuti più chiaramente all'attenzione anche i nodi delle debolezze intrinseche del nostro sistema imprenditoriale.

Debolezze evidenziate non solo di fronte all'inasprirsi della concorrenza internazionale, ma anche in relazione agli eventi che a partire dal 1992 hanno modificato ampiamente le condizioni di contesto dell'attività economica.

Prima il collasso del sistema politico-istituzionale accompagnato dalla gravissima crisi delle finanze pubbliche esplosa a fine 1992, con la conseguente paralisi di buona parte delle attività economiche collegate alla domanda o al finanziamento pubblico.

Successivamente l'entrata dell'Italia nell'Euro con i conseguenti vincoli del Patto di stabilità, che hanno fatto venire meno le possibilità di far ricorso alle tradizionali svalutazioni della moneta nazionale come strumento di recupero di competitività, e hanno compresso stabilmente i volumi della domanda pubblica.

Tutto questo mentre andava avanti la piena apertura del mercato comunitario, e insieme l'allargamento dell'Unione Europea in direzioni che ne hanno spostato il baricentro geografico aggravando la condizione di perifericità del nostro Paese.

E – come s'è visto prima – mentre, sotto la spinta degli accordi di libero scambio realizzati dal processo innescato nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio dall'Uruguay Round partito nel 1986, la competi-

zione commerciale assumeva progressivamente dimensione mondiale, con l'arrivo sulla scena di Paesi caratterizzati da grandi riserve inutilizzate di manodopera per l'industria, basso costo del lavoro, dinamiche demografiche favorevoli e grande voglia di crescere e di svilupparsi. A ben vedere, per molti versi gli elementi che avevano reso possibile il *boom* italiano degli anni Sessanta.

Gli effetti della esposizione alla nuova fase della competizione sono stati particolarmente pesanti, anche per effetto della composizione delle specializzazioni produttive del nostro Paese, maggiormente esposte alla concorrenza dei Paesi a basso costo del lavoro.

Gruppi importanti dell'industria, del credito, e della distribuzione sono entrati in crisi. Alcuni sono scomparsi; altri sono entrati nell'orbita di gruppi stranieri; altri stentano a tenere il passo con i competitori nuovi e vecchi, e hanno comunque perso quote importanti dei loro mercati, sia in Italia che all'estero. E il sistema delle piccole e medie imprese, così vivace nei decenni scorsi, fatica ad imporsi in mercati di grandi dimensioni e a tenere il passo dell'innovazione. Solo da poco ci siamo resi conto della fallacia dello slogan "piccolo è bello", che pure tanta fortuna ha avuto fino a non molti anni fa, accorgendoci finalmente che nella nuova dimensione globale della competizione le ridotte dimensioni medie delle imprese italiane – e l'assenza quasi totale di grandi gruppi che sappiano far da traino al sistema nazionale – costituiscono un handicap particolarmente pesante.

Com'è ampiamente noto, per presenze nella classifica dei grandi gruppi a livello mondiale siamo ben lontani dalla Gran Bretagna, dalla Germania e dalla Francia, e siamo superati anche da Paesi ben più piccoli del nostro, come l'Olanda.

In un quadro già complicato dalle carenze di risorse e dalle inefficienze del sistema pubblico, ne risentono particolarmente la capacità di investimento per ricerca e innovazione, e la capacità di sviluppare presenze sui nuovi mercati dei Paesi in rapida crescita.

4. Il rischio di declino non si combatte né con la rassegnazione, né con improbabili disegni di isolamento.

Né possiamo pensare di risolvere il problema del differenziale del costo del lavoro con Paesi che hanno costi frazionali rispetto al nostro estendendo le aree della precarizzazione e del lavoro sommerso: siamo già per ambedue i fenomeni ben oltre i tassi medi dell'Unione Europea, e basta guardare al tessuto sociale del Mezzogiorno per capire cosa comporti un tasso di sommerso particolarmente elevato.

Dobbiamo quindi ragionare in termini di flessibilità e di efficienza, in luogo di precarietà e irregolarità.

I mutamenti in corso nell'economia mondiale, le modifiche degli equilibri di competitività tra le economie dei Paesi sviluppati e quelle dei Paesi in via di rapida industrializzazione non consentono di stare fermi, impongono il cambiamento e premiano chi più di altri è capace di modificare rapidamente i propri modelli produttivi, adeguandoli ai nuovi contesti competitivi.

Dobbiamo dunque sviluppare invece un moderno disegno di politica industriale che coinvolga sugli obiettivi di recupero della competitività, e sul ventaglio di misure da mettere in opera, sia i decisori istituzionali (e augurabilmente le forze politiche di entrambi gli schieramenti), sia gli attori e le rappresentanze sociali, e sappia anche motivare e convincere l'opinione pubblica.

Occorre dunque concentrare le risorse disponibili per spostare le nostre specializzazioni verso produzioni meno sensibili alla mera concorrenza di prezzo, elevando la qualità e l'appetibilità dei prodotti.

Occorre un progetto di sostegno alla ricerca e all'innovazione, basato su una visione di lunga durata, a partire da una riforma progressiva del sistema scolastico non esposta a rischi continui di stravolgimento in caso di cambio delle maggioranze parlamentari.

Occorre un disegno di sostegno alla crescita dimensionale delle imprese italiane, non solo attraverso la predisposizione di incentivi e di sgravi fiscali mirati, ma procedendo anche a rimuovere gli ostacoli normativi di varia natura e le tante barriere concorrenziali ancora esistenti che scoraggiano la crescita delle imprese.

La questione delle dimensioni è strategica non solo per quanto riguarda la capacità di affrontare la complessità di mercati sempre più ampi, ma anche per poter disporre delle risorse per investire in ricerca e sviluppo. Al proposito è certamente significativa la stima contenuta nel 38° rapporto Censis, secondo cui le imprese sopra i 500 addetti, nonostante la continua diminuzione del loro peso percentuale sull'occupazione totale, totalizzano oltre il 70% della spesa complessiva delle imprese italiane per R&S. Spesa che comunque, sia detto per inciso, è, in rapporto al PIL, nei Paesi sviluppati tra le più basse (nel 2001 lo 0,57%, a fronte dell'1,73% della Germania, dell'1,37% della Francia, per non parlare del 2,03% degli Stati Uniti, del 2,27% del Giappone, o dello stupefacente 3,32% della Svezia).

5. Decentramento produttivo ed esternalizzazione non sono sciagure: se ben regolamentati e condotti sono utili soluzioni per evitare la chiusura o la delocalizzazione di impianti o di intere produzioni.

Se gli obiettivi perseguiti sono – oltre al contenimento dei costi – anche la ricerca di maggiore efficienza nei processi produttivi e di maggiore qualità nei prodotti finiti, servono ad arricchire il patrimonio imprenditoriale del sistema-Paese, poiché creano le condizioni per lo sviluppo di imprese specializzate e capaci di innovazione.

Sotto quest'ultimo profilo occorre rilevare tra gli elementi di ritardo del nostro modello economico anche il basso livello di esternalizzazione delle attività di servizio da parte sia del sistema produttivo che di quello distributivo.

Ai fini della comprensione della dimensione generale del fenomeno di cui si sta parlando, appare utile evidenziare come il valore complessivo di tutti i servizi affidati in *outsourcing* sia stimato, con riferimento al 2003, in 448 miliardi di Euro per gli Stati Uniti, e in 343 miliardi per l'Europa, dove i Paesi leader sono la Gran Bretagna in primo luogo, e poi, con un consistente distacco, la

Germania. L'Italia segue a distanza, insieme alla Francia, con 23 miliardi di Euro di valore annuo dei servizi esternalizzati.

Di *outsourcing* si tende a parlare innanzitutto in relazione alle attività più direttamente legate alle ICT. Per esse, anzi, si assiste frequentemente ad un fenomeno di tipo totalmente nuovo: la dislocazione dei centri di servizio anche a grandi distanze dagli utilizzatori, che rappresenta un nuovo capitolo della delocalizzazione verso Paesi che offrono costi del lavoro più bassi, e però dispongono anche di sistemi scolastici avanzati.

Ma, in realtà, l'*outsourcing* coinvolge principalmente servizi di tipo tradizionale, in particolare quelli per i quali l'affidamento esterno a soggetti specializzati riesce a determinare condizioni di sviluppo innovativo, modificando a fondo sia le modalità di erogazione che l'efficienza e la qualità delle prestazioni. Particolarmente interessanti, ed emblematici, sono al proposito i casi della logistica e del *facility management*.

Una recente indagine sull'esternalizzazione delle attività di logistica ha evidenziato come il fenomeno sia in rapida crescita in tutti i grandi Paesi industriali, ma con tassi di penetrazione assai diversificati. In Gran Bretagna e in Francia ricorrono infatti all'*outsourcing* oltre un terzo delle imprese, in Italia meno di un sesto.

Risultati simili si riscontrano ancora in relazione alle attività di *facility management*, che pure stanno crescendo rapidamente in tutti i Paesi sviluppati. Il valore del mercato europeo del *facility management* nel 2003 è stato di 16 miliardi di Euro. Di questi 16 miliardi, oltre 9 erano realizzati in Gran Bretagna, poco più di 3 in Germania, e poco meno di uno in Francia ed Italia. La crescita stimata porta ad un valore complessivo del mercato europeo a 20 miliardi nel 2006, con un tasso di incremento per la Gran Bretagna più che proporzionale rispetto a tutti gli altri Paesi.

6. Per evitare che questi processi producano crescita delle attività sommerse e del lavoro nero o precario – un rischio sempre ben presente nel nostro Paese! – e vadano invece nella direzione del recupero di efficienza e di qualità, occorre creare la giusta cornice normativa e incentivare i comportamenti “virtuosi” dei soggetti interessati, imprese e lavoratori.

Sotto il primo profilo, la recente riforma del mercato del lavoro, con le norme relative alle cessioni dei rami d'azienda e agli appalti di servizi, costituisce un passo nella giusta direzione, poiché ha ampliato e semplificato le possibilità di ricorso a queste tipologie di contratto, rafforzando nel contempo il deterrente costituito dalle sanzioni per i casi di impiego fraudolento o irregolare. Aggiungiamo che, rispetto alle ipotesi inizialmente formulate, la stesura finale delle norme ha ben tenuto conto del diverso potenziale che offrono questi istituti in direzione di un effettivo arricchimento del tessuto imprenditoriale, rispetto al contratto di somministrazione di manodopera a tempo indeterminato.

Ora è però urgente rafforzare ed estendere il sistema degli ammortizzatori sociali che privilegia oggi i lavoratori delle imprese industriali, in modo da favorire e tutelare la mobilità verso le attività di servizio. E occorre rimuovere incomprensibili penalizzazioni per le imprese dei servizi, quale quella, solo

italiana, di riconoscere loro la dimensione di piccola e media impresa – determinante nel quadro giuridico comunitario per l’accesso agli incentivi – a condizioni più rigide di quelle dettate per le imprese industriali.

Un ruolo importante spetta infine anche alle parti sociali, alle quali è richiesta, in relazione a queste tematiche, l’elaborazione di una diversa sensibilità, nella consapevolezza che lo sviluppo di una efficiente rete di imprese di servizi accresce le condizioni di attrattività per l’insediamento di iniziative imprenditoriali provenienti da altri Paesi.

E dunque che gli imprenditori sappiano comprendere i vantaggi a medio lungo termine di questi processi, e non si fermino ai risparmi di breve momento; che i sindacati dei lavoratori sappiano cimentarsi su queste questioni guardando anch’essi ai vantaggi di medio periodo e non solo alle conseguenze immediate. La delocalizzazione non è infatti un processo a senso unico che sposta attività dai Paesi ricchi ai Paesi a basso costo del lavoro. Sia per le attività industriali che per le attività commerciali e di servizio, avviene anche da Paese sviluppato a Paese sviluppato e talvolta anche, per consolidare nuovi spazi di mercato, da Paesi in via di industrializzazione a Paesi già industrializzati. Ovviamente le scelte per gli insediamenti misurano e confrontano i vantaggi di contesto offerti dalle varie opzioni disponibili. Uno di questi vantaggi è proprio la qualità della rete dei servizi. Nell’industria automobilistica – per ricorrere ad un esempio ben noto – la filosofia della Toyota, “progettare e produrre là dove si vuole vendere”, si è rivelata vincente, ma non ha premiato l’Italia; nei traffici marittimi e nei servizi portuali le grandi compagnie di navigazione e i gestori asiatici scelgono gli approdi più efficienti.

7. Un capitolo a parte è costituito infine dalle possibilità, e dalle convenienze, dell’*outsourcing* nel settore pubblico.

Anche qui vi è ancora grande spazio per processi di esternalizzazione virtuosi sotto il profilo dei costi e dell’efficienza, che avrebbero generalizzato ricadute positive sulle collettività e sul sistema imprenditoriale nazionale.

Ma occorre rimuovere vincoli e cattive prassi.

I vincoli sono quelli che, in particolare per i servizi pubblici locali, favoriscono l’affidamento diretto a soggetti controllati dalle pubbliche amministrazioni, impedendo il pieno dispiegamento della concorrenza tra tutte le imprese interessate.

Le cattive prassi, quelle che privilegiano procedure concorsuali al massimo ribasso, impongono tempi di pagamento intollerabilmente lunghi, e tollerano irregolarità sia nelle prestazioni affidate che nei trattamenti dei lavoratori impiegati, creando così le condizioni per il proliferare delle imprese meno strutturate e meno serie.

Decentramento produttivo e processi di esternalizzazione: il mutamento della organizzazione produttiva – Riassunto – *Da oltre un decennio USA ed Europa non fabbricano televisori, ed i relativi marchi sono stati ormai sostituiti dai nuovi produttori asiatici; l’IBM ha abbandonato la produzione di hardware cedendo gli impianti al principale competitore cinese; la fabbricazione di quote importanti della componentistica, si pensi all’industria automobilistica, è*

decentrata a soggetti specializzati che operano per conto di diversi committenti. Partendo dal riscontro di situazioni concrete ed emblematiche, l'A. offre un'analisi dei processi di delocalizzazione, di decentramento produttivo ed esternalizzazione, termini – spesso caricati di significati negativi – ormai entrati nel linguaggio comune.

A fronte di tali profondi e continui mutamenti del modello produttivo globale, l'Italia stenta a tenere il passo, soffrendo, più di ogni altro Paese europeo, la concorrenza mossa da Paesi di più recente industrializzazione: gruppi importanti dell'industria, del credito, della distribuzione sono entrati in crisi; alcuni scomparsi; altri sono entrati nell'orbita di gruppi stranieri; altri stentano a tenere il passo con i competitori, vecchi e nuovi, ed hanno perso comunque quote importanti dei loro mercati, sia in Italia che all'estero. Il sistema delle PMI, che a lungo ha caratterizzato positivamente la nostra economia, non tiene il passo con l'innovazione. Si impone pertanto lo sviluppo di un moderno disegno di politica industriale, che comporti lo spostamento delle nostre specializzazioni verso produzioni meno sensibili alla mera concorrenza del prezzo, elevando qualità ed appetibilità dei prodotti; occorre inoltre un progetto di sostegno alla crescita dimensionale delle imprese italiane. In tale ottica l'A. sottolinea l'importanza degli strumenti di decentramento ed outsourcing che, se ben regolamentati e condotti, sono – anche nel settore pubblico – utili soluzioni per evitare la chiusura o la delocalizzazione di impianti o di intere produzioni; processi che necessitano, tuttavia, di una corretta cornice normativa e del comportamento virtuoso delle parti sociali, delle imprese e dei lavoratori.

Decentralisation of production and outsourcing processes: the transformation of the organisation of production (Article in Italian) – Summary – *A decade or so ago the US and Europe stopped manufacturing televisions, and the relative brands have been replaced by the new Asian producers; IBM has moved out of hardware production, allowing it to be taken over by the leading Chinese competitor; the manufacture of a significant proportion of components, for example in the auto industry, has been decentralised to specialised plants that work for various customer firms. Starting from certain concrete and emblematic situations, the author offers an analysis of the processes of delocalisation, the decentralisation of production and outsourcing, terms that have now become part of everyday language, though often with a negative connotation.*

In the presence of these profound and continuous changes in the global productive system, Italy has had difficulty keeping pace, and more than other European countries is suffering from competition from countries that have industrialised more recently. Leading firms in the industrial, financial and retail sectors have run into serious difficulty; some of them have disappeared, while others have been drawn into the orbit of foreign groups; others have difficulty keeping up with the competition, new and old, and have lost a significant part of their market share, both in Italy and overseas. The system of small and medium-sized enterprises, which has long been one of the strengths of the Italian economy, has failed to keep up with innovation. As a result there is a need to develop a modern industrial policy, that will bring about a shift in specialised production towards goods and services that are less sensitive to competition based solely on price, by improving the quality and appeal of the products; in addition there is a need to increase the size of Italian companies. In this connection the author underlines the importance of decentralisation and outsourcing processes which, if properly regulated and managed, also in the public sector, can be useful techniques for avoiding the closure or the delocalisation of plants or entire industries. These processes, however, require an appropriate legislative framework and a positive approach on the part of the social partners, employers and employees.

La nuova nozione di ramo d'azienda

Silvia Piccioli

Sommario: **1.** L'eco di polemiche suscitate dal decreto legislativo n. 276/2003. – **2.** L'iter legislativo: dal disegno di legge n. 848 al decreto legislativo n. 276/2003. – **3.** Le difficoltà applicative dell'articolo 2112 c.c. novellato dal decreto legislativo n. 18/2001: una possibile giustificazione alla riforma. L'intervento del legislatore del 2001 e la codificazione di principi giuridici già affermati. – **4.** *Segue:* l'utilizzo distorto dell'articolo 2112 c.c. – **5.** *Segue:* le rigidità applicative del decreto legislativo n. 18/2001. – **6.** La nuova nozione di ramo d'azienda. – **7.** Prima restrizione all'ambito applicativo dell'articolo 2112 c.c.: la valorizzazione semantica del verbo identificare e i limiti all'autonomia contrattuale delle parti. – **8.** Seconda restrizione all'ambito di applicazione dell'articolo 2112 c.c.: l'oggettività della nozione di ramo d'azienda. La valorizzazione dei requisiti oggettivi. – **9.** *Segue:* l'organizzazione produttiva. – **10.** *Segue:* l'autonomia funzionale. – **11.** La nozione di ramo d'azienda tra diritto comunitario e nuova disciplina nazionale: profili di contrasto e ruolo del giudice nazionale: il ramo d'azienda nella disciplina comunitaria. – **12.** *Segue:* le possibili linee-guida per il decisore. – **13.** Considerazioni finali.

1. L'attuale formulazione dell'articolo 2112 c.c., norma che garantisce il mantenimento dei diritti dei lavoratori, anche dopo il mutamento soggettivo della controparte, è il risultato di una serie di interventi legislativi che ne hanno via via modificato l'assetto originario. L'ultimo di questi, in particolare, intervenuto con l'articolo 32 del decreto legislativo n. 276/2003, ha disposto l'eliminazione dell'autonomia funzionale preesistente rimettendo la valutazione di tale requisito alla valutazione soggettiva delle parti cedente e cessionario.

Tale modifica ha sollevato una rumorosa eco di polemiche in sede dottrinale dovuta, in parte, al fatto che in passato, ancor prima che il parlamento legiferasse, i cambiamenti erano stati ampiamente metabolizzati, anticipati dalla giurisprudenza o preannunciati dal diritto comunitario, in parte perché le modifiche del 2003 sembrano interrompere il *trend* normativo che finora si era sviluppato rafforzando sempre di più la *ratio* protettiva.

Alcuni autori hanno rilevato una "impressione generale di una complessiva riduzione di tutela per i prestatori di lavoro" ⁽¹⁾.

Altri, più aspramente, hanno constatato che "al di là della constatazione che una simile prassi rappresenta di certo un contributo all'efficienza del sistema

(*) Silvia Piccioli è vincitrice, con il presente contributo, del Premio Tesi di laurea "Marco Biagi" 2005.

(¹) C. CESTER, *Le novità in materia di trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI, *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002, 32.

produttivo la modifica dell'articolo 2112 c.c. si tradurrebbe in una sostanziale elusione della disciplina in materia di licenziamenti collettivi" (2).

Un autore (3) ha così sintetizzato gli esiti della recente modifica con una battuta dal sapore provocatorio: "viene da sorridere all'idea di poter spiegare a chi non mastica troppo il diritto che oggi non solo si può trasferire un'azienda che non è una azienda ..., ma che addirittura si può trasferire senza che ci sia un atto di trasferimento e comunque una relazione diretta tra chi cede i beni e chi subentra nella titolarità degli stessi: insomma uno strano caso Questa apparente perversità risponde ad una logica ... quella del nostro legislatore che ... ha modificato l'art. 2112 c.c. definendo parte d'azienda idonea ad essere trasferita ogni 'articolazione funzionalmente autonoma di attività economica organizzata identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento', con ciò mirando a legare alla mera volontà delle parti la qualificazione di ramo d'azienda per guadagnare la possibilità di derogare ai principi generali in tema di cessione del contratto (di lavoro), trasferendo a terzi a piacimento del datore di lavoro i voluti contratti di lavoro (e lavoratori) senza il consenso degli interessati, altrimenti necessario".

Nello stesso senso un altro autore (4) afferma che, ora, il legislatore introduce una norma simmetricamente opposta, per la quale gli effetti del trasferimento di ramo d'azienda, non solo sarebbero indipendenti dalla volontà dei lavoratori, che pure li subiscono quale "merce umana", ma dovrebbero addirittura essere sottoposti alla libera disponibilità degli imprenditori cedente e cessionario. Neppure quindi alla disponibilità delle parti sociali (sarebbe stato possibile ad esempio, per quanto problematico in assenza di regole di rappresentanza certe, attribuire all'accordo sindacale una funzione ricognitiva della genuinità dell'operazione di trasferimento), ma, direttamente, alla sola parte datoriale. A giudizio di L. Franceschinis ciò che non è tollerabile, che urta il buon senso, è che tali effetti, indipendenti dalla volontà del lavoratore, debbano invece dipendere dalla mera volontà dell'imprenditore, insomma si sarebbe giunti all'apoteosi dell'ideologia liberista (ma a senso unico, e quindi meglio definibile come padronale), che non può essere ritenuta conforme a Costituzione.

Al fine di valutare la fondatezza, ovvero l'infondatezza delle posizioni sopra prospettate è preliminarmente necessario analizzare il contenuto letterale dell'articolo 2112 c.c. ripercorrendo, in particolare, l'iter legislativo conclusosi con l'emanazione del decreto legislativo n. 276/2003.

2. L'originario disegno di legge n. 848 prevedeva, all'articolo 1, comma 2, lettera j), una revisione del decreto legislativo n. 18/2001 basata, tra l'altro, sull'eliminazione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda

(2) Tiziano Treu nella seduta della Commissione Lavoro del Senato del 18 aprile 2002.

(3) A. PAGANUZZI, *Trasferimento d'azienda, nozione oggettiva di azienda e successione nell'apalto*, in *D&L*, 2004, 35 ss.

(4) L. FRANCESCHINIS, *L'art. 2112 c.c. dopo il d.lgs. n. 276/03*, in *D&L*, 2004, 857 ss.

preesistente, revisione che avrebbe, evidentemente, consentito una più ampia libertà di manovra per cedente e cessionario nell'individuare il ramo da cedere e di conseguenza un trasferimento di un determinato gruppo di lavoratori facilitato. Nella relazione di accompagnamento alla proposta di legge si specifica che tale revisione si rendeva necessaria "affinché anche questo profilo dei processi di esternalizzazione venga disciplinato conformemente alla *ratio* complessiva del presente provvedimento, con particolare riguardo all'eterogeneità dei fini stessi dell'articolo 2112 c.c. e all'irrilevanza del consenso del lavoratore ed alla penalizzazione discendente dal requisito dell'autonomia funzionale preesistente".

La modifica prospettata aveva suscitato notevoli perplessità in relazione alla possibilità di esternalizzare parti di azienda non dotate di autonomia funzionale preesistente, in quanto, tale requisito, lungi dall'essere giudicato come vincolo esterno ed arbitrario, ovvero condizione meramente aggiuntiva della fattispecie, rappresenta necessario elemento costitutivo della stessa, indispensabile per conferire ragionevolezza alla disciplina alla luce dell'articolo 3 Cost. Le critiche più o meno ferventi mosse da più parti a questa formulazione della norma sottolineavano che sarebbe divenuto possibile addivenire a trasferimenti, e quindi esternalizzazioni, anche di generiche "parti" d'azienda non dotate di autonomia funzionale e, dunque, anche di uffici, di reparti, di articolazioni che da sole non possono costituire un'attività imprenditoriale autonoma, secondo quanto ribadito da un costante orientamento della giurisprudenza già in epoca precedente alle espresse disposizioni del decreto legislativo n. 18/2001.

L'intervento del sindacato ha ridimensionato i termini della questione inducendo il Governo ad arretrare rispetto all'originario progetto di modifica. Il successivo Patto per l'Italia del 5 luglio 2002 ha previsto, infatti, che la delega per la revisione della disciplina in materia di "cessione di ramo d'azienda" venisse emendata nei termini previsti dal testo allegato n. 3 con la previsione, in particolare, del ripristino del requisito dell'autonomia funzionale. La modifica è stata di grande importanza in quanto ha consentito di recuperare un requisito essenziale per potersi configurare un trasferimento di ramo d'azienda (l'autonomia funzionale dello stesso) limitandolo, tuttavia, temporalmente al *momento del trasferimento* con la conseguente scomparsa della sua necessaria preesistenza.

Il disegno di legge così emendato (S 848 B) è confluito, infine, nell'articolo 1, comma 1, lettera p), della legge 14 febbraio 2003, n. 30.

Il punto 1 – articolo 1, comma 1, lettera p) – della suddetta legge si propone "il completo adeguamento della disciplina vigente alla normativa comunitaria, anche alla luce del necessario coordinamento con la legge 1 marzo 2002, n. 39, che dispone il recepimento della direttiva n. 2001/23/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in casi di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o stabilimenti".

Risulta curioso che la legge si proponga l'attuazione della direttiva comunitaria n. 2001/23 (oggetto di ben due leggi delega di recepimento: legge n. 39/2002 e n. 30/2003), dal momento che la direttiva del 2001 si limita a codificare la

precedente (n. 98/1950), alla cui attuazione aveva provveduto il decreto legislativo n. 18/2001. L'attuazione della direttiva n. 2001/23 avrebbe avuto un concreto significato precettivo ove si fossero voluti regolare aspetti che il decreto legislativo n. 18/2001 aveva ommesso di prendere in considerazione. Ciò si è verificato solo con riguardo all'estensione della disciplina dell'articolo 2112 c.c. alle ipotesi di fusione, espressamente considerate in tutte le direttive e mai recepite nel nostro ordinamento. Degli altri possibili profili, invece, quali l'estensione delle tutele previste dalle direttive, con limiti e modalità da determinarsi, alle imprese in crisi o soggette a procedure concorsuali (soggette ad oggi a disciplina derogatoria di cui all'articolo 47 della legge n. 428/1990), ai trasferimenti di attività svolte da pubbliche amministrazioni, alla sorte dei diritti dei lavoratori derivanti da forme di previdenza complementare, l'ultimo legislatore delegato non si è occupato probabilmente ritenendo: quanto al primo profilo che la direttiva del 1998 contenesse una sanatoria della situazione italiana; quanto al secondo che si fosse già provveduto con l'articolo 31 del decreto legislativo n. 165/2001; quanto al terzo che il vincolo posto agli Stati membri fosse più generico e che con il decreto legislativo n. 124/1993 in materia di previdenza complementare ed integrativa esso fosse già stato assolto. Ond'è che il completo adeguamento alla direttiva del 2001 è stato inteso più che altro come lo strumento per rivedere la fattispecie sia dell'intera azienda, sia del suo ramo come precedentemente individuato, ritenute in (almeno) parziale contrasto con le correlative nozioni comunitarie. Condivisibile o meno che sia questa scelta normativa essa ha portato a far gravitare le modifiche sulla definizione della fattispecie.

L'attuale formulazione dell'articolo 2112 c.c., novellato dal decreto legislativo n. 276/2003 attuativo della legge delega n. 30/2003, così recita, al comma 5, in relazione all'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda: "... le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte d'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e cessionario al momento del trasferimento".

Il testo della norma presenta molteplici rilievi critici legati alla nuova nozione di ramo d'azienda: la sostituzione del dato storico della preesistente autonomia tecnico-funzionale del ramo d'azienda con una rappresentazione apparentemente soggettiva dello stesso attribuibile all'inciso "identificata come dal cedente e dal cessionario al momento della cessione"; la caducazione del corollario di tale requisito ossia il mantenimento della identità all'atto del trasferimento (eliminazione che non pecca di coerenza atteso che non si può mantenere qualcosa che già non si possiede); il vuoto normativo in ordine alla sorte del ramo d'azienda dopo la cessione.

L'insieme di queste innovazioni, preannunciate dalla legge delega n. 30/2003 hanno indotto la dottrina più avvertita a porre il seguente interrogativo: "si può trasferire *ex* articolo 2112 c.c. un ramo privo di qualunque autonomia nell'organizzazione del cedente, che tuttavia la acquisti, nella valutazione delle parti in sede di contratto di trasferimento e solo in quel momento, per poi poterla perdere, anche subito dopo, perché diversamente integrato ed organizzato (o

addirittura fatto cessare) dal cessionario?”⁽⁵⁾ ovvero, attraverso un’analisi attenta ed approfondita dei requisiti qualificanti la nozione di ramo d’azienda ancora persistenti nella norma, sono individuabili gli anticorpi in grado di contrastare operazioni finalizzate all’indiretta espulsione di manodopera eccedente?

Le pagine che seguono sono un modesto tentativo di dare risposta ai quesiti proposti nella consapevolezza che qualunque soluzione offerta attende conferma o smentita dalle pronunce della giurisprudenza di merito. Ad essa è affidato il difficile compito di comporre in equilibrio opposte sollecitazioni: da un lato quelle provenienti dal mondo delle imprese, che chiede al diritto del lavoro di sintonizzarsi con i processi di riorganizzazione del sistema produttivo e che la novella disciplina pare molto incline ad assecondare, dall’altro le insopprimibili esigenze di tutela dei lavoratori che vanno protetti da fraudolente cessioni di ramo d’azienda; equilibrio che, oltretutto deve armoniosamente uniformarsi al diritto comunitario rispetto al quale grava sul giudice nazionale il dovere di interpretazione conforme.

Ragioni di chiarezza e completezza impongono che, preliminarmente all’analisi degli spunti critici forniti dalla novella disciplina dell’articolo 2112 c.c., si cerchino di indagare le ragioni che possano giustificare l’esigenza avvertita dal legislatore di apportare una così radicale modifica.

Una prima motivazione viene palesata dallo stesso legislatore che all’articolo 1, lettera p), n. 1, del decreto legislativo n. 276/2003 si propone “il completo adeguamento della disciplina vigente alla normativa comunitaria ... che dispone il recepimento della direttiva 2001/23/CE” (e sul cui reale valore precettivo si è già avuto modo di soffermarsi).

La seconda è, sicuramente, legata al cambiamento di maggioranza parlamentare certamente più incline ad assecondare le istanze di flessibilità delle imprese⁽⁶⁾.

Per comprendere le altre dobbiamo risalire alle questioni lasciate aperte e alle incertezze applicative seguite all’emanazione del decreto legislativo n. 18/2001.

3. La modifica dell’articolo 2112 c.c., operata dal decreto legislativo n. 18/2001, ha, chiaramente, affermato una nozione “leggera” di azienda (e parte d’azienda) – tale da legittimare, cioè, il trasferimento di un’azienda anche priva di elementi materiali e dunque caratterizzata dalla sussistenza di solo personale, purché tecnicamente preparato ed autosufficiente in relazione al comparto produttivo in cui opera l’impresa⁽⁷⁾ – e, altrettanto chiaramente, che

⁽⁵⁾ Cfr. C. CESTER, *Il trasferimento d’azienda e di parte d’azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell’impresa: l’attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004.

⁽⁶⁾ Secondo quanto espresso dal Senatore Tiziano Treu nella Seduta della Commissione Lavoro del Senato del 18 aprile 2002 la riforma introduce “una prassi (che) rappresenta di certo un contributo all’efficienza del sistema produttivo”.

⁽⁷⁾ Il che, nel caso specifico di trasferimento di ramo d’azienda, dà rilievo al profilo dell’organizzazione dei mezzi di produzione, più che al loro spessore o alla loro pluralità (e che possono essere

debba trattarsi “di impresa o parte di impresa in atto” (8), così codificando principi già consolidatisi in dottrina, seppur in un orientamento minoritario e colmando il vuoto normativo perdurante dall’emanazione del Codice Civile. I termini del dibattito dottrinale vedevano contrapporsi, da un lato un orientamento che consentiva l’applicazione della disciplina del trasferimento d’azienda (di cui all’articolo 2112 c.c.) al caso di trasferimento di una parte di essa, benché le attività cedute, già svolte presso l’impresa cedente, in realtà non fossero mai state rese in favore di terzi e presentassero altresì una spiccata eterogeneità, ritenendo sufficiente ai fini della sussistenza della fattispecie un’autonomia solo potenziale (9), dall’altro un’interpretazione più rigorosa (10) per cui il trasferimento d’azienda sussisteva solo quando avesse ad oggetto un complesso di mezzi produttivi, già organizzati dall’imprenditore cedente per lo svolgimento di un’attività economica, esistente ed autonoma in epoca anteriore alla cessione.

Il legislatore del 2001 ha preferito proprio quest’ultima interpretazione “guardinga” della nozione d’azienda e di ramo d’azienda, imponendo che l’oggetto del trasferimento non potesse essere ricondotto alla mera volontà dell’imprenditore, né al solo complesso dei beni organizzati potenzialmente idonei all’esercizio dell’impresa ma assimilato ad un’entità economica intesa come insieme di mezzi organizzati (cioè un nucleo dotato di autonomia operativa, gestionale e finanziaria) preesistente al trasferimento e che conservasse in esso la propria identità.

La *ratio legis* rivela la volontà di evitare, insomma, che l’applicazione di una disciplina inderogabile di tutela delle condizioni dei lavoratori fosse subordinata alla mera volontà delle parti datoriali che, altrimenti, avrebbero potuto, fuori da ogni controllo sindacale o giudiziario, individuare il segmento di attività produttiva in realtà non autonomo dal punto di vista funzionale, determinando l’espulsione dei lavoratori ad esso addetti, con evidente utilizzo elusivo e fraudolento della norma (11).

Quest’impostazione restrittiva e rigorosa era stata accolta, del resto, già prima dell’introduzione del decreto legislativo n. 18/2001, da una parte della giurisprudenza di merito più sensibile a recepire gli orientamenti via via consolidatisi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

costituiti anche da soli beni immateriali nonché forza-lavoro purché organizzata in forma d’impresa).

(8) La plastica espressione è di G. SANTORO PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *ADL*, 2001, 575 ss.

(9) Ben potendo le parti in occasione della stipulazione del contratto di cessione dare vita ad una nuova e diversa entità economica organizzata, attraverso l’individuazione di attività che fino ad allora non avevano presentato alcun grado di autonomia. Cfr. in particolare R. ROMEI, *Cessione di ramo d’azienda e appalto*, in *DLRI*, 1999, 340 ss.; S. CIUCCIOVINO, *La nozione di azienda trasferita alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *ADL*, 1998, 893 ss.

(10) Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*

(11) A conferma di ciò basti leggere quanto disposto nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 18/2001: ciò che non si può ammettere è che l’oggetto del trasferimento riguardi un’entità potenzialmente ed astrattamente idonea all’esercizio d’impresa.

A partire dalla sentenza *Rygaard*, infatti, la Corte del Lussemburgo ha richiesto la sussistenza, in capo al ramo di azienda ceduto, di una “entità economica organizzata in modo stabile”⁽¹²⁾ ai fini della configurabilità di un caso di trasferimento d’azienda con la doverosa precisazione che “in determinati settori in cui l’attività si basa essenzialmente sulla manodopera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un’attività comune, può corrispondere ad un’entità economica”⁽¹³⁾ senza che siano trasferiti elementi patrimoniali⁽¹⁴⁾, purché si verifichi la riassunzione di una “parte essenziale, in termini di numero e competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti”⁽¹⁵⁾; nonché (richiesto) l’ulteriore condizione che l’entità economica conservi la propria identità, il che risulta dal fatto “che la sua gestione sia stata proseguita o ripresa dal nuovo titolare, con le stesse attività economiche o con attività analoghe”⁽¹⁶⁾.

In conformità a tali proposizioni parte della giurisprudenza di merito ha respinto l’idea di una autonomia funzionale del ramo d’azienda meramente potenziale⁽¹⁷⁾ affermando il carattere strutturale e, dunque, preesistente del ramo d’azienda che non poteva essere “creato artificiosamente dall’imprenditore al momento del suo trasferimento al fine di qualificare l’atto stesso come trasferimento d’azienda”⁽¹⁸⁾.

La successiva e, quindi, recente giurisprudenza della Corte di Cassazione⁽¹⁹⁾ ha riconosciuto la rilevanza del requisito della preesistenza quale difesa da possibili usi scorretti o fraudolenti della disciplina di cui all’articolo 2112 c.c. ossia evitare la costituzione da parte dell’imprenditore cedente di un ramo d’azienda finalizzato al solo trasferimento, mediante un’operazione strumentale indirizzata all’espulsione per questa via indiretta di lavoratori eccedenti. Si legge, infatti, nella decisione 25 ottobre 2002, n. 15105, che “ricorre la fattispecie del trasferimento del ramo d’azienda soltanto quando il complesso dei beni alienati sia dotato, già antecedentemente al trasferimento, di autonomia organizzativa ed economica finalizzata allo svolgimento di un’attività di produzione di beni e servizi”. Ed, ancora, nella decisione 4 dicembre 2002, n. 17207, la Cassazione precisa che “il trasferimento ad altra impresa di lavoratori addetti ad una struttura aziendale priva di autonomia organizzativa e caratterizzata dall’estrema eterogeneità delle funzioni degli addetti, in suscettibile, dunque, di assurgere ad ‘unitaria entità economica’, non può configurare una cessione di ramo d’azienda cui sia applicabile l’articolo 2112 c.c., ma costituisca mera cessione di contratti di lavoro, richiedente per il suo perfezionamento il

(12) C. Giust. 19 settembre 1995 causa C-48/94, *Rygaard*, in *Racc.*, 1995, I, 2765.

(13) C. Giust. 11 marzo 1997 causa C-13/95, *Suzen*, in *Racc.*, 1997, I, 01259.

(14) C. Giust. 7 marzo 1996 cause riunite C-171/94-172/94, *Merckx*, in *Racc.*, 1996, I, 01253.

(15) C. Giust. 24 gennaio 2002, *Temco*, in *Racc.*, 2002, I, 0969.

(16) Già C. Giust. 18 marzo 1986 causa C-24/85, *Spijkers*, in *Racc.*, 1986, I, 1119.

(17) Pret. Milano 16 settembre 1998, in *ADL*, 1998, 935.

(18) Pret. Genova 28 ottobre 1998, in *ADL*, 1998, 1002.

(19) Cass. 25 ottobre 2002 n. 15105, e Cass. 4 dicembre 2002 n. 17207.

consenso dei lavoratori ceduti”. In una recente sentenza ⁽²⁰⁾ la Corte ha nuovamente ribadito che “l’art. 2112 c.c. ... non impedisce del tutto di ricondurre alla cessione di azienda i processi di ‘esternalizzazione’, consentendo che essi si siano cedute singole funzioni o singoli servizi, ma solo a condizione che essi si presentino, prima del trasferimento, funzionalmente autonomi. Il suddetto articolo preclude un’‘esternalizzazione’ quale forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate tra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, con identificazione dei lavoratori coinvolti sulla base delle mansioni svolte e non dell’inerenza del rapporto a un ramo d’azienda”.

4. Si sono volute richiamare considerazioni sulla disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 18/2001 per valutare se, con esse, il legislatore abbia opportunamente incarnato il ruolo di “sistematore” di concetti giuridici già affermatasi nell’ordinamento, aderendo alle soluzioni che hanno incontrato il maggior favore della dottrina e della giurisprudenza nazionale e comunitaria, ovvero “la partita” non fosse da ritenersi, ancora, chiusa.

Critiche e polemiche in dottrina non sono, in effetti, mancate, giungendo a delineare una situazione quasi paradossale: da un lato una comune opinione ⁽²¹⁾ ha sottolineato il potenziale distorto utilizzo della norma di cui all’articolo 2112 c.c. che, piegata a prestare forma giuridica alle pratiche aziendali di scomposizione e segmentazione dell’impresa, finiva con il tradire la *ratio* di tutela dei diritti dei lavoratori coinvolti nel trasferimento; dall’altro si è sostenuto ⁽²²⁾ che il rigore definitorio del decreto legislativo n. 18/2001 rischiava di escludere dall’ambito applicativo della fattispecie di cui all’articolo 2112 c.c. operazioni di genuina esternalizzazione.

Il paradosso è apparente in quanto le posizioni prospettate coinvolgono piani molto diversi: mettere in luce le potenziali finalità elusive e fraudolente della norma significa, in sostanza, dubitare che la forma giuridica di cui all’articolo 2112 c.c. (articolo che tutela l’integrità del *quid* trasferito) sia opportunamente applicabile a certe operazioni di esternalizzazione recanti in sé una *ratio* opposta a quella dell’articolo medesimo (tutela dell’*integrità* vs. *smaterializzazione*); criticare le presunte rigidità applicative della norma presuppone, invece, una valutazione positiva circa l’opportunità della stessa a disciplinare i moderni processi di segmentazione del ciclo produttivo al punto da richiedere maggiore elasticità per ricomprendere un numero maggiore di fattispecie.

Sul primo rilievo bisogna intendersi. Se si vuole genericamente affermare che una norma pensata per la tutela dei lavoratori viene impiegata nell’interesse dell’impresa, il giudizio è errato già sul piano dell’analisi storico-giuridica.

⁽²⁰⁾ Cass. 10 gennaio 2004 n. 206.

⁽²¹⁾ Cfr. in particolare F. SCARPELLI, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, 1999, 351 ss., e ID., *Trasferimento d’azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di*, in *DLRI*, 1999, 491 ss.

⁽²²⁾ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 32 ss.

Sarebbe sbagliato pensare che l'articolo 2112 c.c. sia prima che dopo la riforma del 2001 fosse una norma dettata nell'esclusivo interesse dei lavoratori, è vero, anzi, il contrario, giacché in origine essa tutelava principalmente l'interesse economico del cedente e soprattutto, del cessionario; sancendo che il contratto di lavoro si trasferisce indipendentemente dal consenso del terzo contraente, cioè del lavoratore ceduto, quel che si intende proteggere è soprattutto il valore di scambio dell'azienda (nell'interesse del cedente) e la piena funzionalità del complesso produttivo, anche sotto il profilo della professionalità dei lavoratori impiegati (nell'interesse del cessionario). Quanto al lavoratore, questi è sì tutelato nel suo interesse alla conservazione dell'impiego, ma di riflesso, e comunque, vigente il regime di libera recedibilità, secondo le convenienze e la volontà del cedente. Solo una sopravvalutazione della funzione garantistica che la norma è andata oggettivamente assumendo può giustificare il rilievo circa l'uso capovolto del disposto nell'ambito delle prassi di esternalizzazione produttiva.

In realtà l'assunto va rovesciato e impostato, piuttosto, in termini di valutazione dello specifico interesse imprenditoriale sotteso alla norma. Se di un uso capovolto dell'articolo 2112 c.c. è lecito parlare esso riguarda in realtà il mutamento dell'interesse imprenditoriale sottostante alla norma e che trova nella norma, più o meno propriamente, una forma giuridica di rappresentazione e tutela.

A ben vedere, infatti, nei processi di esternalizzazione cambia l'interesse dell'impresa che è assunto alla base dell'articolo 2112 c.c.: non più quello relativo alla conservazione del valore di scambio ed al mantenimento del complesso trasferito, bensì un interesse per certi versi opposto, alla disaggregazione verticale dell'impresa realizzata attraverso programmi di *reengineering* che hanno l'obiettivo di far "dimagrire" l'azienda concentrandosi sul *core business* (anche se ormai le pratiche di esternalizzazione tendono ad abbracciare lo stesso zoccolo duro del *core business*). Il paradosso non è dato, quindi, dall'utilizzo di una norma apprestata per fornire garanzie e tutele ai lavoratori ai fini aziendali, quanto dal fatto che viene invocata la forma giuridica che tutela l'*integrità* del complesso aziendale per operare la sua *smaterializzazione*. Ed è chiaro che nella prospettiva dell'esternalizzazione la sintesi di interessi operata dalla normativa sul trasferimento d'azienda tende a perdersi, nel senso che l'interesse dell'impresa non incontra più (o tende a non incontrare più) l'interesse dei lavoratori coinvolti nei processi di esternalizzazione. Mentre l'interesse dell'impresa suggerisce di utilizzare la forma giuridica del trasferimento d'azienda per garantire il passaggio dei lavoratori alle dipendenze di altro datore di lavoro a prescindere dal loro consenso, e quindi in deroga alla regola generale posta dall'articolo 1406 c.c., l'interesse del lavoratore consiste, all'opposto, nel rimanere alle dipendenze del cedente. Poiché quest'ultimo interesse non pare affatto contemplato dalla norma, può dirsi che l'articolo 2112 c.c., nella sua dimensione applicativa ai fenomeni di esternalizzazione, non opera un bilanciamento oggettivo di interessi, come accade nel caso di passaggio dell'intera azienda, ma appare una norma sbilanciata a favore dell'impresa.

Nonostante l'intervento del legislatore del 2001 abbia tentato di riequilibrare il sistema di pesi e contrappesi contenuti nell'articolo 2112 c.c. rafforzando le tutele dei diritti dei lavoratori si ha come l'impressione che il quadro normativo abbia aggiornato gli schemi giuridici in tema di cessione d'azienda nel momento in cui il sistema organizzativo delle imprese ha compiuto un ulteriore salto in avanti, sollecitando a confrontarsi con problematiche del tutto nuove che mettono in crisi gli schemi posti dall'articolo 2112 c.c. (anche nella novellata formulazione del decreto legislativo n. 18/2001). A questa sfida era sicuramente chiamato il legislatore.

5. Una parte della dottrina ⁽²³⁾ ha messo in luce la particolare severità espressa dal legislatore del 2001 nei confronti dei processi di esternalizzazione nell'escludere dall'ambito applicativo del citato articolo quelle vicende che interessavano segmenti del ciclo produttivo per i quali non è agevole scorgere una evidente e attuale autonomia funzionale già presso il cedente; impostazione, questa, che finiva per accollare alla magistratura una delicata e controvertibile indagine su profili organizzativi e a loro volta fluidi e di non facile intellesione o trasposizione in categorie giuridiche.

Riguardo, inoltre, l'ulteriore requisito identificativo del ramo d'azienda, la conservazione nel trasferimento dell'identità e dell'autonomia, si è evidenziato che la norma finiva per restringere la riconducibilità dei processi di esternalizzazione al disposto dell'articolo 2112 c.c.; essa pareva precludere, infatti, al cessionario, per evitare il rischio di "diluire" l'identità e l'autonomia funzionale del ramo postulate dalla norma, una piena integrazione del ramo acquisito nella sua struttura produttiva.

Le critiche più aspre sono state levate, però, contro l'opzione selettiva del legislatore concernente la preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda considerata incongrua, di problematica applicazione ed anche poco in linea con le finalità garantistiche alle quali doveva rispondere.

Invero, fin quando un segmento produttivo, quand'anche caratterizzato da una certa autonomia tale da giustificarne una cessione "aggregata", fa parte di un unico complesso imprenditoriale i nessi di interdipendenza con altre attività aziendali (quali i supporti di tipo amministrativo, commerciale, logistico, ecc.) sono tali da rendere problematica l'individuazione di una compiuta (e non solo potenziale) autonomia funzionale con il rischio di mettere in discussione l'operatività dell'articolo 2112 c.c. Tale preoccupazione si dilata, poi, al cospetto dei processi di esternalizzazione che lambiscono il *core business* aziendale, ovvero investono attività inerenti il ciclo produttivo originario.

Se è forse possibile rinvenire una preesistente autonomia funzionale in attività o servizi marginali o complementari rispetto alla produzione più tipica e centrale di un'impresa (si pensi alla mensa, alla manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti, alla sorveglianza, ecc.) nonché in attività che, per

⁽²³⁾ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 32.

quanto più “intrinseche” al ciclo produttivo, presentano una sufficiente separazione concettuale ed organizzativa (ad es. i servizi informatici, la gestione amministrativa del personale), più difficile si rivela la ricognizione della “autonomia” quando il segmento ceduto inerisce strettamente alla tradizionale attività produttiva dell’impresa cedente, sino ad apparirne parte inscindibile, o da presentare con essa stretti nessi logistici e funzionali, come accade con le più recenti formule di decentramento produttivo e, soprattutto, per quelle che lasciano intatta la locazione del segmento produttivo *intra moenia*; formule che pure investono sovente attività sicuramente suscettibili di divenire oggetto di una autonoma iniziativa imprenditoriale, legittimata dalla specializzazione e dalla capacità di collocarsi autonomamente sul mercato, ma che trovano difficoltà a rispettare il requisito della *preesistenza* dell’autonomia funzionale. Al cospetto di tali discrasie, questa parte di dottrina si è chiesta, dunque, se la previsione del presupposto applicativo in questione (ossia la preesistente autonomia funzionale del ramo ceduto) fosse davvero indispensabile e, comunque, coerente con le finalità di tutela dichiarate dal legislatore, ovvero, se il legislatore, con l’introduzione di tale requisito, non avesse più verosimilmente voluto ostacolare i processi di esternalizzazione tramutando l’integrazione originaria da sinergia positiva a presupposto negativo e limitativo della disciplina di cui all’articolo 2112 c.c.

Tale dottrina ha sostenuto (e sostiene), al contrario, che il trasferimento può concernere attività eterogenee che, prima della cessione, non presentino alcun nesso e possano essere accorpate, sino a rinvenire una propria inedita unitarietà ed autonomia solo nell’organizzazione del cessionario: *autonoma o meno* quella parte di azienda è comunque passata nella titolarità di altri, sottraendo agli addetti la stessa possibilità materiale di svolgimento della prestazione lavorativa.

Specularmente, secondo questa impostazione, la chiave garantistica va spostata su una clausola generale anti-fraudolenza (sulla falsariga dell’articolo 1344 c.c.), capace di colpire qualsivoglia utilizzo “indiretto” dell’esternalizzazione finalizzata esclusivamente allo smagrimento dell’organico. Ciò che realmente si deve verificare è che la cessione non sia apparente o fittizia (e quindi i poteri direttivi della manodopera occupata fossero effettivamente nelle mani del cessionario) e che nella traslazione forzosa non vengano arbitrariamente coinvolti lavoratori addetti (esclusivamente o prevalentemente) ad altri settori. Conseguentemente il controllo va più opportunamente esercitato sulla gestione del ramo successiva al trasferimento, rilevando la permanenza di poteri direttivi e di riorganizzazione del lavoro in capo al cedente, quale sintomo della mancanza di reale autorganizzazione dell’unità produttiva ceduta (con il che si valorizza un profilo scriminante più specificamente lavoristico); a ciò può aggiungersi, in un’ottica garantista, la precisazione dei criteri di individuazione dei lavoratori coinvolti nel trasferimento, specie per le ipotesi in cui non è dato fotografare in maniera esaustiva una stabile inerenza al ramo (si pensi agli “indiretti” o ai lavoratori addetti a mansioni “promiscue”, cioè entro e fuori il ramo), profilo, quest’ultimo, del tutto ignorato dalla riforma del 2001 e consi-

derato, invece, dal decreto legislativo n. 18/1999 in tema di trasferimento di servizi aeroportuali.

6. Le considerazioni fin qui condotte consentono di affermare che l'intervento del legislatore del 2001 non si è rivelato del tutto in grado di fornire risposte adeguate nell'era delle c.d. "esternalizzazioni"; di talché il legislatore, ha avvertito l'esigenza di tornare ad occuparsi della materia con il fine di riallineare il piano normativo a quello economico.

Si tratta di vedere, ora, se la normativa sarà in grado di assecondare le ragioni di competitività delle imprese senza richiedere un arretramento degli attuali livelli di tutela dei lavoratori stante il fatto che l'eliminazione del requisito della *preesistenza* ed il riferimento alla nozione di *attività economica organizzata identificata come tale dal cedente e cessionario al momento del trasferimento* sembrerebbero svaporare l'effettiva autonomia del ramo produttivo ed aprire le porte ad un uso praticamente illimitato dello strumento. Dico "sembrebberbe" perché dev'essere valutata la portata del requisito della *preesistenza*, nonché il potere dispositivo delle parti nel configurare l'autonomia dell'articolazione.

Per quanto attiene al primo aspetto, come si è visto, numerosi interpreti del decreto legislativo n. 18/2001 hanno sottolineato con accenti critici il requisito della *preesistenza*, rilevando la sua inidoneità a sciogliere in modo soddisfacente i nodi interpretativi presenti nella norma e la sua natura, per così dire, pleonastica, in considerazione del fatto che l'identità dell'articolazione ceduta non può che *preesistere* o meglio ancora, *esistere*, quale presupposto logico, prima che giuridico, del trasferimento; riconoscendo la fondatezza di questa critica il legislatore del 2003 ha, definitivamente, eliminato l'"ingombrante" requisito in esame.

C'è da chiedersi se questa sensibilità legislativa sia dettata unicamente da esigenze pragmatiche, collegate alla indubbia difficoltà di individuare un ramo d'azienda che sia chiaramente separabile come tale nell'organizzazione del cedente, visti i normali intrecci e collegamenti tra le varie parti dalle quali quest'ultima è composta, o se si tratti della conferma, sul tema in oggetto, di un cambiamento di rotta più generale; cambiamento che tende ad accreditare come ramo trasferibile "un servizio che viene realizzato in funzione delle esigenze dell'azienda, ma che può essere oggetto anche di una valutazione economica considerato in se stesso e, quindi, a prescindere dalla funzione che è chiamato ad assolvere all'interno dell'organizzazione dell'impresa" (24).

Il cambio di rotta, per la verità, appare assai problematico perché in potenziale collisione con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, laddove questa ritiene indefettibile il carattere di stabilità (e dunque di non improvvisazione) della parte di azienda oggetto della cessione; collisione altresì con il principio di

(24) Cfr. C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa*, cit.; A. MARESCA, *Le novità del legislatore in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, 587.

inderogabilità proprio dell'articolo 2112 c.c., che verrebbe messo in discussione ove l'applicazione delle garanzie ivi previste fosse in definitiva consegnata all'accordo tra cedente e cessionario ⁽²⁵⁾.

Le vivaci critiche, seguite alla modifica del comma 5 dell'articolo 2112 c.c. sono alimentate, non solo dalla caducazione del requisito della "preesistenza" ma, anche, e forse maggiormente, dal presunto potere costitutivo attribuito alle parti, nell'individuazione del ramo oggetto di trasferimento, dall'inciso "identificato come tale dal cedente e dal cessionario" di cui al citato comma.

L'introduzione della volontà del cedente e del cessionario quale criterio di individuazione del ramo d'azienda configura, anzitutto, un evidente eccesso di esercizio della delega, in quanto la norma delegante (legge n. 30/2003) non lo prevedeva limitandosi a richiedere che il ramo d'azienda, inteso come articolazione autonoma di un'attività economica organizzata, fosse sussistente nel momento del trasferimento e rimanendo ancorata a un criterio oggettivo di individuazione della fattispecie. L'attribuzione del potere di individuazione della fattispecie, e quindi, in definitiva, del potere di determinare o meno l'applicazione degli effetti dell'articolo 2112 c.c. alla libera disponibilità degli imprenditori cedente e cessionario (quindi la sola parte datoriale), si pone invece su un piano del tutto diverso e potenzialmente incostituzionale.

In secondo luogo si è rilevato un possibile contrasto della disposizione con l'articolo 3 Cost. (che sancisce il principio di uguaglianza di trattamento tra eguali posizioni) per violazione del canone di coerenza in quanto la norma afferma e nega nello stesso periodo il carattere oggettivo di un requisito normativo. Se il ramo d'azienda, infatti, viene definito come "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata", si afferma che l'autonomia funzionale è qualcosa di oggettivo, che quindi, in applicazione dei principi generali, dovrebbe essere oggetto di accertamento del giudice, onde verificare nei casi concreti la sussistenza del modello normativo; affermare quanto sopra e aggiungere poi, nel medesimo periodo, che l'identificazione del ramo d'azienda "come tale" è rimessa alla volontà del cedente e del cessionario "al momento del trasferimento", significa negare quanto appena affermato, giacché non può sussistere una nozione "oggettiva" che è rimessa alla volontà delle parti.

Altro profilo critico, poi, legato al presunto potere costitutivo concesso alle parti ⁽²⁶⁾ è dato dalla differenziazione tra le fattispecie, trasferimento dell'intera azienda e di parte di essa: l'individuazione della prima affidata a criteri oggettivi, quella della seconda all'autonomia delle parti alienante ed acquirente all'atto del trasferimento. La differente formulazione sembra contraddire non solo il noto orientamento giurisprudenziale dell'assimilazione tra azienda e ramo d'azienda differenziati sotto il solo profilo quantitativo ma si pone in

⁽²⁵⁾ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, cit.

⁽²⁶⁾ Oltretutto ad una soltanto, quella datoriale, delle parti sostanziali del rapporto!

contrasto con la stessa disciplina comunitaria che non ha mai differenziato le due fattispecie sotto il profilo sostanziale.

Non si può non evidenziare, infine, il rischio insito nel presunto potere costitutivo concesso alle parti datoriali di creazione di rami d'azienda enucleati *ad hoc* per permettere, nei fatti, un alleggerimento del personale mediante scelta discrezionale degli individui e dei gruppi interessati, tra i quali potrebbero rientrare con una certa facilità lavoratori ritenuti meno produttivi, gli invalidi (che sono spesso addetti in misura prevalente proprio ai servizi ausiliari alla produzione), gruppi provenienti da cassa integrazione. Il radicamento oggettivo della nozione di ramo d'azienda, attraverso la verifica dell'effettività dell'organizzazione e autonomia dell'articolazione d'impresa trasferenda preesistente, costituiva un argine alla discrezionalità nell'individuazione dell'universo dei lavoratori interessati in quanto tali lavoratori dovevano risultare connessi al ramo oggetto di cessione da un legame di appartenenza oggettivo tale da renderli autonomi rispetto al complesso aziendale.

7. Sulla base di tali considerazioni si sono formati due orientamenti in sede dottrinale volti a delimitare la portata innovativa dell'identificazione soggettiva del ramo d'azienda, valorizzanti il primo ⁽²⁷⁾ la portata semantica del termine "identificata", il secondo ⁽²⁸⁾ il significato dei requisiti insiti nella stessa definizione attualizzata di ramo d'azienda, ossia quelli dell'organizzazione e dell'autonomia funzionale dell'attività economica da trasferire.

Il primo orientamento in esame, muovendo dal dato testuale, si è principalmente soffermato sulla portata semantica del termine "identificata" ed ha precisato che l'uso dell'espressione "identificata come tale" descrive una fase di "mera definizione e delimitazione dell'entità oggetto della cessione". Ne deriva che per integrare la fattispecie trasferimento ramo d'azienda, non sarà sufficiente l'individuazione ad opera delle parti di un qualsiasi ramo d'azienda, ma solo di quello che presenti, al momento della cessione, requisiti tali da mostrarsi, indipendentemente da un potere costitutivo delle parti, come una oggettiva articolazione autonoma, sotto il profilo funzionale, di un'organizzazione di mezzi finalizzati all'esercizio di un'attività economica ⁽²⁹⁾.

In altri termini, secondo una sintetica espressione ricorrente, "un conto è identificare, altra cosa è costituire" ⁽³⁰⁾. Una differenza concettuale di non poco

⁽²⁷⁾ Cfr. A. ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimento d'azienda*, e M. DE FELICE, *Il trasferimento d'azienda ed il trasferimento di ramo d'azienda nel decreto legislativo attuativo della legge 30/2003*, entrambi in www.cgil.it/giuridico.

⁽²⁸⁾ In questo senso C. CESTER, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, e G. SANTORO PASSARELLI, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, entrambi in AA.VV., *Il trasferimento d'azienda*, Utet, Torino, 2004; R. ROMEI, *Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda*, in AA.VV., *Mercato del lavoro: opportunità e vincoli di sistema*, ESI, Napoli, 2004.

⁽²⁹⁾ Cfr. V. NUZZO, *L'oggetto del trasferimento: entità materiale, organizzazione o mera attività*, in AA.VV., *Mercato del lavoro: opportunità e vincoli giuridici*, cit.

⁽³⁰⁾ A. ANDREONI, *op. cit.*, 11 ss.

conto, atteso che una ricognizione per via negoziale dell'entità da cedere si traduce al massimo in una presunzione di prova che, al pari del *nomen juris* ai fini dell'accertamento della subordinazione, non esclude, comunque, l'ammissibilità della prova contraria, in merito all'effettiva insussistenza di un'autonomia tecnico-funzionale del ramo ceduto ⁽³¹⁾.

Il "controllo di razionalità giuridica" impone di verificare la conformità dell'operazione economica del trasferimento al "canone normativo insito nella fattispecie": le parti contrattuali non solo non possono disporre della nozione legale di articolazione funzionalmente autonoma ma, nel sistema del diritto, non possono mai disporre "del tipo contrattuale" ⁽³²⁾. Che la volontà della parti rivolta alla qualificazione non sia di per sé decisiva e che la qualificazione – ossia il procedimento di riconduzione dell'accordo in un tipo contrattuale – spetti unicamente al giudice, potendo quest'ultimo attribuire al contratto un *nomen juris* diverso da quello adottato anche congiuntamente dai contraenti, è principio indiscusso ed accolto da un tanto risalente quanto consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale.

La presenza di una pluralità di forme contrattuali consente agli operatori un'ampia scelta di modelli per la regolamentazione dei loro interessi, ma l'utilizzazione degli schemi legali deve avvenire "non in forma arbitraria o casuale" ma secondo una regola di adeguatezza al rapporto concreto sul quale l'atto è destinato ad incidere e secondo la funzione che si propone di realizzare ⁽³³⁾. L'assegnazione dell'operazione realizzata ad uno dei tipi regolati dalla legge postula l'individuazione della causa concreta, sintesi fra la struttura regolamentare predisposta dalle parti, gli interessi perseguiti, il comportamento e la situazione di fatto e di diritto sulla quale l'operazione si inserisce, di cui la causa è lo specchio, conseguentemente i contraenti non possono evitare l'applicazione della disciplina del tipo attraverso una semplice operazione di qualificazione formale, ossia limitandosi ad attribuire al contratto un particolare *nomen juris*, o mediante operazioni di ingegneria contrattuale.

Si può, dunque, con sicurezza affermare che anche per quanto attiene alla disciplina di cui al novellato articolo 2112 c.c. vige il generale principio di "indisponibilità del tipo" che non consente alla parte datoriale di far dipendere l'applicazione di una norma inderogabile dalla determinazione pattizia al momento o in vista del trasferimento.

L'identificazione per via negoziale del ramo autonomo, d'altra parte, non può avere valore *juris et de jure*, con effetti di diritto sostanziale, oltre il profilo processuale del riparto dell'onere della prova e ciò non solo per l'intrinseco valore semantico del verbo "identificare", bensì anche per evitare collisioni con

⁽³¹⁾ A. ANDREONI, *op. cit.* Il parallelismo con la fattispecie del lavoro subordinato è stato anche proposto da V. BAVARO, *Il trasferimento d'azienda*, di P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 185, che precisa che in molte altre fattispecie, come anche nel rapporto di lavoro, l'oggetto è pur sempre tipizzato dall'ordinamento, e le parti contrattuali sono costrette a muoversi entro gli ambiti legislativi imposti.

⁽³²⁾ A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *DL*, 2003, 479.

⁽³³⁾ P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *RCD*, 2001, 223-246.

i principi di inderogabilità delle norme imperative di diritto nonché con le direttive comunitarie (cui sarà in seguito dedicato ampio spazio).

8. Questa precisazione consente di illustrare, ora, le posizioni del secondo orientamento, precedentemente introdotto, che sottolinea come i requisiti “ontologici” e strutturali identificati sia dalla direttiva comunitaria che dalla normativa nazionale, debbano essere posseduti dall’entità oggetto della cessione indipendentemente dalla “identificazione al momento della cessione” operata dal cedente e dal cessionario, alla quale, ormai ne siamo convinti, non può attribuirsi valore “costitutivo”.

Si tratta di criteri di governo della discrezionalità centrati sulle effettività dell’articolazione d’impresa, e non sulla astratta idoneità di un nucleo di beni o rapporti ceduti ad essere organizzati per l’esercizio di un’impresa; criteri, insomma, in grado di conservare un qualche tipo di *discrimen* oggettivo tra la fattispecie “cessione di ramo d’azienda” e “cessione di singoli beni” od altra fattispecie astrattamente idonea a fornire forma giuridica ai fenomeni di esternalizzazione nonché criteri che valorizzano un nesso di obiettiva appartenenza del lavoratore al ramo ceduto.

La scelta è dettata, oltre che dal buon senso, da esigenze di certezza del diritto. Non a caso quell’esigenza di controllo della fattispecie la ritroviamo parimenti nel diritto commerciale, a fronte di una propensione dei soggetti economici ad etichettare come trasferimento d’azienda ciò che tale – secondo i parametri giuscommercialistici – in realtà non è: ad esempio per escludere i limiti posti al trasferimento della ditta (articolo 2565 c.c.) e in passato al trasferimento del marchio (articolo 2573 c.c.), o per evitare l’applicazione di normative più restrittive e “rigide”, quali, ad esempio, il divieto di clausola compromissoria nei contratti di affitto di locali commerciali. Di talché la giurisprudenza nega la qualificazione di cessione ramo d’azienda a taluni scorpori per mancanza o inconsistenza dei collegamenti funzionali fra i beni coinvolti quali elementi sufficienti ad esercitare un’attività d’impresa.

Non a caso, poi, quell’esigenza di controllo della fattispecie si ritrova nei principali ordinamenti giuridici europei comparabili che hanno fatto i conti con i processi di esternalizzazione, per esempio in Francia, ove condizione di applicabilità dell’articolo 122-12 è la presenza di un’“entità economica autonoma” (entità economica caratterizzata da un insieme organizzato di persone ed elementi permettenti l’esercizio di un’attività economica avente un obiettivo proprio), caratterizzata dall’esercizio di un’attività che persegue un obiettivo proprio (ancorché accessorio a quello principale) e da un dato organizzativo, *id est* da un insieme organizzato di persone e di elementi materiali o immateriali che consentono l’esercizio di un’entità economica⁽³⁴⁾. Consimili esigenze di controllo della fattispecie sono presenti in Germania, ove la giurisprudenza richiede, ai fini dell’applicazione della normativa sul trasferimento d’azienda, l’identità preesistente dell’organizzazione economica trasferenda, sia essa co-

(34) Cour de Cassation 18 juillet 2000 (*Terrier Vittel France*), in *DS*, 2000, 850.

stituita da persone, o da beni materiali o immateriali; ed in Spagna, ove il legislatore richiede in caso di trasferimento parziale dell'impresa l'esistenza – come minimo – di un'unità produttiva autonoma, cioè, nell'interpretazione giurisprudenziale di quel Paese, un'entità dotata di sufficiente autonomia organizzativa e di capacità di sfruttamento differenziato in quanto idonea a costituire da sola una entità socio-economica di produzione.

Ovviamente, a questa esigenza di controllo della fattispecie è poi collegato il (diverso) controllo sulla scelta discrezionale dei lavoratori afferenti al ramo, al fine di scongiurare l'arbitraria individuazione di lavoratori indesiderati perché meno produttivi, o attivi sindacalmente, o invalidi, cassaintegrati ecc.; controllo da condursi secondo i criteri giurisprudenziali di prevalenza delle mansioni svolte ⁽³⁵⁾ e/o della funzionalità dell'attività lavorativa svolta dal prestatore di lavoro rispetto al ramo d'azienda ceduto ⁽³⁶⁾.

Si tratta di dare contenuto, ora, a queste affermazioni di principio, addentrandosi nella valutazione dei requisiti che, dopo l'intervento del decreto legislativo n. 276/2003, sostanziano la nozione di ramo d'azienda ossia l'organizzazione produttiva e l'autonomia funzionale.

9. Il requisito dell'organizzazione si traduce nel complesso di regole tecnico-organizzative in cui si sostanzia il potere dell'imprenditore, potere che, in alcuni settori, può investire anche solo la forza-lavoro, nella misura in cui il coordinamento e l'armonizzazione delle singole prestazioni sia sufficiente di per sé ad integrare l'esercizio di un'attività economica organizzata ⁽³⁷⁾.

Il termine “organizzazione”, d'altronde, è usato nella sociologia del lavoro proprio per designare “l'attività diretta di proposito a stabilire, mediante norme esplicite, relazioni relativamente durevoli tra un complesso di persone e di cose in modo da renderlo idoneo a conseguire razionalmente uno scopo”, essa, è stato specificato, comprende tre momenti distinti: “1) la suddivisione del lavoro necessario per ottenere un determinato scopo produttivo in una serie di operazioni più o meno complesse; 2) l'attribuzione a macchine e/o persone differenti delle operazioni così suddivise; 3) il coordinamento tra le operazioni, le macchine e le persone cui sono attribuite” ⁽³⁸⁾.

L'organizzazione produttiva impone che i lavoratori e i beni aziendali siano tenuti insieme da un nesso obiettivo e necessario, il che comporta la necessità che in fase giudiziale si verifichi la reale sussistenza di un genuino ed effettivo nesso di collegamento tra lavoratore e ramo ceduto ⁽³⁹⁾.

⁽³⁵⁾ App. Milano 4 giugno 2002, in *RCDL*, 2002, 650.

⁽³⁶⁾ Pret. Milano 10 marzo 1997, in *ADL*, 1997, 806.

⁽³⁷⁾ Si configura trasferimento di ramo d'azienda solo ove il nucleo di lavoratori ceduti non costituisca una mera attività intesa come somma di prestazioni lavorative, ma si caratterizzi per il coordinamento organizzativo e funzionale tra i diversi componenti del gruppo necessario affinché tale nucleo organizzato possa svolgere un proprio autonomo ruolo all'interno del processo produttivo.

⁽³⁸⁾ G. GALLINO, *Dizionario di sociologia*, Utet, Torino, 1978, 488.

⁽³⁹⁾ Cfr. Cass. 23 ottobre 2002 n. 14961. La Suprema Corte ha ribadito che la scelta dei lavoratori

Un esempio può efficacemente illustrare la delicatezza della questione. Se il reparto tappezzeria di un'impresa che fabbrica divani funziona in autonomia rispetto a tutti gli altri reparti, tanto da poter avere un ritmo produttivo diverso dal reparto falegnameria o movimentazione, esso potrà essere legittimamente trasferito a titolo di ramo aziendale in quanto dotato di autonomia produttiva ed organizzativa. Il trasferimento riguarda l'intero reparto, così com'è; ove, dunque, l'organizzazione includesse oltre ai tappezzieri (lavoratori diretti) anche un certo numero di movimentatori e qualche addetto al controllo di gestione interna dello stesso reparto (lavoratori "indiretti"), essi dovrebbero essere compresi nel fascio di rapporti giuridici che costituiscono l'articolazione e conseguentemente trasferiti? La risposta passa attraverso la verifica della prevalenza delle mansioni svolte, della funzionalità dell'attività svolta, ecc., criteri, insomma, dai quali emerga se un'eventuale esclusione di tali lavoratori dal trasferimento pregiudicherebbe la stessa autonomia organizzativa e produttiva dell'articolazione *trasferenda*.

Ciò costituisce un concreto ostacolo a prassi aziendali che si risolvono in fittizie predisposizioni di un ramo adibendo *ad hoc* lavoratori sgraditi, ai soli fini di una loro estromissione; l'inesistenza, infatti, di un obiettivo collegamento tra prestazioni di lavoro e ramo ceduto provata tramite l'impugnazione degli atti gestionali precedenti alla cessione che hanno determinato l'inclusione nell'articolazione da cedere, dimostrando altresì l'incoerenza e l'eterogeneità tra professionalità del lavoratore ed organizzazione del ramo, nonché la strumentalità di una simile operazione impedisce, non costituendo la fattispecie cessione di ramo d'azienda, l'applicazione della disciplina di cui all'articolo 2112 c.c.

La rilevanza attribuita al requisito dell'organizzazione dei mezzi (anche dei soli mezzi materiali) e non il loro spessore conforma la nozione di trasferimento d'azienda a quella elaborata dalla Corte di Giustizia la quale, a partire dalla nota sentenza *Suzen* ⁽⁴⁰⁾, ha consolidato l'orientamento secondo cui è configurabile un trasferimento di azienda ogni qualvolta vi sia successione nella titolarità di un'entità *economica*, intesa come organizzazione funzionale di beni e rapporti giuridici finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo. Tale entità può consistere anche nel complesso organizzato di energie lavorative di un gruppo di dipendenti purché questo sia idoneo ad assurgere, in sé considerato, a strumento di impresa; il rilievo degli elementi patrimoniali deve essere valutato in relazione al tipo di attività o in funzione dei metodi di produzione in quanto essi "costituiscono uno dei vari criteri che il giudice nazionale deve prendere in considerazione al fine di poter valutare l'effettiva sussistenza di un trasferimento d'impresa (o parte di essa)" ma la loro assenza "non esclude necessariamente l'esistenza del trasferimento stesso".

coinvolti nel trasferimento deve rigorosamente avvenire sulla base dell'inerenza del rapporto di lavoro al ramo ceduto.

⁽⁴⁰⁾ Sentenza *Suzen* 11 marzo 1997 causa C-13/95, cit. Cfr. tra le più recenti C. Giust. 24 gennaio 2002 C-51/00, *Temco*, cit.

Il legislatore del 2003, dunque, ha mantenuto fermo il requisito dell'organizzazione cui necessariamente deve darsi rilievo nell'individuazione del ramo oggetto del trasferimento. Si noti l'importanza della scelta lessicale: l'organizzazione imprenditoriale è requisito (non l'unico) costituente la parte d'azienda, la volontà della parti non è che uno strumento di mera ricognizione/identificazione della stessa (strutturata ed esistente).

10. Ai fini della delimitazione dei confini applicativi delle garanzie di cui all'articolo 2112 c.c. si deve individuare, ora, il significato dell'espressione "articolazione funzionalmente autonoma" di un'attività economica organizzata, formula sopravvissuta alla riforma introdotta dal decreto legislativo n. 276/2003 ed utilizzata per individuare il ramo d'azienda oggetto del trasferimento.

La Suprema Corte ⁽⁴¹⁾ ha più volte chiarito che l'autonomia funzionale riassume le condizioni di carattere produttivo, gestionale ed organizzativo perché il ramo d'azienda possa realizzare, in ragione dell'organizzazione che lo caratterizza, una fase ben individuabile della produzione aziendale, ancorché ausiliaria, accessoria o strumentale a quella.

Utilizzando le parole della Cassazione ⁽⁴²⁾ il ramo d'azienda "deve presentarsi come una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo e non deve rappresentare al contrario il prodotto dello smembramento di *frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro*, né una mera espulsione di ciò che si riveli essere una eccedenza di personale. Con queste caratteristiche e con queste limitazioni, quindi, il ramo di azienda deve preesistere alla vicenda traslativa, nel senso che *già prima deve essere identificabile e idoneo a funzionare autonomamente*". Aggiunge, inoltre, che "tale autonomia può – in alcuni settori o aree produttive in cui le strutture materiali assumono scarsa se non nessuna rilevanza – configurarsi anche in presenza di trasferimento di sola manodopera e quindi di soli lavoratori che, per essere addetti ad un ramo d'impresa e per avere acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere le loro funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro, potendosi, appunto, la suddetta autonomia concretizzare non solo attraverso la natura e le caratteristiche della concreta attività spiegata, ma anche in ragione di altri significativi elementi, quali, ad esempio, la direzione e l'organizzazione del personale, il suo specifico inquadramento, le peculiari modalità di articolazione del lavoro e i relativi metodi di gestione".

Sul grado di autonomia che il ramo deve manifestare sono state sollevate, ben lo sappiamo, obiezioni da parte di un noto orientamento dottrinale ⁽⁴³⁾ secondo cui "se appare decisiva la coesione funzionale ed organizzativa delle attività

⁽⁴¹⁾ Cass. 23 ottobre 2002 n. 14961; Cass. 25 ottobre 2002 n. 15105; Cass. 4 dicembre 2002 n. 17207.

⁽⁴²⁾ Cass. 4 dicembre 2002 n. 17207, e Cass. 25 ottobre 2002 n. 15105, entrambe in *FI*, 2003, I, 104.

⁽⁴³⁾ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit.; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. n. 18/2001*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *op. cit.*

cedute, non è postulata anche una sua autonomia gestionale o amministrativa”; obiezioni che toccando le corde della sensibilità del legislatore hanno conseguentemente trovato dignità normativa al comma 5 dell’articolo 2112 c.c.

Mentre la parte di disposizione che individua il ramo d’azienda in “un’articolazione funzionalmente autonoma” non dà adito a particolari perplessità, confermando quanto già previsto dal legislatore del 2001, ciò che appare discutibile è la scelta di eliminare i requisiti della preesistenza e della conservazione dell’identità dell’articolazione medesima e di sostituirli con l’inedito criterio soggettivo dato dall’inciso “identificata come tale” di cui al comma 5 dell’articolo 2112 c.c.

Non richiamando il requisito della conservazione dell’identità (cui *naturaliter* attiene anche quello della preesistenza non potendosi conservare qualcosa che in precedenza non ha identità, coerentemente, dunque, eliminato) in relazione ai casi in cui oggetto del trasferimento è soltanto una parte d’azienda, la nuova formulazione dell’articolo 2112 c.c. sembra introdurre, arbitrariamente, definizioni differenziate sotto un profilo non meramente quantitativo nel caso di trasferimento dell’intera azienda e del ramo di essa.

C’è chi ha sostenuto ⁽⁴⁴⁾, poi, in una prospettiva critica della precedente formulazione dell’articolo 2112 c.c., concordando, quindi, con l’attuale scelta legislativa, che le direttive comunitarie non contengono alcun riferimento al concetto di autonomia funzionale preesistente al trasferimento, ma solo quello ad una “entità economica che conserva nel trasferimento la propria identità”, di talché la correzione alla norma la adeguerebbe alle direttive medesime.

La tesi non pare condivisibile. Da un lato, infatti, è proprio la conservazione dell’identità nel trasferimento – prevista dalle direttive – che postula la preesistenza della parte di azienda, naturalmente una preesistenza riferita non al ramo quale che esso fosse, ma solo al ramo come articolazione funzionalmente autonoma, perché è chiaro che ogni porzione dell’attività aziendale, dalla più piccola alla più complessa, preesiste e, se ciò bastasse, il requisito della preesistenza non avrebbe alcun valore selettivo. Dall’altro lato, la conservazione di identità (dell’azienda e della parte d’azienda) resta un punto fermo proprio dell’interpretazione della Corte di Giustizia, la quale non ha mancato di sottolineare il carattere di stabilità della parte di azienda oggetto della cessione.

Semmai il discorso potrebbe essere rovesciato, e una difformità rispetto alle direttive potrebbe imputarsi proprio alla nuova versione dell’articolo 2112 c.c., posto che quella stabilità, misurata nel tempo (prima del trasferimento, nel trasferimento e dopo il trasferimento), va intesa – come in effetti è stata intesa in ambito comunitario – quale necessaria garanzia per i lavoratori di fronte a processi di frammentazione posti in essere (anche) con lo scopo di aggirare l’applicazione delle norme di tutela. Ed è nella preesistenza che trovava

⁽⁴⁴⁾ Cfr. A. Russo, *La revisione della disciplina del trasferimento d’azienda*, in *GLav*, 2003, n. 4, 79.

espressione l'idea che la parte di azienda oggetto del trasferimento dovesse garantire continuità all'attività produttiva, seppure parziale.

Un rilievo merita di essere sottolineato. La legge delega n. 30/2003, pur prevedendo l'eliminazione del requisito della preesistenza nulla disponeva in merito a quello della conservazione dell'identità. Una disposizione così formulata posticipava l'apprezzamento dell'autonomia del ramo ceduto al momento del trasferimento, ma non la sua costituzione; di talché il requisito della preesistenza rimaneva comunque necessario al fine dell'individuazione della fattispecie: coerenza vuole che non possa conservare la propria identità qualcosa che prima ne era privo. Proprio il requisito della conservazione dell'identità avrebbe impedito, onde evitare il suo superamento, operazioni di accorpamento di parti disaggregate e non autonome finalizzate al solo trasferimento per poi essere nuovamente disaggregate.

La domanda che ci si pone è duplice. Da un lato, se il requisito della preesistenza rappresenti una condizione meramente aggiuntiva della fattispecie e, in quanto tale, sia legittimamente eliminabile, come di fatto è avvenuto, ovvero non ne integri un elemento costitutivo rispetto al quale la formulazione normativa di cui al previgente testo dell'articolo 2112 c.c. esercitava una mera (da taluni criticata) funzione confermativa. Dall'altro, se la condizione di preesistenza apposta nel decreto legislativo n. 18/2001 a presidio dei possibili usi scorretti o fraudolenti di una nozione così ampia di "ramo d'azienda" quale quella elaborata dalla stessa norma rappresentasse, davvero, l'unica difesa possibile e se la sua eliminazione costituisca la riprova della definitiva trasmutazione della fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda nel campo di esercizio dei poteri datoriali insindacabili. Le risposte a questi interrogativi dovranno attendere le pronunce della giurisprudenza di merito; proprio a tal proposito si cercheranno di fornire, nelle righe seguenti, delle possibili linee-guida per il decisore.

11. La direttiva n. 2001/23 applicabile, come si legge nel titolo, ai "trasferimenti di imprese, di stabilimenti, o parti di imprese o di stabilimenti" considera trasferimento "... quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come *insieme di mezzi organizzati* al fine di svolgere un'attività economica, sia essenziale o accessoria" – articolo 1, n. 2, lettera b).

Da tale definizione, come interpretata dalla giurisprudenza, ormai consolidata, della Corte di Giustizia si possono ricavare alcune importanti notazioni che possono valere come linea-guida per l'identificazione della fattispecie "trasferimento" di ramo d'azienda: a) la nozione di entità economica in un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica (sentenza *Vidal*, punto 26); b) tali elementi aggiuntivi rispetto alle persone non si identificano necessariamente in elementi patrimoniali, materiali o immateriali, potendo l'entità economica essere costituita anche esclusivamente dal gruppo organizzato di dipendenti (dotati o meno di una precisa professionalità) in quanto specificamente e stabilmente assegnati dall'imprenditore ad un compito comune (sentenza *Vidal*, punto 27, e già sentenza *Suzen*, punti 18-21); c) l'organizzazione del gruppo (con o senza l'uso di elementi

patrimoniali) inteso come legame oggettivo tra i singoli componenti, qualificato e determinato dal fine produttivo perseguito deve essere attuale, cioè preesistente all'operazione di decentramento, e non meramente potenziale, trattandosi di dato strumentale all'azienda (o parte di essa) oggetto di cessione; d) l'entità economica in gioco dev'essere quella già operante presso l'impresa cedente, prima del trasferimento; e) la riassunzione del personale da parte dell'imprenditore cessionario (o appaltatore) può valere come indice o prova del trasferimento.

Proprio perché il dato dell'organizzazione, come si è visto, costituisce un elemento centrale della disciplina comunitaria, è ragionevole ricercarne l'obiettivo sussistenza, in concreto, non limitatamente al momento contingente del trasferimento, ma anche in un momento anteriore, corrispondente al normale assetto dell'azienda o parte di essa nel suo complesso. Il collante organizzativo già riconoscibile nell'impresa consente, nel caso specifico della parte d'azienda, di individuare un'effettiva coesione funzionale ed organizzativa tra gli elementi tale da configurarla come una sorta di piccola, ma autonoma, azienda contrastando possibili intenti elusivi rinvenibili facilmente in un assetto organizzativo realizzato in prossimità della cessione. Per altro verso, dal rilievo oggettivo che assume l'assetto organizzativo preesistente al momento della cessione d'azienda, viene tratta l'inammissibilità del potere del datore di lavoro cedente, d'intesa con il cessionario, ma senza l'avviso dei lavoratori ceduti, di "selezionare" unilateralmente i rapporti di lavoro da trasferire e quelli da trattenere. Il nuovo disposto dell'articolo 2112, comma 5, eliminando tanto il requisito della preesistenza quanto quello della conservazione dell'identità nella sola fattispecie di cessione parziale (conservandoli in caso di cessione dell'intero complesso aziendale) si pone in potenziale contrasto sia con i contenuti della direttiva n. 2001/23 che con l'elaborazione giurisprudenziale dei giudici del Lussemburgo.

Il primo profilo di contrasto attiene alla correttezza del recepimento e attuazione dei principi contenuti nella direttiva all'interno del nostro ordinamento in quanto la direttiva comunitaria n. 2001/23 estende la disciplina del trasferimento d'impresa anche al trasferimento di parti d'impresa riproponendo per quest'ultime la stessa definizione utilizzata per l'intero complesso aziendale; parlando di "conservazione dell'identità" del ramo d'azienda in caso di cessione (rilevabile *ex post* tramite una serie di indici, già precedentemente illustrati), inoltre, sembra presupporre logicamente la preesistenza del ramo stesso, non potendosi conservare l'identità di qualcosa che ne è privo prima del trasferimento.

Il tenore letterale del nuovo comma 5 dell'articolo 2112 c.c. non sembra rispettare, in secondo luogo, i requisiti tipologici individuati dalla Corte di Giustizia per identificare la fattispecie trasferimento di parte d'impresa, idonei a configurare "un'entità economica organizzata in modo stabile", la cui attività non sia finalizzata al "perseguimento di un determinato obiettivo" ⁽⁴⁵⁾, elementi che depongono a favore della preesistenza.

(45) Cfr. C. Giust. 24 gennaio 2002, *Temco*, cit.

La Corte di Giustizia ha individuato nell'organizzazione, e non nei beni, quel *quid pluris* al valore intrinseco delle singole prestazioni individualmente considerate ed è proprio l'esistenza di un'organizzazione imprenditoriale il requisito da verificare per allontanare il rischio che "la nozione di attività economica possa essere dilatata *ad libitum* legittimando operazioni selvagge di esternalizzazione lesive degli interessi dei lavoratori" ⁽⁴⁶⁾, precisando, appunto, che deve trattarsi di un'organizzazione stabile, non di una virtù "teologale" discendente dal fatto traslativo e che, dunque, abbia avuto e mantenga una storia, a monte e a valle del trasferimento.

Mentre, tuttavia, la Corte di Giustizia "oggettivizza" tale nozione valorizzando il dato della stabilità organizzativa, il decreto legislativo n. 276/2003, eliminando tanto il requisito della *preesistenza* quanto quello della *conservazione dell'identità*, sembra muoversi nella direzione esattamente opposta così compromettendo la stabilità strutturale dell'articolazione trasferita. Tale eliminazione, inoltre, limitata al solo caso del trasferimento del ramo d'azienda rispetto a quella dell'intero complesso aziendale (la cui disciplina rimane invariata) crea un'ingiustificata disparità di trattamento tra le due fattispecie estranea al diritto comunitario e che alcuni commentatori ⁽⁴⁷⁾ non hanno esitato a definire illogica, arbitraria.

12. La partita del controllo della fattispecie è, a questo punto, in mano ai giudici.

La scelta per il decisore si pone, sostanzialmente, nei termini di legittimare *tout court* una lettura dell'autonomia in senso puramente potenziale (come mera attitudine o potenzialità oggettiva delle attività trasferite ad essere utilmente collocate sul mercato) o se viceversa, per scongiurare possibili scomposizioni illegittime del ciclo produttivo, l'autonomia organizzativa, che pur assunta al momento del trasferimento ancora sopravvive, debba essere compiuta ed attuale nonché intesa come coesione organizzativa e funzionale dei beni e rapporti giuridici per l'esercizio dell'attività economica organizzata cui dovrebbero aggiungersi, per una piena funzionalità del ramo, anche un'autonomia gestionale, amministrativa, commerciale e produttiva (difficilmente riscontrabili, mi rendo conto, nella moderna struttura d'impresa) al fine di governare ogni possibile scomposizione illegittima del ciclo produttivo. La seconda lettura richiede uno sforzo interpretativo volto ad incardinare attorno a criteri oggettivi la nozione di parte d'azienda.

Il primo passo in questa direzione è quello di sostanziare il requisito dell'autonomia funzionale reintroducendo per via interpretativa il requisito della preesistenza. Si può, infatti, sostenere che il requisito dell'autonomia funzionale nel momento del trasferimento significhi semplicemente che detta autonomia fa salva ogni successiva disaggregazione della parte di impresa trasferita presso il cessionario. In sostanza il disposto potrebbe essere interpretato nel

⁽⁴⁶⁾ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001*, cit.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. A. ANDREONI, *op. cit.*, 14.

senso che la conservazione dell'autonomia esaurisce i suoi effetti nel momento del trasferimento, in funzione puramente confermativa di una lettura già fatta propria dalla Relazione al decreto legislativo n. 18/2001 e avanzata pure in dottrina ⁽⁴⁸⁾. Del resto, che l'autonomia *ex post* non rappresenti un requisito necessario è confermato dalla direttiva laddove, all'articolo 6.1 (direttiva n. 2001/23/CE) prevede che “qualora l'impresa, lo stabilimento o la parte di un'impresa o di uno stabilimento non conservi la propria autonomia” sia comunque garantita “una adeguata rappresentanza dei lavoratori trasferiti per il periodo necessario a provvedere ad una nuova costituzione o designazione della rappresentanza medesima”.

Questa lettura del disposto fa salvo il requisito della preesistenza, che viene dunque reintrodotta in via interpretativa onde adeguare la norma di legge alla lettera e allo scopo del diritto comunitario. Tale interpretazione dovrebbe riguardare quantomeno i fenomeni di esternalizzazione di attività e di servizi che non attengono propriamente al “ciclo produttivo” dell'impresa (si pensi, per fare alcuni esempi, al servizio mensa, pulizia, paghe e contributi, o ancora, manutenzione della rete informatica), riguardanti attività tipicamente accessorie per le quali il requisito della preesistenza appare davvero consustanziale ⁽⁴⁹⁾. Alla luce di questa considerazione, secondo Pietro Lambertucci, viene, a svuotarsi il dibattito sulla necessità del requisito preesistenza e, nel contempo, si ridimensiona la necessità di creare tecniche di tutela nuove come il diritto di opposizione al trasferimento per i lavoratori coinvolti in processi di c.d. esternalizzazione di attività e servizi, in quanto non viene a crearsi alcuna frattura tra diritto interno e diritto comunitario. Il trasferimento non potrà, pertanto, riguardare attività eterogenee che, prima della cessione, non presentavano alcun nesso, le quali vengono accorpate all'atto della cessione, per rinvenire un'inedita unitarietà solo nell'organizzazione del cessionario.

Il requisito della preesistenza, così come reintrodotta in via interpretativa, dovrebbe riguardare altresì le altre ipotesi di scomposizione del ciclo produttivo, il cui carattere convenzionale non può essere spinto al punto da ridurre la nozione all'effetto creativo della libera volontà del cedente e del cessionario espressa “al momento del trasferimento”: quell'identificazione non deve essere letta come sinonimo di “creazione” *ad hoc* del ramo bensì di ricognizione di un dato preesistente, che le parti, al momento del trasferimento, confermano essere oggetto (in ciò identificano) della vicenda traslativa. È innegabile, comunque, che nel caso di esternalizzazioni di articolazioni legate al *core business* aziendale, stanti gli stretti nessi di integrazione, complementarietà ed interconnessione tra le diverse fasi di produzione, l'apprezzamento sull'autonomia funzionale dell'articolazione dovrà essere condotto con criteri meno rigidi, volti ad individuare una reale coesione funzionale ed organizzativa

⁽⁴⁸⁾ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 32 ss.

⁽⁴⁹⁾ In tal senso cfr. P. LAMBERTUCCI, *Art. 32*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 463.

essendo difficilmente rinvenibile un'autonomia anche sotto i profili gestionale, amministrativo, finanziario.

Assieme al requisito della preesistenza il giudice nazionale, al fine di valutare l'autonomia funzionale, dovrà tenere, inoltre, in considerazione i requisiti suggeriti dalla Corte di Giustizia e richiamati nelle pagine precedenti, apprezzando, opportunamente, la "stabilità" dell'articolazione oggetto di trasferimento. Insomma, pur indebolita dalla caducazione dei suddetti requisiti qualificanti, l'autonomia funzionale dell'articolazione ceduta persiste nella definizione legislativa di cui all'articolo 2112 c.c., comma 5, come centro di coesione funzionale ed organizzativa dei beni e dei servizi e ritrova la propria oggettività ed attualità spostando l'accento dall'elemento temporale (preesistenza) a quello funzionale (collante organizzativo) per confermare che "un complesso di beni è o non è azienda per le sue qualità oggettive, non per la rappresentazione soggettiva che alienante ed acquirente se ne sono fatta e per la conseguente consapevolezza e volontà di trasferire "un'azienda" (50).

Occorre in sostanza che l'autonomia come centro di coesione funzionale, organizzativa dei beni e dei rapporti giuridici (e probabilmente come non più stante il disposto letterale della novella disciplina) come autonomia gestionale, amministrativa, commerciale non sia una "virtù teologale" discendente dal fatto traslativo, ma che all'opposto abbia avuto e mantenga una storia, a monte e a valle del trasferimento.

Se un'ipotesi interpretativa di questo tenore non dovesse ritenersi percorribile, il controllo della fattispecie sarà sempre più affidato a tecniche funzional-esterne, piuttosto che strutturali-interne, vale a dire centrate maggiormente sulla lettura antifraudolenta della norma piuttosto che su profili attinenti alla verifica degli elementi o requisiti posti dalla norma. La valorizzazione di una prospettiva di controllo giudiziario della genuinità dell'operazione ai sensi dell'articolo 1344 c.c. in materia di contratto in frode alla legge, è peraltro testimoniata dalla giurisprudenza di merito proprio in tema di trasferimento di ramo d'azienda (51); ovviamente, con tutte le difficoltà che riguardano in *subiecta materia* l'onere della prova della *fraus legis*, sia sotto il profilo oggettivo (aggiramento del divieto di legge) sia – ove lo si ritenga necessario – sotto quello soggettivo, di più ardua individuazione; onere della prova che oltretutto ricade sul lavoratore, la cui posizione processuale è molto più disagiata. Sotto questo particolare profilo, peraltro, non necessariamente viene in gioco l'autonomia funzionale del ramo aziendale, che nelle ipotesi vagliate dalla giurisprudenza sussiste sempre. A venire in rilievo è piuttosto l'utilizzo della forma giuridica della cessione per aggirare le disposizioni in materia di licenziamenti: a conferma della necessità di verificare, anche alla stregua del criterio di cui all'articolo 1344 c.c., la congruenza tra forma giuridica e realtà economica e sociale dell'esternalizzazione.

(50) A. ANDREONI, *op. cit.*, 11 ss.

(51) Cfr. App. Napoli 23 marzo 2001, in *LG*, 2001, 948.

13. Le indicazioni sopra fornite non sono che criteri ermeneutici, in quanto tali opinabili e, pertanto, non del tutto idonei ad escludere la riemersione di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali più inclini ad una liberalizzazione indiscriminata di ogni tipo di esternalizzazione.

Perfino una equilibrata combinazione tra una interpretazione del dato dell'identificazione ed una maggiore valorizzazione dell'autonomia funzionale e dell'organizzazione, nonché il rispetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme al diritto comunitario, potrebbero non rivelarsi sufficienti ad evitare possibili usi distorti dell'istituto.

I connotati della preesistenza e della conservazione dell'identità dell'articolazione funzionalmente autonoma sono scomparsi dal testo di legge in modo da sfumare percettibilmente il dato dell'autonomia funzionale che, su di essi, saldamente si poggiava. La loro soppressione comporta un passo indietro, verso quel vuoto normativo che prima della novella del 2001 aveva autorizzato interpretazioni estensive dell'articolo 2112 c.c., con evidente compressione dei diritti dei lavoratori.

Se un'applicazione rigida del dato testuale, che non è esclusa né tanto inverosimile, autorizzerà l'individuazione per via negoziale di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro – solo perché suscettibili di una valutazione economica, a prescindere dalla funzione che sino al momento della cessione avevano svolto per l'impresa cedente – il conflitto con l'ordinamento comunitario sarà evidente. Ed, infatti, una simile interpretazione del ramo d'azienda risulterebbe contraria a quella stabilità strutturale per un tempo apprezzabile voluta a livello comunitario attraverso il connotato della conservazione dell'identità.

Una stabilità strutturale che soprattutto nel caso del ramo d'azienda è difficilmente riscontrabile, prima della cessione, rispetto al corpo dell'intera azienda, giacché è solo attraverso il distacco e cioè al momento della individuazione di un autonomo valore economico per accordo tra le parti, che questo assume una sua reale autonomia. La preesistenza serviva a questo, ad evitare che le parti, per il solo fatto di aver attribuito ad un frammento della produzione un valore economico, trasferissero contratti di lavoro asseritamente collegati ad una struttura economica, in realtà mai esistita prima. Sul punto, quindi, vanno sicuramente condivise quelle letture del requisito legislativo della preesistenza in chiave limitativa del campo di applicazione dell'articolo 2112 c.c., contro fittizi assemblaggi di segmenti organizzativi tra loro eterogenei, considerati unitariamente al solo scopo del trasferimento⁽⁵²⁾.

Oggi, non soltanto è venuta meno la preesistenza dell'autonomia funzionale, ma è stata anche riconosciuta per via legislativa la possibilità che le parti identifichino l'entità da cedere, indipendentemente da una sua comprovata attitudine produttiva.

Proprio quest'ultima modifica ha realizzato una profonda discrasia, sul piano sistematico, tra i due istituti del trasferimento d'azienda, che rimane un'attività economica organizzata preesistente al trasferimento e che conserva nel trasfe-

⁽⁵²⁾ Per tutti R. ROMEI, *Azienda, Impresa, Trasferimento*, in *DLRI*, 2003, n. 3, 62.

rimento la propria identità, e del ramo d'azienda la cui consistenza è oggi affidata all'“identificazione” delle parti.

Tale discrasia pare essere il segnale rivelatore di una *ratio legis* orientata a definire e disciplinare in maniera diversa un aspetto di un istituto che non è più parte del tutto. È un'altra cosa: è uno strumento giuridico attraverso il quale si realizzano operazioni economiche che con il trasferimento dell'azienda non presentano più gli stretti collegamenti della precedente formulazione dell'articolo 2112 c.c. Nella medesima sede normativa vengono, oggi, disciplinati due istituti la cui omogeneità sostanziale appare molto dubbia: il trasferimento di azienda e il trasferimento dell'articolazione funzionalmente autonoma.

Il punto è capire, allora, se la nuova fattispecie giuridica – che sul piano della disciplina partecipa di quella originaria del trasferimento dell'intera azienda, ma ne riceve anche una peculiare nella fase di internalizzazione realizzata con un contratto di appalto – appaia ancora idonea a tutelare gli interessi dei lavoratori, o se per caso non richieda, per una migliore garanzia dei contratti di lavoro, i dovuti aggiustamenti. Mi riferisco, in particolar modo, al dibattito tema dell'irrelevanza del consenso del lavoratore ceduto il cui contratto di lavoro passa *ope legis*, dunque come automatico effetto, in caso di cessione di ramo d'azienda.

Se con la previgente disciplina il timore che con il trasferimento del ramo d'azienda si legittimassero operazioni di riduzione di personale elusive, in quanto attuate attraverso l'individuazione *ad hoc* del ramo medesimo e relativa cessione, della normativa garantistica in materia di licenziamenti collettivi e/o individuali poteva essere allontanato dalla rigidità del disposto normativo introdotto dal decreto legislativo n. 18/2001 nel definire i criteri identificativi del ramo d'azienda, tale garanzia, alla luce della novella di cui al decreto legislativo n. 276/2003, pare essere venuta meno con il conseguente rischio di esporre i lavoratori ad esternalizzazioni “selvagge”.

A fronte di un tale rischio, tuttavia, la pretesa di valorizzare il consenso del lavoratore quale antidoto al fine di prevenire eventuali manovre elusive si scontra con il tenore letterale del comma 4 dell'articolo 2112; nonostante l'ampia libertà concessa sul punto dalla disciplina comunitaria agli Stati membri il legislatore del 2003 non ha avvertito la necessità di intervenire a modificare quanto previsto dalla precedente formulazione del citato articolo riconfermando, dunque, l'inesistenza di un diritto di opposizione, ovvero la sussistenza di una mera facoltà di opposizione.

Il lavoratore addetto al ramo oggetto di trasferimento non può opporsi *ex ante* al trasferimento del proprio contratto di lavoro dal cedente al cessionario (che si perfeziona *ope legis*) potendo solo rassegnare le proprie dimissioni qualora nei tre mesi successivi al trasferimento le proprie condizioni di lavoro subiscano modifiche sostanziali, con gli effetti di cui all'articolo 2119 c.c. (recesso per giusta causa).

La nuova nozione di ramo d'azienda – Riassunto – *L'articolo affronta il tema della nozione di ramo di azienda trasferibile ai sensi dell'art. 2112 c.c., analizzando gli aspetti di riforma di cui al d.lgs. n. 276/2003 rispetto al precedente intervento di cui al d.lgs. n. 18/2001. L'autore si sofferma,*

in senso critico, in particolare sulla eliminazione del requisito della autonomia funzionale preesistente e sulla contestuale attribuzione di tale requisito alla valutazione soggettiva delle parti cedente e cessionario. Si sottolinea in particolare la difformità della nuova nozione di ramo di azienda rispetto alla normativa comunitaria, osservandosi come la conservazione di identità dell'azienda e della parte d'azienda resti un punto fermo dell'interpretazione della Corte di Giustizia.

Sempre in una ottica di critica al nuovo dato normativo, l'autore giunge in conclusione a sostenere come la cessione di ramo di azienda sia ora uno strumento giuridico attraverso il quale si realizzano operazioni economiche che con il trasferimento dell'azienda non presentano più gli stretti collegamenti della precedente formulazione dell'art. 2112 c.c. Si pongono quindi forti dubbi sul fatto che la nuova normativa sia ancora idonea a tutelare gli interessi dei lavoratori, o se per caso non richieda, per una migliore garanzia dei contratti di lavoro, i dovuti aggiustamenti.

The new definition of the branch of an undertaking (Article in Italian) – Summary – *This article considers the definition of the branch of an undertaking transferable pursuant to Article 2112 of the Civil Code, analysing the aspects of the reform dealt with by Legislative Decree No. 276/2003 compared to the previous reform in Legislative Decree No. 18/2001. The author offers a critical analysis in particular of the elimination of the requirement of pre-existing functional autonomy, together with the assignment of the subjective evaluation of this requirement to the transferor and the transferee. It is argued in particular that the new definition of the branch of an undertaking fails to comply with the Community norm, and it is pointed out that the maintenance of the identity of the company and the branch of the company continues to be a key factor in the interpretation of the European Court of Justice.*

Still with a critical view of the new legislative provision, the author concludes by arguing that the transfer of the branch of an undertaking is a legal instrument by which economic operations can be implemented that by means of the transfer of the company no longer have close connections with the previous formulation of Article 2112 of the Civil Code. It is therefore doubtful whether the new provision is suitable for protecting the interests of the employees, and the question arises as to whether further adjustments are required in order to guarantee employment contracts.

Esternalizzazioni e percorsi di riforma nelle amministrazioni pubbliche italiane

Francesco Verbaro

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** L'esternalizzazione nella pubblica amministrazione e l'impatto sui processi. – **3.** Alcuni strumenti gestionali: i contratti di somministrazione a tempo determinato. – **4.** *Core business* e valutazione strategica nelle pubbliche amministrazioni. – **5.** Lo stato dell'arte. – **6.** I servizi sociali e i rapporti tra pubbliche amministrazioni e non-profit. — **7.** I vincoli alle esternalizzazioni e la gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni. – **8.** Le prospettive. – **9.** Considerazioni finali.

1. Gli anni Novanta sono stati per l'Italia, come per altri Paesi avanzati, gli anni del ripensamento del ruolo e del concetto di “pubblico” nella società e, in particolare, nell'economia. Le difficoltà finanziarie, il problema della riduzione delle risorse disponibili per la spesa sociale e, in generale, per le pubbliche amministrazioni, accentuato dalla necessità di ridurre il debito pubblico da un lato e di rispettare i parametri di Maastricht dall'altro, hanno portato ad un necessario ripensamento delle funzioni esercitate dallo Stato e dalle pubbliche amministrazioni in generale.

Le esternalizzazioni si collocano in questo generale processo di *downsizing* del settore pubblico, che riduce il proprio ambito di competenze e di gestione diretta, avendo effettuato a monte una scelta in ordine al ruolo, oggi più importante, di programmazione e di regolamentazione da riservare alle istituzioni pubbliche o, comunque, avendo indirizzato un nuovo *core business* dell'amministrazione. Questo processo ha interessato certamente il livello di governo statale, ma, in generale, tutte le pubbliche amministrazioni, sia in termini di *deregulation*, cioè di eliminazione di vincoli governativi e di semplificazione, sia in termini di trasferimento di funzioni dal settore pubblico a quello privato. Tutto questo avendo, sullo sfondo, anche una riduzione dei servizi e dei livelli dei benefici prodotti dai soggetti pubblici, nell'ambito di una sussidiarietà orizzontale a volte più teorizzata, o realizzata per necessità, che adottata scientemente.

In quella che è stata definita la “nuova costituzione economica” si collocano sia scelte macro di politica economica, tendenti a ridurre il ruolo dello Stato, sia processi (micro) di esternalizzazione di compiti e funzioni che meglio e, soprattutto, con maggiore efficacia possono essere svolti all'esterno. Entrambi

(*) *Francesco Verbaro è direttore dell'Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni.*

questi processi, volendo individuare un riferimento temporale, trovano in Italia, per il settore pubblico, una comune data di nascita nell'anno 1992. Sono gli anni della crisi finanziaria dello Stato, dalla quale scaturiscono una serie di politiche di privatizzazione e di riduzione dei costi delle pubbliche amministrazioni di ampio impatto.

È, infatti, con le leggi n. 421/1992 e n. 537/1993 che cominciano ad essere toccati i temi dell'esternalizzazione e delle privatizzazioni in un'ottica di riduzione dei costi delle pubbliche amministrazioni, interessando, tra l'altro, la dismissione di alcuni grandi enti pubblici economici. La stessa contrattualizzazione del pubblico impiego si colloca in questo generale processo di riforma del settore pubblico, teso ad aumentarne l'efficienza, e che trova in quegli anni una forte spinta a livello generale.

Più tardi, con la legge 15 marzo 1997, n. 59, si affronterà il riordino delle pubbliche amministrazioni sotto vari aspetti, intervenendo sulle funzioni amministrative, sul loro trasferimento, nonché sul ridisegno e riordino, "anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità". Il richiamato principio di efficienza e di economicità – articolo 4, comma 3, lettera c) –, da osservare nel conferimento delle funzioni, dovrà essere rispettato anche prevedendo la soppressione delle funzioni e dei compiti divenuti superflui.

Sono alcuni degli interventi simbolo, tralasciando quei processi che hanno portato alla nascita di poteri indipendenti ed al rafforzamento delle sovranità sopranazionali, che hanno fatto parlare di "fine della sovranità statale sull'economia" e di "crisi dello Stato" (1).

2. Tra le diverse forme di esternalizzazione è interessante trattare in questa sede, in particolare, quelle che hanno ad oggetto singoli processi o procedimenti, posto che comunque alcune problematiche e riflessioni qui esposte trovano significativi riscontri anche con riferimento a servizi di rilevanza economica.

Grazie ad un impianto normativo favorevole, confermato da successive norme di finanza pubblica, quali la legge n. 448/2001, i processi di esternalizzazione hanno trovato spazi interessanti, anche se episodici, per alcune fattispecie abbastanza consolidate.

L'utilizzo di convenzioni Consip, la società di acquisti di beni e servizi pubblici controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze, ha portato, ad esempio, ad esternalizzare tutte le funzioni relative alla manutenzione o pulizia degli stabili, così come la gestione dei sistemi di telefonia fissa e mobile, del parco auto, delle officine e delle auto di servizio (2). Significative sono, inoltre, alcune esperienze di "Global service", con le quali vengono esternalizzate tutte quelle

(1) Vedi S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari, 2002.

(2) Vedi, in merito, la direttiva del Ministro per la funzione pubblica del 30 ottobre 2001 sui "Modi di utilizzo delle autovetture di servizio delle amministrazioni civili dello Stato e degli enti pubblici non economici".

funzioni attinenti la gestione dei servizi strumentali, ausiliari e di supporto all'organizzazione nonché la manutenzione degli stabili.

Dal punto di vista dell'impatto sul personale, occorre precisare che tali processi sono in parte seguiti al venir meno di alcune figure professionali addette a queste funzioni, sia a causa del normale *turn over* nonché dei processi di riqualificazione del personale. La mancanza di professionalità adeguate e le difficoltà nel reclutamento non sono certamente le uniche ragioni che hanno portato e portano alla scelta di tali contratti, come in generale all'esternalizzazione dei servizi (Tab. 1).

Tab. 1 – Motivazioni principali dei provvedimenti di esternalizzazione.

<i>Motivazioni</i>
Carenze di organico: di tipo quantitativo e qualitativo
Migliorare l'efficacia del servizio
Contenere i costi del servizio
Riduzione della struttura
Superamento di vincoli e limiti interni

È comunque proprio il ripensamento del concetto di “funzione pubblica” e della sua organizzazione che ha portato le pubbliche amministrazioni a dismettere alcune attività e processi, in modo più o meno consapevole. È vero anche che abbiamo assistito forse a processi più “inseguiti” che promossi.

Altre funzioni potrebbero essere “più convenientemente svolte all'esterno”, ma tali processi di affidamento all'esterno, al fine di generare economie di gestione, dovrebbero derivare da analisi ampie e approfondite, supportate dai dati del controllo di gestione, di ricognizione di tutti i processi, dei costi di ognuno, delle professionalità esistenti e dei costi del personale, anche in un quadro di visione strategica e programmatica che tenga conto dell'evoluzione dell'ente, dal punto di vista dei compiti e delle risorse umane e finanziarie.

Un primo dato, da porre in evidenza in relazione alle dinamiche organizzative delle amministrazioni, ci mostra come l'esternalizzazione può talvolta assumere le sembianze di una rinuncia o incapacità a gestire in modo efficiente ed efficace alcuni servizi (spesso per mancanza di personale qualificato o motivato), mancando le caratteristiche di una scelta di governo razionale, tesa a concentrare l'attenzione dell'organizzazione su funzioni elevate e altamente qualificate. Le difficoltà e le rigidità nella gestione delle risorse umane condizionano tali scelte, che consentono di mettere in secondo piano incapacità ed errori di gestione, non portando in tal modo ad una riorganizzazione dell'ente. In questo senso, ancor più per le pubbliche amministrazioni, i processi di *outsourcing* non devono tradursi in un banale “fare meno”, ma in uno strategico “fare altro”.

Altro aspetto, strettamente connesso a questo, è l'atteggiamento dell'amministrazione di fronte al servizio dato in *outsourcing*, che non deve essere di fuga dalla responsabilità, bensì di assunzione di compiti di direzione e controllo all'interno di una programmazione e pianificazione dei servizi. Per questo,

qualificante diventa il contratto di servizio, dal quale emergono solitamente le caratteristiche delle scelte effettuate.

L'amministrazione deve effettuare, allora, delle scelte organizzative conseguenti, rafforzando l'area direzionale e di controllo e tralasciando, invece, le funzioni di gestione e amministrative. Sulla base di queste brevi considerazioni, che tengono conto delle dinamiche in corso nelle pubbliche amministrazioni, si potrebbe distinguere tra "esternalizzazione debole" ed "esternalizzazione forte", partendo da un'analisi delle motivazioni che portano le amministrazioni a percorrere la strada dell'affidamento all'esterno.

Tab. 2 – Analisi delle motivazioni.

<i>Ragioni forti</i>	<i>Ragioni deboli</i>
Migliorare la qualità del servizio	Difficoltà nel reclutamento
Ridurre i costi di gestione	Resistenze nella conversione del personale
Riconvertire la struttura su altre funzioni	Resistenze delle OO.SS.
Potenziare il ruolo di programmazione e controllo	Incapacità del <i>management</i> e del personale
Ridurre il peso della struttura	Difficoltà finanziarie

Alcune delle motivazioni cosiddette "deboli" sono a volte generate da cause esterne, quali: norme di finanza pubblica, contratti collettivi vincolanti, mancanza in generale di strumenti gestionali privatistici. Certamente l'affidamento all'esterno ha tra i suoi obiettivi quello di superare determinate rigidità e vincoli e recuperare in termini di flessibilità. Il rischio da evitare è quello di duplicare le strutture, facendo coesistere l'area tradizionale con i contratti di affidamento all'esterno. È utile, in tal senso, ripercorrere le fasi tipiche di un processo di esternalizzazione. Innanzitutto, l'analisi che deve stare a monte di una scelta di affidamento all'esterno deve fondarsi su un'attenta riflessione sulle competenze dei singoli livelli di governo e sul ruolo del pubblico in quel settore, in quella determinata fase storica.

Proprio nel pubblico più che nel privato, la decisione di affidare all'esterno deve essere preceduta da una approfondita riflessione su quali compiti e quali funzioni esercitare. Un'analisi che deve partire dai compiti affidati dalle leggi, da quanto previsto dai programmi pluriennali, nonché dai dati sul controllo di gestione. Quindi, una ricognizione delle norme e dei processi derivanti da queste, oggi in continua evoluzione, ed un'attenzione ai programmi ed alle *policies* su cui concentrare l'attenzione e orientare l'organizzazione, alla luce dei dati del controllo di gestione sull'impiego delle risorse umane e finanziarie per processo.

Tab. 3 – Il processo di affidamento all'esterno.

<i>Alcune fasi del processo di esternalizzazione</i>
Analisi dei compiti e delle funzioni attribuite dalle leggi
Analisi delle politiche e dei programmi pluriennali
Attenzione agli utenti
Valutazione dei dati del controllo di gestione
Analisi costi benefici

Studio di fattibilità
Scelta del contraente e contratto
Attività di monitoraggio
Organizzazione e formazione del personale o struttura addetta al controllo

3. Tra gli strumenti utilizzati nel processo sopra descritto, si collocano i contratti di somministrazione a tempo determinato.

La somministrazione che ha sostituito il contratto di fornitura di lavoro temporaneo serve, dal punto di vista del processo produttivo, a soddisfare esigenze non permanenti e, dunque, da non “internalizzare” nell’organizzazione della pubblica amministrazione⁽³⁾. La possibilità di ricorrere a rapporti di lavoro flessibile rientra tra gli strumenti “privatistici” forniti dal legislatore alle pubbliche amministrazioni, al fine di conseguire con efficacia ed efficienza gli obiettivi fissati, evitando di aumentare gli organici per fabbisogni non necessari e duraturi, senza comportare, pertanto, una modifica delle dotazioni organiche.

La condizione di “necessità non permanente”, che non è possibile fronteggiare nell’ambito della programmazione dei fabbisogni attraverso una diversa organizzazione del lavoro e che, nelle pubbliche amministrazioni, sta a monte delle “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”, è legata ai compiti e ai programmi dell’ente di riferimento, ma trova le sue fondamenta in tutte quelle norme di riforma di questi anni che ci consentono di attualizzare e contestualizzare, in termini di professionalità necessarie, i principi di imparzialità e buon andamento.

Tale strumento di esternalizzazione o meglio di non “internalizzazione” va analizzato ovviamente in modo specifico, trovando applicazione nelle pubbliche amministrazioni sulla base delle diverse esigenze che queste hanno e dei particolari vincoli a cui sono sottoposte. Certamente, oggi, questo istituto rischia di essere uno degli strumenti più utilizzati, attraverso il quale le amministrazioni possono assumere personale per fabbisogni che, pur non essendo permanenti, si caratterizzano come fortemente legati alle esigenze dell’organizzazione. Si manifesta, paradossalmente – così è stato spesso con il lavoro interinale – più come una forma di parziale “internalizzazione”, anche a causa del blocco delle assunzioni sia a tempo indeterminato che a tempo determinato, che ad un istituto contrattuale adottato nei processi di esternalizzazione. I vuoti negli organici, il mancato aggiornamento dei profili professionali, le politiche di riqualificazione meramente retributive, la scarsa mobilità del pubblico impiego, coniugate con il divieto ad assumere, hanno portato a modificare la causa di tali contratti, come si vede a volte dalla caratteristica di quei percorsi di “stabilizzazione” del precariato frequentemente adottati nelle amministrazioni pubbliche.

⁽³⁾ La riforma operata dal d.lgs. n. 276/2003, ha, tra l’altro, ampliato le causali per le quali è possibile ricorrere a tale strumento (“causalone”), facendo riferimento ad ogni possibile esigenza che rientra nelle scelte organizzative e tecniche dell’utilizzatore e non in relazione ad esigenze tipiche e precostituite.

L'istituto della somministrazione può, in tal modo, trovare un certo favore in considerazione della diversa classificazione delle spese per esso sostenute, imputate nell'ambito dei capitoli di spesa per forniture di beni e servizi. Costi, quindi, che non gravano sui tetti previsti sul ricorso ai contratti a tempo determinato o alle collaborazioni coordinate e continuative, né incidono significativamente sui parametri del patto di stabilità. Inoltre, in base alle disposizioni contenute nelle leggi finanziarie degli ultimi anni, mentre in caso di mancato rispetto del patto di stabilità interno non è possibile procedere ad assunzioni ad alcun titolo (vedi articolo 3, comma 60, legge n. 350/2003), è possibile invece ricorrere ai rapporti di somministrazione a tempo determinato. Fino adesso, il ricorso a tale istituto è stato condizionato dalle difficoltà gestionali che derivano dalla predisposizione e gestione della gara e del capitolato e dal fatto che risultava più conveniente attivare delle collaborazioni coordinate e continuative in considerazione della prassi che si era affermata nelle pubbliche amministrazioni. Probabilmente, alla luce delle misure di contenimento dell'utilizzo e del ricorso alle consulenze e collaborazioni esterne, potremo assistere ad una maggiore diffusione dell'istituto della somministrazione.

Il completamento del passaggio dal lavoro temporaneo alla somministrazione di lavoro a tempo determinato avvenuto con l'entrata in vigore del decreto ministeriale recante "Requisiti delle Agenzie per il lavoro, in attuazione dell'art. 5, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276", pone non solo problematiche di raccordo tra contratti collettivi e norme legislative, ma una serie di questioni gestionali sulle ragioni e sulle caratteristiche delle società di somministrazione. Inoltre, in merito ai criteri di aggiudicazione, il fattore costo non può costituire l'unico elemento di riferimento, dovendo porre l'attenzione alla sicurezza, alla qualità dei servizi, alle professionalità e alla formazione del capitale umano, nonché a fattori non secondari come la tutela dei dati e della *privacy* o il segreto d'ufficio.

4. Quando si parla di esternalizzazione occorre far riferimento alle competenze, per individuare quelle da svolgere in quella determinata fase nonché le modalità con le quali esercitare le proprie funzioni. I compiti delle pubbliche amministrazioni negli anni sono mutati, come sono cambiate le modalità di gestione sulla base degli indirizzi di politica economica e di politica del diritto. La legge 15 marzo 1997, n. 59, con i suoi importanti principi di delega, racchiude il programma di politica del diritto sulla pubblica amministrazione del XXI secolo, disegnano delle pubbliche amministrazioni diverse dal passato, sia per i compiti che per le professionalità, ma soprattutto tracciandone i percorsi di riforma per i prossimi anni. La semplificazione, la sussidiarietà, il decentramento amministrativo, l'importanza dei controlli, la contrattualizzazione del rapporto di lavoro, la separazione tra indirizzo e gestione costituiscono principi generali quanto mai attuali per la pubblica amministrazione. Un'amministrazione che, alla luce di tali processi, si concentra su funzioni avanzate e che ha il suo *core business* o le sue *core competencies* ridisegnate su livelli più qualificati, focalizzando la propria attenzione sulle attività strategiche

che sa fare meglio. Rafforzano questa prospettiva sia la legge costituzionale n. 3/2001, che ha ridisegnato le competenze dei diversi livelli di governo, riconoscendone l'autonomia organizzativa e il ruolo specifico all'interno della Repubblica ⁽⁴⁾, sia le norme fondamentali comunitarie, nonché le misure di finanza pubblica, che richiedono una continua razionalizzazione delle strutture. Tale contesto istituzionale e normativo ha portato ad esiti e a processi non sempre lineari.

Occorre dire, infatti, che la riforma dei ministeri, degli enti di ricerca, così come il riordino degli enti pubblici, sono state occasioni mancate da questo punto di vista. La legge n. 137/2002, che ha riaperto le deleghe previste dalla legge n. 59/1997, anzi, ha rafforzato paradossalmente il processo di espansione irrazionale delle strutture, comportando un aumento degli organigrammi semplicemente sulla base di mere esigenze interne, senza affrontare un ripensamento generale delle competenze ⁽⁵⁾.

Le riorganizzazioni devono costituire invece per le pubbliche amministrazioni dei momenti di riflessione effettuati alla luce dei principi di sussidiarietà orizzontale e verticale, non trascurando in tale sede gli effetti degli investimenti in tecnologie informatiche sull'organizzazione e la produttività.

Se il centro deve perdere competenze a favore della periferia, è vero anche che entrambi i livelli di governo devono decidere come esercitare le nuove competenze e se, dunque, realizzare un *outsourcing* strategico o tradizionale, ovvero se affidare all'esterno i compiti più innovativi e complessi o quelli più distanti dal *core business* e meno complessi. *Core business* ed esternalizzazione sono due concetti connessi che devono scaturire dai documenti di programmazione e dalle linee di indirizzo strategico.

5. Una distinzione che possiamo operare sulla base dell'esperienza riguarda il differente approccio nel ricorrere all'*outsourcing* dei diversi livelli di governo. Mentre, infatti, nei Ministeri l'esternalizzazione dei servizi deriva da esigenze di razionalizzazione delle strutture e delle spese, coerentemente con i processi in corso in questi anni di decentramento delle funzioni amministrative e di devoluzione delle competenze, negli enti locali registriamo esigenze diverse. Se, da un lato, è comune l'esigenza di razionalizzare le strutture interne ed affidare all'esterno compiti e attività gestionali considerati non rilevanti, dall'altro, a livello di ente locale, c'è una maggiore attenzione alla qualità dei servizi, in considerazione di un più diretto rapporto con gli utenti ed alla necessità di rispondere in tempi rapidi alle innovazioni tecnologiche e all'esigenza di creare nuovi e qualificati servizi.

A livello di ente locale, l'affidamento all'esterno di servizi, più frequente dell'affidamento di funzioni amministrative, è funzionale all'esigenza di orga-

⁽⁴⁾ In particolare, sono ancora da analizzare gli effetti reali e concreti, proprio dal punto di vista amministrativo e organizzativo, derivanti in particolare dagli artt. 114, 117 e 118 Cost.

⁽⁵⁾ Vedi F. VERBARO, *Le riforme, le misure di razionalizzazione e i processi di riorganizzazione delle amministrazioni dello Stato*, in *Iter Legis*, 2004, n. 4.

nizzare l'insieme dei compiti di fronte alla complessità crescente delle funzioni. Il decentramento amministrativo a costituzione invariata e l'attuale articolo 118 Cost. hanno aumentato le competenze degli enti locali: sullo sviluppo locale, sul mercato del lavoro, sui servizi sociali, sui trasporti, sui servizi culturali e ambientali, ecc.

A quali esternalizzazioni assistiamo oggi? L'affidamento all'esterno di funzioni amministrative o di servizi – abbiamo visto – può avvenire in modi diversi nel settore pubblico. Può interessare l'intera struttura, pur assumendo la forma di una privatizzazione, come avviene ad esempio con la creazione di alcune agenzie, di società per azioni o di enti pubblici economici. Può avvenire sotto forma di cessione di ramo d'azienda: ad altra pubblica amministrazione, ad una società partecipata o ad una società privata. Può presentarsi sotto forma di *spin off*: ramo d'azienda che diventa soggetto privato. Può trattarsi, invece, di una semplice scelta di un contraente a cui affidare la gestione o l'esecuzione di un servizio. Proprio quest'ultima tipologia, l'appalto di servizio, non è che una forma di esternalizzazione. Tale elencazione non è certamente esaustiva ed ha confini labili e andrebbe, pertanto, completata con una serie di tipologie che sono frutto di soluzioni miste e combinazioni diverse che la realtà amministrativa ci offre sempre più frequentemente.

Scorrendo tale elenco con un occhio alle esperienze degli ultimi anni, occorre porre l'attenzione al contenuto dell'affidamento all'esterno e non solo alla forma giuridica della gestione. Per questo bisogna distinguere tra esternalizzazioni "formali" e "sostanziali". La privatizzazione effettuata per ridurre dal punto di vista finanziario e del debito il settore pubblico, spesso assume la forma di un cambio di veste giuridica senza per questo mutare l'assetto organizzativo e gestionale.

Una forma di esternalizzazione interessante, ideata nel tentativo di rivisitare il modello ministeriale, si può rinvenire nella creazione delle agenzie, in attuazione di quanto previsto dal decreto legislativo n. 300/1999, soprattutto se consideriamo le caratteristiche e l'evoluzione di alcune di esse. Queste strutture, presenti nel panorama amministrativo italiano già negli anni Ottanta, trovano maggiore spazio sul finire degli anni Novanta, secondo alcune linee comuni che rendono tale strumento un importante strumento di "esternalizzazione" di funzione non solo formale o nominalistico. Il ricorso a tale tipologia di ente avviene in presenza di competenze tecnico-operative che richiedono specifiche professionalità, conoscenze specialistiche e particolari modalità organizzative, nonché in deroga ad alcune disposizioni e controlli, alla luce dell'attività prevalentemente tecnica se non addirittura industriale svolta da alcune di esse.

L'evoluzione di alcune di queste agenzie conferma lo spirito con il quale si è dato vita a tali strutture. La crescente presenza di attività e bilanci industriali, il dibattito sulla trasformazione in società per azione delle agenzie fiscali e, per ultimo, la trasformazione in ente pubblico non economico dell'Agenzia del demanio, ci consentono di individuare in alcune di queste esperienze dei casi interessanti di esternalizzazione.

Negli Enti locali riveste grande importanza il ricorso alle aziende speciali e alle

forme societarie di gestione dei servizi, più che l'esternalizzazione delle funzioni amministrative e dei procedimenti interni. La stessa legge n. 142/1990 e oggi il Testo Unico degli Enti locali prevedono diverse forme di gestione dei servizi che sono stati oggetto di ulteriori interventi normativi attraverso alcune leggi finanziarie e per ultimo con il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269. Si parla infatti di "comune *holding*", di un'amministrazione a rete che si articola in più strutture, impiegando moduli organizzativi diversi, così come previsto dagli articoli 113 e 113-*bis* del TUEL – decreto legislativo n. 267/2000. Ricordiamo, infatti, che in base al Testo Unico degli Enti locali è possibile erogare servizi:

- in economia;
- in concessione a terzi;
- a mezzo di azienda speciale;
- a mezzo di istituzione;
- a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale;
- a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria;
- tramite società per azioni a prevalente capitale pubblico locale.

Ciascuna di queste modalità consente di far fronte ad esigenze industriali, sociali e finanziarie diverse, consentendo all'amministrazione locale di liberare rilevanti risorse e di ridurre rischi tecnologici, commerciali, economici e finanziari, condividendoli con altri soggetti. Esigenza, quest'ultima, pressante in regime di taglio di trasferimenti agli enti locali e di rigore nell'applicazione del patto di stabilità interno.

Cambia così il ruolo dell'ente pubblico, così come le modalità di controllo e di programmazione. Vengono previsti, infatti, dei "Piani dei servizi", che individuino e determinino le strategie di intervento sul territorio nell'erogazione dei servizi, individuando le priorità e le modalità di intervento, nonché le possibili alternative che si pongono nella gestione dei servizi, in relazione alla compatibilità economico-finanziaria delle possibili scelte gestionali.

6. L'ambito maggiormente interessato da processi di esternalizzazione, ma allo stesso tempo più delicato in virtù della tipologia dei servizi erogati, è certamente quello dei servizi sociali e culturali. Proprio quest'area è stata caratterizzata dall'emergere di un fenomeno sociale rilevante come il terzo settore, la cui origine si deve sia a cause "esterne", legate ai fallimenti di Stato e mercato, sia a processi di partecipazione e generazione da parte della società civile.

Tali processi hanno portato ad una ridefinizione e aggiornamento continuo del concetto di servizio pubblico, non solo per i noti influssi comunitari ma anche per le politiche di decentramento che hanno enfatizzato negli ultimi anni in Italia il ruolo dei comuni e degli enti locali. Questi sono i soggetti pubblici più vicini al cittadino e, quindi, quelli che meglio sono in grado di interpretarne e soddisfarne le esigenze. In questo senso, parliamo soprattutto di "servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a

realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali” (6). In quest’ambito si distingue, come è noto, tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza economica. Al di là di alcuni dubbi interpretativi, si fanno rientrare nella prima tipologia quei servizi di gestione ed erogazione di risorse idriche, energia e gas, di gestione del ciclo di smaltimento dei rifiuti o che richiedono un’organizzazione complessa con finalità di lucro; mentre ricadono senz’altro nei servizi privi di rilevanza economica tutti i servizi sociali, che avrebbero sul mercato un valore maggiore di quanto versato dall’utente per il servizio stesso. Rientrano in questa categoria i servizi di assistenza agli anziani, ai portatori di handicap, agli invalidi, ai minori, in generale a favore di un’utenza che versa in stato di bisogno. Proprio in quest’area dei servizi sono più frequenti fenomeni di esternalizzazione e affidamento all’esterno e, in particolare, ad aziende non-profit. Tali soggetti, infatti, ricoprono ormai un ruolo centrale nel *welfare* italiano che appare sempre più come un *welfare* decentrato.

Al fine di assicurare una migliore erogazione del servizio e garantire la partecipazione degli utenti all’attività dell’amministrazione, a livello dei servizi locali viene sovente prevista una Carta dei servizi, che contenga gli standard di qualità dei servizi offerti ed individui gli strumenti di tutela del cittadino. È forse attraverso questi processi di esternalizzazione e gestione indiretta che sarà possibile porre maggiore attenzione alla qualità e agli standard dei servizi erogati, nonché alla percezione e alla soddisfazione degli utenti; anche al fine di valutare l’erogazione del servizio nell’ambito del contratto tra *outsourcee* e *outsourcer*.

7. I fenomeni di cui trattiamo assumono grande rilevanza per gli effetti che producono sul capitale umano e sulle politiche del personale. Inoltre, diventa centrale il ruolo che deve essere esercitato dalla dirigenza; un ruolo certamente non amministrativo ma tipicamente manageriale. Rivestono particolare rilevanza anche una serie di strumenti legislativi e contrattuali che possono favorire o meno l’attivazione di processi di *outsourcing* da parte delle pubbliche amministrazioni, avvicinando in tal modo il settore pubblico al settore privato. Occorre però chiarire subito che se da questo punto di vista è stato fatto molto sulla strada della “privatizzazione”, rimangono molti limiti ed ostacoli sia culturali che giuridici.

La cessione di ramo d’azienda come forma di esternalizzazione più classica è prevista anche per le pubbliche amministrazioni ed è regolata dall’articolo 31 del decreto legislativo n. 165/2001 (7), che richiama le disposizioni del codice

(6) Art. 112, d.lgs. n. 267/2000.

(7) Art. 31 – Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività: “Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l’articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all’articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428”.

civile, articolo 2112, consentendo il trasferimento dei contratti individuali di lavoro in capo al soggetto, pubblico o privato, che acquisisce l'attività. L'applicazione di tale disposizione al settore pubblico mira a consentire agli enti il trasferimento di alcuni servizi a forme alternative e maggiormente efficaci di gestione, utilizzando procedure che garantiscano altresì il razionale ed efficace utilizzo del personale fino a quel momento impiegato nelle attività affidate all'esterno. Il carattere organizzativo di tali scelte è confermato dalle previsioni dell'articolo 8 del Ccnl del 1° aprile 1999 degli Enti locali, che demanda alla semplice concertazione e non alla contrattazione integrativa di ente i criteri per il passaggio dei dipendenti per effetto di trasferimento di attività o per perdita di funzioni. Può comunque verificarsi che il trasferimento a terzi dell'attività, in un'ottica di maggiore efficienza e razionalizzazione, generi un'eccedenza di personale che né l'ente cedente né quello ricevente potrebbero assorbire. In questo caso, si applicano le disposizioni sulla mobilità collettiva per le pubbliche amministrazioni previste dagli articoli 33, 34 e 34-bis del decreto legislativo n. 165/2001, che a dire il vero vengono attivate raramente, pur in presenza di situazioni di necessità. Tali strumenti dovrebbero, difatti, fondarsi sulla possibilità di ricollocare efficientemente ed in modo efficace il personale in eccedenza in altre pubbliche amministrazioni, attraverso piani di riqualificazione e la ricognizione dei posti vacanti nelle altre amministrazioni; strumenti a volte troppo deboli e non sempre presenti, quando addirittura mancanti, per consentire di giungere ad accordi sindacali che accompagnino tali processi. Prevedere dei fondi e degli strumenti più efficaci di ricollocazione del personale consentirebbe di attivare i processi di esternalizzazione senza generare duplicazioni dei costi.

È anche per questo che si assiste a quei fenomeni di *insourcing* previsti dall'articolo 2112 c.c., così come modificato dall'articolo 32 del decreto legislativo n. 276/2003, in cui il ramo di azienda oggetto di cessione diventa contraente in un contratto di appalto del soggetto cedente o alienante. Nelle pubbliche amministrazioni ciò capita di sovente sia a livello di enti locali sia a livello di amministrazioni centrali ⁽⁸⁾, proprio al fine di garantire l'occupazione del personale impiegato nelle funzioni trasferite.

Più recentemente, inoltre, con l'articolo 29 della legge n. 448/2001, il legislatore ha previsto una serie di strumenti per produrre servizi all'esterno, anche se le disposizioni ivi previste non hanno trovato facile attuazione e il decreto di individuazione della tipologia dei servizi trasferibili non è stato emanato, anche a causa delle forti resistenze sindacali.

Certamente, un fattore importante nel processo decisionale che porta all'esternalizzazione delle funzioni è costituito dalla convenienza economica che è data dai minori costi da sopportare e dalla necessità di liberare risorse da concentrare su nuove o diverse funzioni. Questo aspetto impatta fortemente sulla

⁽⁸⁾ Il ruolo di Consip deriva in parte dalla soppressione del Provveditorato generale dello Stato, così come la gestione da parte dell'Inpdap della previdenza da una serie di cessioni di rami di azienda operati dai vari Ministeri.

gestione del personale e, quindi, nel caso delle pubbliche amministrazioni su tutte quelle disposizioni legislative e contrattuali che regolano il rapporto di lavoro con il personale.

Di fronte ad una esternalizzazione delle funzioni, una pubblica amministrazione nei confronti del proprio personale, oltre a quanto previsto dalla cessione di ramo d'azienda, può operare nei seguenti modi:

- dichiarare l'eccedenza ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo n. 165/2001, verificando la possibilità di ricollocare all'interno o presso terzi il proprio personale;
- riconvertire il proprio personale attraverso procedure di riqualificazione o piani di formazione mirati su nuove o diverse funzioni.

Difficilmente una pubblica amministrazione può attivare dei piani di preposizione e, ovviamente ancora più difficile, immaginare dei licenziamenti, se non attraverso le procedure di cui agli articoli 33, 34 e 34-bis del decreto legislativo n. 165/2001. Favorisce, invece, un'amministrazione del settore pubblico la possibilità di ricollocare in mobilità il personale eccedente presso altre pubbliche amministrazioni; ciò grazie anche ai limiti previsti dalle norme di finanza pubblica in materia di assunzioni e reclutamento. I numerosi posti vuoti negli organici delle pubbliche amministrazioni consentono di collocare personale proveniente da altre pubbliche amministrazioni, pur in presenza di norme contrattuali e sistemi di inquadramento che certamente non favoriscono la mobilità del personale.

Difatti, una serie di rigidità rende difficile ricollocare il personale e, quindi, dichiarare l'eccedenza, pur in presenza di numerosi vuoti di organico in altre pubbliche amministrazioni. Le stesse OO.SS. sono ben consapevoli delle difficoltà, prodotte in fondo da alcune disposizioni contrattuali da loro richieste per altre finalità, nel collocare il personale in mobilità in altre amministrazioni.

Le politiche per il personale adottate in questi anni sono andate in direzione di un maggior irrigidimento permettendo pochi margini di flessibilità alla dirigenza.

La riqualificazione del personale definita in sede di contrattazione integrativa appare fortemente condizionata dalle richieste delle organizzazioni sindacali, tese a garantire al più ampio numero di dipendenti, innanzitutto, la progressione economica. Ancora più difficile appare, invece, la possibilità di intervenire attraverso dei pensionamenti anticipati e degli incentivi all'esodo, in considerazione delle politiche opposte adottate negli ultimi anni nelle pubbliche amministrazioni tendenti a consentire la permanenza in servizio oltre i 65 anni e, addirittura, con la legge n. 186/2004, il trattenimento in servizio fino a 70 anni. Un comportamento opposto, in tal senso, a quello seguito dalle aziende private quando affrontano delle riorganizzazioni.

Ci troviamo così oggi senza un'amministrazione che gestisce, ma anche senza una amministrazione che regola. Non solo abbiamo assistito ad una "detecnicizzazione", ma rischiamo di assistere ad una perdita della cultura giuridica e amministrativa, grazie ad una gestione del personale incentrata sulla retribuzione più che sulla professionalità.

Si aggiunga a questo la mancanza di strumenti efficaci di riqualificazione e

ricollocazione da parte delle strutture a ciò deputate, ovvero Dipartimento della funzione pubblica e strutture regionali e provinciali per l'impiego. Solo recentemente è stato, difatti, introdotto l'articolo 34-*bis* del decreto legislativo n. 165/2001 ⁽⁹⁾, che consente di ricollocare il personale in disponibilità presso le amministrazioni che si accingono ad avviare procedure concorsuali. Tale disposizione, che sta mostrando la sua efficacia nel ricollocare del personale in eccedenza, interviene tardivamente e, pertanto, non è applicabile nelle fasi precedenti la dichiarazione di eccedenza.

Risulta chiaro come tali difficoltà impediscano il più delle volte di godere di uno dei vantaggi, importante soprattutto per gli enti locali, delle esternalizzazioni che è quello di trasformare i costi fissi di personale in costi variabili di servizio, diversamente computati e valutati soprattutto ai fini del rispetto del patto di stabilità interno o della dichiarazione di ente strutturalmente deficitario.

8. Vi è, quindi, una vasta gamma di servizi e di processi su cui è possibile attivare delle procedure di esternalizzazione. Dal punto di vista dei servizi, specie per quelli sociali, i processi di esternalizzazione si rafforzeranno soprattutto a livello di governo locale, nell'ambito della più ampia sussidiarietà orizzontale. Aiuta la definizione comunitaria di servizio pubblico, che prescinde dalle caratteristiche del soggetto erogatore e, pertanto, risulta quanto mai adeguata alle esigenze di flessibilità delle amministrazioni e alle domande sempre più qualificate e in continua evoluzione di servizi. Si tratta in genere di funzioni operative ripetitive, talvolta con elevate caratteristiche di specializzazione che possono essere più convenientemente svolte all'esterno. Le prime funzioni affidate all'esterno sono stati i servizi strumentali di supporto all'amministrazione: servizi di manutenzione e pulizia, trasporti e parco auto, il servizio mensa, i servizi di guardiania e custodia, i servizi informatici, ecc. Si richiama qui l'attenzione su alcuni servizi o attività che certamente possono essere oggetto di affidamenti all'esterno:

- *call center*;
- amministrazione del personale;
- sistemi informatici;
- consulenza specialistica;
- la formazione, in particolare in modalità *e-learning*.

Ma un ragionamento sulle aree oggetto di possibili processi di esternalizzazione andrebbe fatto, come già detto, per ogni singolo livello di governo. In questa sede è interessante, inoltre, richiamare l'attenzione su quanto avviene a livello di piccoli comuni. Il panorama istituzionale italiano vede, come è noto, la presenza di circa 8.100 comuni, molti di questi sotto i 5.000 abitanti, con gravi difficoltà nell'assicurare i vari servizi e le funzioni previste. Per molte di queste realtà è stato utile poter ricorrere a Consip e alle convenzioni da essa stipulate,

⁽⁹⁾ Articolo aggiunto dall'art. 7 della l. n. 3/2003, che reca "Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione".

come anche realizzare associazioni, consorzi, Unioni di comuni o gestire servizi in convenzione. Strumenti non troppo utilizzati, purtroppo, che si caratterizzano come forme pubblicistiche di esternalizzazione e, quindi, con istituti contrattuali e giuridici diversi.

Occorre domandarsi, inoltre, se vi siano funzioni o processi che non è utile, in senso strategico, esternalizzare.

Nelle pubbliche amministrazioni infatti assistiamo ad una cattiva valutazione circa le attività e i compiti da “internalizzare” e i compiti da affidare all'esterno, derivante da un atteggiamento quasi di sfiducia circa la possibilità di attivare nuovi servizi e di svolgere nuove competenze. Sfiducia dovuta – come dicevamo – alle rigidità nel reclutamento e nella riqualificazione del personale e che porta a scelte di dipendenza dall'esterno non strategiche per funzioni che sarebbe opportuno svolgere direttamente.

Alcuni esempi possono spiegare tali scelte. Se la parte “amministrazione del personale” può essere affidata all'esterno, diverso deve essere il ragionamento in merito all'analisi dei fabbisogni, all'elaborazione dei piani di formazione o alla stessa attività di formazione, che in Italia, diversamente dagli altri Paesi europei, viene affidata interamente a strutture esterne all'ente. Ecco perché proprio nell'area dell'*human resource management* va distinta la sfera dell'amministrazione del personale da quella della gestione, che comprende competenze strategiche tali da dover essere gestite all'interno. In quest'ambito, le pubbliche amministrazioni hanno operato scelte non sempre corrette: esternalizzando funzioni come l'analisi delle competenze, la valutazione e la formazione, ma conservando allo stesso tempo funzioni amministrative a basso valore strategico quali la selezione, la gestione dei pagamenti e la consulenza fiscale.

Un altro settore è certamente quello informatico, che ha visto il più delle volte scelte da parte delle pubbliche amministrazioni di *outsourcing* totale, generando in tal modo delle asimmetrie informative e una dipendenza dall'esterno totale, che non aiutano l'amministrazione in quei processi di reingegnerizzazione delle strutture e dell'attività previsti dai piani di *e-government*.

Un'altra area di grande rilevanza per le pubbliche amministrazioni è quella della consulenza legale. Le pubbliche amministrazioni sono regolate da diversi rami del diritto (amministrativo, civile, del lavoro, comunitario) e sono, inoltre, caratterizzate da alcune specialità (i contratti collettivi del pubblico impiego) e gravate da responsabilità ulteriori, come quella contabile. In questo quadro, la consulenza legale, per esempio, assume caratteristiche interessanti. È un servizio complesso che accomuna tutte le pubbliche amministrazioni, ma che deve rispondere anche ad esigenze specifiche e che richiederebbe pertanto soluzioni comuni a monte, anche attraverso direttive e circolari che chiariscano dubbi interpretativi o aiutino ad evitare possibili interpretazioni scorrette, ma anche servizi specifici che non sempre possono essere rinvenuti sul mercato. È questo della consulenza legale uno dei servizi più utilizzati dall'amministrazione, ma che chiama in causa anche le competenze del centro o degli enti cosiddetti “intermedi”, come le Regioni o le Province, nel garantire un'attività di coordinamento legislativo e regolamentare. Certamente fa riflettere il dato che vede

le amministrazioni italiane attivare oltre il 35% delle collaborazioni esterne per reperire professionalità nell'ambito della consulenza legale.

Vi possono essere, inoltre, funzioni interne che a certi livelli dimensionali potrebbero trovare una loro autonomia organizzativa e funzionale, nonché delle economie di scala, grazie al "mercato" vasto costituito dal settore pubblico. Esistono competenze e funzioni nelle pubbliche amministrazioni che meglio si svilupperebbero attraverso norme e regole di tipo privatistico. È in parte quello che è avvenuto con la creazione di alcune agenzie, ma non è solo questo.

Ci possiamo, inoltre, *a contrario*, domandare cosa si deve "internalizzare". In un contesto che vede la pubblica amministrazione cambiare e assumere competenze nuove, anche direttamente, reclutando le competenze necessarie e aggiornando i profili a fronte di uno svecchiamento ed una esternalizzazione di vecchie funzioni. Le difficoltà nel formare e reclutare le competenze nuove richieste, ad esempio, dalle leggi sulla comunicazione istituzionale o dalle direttive sull'*e-government* non devono certamente portare ad una rinuncia rispetto alla scelta di prevedere al proprio interno degli esperti in comunicazione o in sistemi informatici. In tal senso in questi anni si è accentuato il processo di "detecnizzazione" delle pubbliche amministrazioni che va oltre la scelta razionale di gestire o ridurre la varietà e la complessità dei temi. Questo è ad esempio quello che è avvenuto sul fronte delle competenze statistiche, contabili aziendali o ingegneristiche.

È vero anche che in alcuni servizi basati sulla conoscenza può essere utile realizzare delle esternalizzazioni strategiche⁽¹⁰⁾. Queste riducono significativamente i costi, il rischio e gli investimenti fissi, consentendo per questo una maggiore flessibilità della struttura di fronte a competenze altamente specialistiche in continuo aggiornamento, per le quali l'investimento potrebbe essere troppo elevato.

Un accenno va fatto, infine, ai contratti di sponsorizzazione, previsti dal legislatore con l'articolo 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e richiamati all'articolo 119 del decreto legislativo n. 267/2000 e dai contratti collettivi di comparto. Tali strumenti, ancora poco adottati, consentirebbero di fornire alle pubbliche amministrazioni consulenze o servizi aggiuntivi attraverso l'apporto dei privati, sia coprendo la relativa spesa che affidandone la gestione diretta.

9. Questa breve ricognizione ha messo in luce, di fatto, la vastità del fenomeno e la complessità dello stesso, essendo inserito nel più ampio processo di riforma che sta interessando le pubbliche amministrazioni da oltre un decennio. Ed è in questo contesto che vanno esaminate le difficoltà, ma anche le opportunità relative ai processi di esternalizzazione.

I processi di affidamento all'esterno attivati dalle amministrazioni non possono che rivestire caratteristiche proprie diverse da quelle riscontrabili nel settore

⁽¹⁰⁾ J.B. QUINN, *Strategie outsourcing: leveraging knowledge capabilities*, in *Sloan Management Review*, summer 1999.

privato, assumendo comunque un peso significativo sulle organizzazioni e sui bilanci.

Quello che emerge, anche attraverso il prevalere del diritto civile a discapito del diritto amministrativo, è un espandersi dei confini della pubblica amministrazione. Il concetto di ente non coincide con il concetto di organizzazione e men che meno con quello di servizio pubblico. I confini delle pubbliche amministrazioni vengono messi quotidianamente in discussione da una valutazione *to make or to buy* operata a livello aziendale, ma anche da una serie di processi macro che si ripercuotono inevitabilmente sulle scelte strategiche di ogni singolo ente. Assistiamo, come per l'impresa, ad una sorta di "contrattualizzazione dell'amministrazione pubblica", che costituisce certamente il fenomeno più significativo del processo di riforma della pubblica amministrazione di questi anni.

I modelli organizzativi cambiano passando da modelli strutturati e rigidi a modelli massimamente destrutturati, che certamente mettono in crisi la riserva di legge e i modelli classici ⁽¹¹⁾.

Certamente scelte come quelle che prevedono l'affidamento all'esterno dei servizi e della gestione delle funzioni amministrative richiedono da parte delle singole amministrazioni una capacità di programmazione, anche di lungo periodo, di livello strategico, non sempre presente a livello di alta amministrazione. La forte autonomia riconosciuta dovrà comportare una maggiore capacità nella programmazione e nella valutazione strategica, nella quale riveste grande importanza l'analisi delle competenze e dei compiti e quindi del ruolo da svolgere e degli strumenti da adottare e reperire.

Affinché l'esternalizzazione rivesta nelle pubbliche amministrazioni le caratteristiche di uno strumento di buona gestione e di razionalizzazione, occorrerà operare una serie di interventi per superare difficoltà, vincoli e modelli culturali che di fatto ostacolano l'affermarsi di tali strumenti di governo e gestione. Occorrerà superare quelle che abbiamo definito le cause "deboli" che portano le pubbliche amministrazioni ad esternalizzare alcuni servizi o certe funzioni. Si tratta di tutte quelle cause che alterano il processo decisionale relativo a cosa fare all'interno e cosa far fare all'esterno e quindi l'esito dello stesso. Sono come già evidenziato, i vincoli finanziari sul reclutamento, le disposizioni in materia di contabilità pubblica e responsabilità dirigenziale, le rigidità contrattuali in materia di personale, come anche il mancato funzionamento dei sistemi di controllo interno.

Quest'ultimo aspetto riveste, per una pubblica amministrazione che deve operare secondo i principi di efficienza ed efficacia e operare in un contesto di risorse scarse, un'importanza non secondaria. Non solo per quanto riguarda il controllo strategico, ma soprattutto per quanto attiene il controllo di gestione e, quindi, i dati sui costi interni, sui centri di responsabilità, e tutti quegli elementi che consentono di poter effettuare degli studi di fattibilità e delle analisi costi-benefici accurate. Considerando, ad esempio, i costi di transazione

(11) L. TAMASSIA (a cura di), *Gestione del personale degli enti locali*, Il Sole 24 ore, Milano, 2004.

interni (conflitti, rapporti con le OO.SS.), ma anche i costi della mancata innovazione.

Il contratto di servizio o di affidamento all'esterno dovrà essere per questo non solo conforme alle disposizioni sugli appalti, ma anche – oggi diremmo soprattutto – alle esigenze di programmazione e controllo dell'amministrazione, al fine di massimizzarne i benefici.

Pertanto, dovrà essere posta grande attenzione all'attività di monitoraggio dell'amministrazione, per poter procedere a rilevazioni empiriche sulle modalità di svolgimento del servizio e sondaggi a campione che rilevino la *customer satisfaction*.

In materia di servizi pubblici locali, occorrerà operare in termini di riordino normativo, nel rispetto del nuovo assetto costituzionale, coniugando esigenze organizzative, industriali e di tutela della concorrenza, con il compito di determinare “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”.

Si avverte, dunque, la necessità di aggiornare e migliorare la “cassetta degli attrezzi” delle pubbliche amministrazioni sotto il profilo delle norme sulla gestione dei servizi pubblici, sul personale – con particolare attenzione alla mobilità collettiva – e delle norme sulle riorganizzazioni e trasformazioni. Tutto questo per giungere ad un quadro normativo favorevole, che corrisponda alle esigenze delle pubbliche amministrazioni di oggi: meno autoreferenziali, attente al risultato e orientate all'utente e alla qualità dei servizi. Un insieme di strumenti che aiuti anche a individuare e a salvaguardare le *core competencies* delle pubbliche amministrazioni.

Inoltre, quello che è emerso chiaramente dalle ricerche e dagli studi sui processi di esternalizzazione attivati dalle pubbliche amministrazioni è la necessità di dotarsi di un *management* adeguato ai nuovi compiti delle amministrazioni, capace di governare la complessità dell'ambiente circostante esercitando le funzioni di programmazione e controllo, piuttosto che quelle di amministrazione e gestione.

Infine, proprio in questa materia non si può tralasciare un importante aspetto quale quello dell'innovazione e della ricerca e, quindi, del rapporto con il mondo dell'università e dell'innovazione tecnologica, dal quale cogliere quanto di utile si elabora per proseguire e, per quanto possibile, accelerare il processo di riforma delle pubbliche amministrazioni.

Sono alcune delle condizioni “necessarie ma non indispensabili” per far sì che lo sviluppo dei processi di *outsourcing*, insieme a quello di altri strumenti di gestione, contribuisca realmente a conseguire nel settore pubblico un aumento della produttività e, soprattutto, della qualità dei servizi e della vita.

Esternalizzazioni e percorsi di riforma nelle amministrazioni pubbliche italiane – Riassunto – L'A. *descrive il fenomeno delle esternalizzazioni nel contesto del percorso di riforma nelle p.a. I fenomeni di esternalizzazione si collocano nel più generale processo di downsizing del settore pubblico. Attraverso questo processo il settore pubblico riduce il proprio ambito di competenze e di gestione diretta a favore di un nuovo core business della amministrazione. Il processo interessa, in generale, tutte le p.a., sia in termini di eliminazione di vincoli governativi e di semplificazione*

(deregulation), sia in termini di trasferimento di funzioni dal settore pubblico a quello privato. L'affidamento all'esterno ha tra i suoi obiettivi quello di superare determinate rigidità e vincoli e recuperare in termini di flessibilità; il rischio da evitare è quello di duplicare le strutture, facendo coesistere l'area tradizionale con i contratti di affidamento all'esterno. L'A. ripercorre le fasi tipiche di un processo di esternalizzazione e in particolare analizza le motivazioni e le scelte che spingono verso il processo di affidamento all'esterno. Nel pubblico questa scelta è preceduta da un'approfondita riflessione su quali compiti e quali funzioni esercitare: una ricognizione delle norme e dei processi derivanti da queste, ed un'attenzione ai programmi ed alle policies su cui concentrare l'attenzione e orientare l'organizzazione, alla luce dei dati del controllo di gestione sull'impiego delle risorse umane e finanziarie per processo. Tra gli strumenti più utilizzati nel processo di esternalizzazione, si colloca il contratto di somministrazione a tempo determinato, descritto dall'A. come strumento "di parziale internalizzazione", adottato per far fronte alle esigenze dell'organizzazione. Dopo una ricognizione sui servizi e i processi su cui è possibile attivare delle procedure di esternalizzazione, che mettono in luce la vastità del fenomeno e la complessità dello stesso, l'analisi conclusiva è che i processi di affidamento all'esterno attivati dalle amministrazioni non possono che rivestire caratteristiche proprie diverse da quelle riscontrabili nel settore privato, assumendo comunque un peso significativo sulle organizzazioni e sui bilanci. La scelta di affidare all'esterno i servizi e la gestione delle funzioni amministrative richiede da parte delle singole amministrazioni una capacità di programmazione, di livello strategico, non sempre presente a livello di alta amministrazione. Affinché l'esternalizzazione rivesta nelle p.a. le caratteristiche di uno strumento di buona gestione e razionalizzazione, occorrerà, quindi, concludere l'A., operare una serie di interventi volti a superare difficoltà, vincoli e modelli culturali che di fatto ostacolano l'affermarsi di tali strumenti di governo e gestione.

Outsourcing and reform processes in the Italian public administration (Article in Italian) – Summary – *This paper describes the process of outsourcing in the reform of the public administration. In this connection outsourcing may be seen as part of a more general process of downsizing in the public sector. By means of this process the public sector reduces its sphere of competence and direct management in favour of a new core business of administration. In general this process concerns the entire public administration, both in terms of the elimination of government rules and simplification (deregulation), and in terms of the transfer of functions from the public to the private sector. The transfer to external providers is intended to deal with certain forms of rigidity and restrictions by introducing flexibility. It is important to avoid the risk of duplicating structures, with traditional services continuing to exist alongside external providers. The author examines the typical phases of outsourcing and in particular analyses the motivations and choices that lead to assigning tasks and functions to external providers. In the public sector this choice is preceded by an examination of the tasks and functions to be carried out, a survey of the norms and processes associated with these functions, and a consideration of the programmes and policies to focus on and to guide the organisation, in the light of data on the management of the use of human and financial resources. The most commonly used instruments in outsourcing include contracts for the use of agency labour for limited periods, described by the author as an instrument of "partial insourcing", to meet the needs of the organisation. After a survey of the services and processes for which outsourcing can be used, casting light on the vast extent and the complexity of the phenomenon, the analysis leads to the conclusion that the processes of outsourcing adopted by public bodies must necessarily take on characteristics that are different from those of the private sector, while playing a significant role in organisational and financial terms. The externalisation of services and the management of administrative functions requires the various administrations to have a planning capacity, at a strategic level, that is not always present at the highest level of administration. In order for outsourcing to be an effective technique for management and rationalisation, the author concludes, there is a need to adopt a range of provisions aimed at overcoming difficulties, restrictions and cultural models that tend to prevent the adoption of these government and management instruments.*

Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?

Michele Tiraboschi

Sommario: **1.** Posizione del problema. – **2.** La separazione del lavoro dalla impresa: un fenomeno di modernità? – **3.** Esternalizzazione delle relazioni di lavoro e innovazione organizzativa nella nuova economia. – **4.** *Segue:* esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano in una prospettiva di competitività di sistema. – **5.** Il nuovo quadro regolatorio delle esternalizzazioni: dalla contrapposizione « centro-periferia » alla logica della « integrazione contrattuale ». – **6.** Verso un nuovo diritto delle risorse umane.

1. È stato giustamente osservato – sin dai primi commenti “a caldo” del decreto legislativo n. 276 del 2003, ora modificato e integrato dal decreto legislativo n. 251 del 2004 ⁽¹⁾ – che la disciplina dei fenomeni interpositori e della esternalizzazione delle relazioni di lavoro costituisce una delle novità maggiori della riforma Biagi del mercato del lavoro ⁽²⁾.

Tale considerazione, invero, è talvolta calata in un quadro valutativo fortemente critico di questo specifico segmento della riforma – contenuto nei Titoli III e IV del decreto – e delle molteplici innovazioni normative ad essa connesse ⁽³⁾. È stato infatti sostenuto che le nuove disposizioni in materia di somministrazione di lavoro, appalto, distacco e trasferimento di azienda hanno come unico obiettivo quello di incrementare le già pur considerevoli possibilità di segmentazione dei processi produttivi e di scorporo aziendale ⁽⁴⁾, « alla ricerca di più vantaggiosi (e leciti), per l'impresa, livelli di scambio tra lavoro e trattamento economico-normativo » ⁽⁵⁾.

(*) *Michele Tiraboschi è professore straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia e Direttore del Centro Studi Internazionali e Comparati “Marco Biagi”.*

⁽¹⁾ Vedilo in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

⁽²⁾ Cfr., per tutti, P.A. REBAUDENGO, *La separazione del lavoro dall'impresa: alcune significative novità*, in *LD*, 2004, qui 172, e anche S. MAGRINI, P. PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, in G. FERRARO, *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Giuffrè, Milano, 2004, qui 189.

⁽³⁾ Sul nuovo regime giuridico dei fenomeni interpositori cfr., per una bibliografia ragionata e per taluni percorsi di lettura, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 415-419.

⁽⁴⁾ Il tema della segmentazione dei processi produttivi è stato recentemente affrontato, nella lettura italiana e in una prospettiva di analisi economica del diritto, da L. CORAZZA, “*Contractual integration*” e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova, 2004, e ivi ampi riferimenti bibliografici.

⁽⁵⁾ Così, nel quadro di una approfondita disamina della nuova disciplina scaturita con il d.lgs. n.

Anche la dottrina più sensibile alle esigenze di una profonda revisione della disciplina in materia di esternalizzazioni non ha talora esitato a parlare – sia pure dando per scontate talune inevitabili approssimazioni ⁽⁶⁾ – di un modello di organizzazione del sistema produttivo di impronta inequivocabilmente neo-liberista. Un modello certamente attenuato, rispetto a quello proprio del « liberismo statunitense, e in qualche modo consapevole della tradizione garantista del diritto del lavoro italiano », ma pur sempre finalizzato a smantellare i preesistenti vincoli giuridici al decentramento e all'appalto così da salvaguardare, una volta circoscritta l'area dell'illecito ai « soli processi guidati da logiche puramente fraudolente e anti *labour* », le scelte organizzative ma anche le convenienze economiche dell'imprenditore ⁽⁷⁾.

Non può pertanto sorprendere che il nuovo regime giuridico dei fenomeni interpositori e delle esternalizzazioni sia stato così da taluno inteso – e rappresentato – alla stregua di un micidiale detonatore, che potrebbe rivelarsi capace di innescare, in breve tempo, sequenze devastanti di frantumazione della compagine organizzativa dell'azienda. Ad essere premiate – e dunque incentivate – dal legislatore della riforma sarebbero fundamentalmente logiche gestionali motivate nient'altro che da una corsa al ribasso dei trattamenti economici e normativi del lavoro dipendente ⁽⁸⁾, e non invece i tanto auspicati processi di modernizzazione dell'apparato produttivo del nostro Paese ⁽⁹⁾. Quei processi di specializzazione e innovazione organizzativa che, almeno secondo le intenzioni manifestate dal legislatore nella relazione tecnica di accompagnamento del decreto legislativo n. 276 del 2003 ⁽¹⁰⁾, avrebbero per

276/2003, P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, qui 92. Nella stessa prospettiva cfr. V. SPEZIALE, *Somministrazione di lavoro*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, spec. 277-279, e F. SCARPELLI, *Appalto*, *ivi*, qui 437.

⁽⁶⁾ Così, testualmente, R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *RIDL*, 2004, I, qui 539.

⁽⁷⁾ Ancora R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, qui 531.

⁽⁸⁾ Cfr. P. CHIECO, *op. loc. ult. cit.*, cui adde U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, in *LD*, 2004, spec. 39-38, e L. MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, 2004, 11.

⁽⁹⁾ Tra quanti, in dottrina, sollecitavano una revisione del quadro legale sulle esternalizzazioni, nell'auspicio di una moderna normativa adeguata a sostenere i nuovi modelli di produzione e organizzazione del lavoro, cfr., in particolare, M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale*, Giuffrè, Milano, 2003, 141 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 9 ss.; P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss. e 361 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. la *Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo di attuazione della legge 14 febbraio 2003, n. 30*, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*. Di specializzazione e sostegno alla innovazione dei processi produttivi e di organizzazione del lavoro parla, a più riprese, anche il *Libro Bianco sul mercato del lavoro* dell'ottobre 2001 reperibile alla stessa voce.

contro dovuto contribuire ad allontanare, una volta per tutte, lo spettro della speculazione parassitaria sui risultati del lavoro altrui che da sempre aleggia sui fenomeni interpositori.

In questa prospettiva – che, è bene anticipare subito, non risulta allo stato suffragata da alcun dato scientifico e oggettivo ⁽¹¹⁾ – e portando alle estreme conseguenze siffatte considerazioni, sino al punto di rasentare il paradosso, non è poi neppure mancato chi è persino giunto a dubitare della reale utilità, per il sistema produttivo e le aziende, del nuovo quadro legale delle esternalizzazioni delle relazioni di lavoro. È stato infatti sostenuto, anche da quanti hanno criticato la riforma Biagi per un (presunto) eccesso di flessibilità e liberalizzazione del mercato del lavoro, che il decreto legislativo n. 276 del 2003 finirebbe per mortificare, da questo specifico punto di vista, non solo le istanze di tutela del lavoro e le logiche della solidarietà collettiva ma, prima ancora, le esigenze di competitività del sistema e di efficienza organizzativa e gestionale delle stesse imprese ⁽¹²⁾.

Ne risulta un quadro complessivo dalle fosche tinte. Un quadro in cui, al pari di lavoratori e organizzazioni sindacali, anche datori di lavoro, direttori del personale e dirigenti aziendali dovrebbero risultare letteralmente spiazzati da una riforma inutile, prima ancora che tecnicamente male apprestata ⁽¹³⁾.

A sostegno di questa linea di pensiero si richiamano, per un verso, gli esorbitanti costi di « quello che il decreto attuativo della legge 30 chiama, con un termine dal vago sentore medico, somministrazione di lavoro » ⁽¹⁴⁾ e, per altro verso, si enfatizza un presunto « caos organizzativo e gestionale (che deriverebbe) dalla compresenza nello stesso spazio lavorativo, sia quello di una fabbrica o di un palazzo uffici, di lavoratori inquadrati da dozzine di contratti di lavoro differenti » tra cui vanno annoverati appunto « i cosiddetti terzisti, che entrano all'interno dei suoi impianti e uffici per lavorare a fianco a fianco dei dipendenti dell'impresa motrice » ⁽¹⁵⁾.

Alla retorica, invero stantia e largamente smentita dalla ricerca storica e

⁽¹¹⁾ Come si è cercato di sostenere sin dai primi giorni di vita del d.lgs. n. 276/2003 (cfr. M. TIRABOSCHI, *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 3-30), e come dovrebbe essere logico anche solo in base a parametri e considerazioni di buon senso, un giudizio attendibile sugli effetti pratici della riforma sarà possibile solo dopo una prima fase di sperimentazione delle innovazioni in essa contenute.

⁽¹²⁾ In questo senso cfr. P. ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 166.

⁽¹³⁾ Insiste ossessivamente sulla fattura delle norme, tanto da farne il vero e unico *leit motiv* delle proprie valutazioni critiche sulla riforma, M. PEDRAZZOLI, *La correzione della c.d. riforma Biagi*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro – Inserto sulla correzione d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, VII.

⁽¹⁴⁾ Così L. GALLINO, *Il lavoro atipico che fa male alle aziende*, in *La Repubblica*, 5 giugno 2004. Nella dottrina giuslavoristica cfr., sulla stessa linea di pensiero, M. LAMBERTI, *Ragionando di esternalizzazioni: la prestazione di lavoro nei contesti multidatoriali*, in G. FERRARO, *op. cit.*, qui 405.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

giuridica ⁽¹⁶⁾, di quanti intravedono nelle moderne agenzie di somministrazione dei *nouveaux marchands d'hommes* – e, per l'occasione, rispolverano incautamente e con buona dose di cinismo l'immagine, legata a fenomeni del tutto differenti, della mercificazione del lavoro di marxiana memoria ⁽¹⁷⁾ – si è dunque progressivamente affiancato un più sottile e penetrante filone critico che, nella sua espressione più grezza, pare tuttavia pregiudizialmente finalizzato a nient'altro che a depotenziare gli effetti della riforma. Non più però sul terreno del conflitto e della dialettica intersindacale ⁽¹⁸⁾ ovvero della pregiudiziale ideologica e di politica del diritto ⁽¹⁹⁾ ma, ancora prima, sulla base di semplici – quanto grossolane e approssimative – valutazioni di razionalità economica che dovrebbero mettere in guardia le imprese circa l'effettiva utilità e i vantaggi, per l'organizzazione aziendale, di una legislazione del lavoro che pure non si esita a etichettare, invero non senza qualche evidente contraddizione, come ultraliberista e mercantilista ⁽²⁰⁾.

Interagire con centinaia di persone che, oltre a far capo a decine di aziende diverse, sono anche titolari di dozzine di contratti di lavoro differenti – è stato infatti scritto da chi, molto probabilmente, conosce unicamente i metodi di produzione e organizzazione del lavoro propri della vecchia fabbrica fordista ⁽²¹⁾ – « significa aver a che fare con un'infinita varietà di interessi e di atteggiamenti, con conflitti interpersonali e intergruppo, con processi legati all'ininterrotto confronto tra il proprio trattamento retributivo e quello del

⁽¹⁶⁾ Ma ciò nonostante ancora fortemente radicata nel nostro Paese. È sufficiente ricordare, a questo proposito, i lavori parlamentari che hanno accompagnato l'iter di approvazione della l. n. 30/2003, da cui è poi scaturito il d.lgs. n. 276/2003, per accorgersi di come la somministrazione di lavoro venga ancora oggi da taluno semplicisticamente assimilata al caporalato e allo sfruttamento a fini speculativi del lavoro altrui. I lavori parlamentari sono reperibili all'indirizzo internet www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*. Il dato non è nuovo e analoghe manifestazioni critiche si erano registrate nel corso della approvazione della l. n. 196/1997.

⁽¹⁷⁾ Cfr. K. MARX, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, I, Einaudi, Torino, 1954 ma 1867, qui 172, con riferimento a quei « rapaci parassiti (che) s'infiltrano fra il datore di lavoro vero e proprio e l'operaio ». Sia consentito rinviare, sul punto, alla analisi storico-giuridica condotta in chiave comparata nel mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, spec. Cap. III, e ivi gli opportuni riferimenti bibliografici.

⁽¹⁸⁾ La situazione di conflitto che ha accompagnato l'iter di approvazione della riforma Biagi del mercato del lavoro è puntualmente descritta da M.R. IORIO, *Riforma Biagi e conflitto*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 731-745.

⁽¹⁹⁾ Per questi profili cfr. M. DEL CONTE, *Il ruolo della contrattazione collettiva e l'impatto sulle relazioni industriali*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 635-649.

⁽²⁰⁾ Così, tra i tanti, G. GHEZZI, *Introduzione*, in P. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *Lavoro: ritorno al passato – Critica del Libro Bianco e della legge delega al Governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, Ediesse, Roma, 2002, 10. Più recentemente, cfr. la *Premessa dei curatori*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, ES, Napoli, 2004, qui 8.

⁽²¹⁾ Sulla connessione tra processi di esternalizzazione e declino di quella fabbrica fordista che realizza « all the functions required to manufacture their products » cfr. *infra* il § 3 e, sin d'ora, A. SUPLOT, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe – A report prepared for the European Commission*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

vicino. In tale situazione, governare l'organizzazione d'impresa ed i processi produttivi diventa un impegno che perfino Sisifo rifiuterebbe, trovando preferibile il suo » (22).

Difficile dunque, se non impossibile, per datori di lavoro e dirigenti gestire le risorse umane e materiali di una impresa che cambia così radicalmente – e magicamente, si direbbe – per semplice imposizione legislativa. Una impresa che solo ora, in virtù di una legislazione finalizzata unicamente a incentivare la massima « volatilità del personale occupato », e non certo in ragione di processi economici e sociali pure da tempo in atto (ma v. *infra*, § 3), perderebbe così, e definitivamente, la sua innata identità di « maestosa costruzione saldamente radicata al suolo » per trasformarsi in una sorta di « enorme voliera » (23). Altrettanto difficile – si aggiunge – diventa anche perseguire gli obiettivi della crescita, della produttività e della competitività del nostro apparato produttivo, che pure – si è costretti a riconoscere – « non possono ragionevolmente prescindere da apporti specialistici, da parte di imprese fornitrici o appaltatrici altamente qualificate, al ciclo produttivo dell'impresa-madre o committente » (24).

Il decreto legislativo n. 276 del 2003 avallerebbe dunque, almeno secondo una parte degli osservatori e commentatori della riforma Biagi, un disegno di politica economica e del diritto di basso profilo perché rivolto unicamente alla drastica riduzione dei costi del lavoro. E questo attraverso strumenti e accorgimenti i quali consentano cioè « di peggiorare la condizione economico-normativa della manodopera, di rendere difficile, mediante la frantumazione, materiale o giuridica, degli ambiti lavorativi, l'aggregazione di interessi collettivi contrapposti, e di deresponsabilizzare, altresì, gli imprenditori tanto nei confronti dei singoli lavoratori quanto nei confronti delle loro organizzazioni sindacali » (25).

Depurato dalla sua marcata connotazione ideologica e caricaturale, che ne fa perdere il tratto insieme più raffinato e potenzialmente innovativo sul versante della critica del diritto, il summenzionato filone interpretativo pare invero assumere una importanza non secondaria nello studio del nuovo regime giuridico delle esternalizzazioni del lavoro. E questo non solo perché le rilevazioni dell'Istat (26) – così come le più recenti indagini dell'Isfol (27), del

(22) Così: L. GALLINO, *Il lavoro atipico che fa male alle aziende*, cit., e già Id., *Se tre milioni vi sembrano pochi*, Einaudi, Torino, 1998.

(23) Così: U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, qui 35 e anche 37, ove aggiunge che la volatilità del personale sconfinava, in caso di somministrazione, con l'invisibilità, in quanto i lavoratori in missione non sono computati nell'organico dell'impresa utilizzatrice. Vero è, peraltro, che detti lavoratori risultano già computati nell'organico della agenzia di somministrazione di lavoro ragione per cui non si comprende la necessità del doppio computo. In questi stessi termini si era del resto già espressa la l. n. 196/1997.

(24) Così: P. ALLEVA, *op. cit.*, 166. Cfr. altresì, U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, spec. 74-79, cui adde M. LAMBERTI, *op. cit.*, qui 404.

(25) Ancora P. ALLEVA, *op. loc. ult. cit.*

(26) Le rilevazioni trimestrali dell'Istat sulla forza-lavoro del 2004 segnalano infatti che negli

Cnel⁽²⁸⁾ e del Centro Studi di Confindustria⁽²⁹⁾ – nel registrare, a oltre un anno dalla entrata in vigore del decreto legislativo n. 276 del 2003, un incremento della occupazione stabile e di qualità e una riduzione del lavoro sommerso sconsigliano alla radice la critica che fa leva sulla destrutturazione del mercato del lavoro e, con essa, la retorica della precarizzazione del lavoro⁽³⁰⁾.

Vero è, semmai, che le recenti riforme del mercato del lavoro, a partire dal pacchetto Treu del 1997, hanno contribuito a contenere e governare quelle insidiose forme di flessibilità non normata e sindacalmente non tutelata che, nel confronto comparato, fanno del diritto del lavoro italiano – che pure rimane sulla carta uno dei più rigidi⁽³¹⁾ – uno dei più ineffettivi e deregolamentati sul piano della prassi applicativa. Questo è almeno quanto testimoniano le impressionanti stime del lavoro nero e irregolare che, con circa 4 milioni di lavoratori non dichiarati, fanno registrare tassi due/tre volte superiori alla media degli altri Paesi⁽³²⁾.

Piuttosto, coglie precisamente nel segno chi, pur giudicando la scelta almeno in parte temeraria, proprio alla luce della assai articolata composizione economica e sociale del Paese, afferma ora che con la riforma Biagi la tutela del lavoro, inteso come patrimonio dell'impresa, « è lasciata assai più all'imprenditore che non, come avveniva in passato, alla norma, compiendo cioè una duplice scommessa: una sugli imprenditori e una sull'aumento di potere contrattuale dei lavoratori »⁽³³⁾.

Come dire che le imprese hanno ora, indubbiamente, un contesto giuridico di riferimento propizio alla innovazione organizzativa e all'investimento in capitale umano. Anche se poi si dubita in merito alla reale capacità di direttori del

ultimi mesi sono stati creati circa 250 mila posti di lavoro permanenti a tempo indeterminato, mentre è diminuito di ben 110 mila unità il numero di lavoratori temporanei. In tema cfr. P. GARIBALDI, *L'occupazione cresce ancora*, in *La voce.Info*, 30 marzo 2004. Le più recenti rilevazioni trimestrali dell'Istat sulle forze-lavoro sono reperibili nei *Boll. Adapt* del 2004.

⁽²⁷⁾ ISFOL, *Rapporto 2004*, Roma, novembre 2004.

⁽²⁸⁾ CNEL, *Rapporto sul mercato del lavoro 2003*, Roma, luglio 2004.

⁽²⁹⁾ CONFINDUSTRIA, *La trasformazione industriale in Europa – Previsioni macroeconomiche*, a cura del Centro Studi, Roma, dicembre 2004, n. 2, qui 86-88.

⁽³⁰⁾ Per questo profilo cfr. la puntuale analisi di E. REYNERI, *Qualità del lavoro e flessibilità sostenibile, in 1983-2003: la politica locale del lavoro in provincia di Trento compie vent'anni*, in *OrientaLavoro*, 2004, n. 1, suppl., 111-118 (vedilo anche in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*).

⁽³¹⁾ Per un confronto comparato cfr., se vuoi, il mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., 144-204.

⁽³²⁾ Cfr. ISTAT, *La misura dell'occupazione non regolare nelle stime di contabilità nazionale: un'analisi a livello nazionale, regionale e retrospettiva a partire dal 1980*, Roma, dicembre 2004, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro irregolare*. Per una ampia documentazione sul fenomeno del lavoro sommerso in Italia e nel confronto comparato si veda il sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali <http://emersione.welfare.gov.it/IES/home.asp> e ivi preziose indicazioni bibliografiche e rapporti di ricerca comunitari, nazionali e locali.

⁽³³⁾ Così, lucidamente, P.A. REBAUDENGO, *op. cit.*, 171. Nella stessa prospettiva cfr. altresì A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale – Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. Cap. III, sez. II.

personale e dirigenti aziendali di innescare processi di modernizzazione che pure appaiono così necessari per vincere la sfida competitiva imposta dalla globalizzazione dei mercati.

2. Chi voglia oggi ricostruire con serenità di giudizio il nuovo quadro legale dei rapporti interpositori non può in effetti non confrontarsi con questa originale quanto suggestiva linea di pensiero, particolarmente apprezzabile anche perché contribuisce a sgombrare il terreno da valutazioni grossolane quanto preconette sulle reali finalità e sui presunti effetti destrutturanti del decreto legislativo n. 276 del 2003, rispetto alle dinamiche del nostro mercato del lavoro ⁽³⁴⁾.

Secondo questa prospettiva di analisi il legislatore della riforma avrebbe invero dimostrato, meglio che in passato ⁽³⁵⁾, di conoscere i problemi pratici di organizzazione aziendale e gestione del personale ⁽³⁶⁾, con buona pace di quanti ancora oggi ritengono che il diritto debba risultare impermeabile ai processi normativi reali ⁽³⁷⁾. Non a caso la riforma Biagi è particolarmente apprezzata da quanti rifuggono da una concezione del diritto come sapere dogmatico e tecnico fine a sé stesso ⁽³⁸⁾: un sapere patrimonio di pochi adepti, incuranti del suo grado di effettività ed esigibilità – oggi davvero troppo basso per rispondere realisticamente alla finalità, pure spesso enfaticamente sbandierata dai critici della riforma, di tutela del lavoratore in carne e ossa ⁽³⁹⁾ – e che spesso alimenta, nella inaccessibilità/complessità del dato legale, quello che

⁽³⁴⁾ Si attarda ancora su questo profilo A. PERULLI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, qui spec. XIII-XIV, con sottili disquisizioni sulle intenzioni dichiarate e sugli intenti del legislatore, quando invece, a oltre un anno dalla entrata in vigore della riforma, sarebbe stato sicuramente più interessante valutarne i primi esiti applicativi (v. i dati richiamati *supra* alle note 25, 26, 27, 28), in modo da suffragare con elementi fattuali e oggettivi quelle che, altrimenti, risultano essere mere petizioni di principio facilmente ribaltabili anche solo in una mera logica dialettica di critica e rovesciamento.

⁽³⁵⁾ Così, letteralmente, P.A. REBAUDENGO, *op. cit.*, 182.

⁽³⁶⁾ Il che non sorprende, visto che la riforma è stata oggetto di un serrato confronto con le parti sociali e gli operatori economici, alla ricerca di soluzioni aderenti, più che a logiche di mera razionalità giuridica, ai reali problemi presenti nella prassi applicativa. Cfr., sul punto, V. D'ORONZO, *La riforma del mercato del lavoro tra concertazione e dialogo sociale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 747-771, e ivi anche le testimonianze delle parti sociali, largamente favorevoli alla riforma, raccolte nella Parte II, Sez. (C), *La riforma del mercato del lavoro tra concertazione e dialogo sociale: la posizione del governo e il giudizio delle parti sociali*.

⁽³⁷⁾ In questa prospettiva cfr., da ultimo, A. PERULLI, *Introduzione*, cit., qui spec. XIII-XIV, che accusa il legislatore di scarsa dimestichezza con il sistema, le sue regole e le sue compatibilità, dimenticando tuttavia come la realtà del nostro mercato del lavoro, caratterizzato da elevatissimi tassi di lavoro nero e irregolare, abbia invero sino a oggi dimostrato esattamente il contrario e cioè la scarsa dimestichezza del legislatore non tanto con il « sistema » ma piuttosto la realtà concreta e i fenomeni economici e sociali che intende regolare.

⁽³⁸⁾ Non così, invece, M. PEDRAZZOLI, *La correzione della c.d. riforma Biagi*, cit., che crede nella idoneità di un diritto immobile e coerente con mere logiche di sistema a governare una realtà dinamica e in continuo movimento.

⁽³⁹⁾ Sui rapporti tra riforma Biagi ed effettività del diritto del lavoro cfr. quanto ho cercato di argomentare nel mio *Riorganizzazione dei servizi ispettivi e riforma del mercato del lavoro*, in C.L.

Pietro Ichino ha giustamente definito il grande *business* del diritto del lavoro ⁽⁴⁰⁾.

Tuttavia – e qui sta l'osservazione critica a prima vista più penetrante e meglio argomentata – è stato avanzato il dubbio che lo stesso legislatore abbia colpevolmente sottovalutato le conseguenze relative « ad una soluzione un po' sbrigativa » ⁽⁴¹⁾ dei principali problemi giuridici legati alla organizzazione del lavoro. Il rischio è quello di finire per adottare, in questo modo, un impianto normativo complessivamente « più orientato a superare le criticità operative e gestionali, auspicabilmente con esiti positivi per aziende e lavoratori, che a modernizzare il diritto del lavoro nell'ottica della valorizzazione delle risorse umane. Attività che naturalmente resta interamente compito e di interesse delle imprese » ⁽⁴²⁾.

Il regime giuridico delle esternalizzazioni faciliterebbe indiscutibilmente, in altri termini, i fenomeni di circolazione dell'azienda e anche la possibilità di procedere a un utilizzo strutturale, all'interno di una compagine d'impresa sempre più frantumata, di personale dipendente da altri operatori economici, vuoi in regime di appalto vuoi in regime di somministrazione o distacco ⁽⁴³⁾. Vengono infatti definitivamente superate quelle situazioni di « obsolescenza » dell'ordinamento giuridico del lavoro italiano – come le definiva Marco Biagi ⁽⁴⁴⁾ – che per lungo tempo, in virtù di normative non pensate per favorirle, o anche solo per governarle, hanno trasformato gli innegabili vantaggi delle esternalizzazioni « in un rischio e quindi in un vincolo ».

Ma al tempo stesso, proprio per come congegnato, il nuovo dato normativo rischierebbe di dare luogo a un reciproco impoverimento tanto dei prestatori di lavoro che delle stesse imprese. E questo si verificherebbe, almeno in una ottica di medio-lungo periodo, per la semplice ragione che l'imprenditore che si avvale di lavoratori per il tramite di relazioni giuridiche di natura commerciale con altre imprese, e non attraverso il tradizionale contratto di lavoro dipendente di cui all'articolo 2094 c.c., non ha alcun interesse a investire sul loro sviluppo professionale e cioè a individuare adeguati percorsi formativi e piani di carriera, così da tener nel debito conto il loro potenziale di crescita, attuando spostamenti anche orizzontali per arricchirne le competenze, a stimolare la loro partecipazione ai processi di cambiamento ovvero ai sistemi di qualità aziendale. Verrebbero depotenziati, in altre parole, quei meccanismi gestionali e

MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. 15-18.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato – Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, spec. 164-166.

⁽⁴¹⁾ P.A. REBAUDENGO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴²⁾ Ancora P.A. REBAUDENGO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴³⁾ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 ecc.*, cit.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *op. cit.*, qui 271. Per questo A. « tante sono le difficoltà, così molteplici paiono i rischi di ordine legale, che la valenza strategica dell'*outsourcing* può in alcuni casi vacillare ».

motivazionali che soli consentono « di creare “appartenenza”, “cultura d’impresa”, partecipazione » (45).

Ad essere sottoposto a serrata critica dalla parte più raffinata e acuta di questo filone interpretativo è dunque l’assioma che ha sin qui sostenuto e reso attraenti, e non solo agli occhi delle imprese, i processi di esternalizzazione. E cioè il loro essere espressione della modernità. Una modernità intesa come innovazione organizzativa e gestionale legata all’impiego del fattore lavoro (46). È proprio questo, a ben vedere, il vero terreno di verifica della bontà o meno del nuovo regime delle esternalizzazioni introdotto dal decreto legislativo n. 276 del 2003, tanto sul versante delle tecniche di tutela del lavoro quanto su quello del recupero di competitività ed efficienza organizzativa del nostro sistema produttivo (47).

3. La questione su cui oggi occorre riflettere seriamente, senza pregiudizi e logiche di appartenenza, è dunque la relazione che intercorre, in una logica di competitività di sistema, tra strategie di esternalizzazione delle relazioni di lavoro e politiche di valorizzazione del capitale umano.

Poca o nessuna attenzione merita invece, con riferimento alla disciplina giuridica della somministrazione di lavoro altrui, quella che abbiamo poc’anzi definito la retorica della mercificazione del lavoro. Una retorica che, per quanto ancora radicata in alcuni circoli accademici e ambienti sindacali, è stata sconfitta dalla storia – come ben testimonia, attraverso la posizione assunta dalla Organizzazione Internazionale del Lavoro (48), l’evoluzione delle fonti internazionali in materia – e, nel nostro Paese, dagli articoli 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196. Legge con cui, buoni ultimi in Europa, si è provveduto a riconoscere la legittimità, a certe condizioni ed entro determinati limiti di legge e contratto collettivo (49), del ricorso alla fornitura di lavoro altrui.

Vero è peraltro che i primi anni di attuazione della legge n. 196 del 1997, hanno abbondantemente dimostrato come il legislatore abbia saputo discernere con ragionevolezza – e secondo un impianto normativo e concettuale confermato

(45) Così: P.A. REBAUDENGO, *op. loc. ult. cit.*, cui adde A. MARCHETTI, *I limiti della flessibilità*, in R. PEDERSINI (a cura di), *Oltre la flessibilità – Impresa e lavoro fra nuovi mercati e trasformazioni sociali*, Edizioni Lavoro, Roma, 2004, 183-204, e V. SPEZIALE, *op. cit.*, 284. Nella letteratura internazionale, sostanzialmente nello stesso senso, cfr. D.H. AUTOR, *Outsourcing at Will: The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment Outsourcing*, in *Journal of Labor Economic*, 2003, qui 9 (vedilo parzialmente tradotto in italiano in *RIDL*, 2004, I, 459-483).

(46) Cfr., sul punto, M. BIAGI, *L’outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., spec. 284-285.

(47) In questa prospettiva cfr. i contributi raccolti in M. TRABOSCHI (a cura di), *Il regime giuridico delle esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione di lavoro, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.

(48) Si veda, in particolare, E. SALSÌ, *Pubblico e privato nella gestione del collocamento: la convenzione OIL n. 181/97*, in *DRI*, 1998, n. 2, 161-167.

(49) Cfr., al riguardo, i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro – Commento alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, Giuffrè, Milano, 1997.

per i profili che qui rilevano dal decreto legislativo n. 276 del 2003 ⁽⁵⁰⁾ – tra ipotesi fraudolente o parassitarie di interposizione nei rapporti di lavoro e servizi professionali e altamente qualificati particolarmente importanti per la riattivazione del mercato del lavoro ⁽⁵¹⁾. Quei servizi che, nel creare occasioni aggiuntive di lavoro regolare e di qualità, si rivelano utili sia per il mercato sia per gli stessi lavoratori che, al termine della missione, vedono infatti aumentare sensibilmente le opportunità di inserimento stabile nel mondo del lavoro.

Non va infatti trascurata la circostanza che, secondo una recente ricerca curata per il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ⁽⁵²⁾, « un lavoratore avviato ad una missione di lavoro interinale può ragionevolmente attendersi che la sua probabilità di conseguire una occupazione permanente circa un anno e mezzo dopo la missione stessa raddoppi, rispetto al caso di non avviamento, passando approssimativamente dal 14% al 28% ». Inoltre, « a circa il 51% dei lavoratori interinali viene prospettata la possibilità di essere assunti direttamente dall'impresa utilizzatrice al termine della missione. Per il 32% di tali soggetti, questa prospettiva diventa realtà. Tuttavia, anche il 20% di coloro ai quali nessuna assunzione è stata prospettata risulta poi assunto dall'impresa utilizzatrice ». Così come è anche vero che, in molte circostanze, e ancor di più nel caso della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, lo stesso prestatore di lavoro potrebbe ritenere preferibile una collocazione presso il fornitore – spesso una grande multinazionale del settore – piuttosto che alle dipendenze dell'utilizzatore, tanto in termini di trattamenti economici e normativi quanto in prospettiva di una continuità occupazionale e formazione continua ⁽⁵³⁾. Considerazione questa che spiega perché il legislatore abbia incentivato – all'articolo 23, commi 8 e 9, del decreto legislativo n. 276 del 2003 – la fidelizzazione dei lavoratori da parte delle agenzie di somministrazione ammettendo a questo fine, nel contratto di fornitura, clausole dirette a limitare la

⁽⁵⁰⁾ Concordano, su questo punto, P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro – Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004, qui 242, nota 15; M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, qui 15; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, qui § 1; S. MAGRINI, P. PIZZUTI, *op. cit.*, qui 191. *Contra*: V. SPEZIALE, *op. cit.*, 278. Per un tentativo di dimostrare la sostanziale coincidenza tra l'impianto normativo e concettuale della l. n. 196/1997 e il d.lgs. n. 276/2003 cfr., se vuoi, il mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 205-229.

⁽⁵¹⁾ Secondo l'auspicio contenuto nella parte III (*politiche del lavoro*) del protocollo « Giugni » del 1993 sul costo del lavoro che per primo ha aperto la strada della legittimazione sociale della fornitura di lavoro altrui nel nostro Paese (vedilo in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Concertazione*). Tale aspetto è ora bene evidenziato, tra gli altri, da A. ACCORNERO, *Nuovi lavori e rappresentanza*, in *DRI*, 2005, n. 1, spec. § 1, secondo cui « l'interinale si segnala in Italia per le norme serie, i costi certi, il rapporto tutelato, la buona intermediazione, e per le possibilità di prova, di reiterazione e di assunzione che offre ai lavoratori e agli imprenditori ».

⁽⁵²⁾ Cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia – Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Ed. Plus, Università di Pavia, 2003, qui 57-59, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Somministrazione*.

⁽⁵³⁾ Questo aspetto è bene evidenziato da P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., 229.

facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della missione. E questo non solo in caso di lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato ma anche, in presenza di una adeguata indennità corrisposta al lavoratore, con contratto a tempo determinato ⁽⁵⁴⁾.

Le ricerche empiriche indicano in ogni caso che, dal punto di vista delle imprese, in ciascuna fornitura di lavoro altrui s'intrecciano di fatto, anche al di là delle indicazioni contenute nella legge, esigenze di flessibilità occupazionale e funzioni di selezione del personale nell'ottica dell'investimento in capitale umano. Là dove, per contro, l'applicazione della regola di parità di trattamento tra lavoratori inviati in missione e lavoratori direttamente assunti dalla impresa utilizzatrice ⁽⁵⁵⁾ conferma inequivocabilmente – sul piano logico prima ancora che sistematico – che il ricavo netto della agenzia di somministrazione di manodopera non si fonda su un lucro parassitario determinato dalla mercificazione del lavoro e cioè dalla mera differenza tra quanto percepito dall'impresa cliente per il costo del lavoro e quanto corrisposto al lavoratore.

L'utile ricavato dalla impresa di somministrazione, in questi casi, si giustifica piuttosto come profitto in ragione della assunzione di un rischio tipico d'impresa ⁽⁵⁶⁾ in quanto l'agenzia di somministrazione è costretta a offrire sul mercato un servizio – di ricerca, selezione, formazione del lavoratore e di gestione amministrativa del rapporto di lavoro – che, dal punto di vista del prezzo della singola prestazione lavorativa, comporta un costo superiore rispetto a quello che sopporterebbe l'impresa utilizzatrice se dovesse assumere direttamente il lavoratore ⁽⁵⁷⁾. Circostanza questa che rende priva di attendibilità la tesi di quanti vedono nello *staff-leasing* e nella somministrazione di lavoro a termine resa da agenzie a ciò espressamente autorizzate dall'ordinamento, in presenza e previa verifica di rigorosi requisiti giuridici e finanziari, espressione di una politica gestionale volta alla mercificazione e precarizzazione del lavoro.

Vero è, semmai, che proprio il maggior costo di fatto sostenuto dalle imprese utilizzatrici che si rivolgono alle agenzie di somministrazione, unitamente alla circostanza che non tutte le responsabilità tipiche di chi utilizza una prestazione lavorativa vengono meno ⁽⁵⁸⁾, dovrebbe indurre a ricorrere alla somministra-

⁽⁵⁴⁾ Cfr. il mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui, 209.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. l'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003. In dottrina cfr. A. NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2003, 278-284.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., sul punto, P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui spec. 226-229.

⁽⁵⁷⁾ Sul "costo" della somministrazione cfr. T. TREU, *Riforma Biagi e nuove regole del mercato del lavoro*, in G. FERRARO, *op. cit.*, qui 169. Per un approfondimento di questo profilo rinvio al mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., spec. 246-250.

⁽⁵⁸⁾ Vero è, piuttosto, che la disciplina della somministrazione di lavoro dà luogo a una forma di co-impiego caratterizzata per una distribuzione programmatica, e largamente tipizzata dal legislatore, dei rischi e delle responsabilità contrattuali legate all'impiego di forza-lavoro eterodiretta. Per questo profilo, delineato nel mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., qui spec. 318-345, sulla scorta della esperienza degli Stati Uniti cfr. ora L. CORAZZA, *Il modello statunitense dello "Staff leasing e la somministrazione di manodopera": qualche appunto in prospettiva di una riforma*, in *q. Rivista*, 2002, n. 4, 553-564.

zione di lavoro – anche in assenza di vincoli legali e divieti anacronistici, come bene dimostra il caso degli Stati Uniti ⁽⁵⁹⁾ – unicamente in presenza di cause oggettive e reali (*infra* § 5) e non certo in funzione di semplicistiche strategie aziendali di riduzione del costo lavoro. Quelle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive, anche inerenti alla ordinaria attività dell'utilizzatore, che, nell'impianto del decreto legislativo n. 276 del 2003, sono ora chiamate a governare con maggior effettività – grazie anche a un rinnovato sistema sanzionatorio ⁽⁶⁰⁾ – i processi di esternalizzazione e/o internalizzazione del lavoro altrui ⁽⁶¹⁾.

Come efficacemente rilevato già nel celebre Rapporto Supiot del 1998 sulle trasformazioni del lavoro e il futuro del diritto del lavoro in Europa ⁽⁶²⁾, la tendenza a ridurre i costi e a rendere più flessibile l'impiego della forza-lavoro ha certamente giocato un importante ruolo e può contribuire a spiegare l'esternalizzazione di funzioni e competenze che richiedono *skill* limitati (pulizia, giardinaggio, facchinaggio, manutenzione di impianti, *catering*, servizi di trasporto, ecc.). Ma chi conosce la più recente evoluzione dei modi di produrre e organizzare il lavoro sa bene che l'esternalizzazione di funzioni che richiedono competenze professionali più elevate è il risultato di due diversi fattori: « da un lato il progresso tecnologico (segnatamente il ruolo delle nuove tecnologie nell'ambito della informazione e delle telecomunicazioni), che ha simultaneamente innalzato il livello delle competenze richieste per certe funzioni e incoraggiato il ricorso all'*outsourcing*; dall'altro lato, l'evoluzione delle tecniche contrattuali, che oggi offrono ai clienti una giusta e migliore conoscenza dei loro fornitori, eliminando i rischi inerenti alle esternalizzazioni di fasi cruciali del ciclo produttivo (in particolare standard di qualità e certificazioni di conformità ISO 9000) » ⁽⁶³⁾.

E anche recenti studi empirici condotti per conto dell'*European Monitoring Centre on Change* della Fondazione Europea di Dublino per il miglioramento

⁽⁵⁹⁾ Il caso americano mostra in effetti che, anche in assenza di una disciplina vincolistica come la nostra, il ricorso allo *staff-leasing* e alla somministrazione di lavoro rimane limitato a prestazioni specialistiche e di nicchia ovvero a prestazioni *labour intensive* che consentono lo sfruttamento di economie di scala e di un certo *know how* organizzativo e gestionale, non superando di molto il 2% della forza-lavoro. Cfr. il rapporto 2004 dell'American Staffing Association, *Staffing Industry's Positive Role in U.S. Economy* reperibile all'indirizzo internet www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Esternalizzazioni*.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. ora, con specifico riferimento ai profili sanzionatori di carattere civile, la circ. Min. lav. n. 22 febbraio 2005, n. 7, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 7, e in dottrina, con riferimento in particolare ai profili di rilevanza penale, P. RAUSEI, *La somministrazione abusiva di lavoratori illecitamente utilizzati*, in *DPL*, 2005, n. 7, 409 - 418.

⁽⁶¹⁾ Per approfondimenti cfr., se vuoi, il mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 205-229 e anche P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro – Insetto sulla correzione d.lgs. 6 ottobre 2004*, n. 251, Zanichelli, Bologna, 2004.

⁽⁶²⁾ *Transformation of Labour and the Future of Labour Law in Europe – Final Report*, 1998, qui 17, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Statuto dei lavori*. Cfr. ora A. SUPIOT, *op. cit.*, qui 18.

⁽⁶³⁾ A. SUPIOT, *op. loc. ult. cit.* Cfr. altresì K. PURCELL, J. PURCELL, *In-sourcing, out-sourcing e lavoro temporaneo*, in *DRI*, 1998, n. 3, 343-356.

delle condizioni di vita e di lavoro ⁽⁶⁴⁾ confermano come sia largamente fuorviante la considerazione – pure largamente diffusa anche nel nostro Paese, come indicano i contributi citati nel paragrafo 1 – che i fenomeni di esternalizzazione del lavoro siano guidati esclusivamente dalla ricerca di un minor costo del lavoro ovvero dalla finalità di aggiramento fraudolento delle tutele del lavoro dipendente.

La realtà è decisamente più complessa e diversi elementi, non necessariamente legati al costo del lavoro e alla competizione tra i diversi sistemi regolativi del lavoro dipendente, concorrono a spiegare un fenomeno tanto complesso quanto caratteristico dei nuovi processi di organizzazione del lavoro ⁽⁶⁵⁾.

La nuova economia è, in effetti, il prodotto della combinazione degli incrementi di capitale tecnologico, capitale umano e capitale organizzativo ⁽⁶⁶⁾. L'innovazione richiede peraltro che l'investimento in tecnologie possa dare un adeguato ritorno grazie a risorse umane competenti e adattabili e a modelli organizzativi idonei a valorizzarne tutte le potenzialità ⁽⁶⁷⁾. In particolare, le tecnologie del calcolo e della comunicazione hanno determinato il superamento del modello “verticale” e quindi del ciclo produttivo integrato ove tutti i lavoratori svolgevano mansioni rigidamente e gerarchicamente predeterminate e, pur operando in ambiti diversi – di diretta produzione o di indiretto servizio ad essa –, dipendevano dallo stesso datore di lavoro. La rivoluzione digitale ha indotto la possibilità che società diverse operino in rete tra di loro – e secondo una fitta trama di relazioni contrattuali normalmente stabili e standardizzate ⁽⁶⁸⁾ – favorendo la specializzazione e l'interdipendenza di ciascuna di esse ⁽⁶⁹⁾.

Risulta così economicamente razionale per ciascun operatore economico con-

⁽⁶⁴⁾ Cfr., in particolare, lo studio curato da U. HUWS, S. DAHLMANN, J. FLECKER, *Outsourcing of ICT and related services in the EU*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2004 (vedilo in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Esternalizzazioni*).

⁽⁶⁵⁾ Così, espressamente, il direttore della Fondazione di Dublino, nella prefazione allo studio condotto da U. HUWS, S. DAHLMANN, J. FLECKER, *op. cit.* Nella letteratura italiana, per una critica alla tesi che vede semplicisticamente il decentramento produttivo come il risultato della competizione (al ribasso) tra sistemi regolativi del lavoro subordinato, cfr. L. CORAZZA, “Contractual integration” e rapporti di lavoro, *cit.*, spec. 82-93. *Contra*, ma senza fornire elementi al riguardo, M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, *cit.*, qui 12.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. il rapporto presentato alla Commissione Europea di T. ALASOINI (ed.), *Challenges of Work Organization Development in the Knowledge-Based Economy*, september 2001, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (Organizzazione del)*.

⁽⁶⁷⁾ Il nesso tra nuova organizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano è nitidamente tracciato nel *Libro Verde* della Commissione Europea su *Partnership for a New Organizations of Work*, documento redatto sulla base di COM(97)128 final, in *Bulletin of European Union*, 1997, n. 4, suppl., vedilo ora in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (Organizzazione del)*, ma vedi già il *Libro Bianco* su *Crescita, competitività e occupazione – Documento in attuazione della COM(93)700 final* (in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Statuto dei lavori*).

⁽⁶⁸⁾ Ancora A. SUPLOT, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁹⁾ Cfr. M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, Blackwell, London, 1996, cui *adde*, più recentemente, T. ALASOINI (ed.), *Challenges of Work Organization Development in the Knowledge-Based Economy*, *cit.* Nella letteratura italiana cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni ecc.*, *cit.*, spec. 9-13, e P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, *cit.*, qui spec. 218-224.

centrarsi sul proprio *core business* aziendale ed approvvigionarsi da soggetti terzi – spesso dotati un prezioso *know how* immateriale ed organizzativo – non soltanto per la logistica, il *facility management*, l'amministrazione, la selezione e gestione del personale, i sistemi informativi, la commercializzazione dei prodotti, ma, più recentemente, anche per funzioni centrali e altamente specialistiche prossime al cuore del processo produttivo aziendale.

Ciò è particolarmente vero per le piccole e medie imprese, rispetto alle quali la logica di rete e il ricorso al *know how* organizzativo e gestionale di imprese specializzate risulta sempre più decisivo per sopravvivere, nel medio e lungo periodo, in un contesto economico e sociale in continua evoluzione⁽⁷⁰⁾. E lo è ancor di più in Paesi come il nostro, dove è la particolare struttura del sistema produttivo⁽⁷¹⁾ – e non certo il nuovo quadro legale introdotto dalla riforma Biagi – che rende decisamente problematico, soprattutto nell'area delle nuove tecnologie, l'investimento in risorse umane alimentando, mediante l'economia informale e il lavoro irregolare, quella che giustamente è stata definita la via bassa allo sviluppo⁽⁷²⁾.

Tutti i cambiamenti qui sommariamente descritti hanno, evidentemente, un forte impatto non solo sul funzionamento dei sistemi di relazioni industriali nazionali ma, prima ancora, sulla qualità della occupazione e sui metodi di organizzazione del lavoro⁽⁷³⁾. Un lavoro che diventa caratterizzato non solo da maggiore creatività, intraprendenza e specializzazione – corrispondenti ad una maggiore esigenza di servizio in ogni ambito –, ma anche dalla inesorabile distribuzione dei rapporti di lavoro in capo alle diverse società.

L'*outsourcing* diventa, in questa prospettiva, il modo ordinario con cui le attività produttive – di beni come di servizi – si relazionano secondo economie di scala e un nesso di reciproca convenienza (orizzontale) in luogo del precedente rapporto gerarchico (verticale) che univa le diverse funzioni. Là dove il superamento del rigido modello della impresa fordista induce le imprese a consolidare quelle relazioni contrattuali, sia con i propri dipendenti sia con la

(70) Cfr. lo studio realizzato per la Commissione Europea da R. ENNALS, *The Existing Policy Framework to Promote Modernisation of Work: Its Weaknesses*, October 2002, qui spec. 8, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (Organizzazione del)*, cui *adde* per i dati relativi al fenomeno della cooperazione fra imprese nel contesto di imprese di piccole e medie dimensioni, *Observatory of European SMEs 2003, No. 8 - Highlights from the 2003 Observatory*, Luxembourg, 2004, 25-26, vedilo all'indirizzo internet www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Impresa*.

(71) Non si deve dimenticare che, secondo le più recenti stime, le piccole e medie imprese italiane occupano più dell'80% della forza-lavoro complessiva mentre, ad esempio, per Francia e Germania la proporzione è circa del 65% e nel Regno Unito scende a 60% (cfr. i dati riportati nella tabella *Table I.2: Enterprises Europe 19, 2003, occupied persons* in *Observatory of European SMEs 2003, No. 8 - Highlights from the 2003 Observatory*, cit., 38).

(72) Cfr. il rapporto dell'European Work & Technology Consortium su *Work Organisation, Competitiveness, Employment: the European Approach*, CE-V/8-98-001-EN-C, 1998.

(73) Cfr., tra gli altri, i contributi raccolti in M.B. BLAIR, T.A. KOCHAN (eds.), *The New Relationship. Human Capital in the American Corporation*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000.

rete di aziende con cui operano sul mercato, che consentono la creazione di maggior valore aggiunto ⁽⁷⁴⁾.

4. In realtà i Paesi dell'Europa continentale, e l'Italia in particolare, hanno frapposto ostacoli culturali e organizzativi ai processi di cambiamento in atto ⁽⁷⁵⁾, spesso rinunciando, anche per la mancanza di istituzioni appropriate ⁽⁷⁶⁾ e di una logica cooperativa nel funzionamento del sistema di relazioni industriali ⁽⁷⁷⁾, ad assumersi scomode responsabilità. E ora, nel contesto di una evidente ripresa della economia globale, crescono ben al di sotto delle loro potenzialità. Essi sono nel mezzo di una tenaglia competitiva che li oppone – sempre più debolmente – alle dinamiche economie asiatiche, da un lato, e alle innovative società anglosassoni, dall'altro. Tanto che, per le asfittiche economie europeo-continentali, la principale sfida che si pone oggi, come giustamente è stato notato, non pare tanto quella legata alla contrapposizione spesso fine a se stessa tra via alta e via bassa alla innovazione, « ma piuttosto tra innovazione di qualsivoglia tipo ovvero nessuna innovazione affatto » ⁽⁷⁸⁾.

Agevolare chi affida l'innovazione della propria azienda a grandi gruppi e professionisti nel campo delle risorse umane, come nel caso dei nuovi soggetti polifunzionali denominati dal legislatore « agenzie del lavoro » ⁽⁷⁹⁾, non significa dunque impoverire la dotazione di capitale umano delle nostre imprese e optare per una via bassa dello sviluppo. È questa, semmai, una strategia che può consentire di incidere significativamente e, in forma strutturale, su alcune delle principali patologie del nostro sistema produttivo: « innanzitutto, disporre di aggiornamenti tecnologici continui, poi ridurre i costi grazie ad una maggiore

⁽⁷⁴⁾ *Human Resources – Outsourcing in Europe*, ADP Dossier, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Esternalizzazioni*, qui 9. Cfr. altresì U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., spec. 74-79.

⁽⁷⁵⁾ Ampia analisi in COMMISSIONE EUROPEA, *New Forms of Work Organisation – The obstacle to Wider Diffusion*, october 2002, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (Organizzazione del)*.

⁽⁷⁶⁾ È quanto giustamente rileva R. ENNALS, *The Existing Policy Framework to Promote Modernisation of Work: Its Weaknesses*, cit., qui 6-7 e anche 5, dove sottolinea come la stessa Commissione Europea abbia in parte sopravvalutato la capacità delle parti sociali di offrire risposte immediate all'invito (cfr. il già citato *Libro Verde* su *Partnership for a New Organisations of Work*) di assumersi precise responsabilità sul versante della modernizzazione della organizzazione del lavoro.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. THE EUROPEAN WORK ORGANISATION NETWORK, *New Forms of Work Organisation – The benefits and Impact on Performance*, april 2001, qui 2, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (Organizzazione del)*.

⁽⁷⁸⁾ Così: T. ALASOINI (ed.), *Challenges of Work Organization Development in the Knowledge-Based Economy*, cit., qui 8.

⁽⁷⁹⁾ Sulla configurazione delle agenzie del lavoro nell'ambito del d.lgs. n. 276/2003 cfr. P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, spec. Parte I, sez. (B).

produttività e a processi gestionali più agili e migliorare la qualità dei servizi. In altre parole, diventare più competitivi »⁽⁸⁰⁾.

Ciò può essere vero anche là dove l'esternalizzazione avvenga mediante il trasferimento di un ramo di azienda. Non solo perché, come giustamente notato⁽⁸¹⁾, il trasferimento dei lavoratori in una azienda che fornisce servizi specialistici può migliorare le loro carriere, nel senso di « offrire loro l'opportunità di riqualificazione professionale e dunque garantire una occupazione più soddisfacente di quella che avrebbero svolto nella impresa d'origine ». L'esternalizzazione, *sub specie* di trasferimento d'azienda, può anche svolgere un ruolo importante di salvaguardia dei livelli occupazionali e della qualità del lavoro: « l'alleggerimento dell'organico dell'azienda può produrre quell'incremento di efficienza e competitività che raggiunge la finalità di consolidare le posizioni lavorative di quanti sono rimasti. Nel contempo, la costituzione di una nuova società, fondata potenzialmente su margini più ampi di flessibilità nella gestione del personale (sempre che non si tratti di unità di piccole o piccolissime dimensioni), può rappresentare un'importante strumento di salvataggio di posizioni lavorative sovente a rischio »⁽⁸²⁾. E lo stesso dicasi per l'istituto del distacco⁽⁸³⁾ che, specie all'interno dei gruppi di impresa, soddisfa una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo.

Vero è peraltro che le tecniche di impiego del lavoro altrui, comunemente – e genericamente – identificate mediante l'utilizzo della ampia quanto ambigua locuzione « esternalizzazione del lavoro », sempre meno frequentemente si risolvono in una deresponsabilizzazione nella gestione del personale.

La somministrazione di lavoro presuppone, in particolare, il sorgere di una obbligazione negoziale complessa, funzionale ad una ripartizione contrattuale dei rischi, dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità connesse all'utilizzo di forza-lavoro dipendente⁽⁸⁴⁾: ripartizione che, per un verso, è rigorosamente predeterminata dal legislatore attraverso una serie di limiti inderogabili alla autonomia privata (imputazione dell'obbligo di sicurezza; adempimenti retri-

⁽⁸⁰⁾ Così, efficacemente, E. CISNETTO, *Outsourcing e innovazione per combattere il declino*, in *Il Messaggero*, 11 luglio 2004.

⁽⁸¹⁾ Cfr. K. PURCELL, J. PURCELL, *op. cit.*, 351.

⁽⁸²⁾ Così, meglio di noi, M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., spec. 274. Sui profili positivi, anche in termini di qualità e incremento della occupazione, che possono derivare dalla circolazione delle imprese in termini di capitale umano, cfr. anche R.S. SCHULER, S.E. JACKSON, *Human Resource Management in Context*, in R. BLANPAIN (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, spec. 112-116.

⁽⁸³⁾ Cfr. C. BIZZARRO, M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *DRI*, 2004, 360-378.

⁽⁸⁴⁾ A questa costruzione giuridica corrisponde del resto – parallelamente alla crisi della figura unitaria di datore di lavoro – l'evoluzione del concetto stesso di impresa definita ora non più semplicemente come proprietà di strumenti e capitali, ma come « luogo di ripartizione dei rischi »: cfr. E. RULLANI, *Dai gruppi alle reti: le istituzioni dell'anomalia*, in P. ZANELLI (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, F. Angeli, Milano, 1991, 131-149, cui adde L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, cit.

butivi, contributivi e previdenziali; esercizio del potere direttivo e del potere disciplinare; assunzione della responsabilità civile per il fatto del lavoratore; ecc.) e che, per l'altro verso, nel silenzio della legge, viene concordata dalle parti stesse fermo restando il limite della parità di trattamento tra lavoratori temporanei e lavoratori stabili dell'impresa utilizzatrice⁽⁸⁵⁾ e il rispetto dei principi generali dell'ordinamento in tema di ordine pubblico economico.

Rispetto ai tradizionali rapporti di lavoro subordinato, nella somministrazione di lavoro la posizione giuridica complessiva del lavoratore rimane sostanzialmente impregiudicata, tanto sul lato attivo che su quello passivo del rapporto obbligatorio⁽⁸⁶⁾, limitandosi il prestatore a svolgere « la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore »⁽⁸⁷⁾; là dove, invece, la posizione giuridica del datore di lavoro, pur rimanendo anch'essa immutata se considerata nella sua globalità, risulta distribuita tra due diversi soggetti – l'agenzia di somministrazione e l'impresa utilizzatrice – dando luogo ad una dualità di datori di lavoro rispetto a un rapporto obbligatorio unitario.

Nell'ottica della valorizzazione del capitale umano non si può poi neppure trascurare la circostanza che, nella somministrazione di lavoro, il lavoratore beneficia di cospicue risorse – destinate ai fondi bilaterali di cui all'articolo 12 del decreto legislativo n. 276 del 2003⁽⁸⁸⁾ – finalizzate a promuovere percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale, anche in funzione di continuità di occasioni di impiego e, nel caso di assunzione con contratto a tempo indeterminato, a sostegno del reddito in caso di fine lavori⁽⁸⁹⁾, nonché in favore di iniziative dirette a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti.

I lavoratori coinvolti in questa forma di vera e propria internalizzazione del lavoro risultano, dunque, decisamente più tutelati che in caso di mero appalto di servizi⁽⁹⁰⁾. Soltanto in un senso molto ampio e generico – e comunque in

(85) Al pari della l. n. 196/1997, il d.lgs. n. 276/2003 nulla dispone, per esempio, in tema di malattia, gravidanza e puerperio, infortunio, impossibilità sopravvenuta, caso fortuito e in generale altri eventi che possono dare luogo alla interruzione della missione. In questi casi sarà allora il regolamento negoziale individuale o, più plausibilmente, la contrattazione collettiva, a disporre, nei limiti della parità di trattamento, circa la distribuzione dei rischi e delle relative responsabilità.

(86) Nel senso che la ripartizione di rischi e responsabilità può avvenire soltanto tra agenzia di lavoro temporaneo e impresa utilizzatrice, mentre è preclusa una traslazione dei rischi e delle responsabilità tipiche del datore di lavoro sul lavoratore temporaneo.

(87) Art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.

(88) Con riferimento all'attuazione ad opera delle parti sociali dell'art. 12 del d.lgs. n. 276/2003, cfr. gli accordi del 2 febbraio 2005 per l'*Attuazione dell'art. 12 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, e l'*Accordo quadro per l'attuazione dell'art. 12, commi 2 e 3 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4, e a commento G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro: accordo sui fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in *GLav*, 2005, n. 8, 10-13, cui adde, in generale, G. BOCCHIERI, *Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 607-613.

(89) Il concetto di « fine lavori » è opportunamente precisato nella circ. Min. lav. n. 7/2005.

(90) In questo senso, con specifico riguardo anche ai profili della trasparenza nell'imputazione dei

termini per nulla conformi a quanto si verifica nella maggior parte dei rapporti di lavoro c.d. atipici – si può pertanto ritenere che lo schema della somministrazione di lavoro consenta di accollare anche ai lavoratori una parte del rischio di impresa e precisamente quel « rischio intrinseco in ogni manovra espansiva dell'organico realizzata attraverso contratti di lavoro standard a tempo indeterminato » ⁽⁹¹⁾.

Quantomeno nella configurazione assunta nell'ordinamento italiano, lo schema della somministrazione di lavoro non conduce dunque a una pura e semplice traslazione dei rischi, degli obblighi e delle responsabilità che sono propri del lavoro dipendente in capo a soggetti diversi dall'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa, comportando molto più semplicemente una nuova strutturazione di quelle determinate posizioni soggettive che, alla stregua dei principi dell'ordinamento, legittimano l'appropriazione del « risultato » prodotto dal lavoro altrui.

Con la somministrazione di lavoro si realizza, in altri termini, una duplicazione del creditore della prestazione lavorativa; ciò che consente di accostare la fornitura di prestazioni di lavoro altrui allo schema del c.d. contratto bimestre caratterizzato, come noto, dalla circostanza che « la posizione giuridica di uno dei contraenti è scomposta ed è distribuita tra due soggetti » ⁽⁹²⁾.

Pienamente confermata – in analogia a quanto elaborato dalla giurisprudenza americana ⁽⁹³⁾ – è la costruzione del rapporto trilatero in termini di « co-impiego » o « *co-employment* » ⁽⁹⁴⁾.

Quanto detto spiega perché, nella letteratura internazionale, sia invalsa la distinzione concettuale, sicuramente più aderente alla realtà del fenomeno, tra

rapporti di lavoro e, più in generale, al ruolo delle Agenzie di somministrazione, cfr. anche P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui 237.

⁽⁹¹⁾ In questo senso v. M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, qui 543.

⁽⁹²⁾ Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1968, vol. XXI, t. I, qui 644, che tuttavia prospetta una figura alquanto rigida di contratto bimestre, nel senso che uno dei due soggetti assume tutti i diritti; l'altro tutti gli obblighi.

⁽⁹³⁾ Il rapporto di *co-employment* è definito, negli Stati Uniti, come « una relazione tra due o più datori di lavoro in cui ognuno ha per legge diritti e doveri attuali o potenziali rispetto allo stesso lavoratore o gruppo di lavoratori ». Così E.A. LENZ, *Co-Employment-A Review of Customer Liability Issues in the Staffing Services Industry*, in *Labor Lawyer*, 1994, 195-216. In tema cfr., tra i tanti, J. LINDER, *The Joint Employment Doctrine: Clarifying Legislative – Judicial Confusion*, in *Hamline Journal of Public Policy*, 1989, 321-330; S.F. COOPER, *The Expanding Use of the Contingent Workforce in the American Economy: New Opportunities and Dangers for Employers*, in *Employee Relations Law Journal*, 1995, 525; W.V. SIEBERT, N.D. WEBBER, *Joint Employer, Single Employer, and Alter Ego*, in *Labor Lawyer*, Fall 1987, 880-883. Ampi riferimenti giurisprudenziali sono in J.G. AXELROD, *Who's the Boss? Employee Leasing and the Joint Employer Relationship*, in *Labor Lawyer*, 1987, spec. 857-871.

⁽⁹⁴⁾ Secondo un modello teorico-ricostruttivo della fattispecie già prospettato, con riferimento alla l. n. 196/1997, nel mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., spec. Cap. IV. Uno spunto anche in M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, 50, e ora, in termini adesivi, anche P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 296-297.

out-sourcing e *in-sourcing*, per differenziare, rispettivamente, il ricorso a servizi offerti in regime di appalto o subappalto dall'uso di *staff* d'agenzia che opera sotto le direttive e nell'interesse dell'utilizzatore⁽⁹⁵⁾. Così come sempre più frequenti, nella prassi, sono poi quelle forme di *co-sourcing*, *net-sourcing*, *selective-sourcing*, *multi-sourcing*, *back-sourcing*, *co-specialisation/value added outsourcing*⁽⁹⁶⁾ che concorrono ad alimentare, già sul piano dei rapporti intersubiettivi di carattere privato prima ancora che in relazione alla ripartizione di rischi, obblighi e responsabilità imposta da un dato ordinamento giuridico, vere e proprie ipotesi di co-impiego a tutto vantaggio del prestatore di lavoro.

Come dimostrano del resto i mercati più evoluti e maturi⁽⁹⁷⁾ è dunque evidente, nei processi di *out-sourcing* e di *in-sourcing*, un *trend* verso l'accumulazione di forza-lavoro altamente qualificata e adattabile che, sempre più frequentemente, viene utilizzata per ricoprire ruoli strategici nella integrazione contrattuale e relazionale tra reti di imprese⁽⁹⁸⁾. A conferma del fatto che, come già rilevato dalla Commissione Europea nel *Libro Verde* del 1997 sulla *partnership* per una nuova organizzazione del lavoro⁽⁹⁹⁾, i nuovi modelli di organizzazione del lavoro enfatizzano la qualità dell'apporto umano al processo produttivo facendo così della persona del lavoratore il vero valore aggiunto che esalta le logiche di rete e il coordinamento contrattuale tra le imprese⁽¹⁰⁰⁾.

5. I recenti cambiamenti, che hanno investito i modi di produrre e organizzare il lavoro, nell'evidenziare nuove strategie di gestione del personale, giustificavano pertanto non solo una radicale revisione, sul piano della elaborazione scientifica, del celebre quanto stereotipato modello – teorizzato nella letteratura internazionale da Atkinson⁽¹⁰¹⁾ – che contrappone semplicisticamente i

⁽⁹⁵⁾ Così, K. PURCELL, J. PURCELL, *op. ult. cit.*, qui, 350 e 351. Sulla scorta di questa opzione terminologica cfr. ora, nella letteratura italiana, R. ROMEI, *Cessione di ramo di azienda e appalti*, in *DLRI*, 1999, qui 329-330, che propone un utilizzo meno circoscritto del termine *in-sourcing*, identificando giustamente nella internalizzazione ogni processo « attraverso il quale i beni, i servizi e le attività esternalizzate sono nuovamente acquisiti dall'impresa originaria », cui *adde* ora anche G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione*, Jovene, Napoli, 2004, qui 63-76.

⁽⁹⁶⁾ Ampia casistica in J. MILLAR, *Oursourcing Practices in Europe*, Star Project, Issue n. 27, July 2002, qui 12 (vedilo anche in www.csmb.unimo.it, indirizzo A-Z, voce *Esternalizzazioni*).

⁽⁹⁷⁾ Cfr. J. MILLAR, *op. cit.*, 28-29, 35.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. U. HUWS, S. DAHLMANN, J. FLECKER, *op. cit.*, 3-4, 17-18.

⁽⁹⁹⁾ Commissione Europea su *Partnership for a New Organisations of Work*, cit.

⁽¹⁰⁰⁾ In dottrina, per i dovuti approfondimenti, cfr. L. GOLZIO, *L'evoluzione dei modelli organizzativi d'impresa*, che precede in questo fascicolo, e L. CAMPIGLIO, *I modelli di riforma del mercato del lavoro richiesti dalla competitività economica*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 395-402.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. J. ATKINSON, *Manpower Strategies for Flexible Organisations*, in *PM*, 1984, 28-31. Cfr. altresì J. ATKINSON, *Flexibility, uncertainty and manpower management*, Institute of Manpower Studies, University of Sussex, Brighton, 1985, e J. ATKINSON, N. MEAGER, *New Forms of Work Organisation*, IMS Report 121, IMS, 1986.

core ai *peripheral employee* ⁽¹⁰²⁾, ma anche e soprattutto un adeguamento del quadro legale di riferimento. Questo soprattutto con riferimento a un Paese come il nostro, dove i processi di esternalizzazione risultavano governati – come noto ⁽¹⁰³⁾ – da una disciplina tanto rigida sul piano formale quanto largamente ineffettiva nella prassi applicativa. Con la conseguenza di alimentare fenomeni *sui generis* e selvaggi di esternalizzazione ⁽¹⁰⁴⁾, attraverso un massiccio, quanto spesso abusivo, ricorso ad appalti di servizi ma anche a contratti di lavoro non dipendente come nel caso delle collaborazioni coordinate e continuative che hanno finito con il rappresentare una forma individualizzata ed estrema di *outsourcing* con grave danno per la dotazione di capitale umano del nostro Paese ⁽¹⁰⁵⁾.

E nella impostazione classica « centro-periferia » si poneva, a ben vedere, la stessa legge n. 196 del 1997, con cui pure si apriva la prima breccia al rigido divieto di somministrazione di prestazioni di lavoro altrui ⁽¹⁰⁶⁾.

La fornitura di lavoro era infatti ammessa unicamente – stante il disposto dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 196 del 1997 – per il soddisfacimento di « esigenze di carattere temporaneo » e, dunque, solo per casi eccezionali individuati dalla legge o dalla contrattazione collettiva. Una previsione questa che, in uno con il divieto di somministrazione per la esecuzione di mansioni di esiguo contenuto professionale, finiva con il consentire l'emersione e regolarizzazione di una minima parte dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro connessi ai fenomeni di esternalizzazione del lavoro. Tanto a indurre una attenta dottrina a segnalare l'ipocrisia del lavoro interinale all'italiana e cioè di « un nuovo istituto assolutamente inutile per come regolato. La verità nuda e cruda è che si tratta di un mero doppione del contratto a termine, contrabbandato come un nuovo importante strumento di flessibilità » ⁽¹⁰⁷⁾.

A trionfare nell'impianto della legge n. 196 del 1997 era, in effetti, la vecchia impostazione rigida della norma inderogabile astratta « coniugata al controllo successivo del giudice, che tanti guasti ha provocato alla certezza del diritto e alla programmazione delle imprese proprio in tema di contratto a ter-

⁽¹⁰²⁾ Nella letteratura internazionale, tra i primi a suggerire il superamento, o comunque una profonda revisione, del modello « centro-periferia », cfr. K. PURCELL, J. PURCELL, *op. cit.*, 344. Nella dottrina italiana insiste sul punto A. RUSSO, *op. cit.*, qui 260-264.

⁽¹⁰³⁾ Cfr., per tutti, P. ICHINO, *Spazi attuali e prospettive del leasing di manodopera*, in *RIDL*, 1992, III, 119 ss., cui *adde* ID., *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, Relazione introduttiva e replica conclusiva alle Giornate di studio Aidlass di Trento del 4-5 giugno 1999, ora in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss. e 361 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Ho cercato di argomentare questa considerazione già nel mio *Il lavoro temporaneo in Italia*, in *DRI*, 1992, n. 1. Sui rischi di una esternalizzazione di cattiva qualità, in assenza di una evoluzione del quadro legale di riferimento, si è espressa anche la Commissione Europea nel *Libro Bianco su Crescita, competitività e occupazione*, cit., qui Cap. 9.2.

⁽¹⁰⁵⁾ Il tema è affrontato, in una logica di sistema, in M. SACCONI, P. REBOANI, M. TIRABOSCHI, *La società attiva – Manifesto per nuove sicurezze*, Marsilio, Venezia, 2004.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr., per tutti, P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel « muro » del divieto di interposizione*, in *DLRI*, 1997, qui 502-503 e 514.

⁽¹⁰⁷⁾ Così A. VALLEBONA, *L'ipocrisia del lavoro interinale all'italiana*, in *ADL*, 1997, 135-136.

mine » (108). Ma non solo. In questa prospettiva il prestatore di lavoro temporaneo, per quanto ampiamente tutelato da una legislazione tra le più rigide e garantiste d'Europa (109), finiva con l'essere inevitabilmente collocato nell'area del lavoro precario (110) – e questo anche nell'ipotesi in cui fosse stato assunto a tempo indeterminato da una grande multinazionale del settore, in linea con l'archetipo centrale del diritto del lavoro – tanto da giustificare, sul piano della rappresentanza sindacale (111), una grossolana quanto indebita assimilazione alla figura del collaboratore coordinato e continuativo (112). E questo nonostante il nostro Paese, caratterizzato per una esperienza di sindacalismo c.d. orizzontale (113), non risultasse spiazzato dai segnali di sgretolamento della fabbrica fordista al pari di quelle Nazioni che hanno invece conosciuto unicamente o prevalentemente un sindacalismo di tipo verticale (114).

L'impostazione accolta dal decreto legislativo n. 276 del 2003, supera, da questo specifico punto di vista, il modello « centro-periferia », rispetto al quale la fornitura di lavoro era appunto vista come forma di lavoro precaria e marginale e, come tale, da ammettere in casi eccezionali. La somministrazione diventa ora motore centrale – in presenza di ragioni tecniche, organizzative o produttive — dei processi di esternalizzazione/internalizzazione del lavoro nell'ottica della specializzazione produttiva e della organizzazione del lavoro a rete propria della nuova economia.

Nella prospettiva della economia della organizzazione le imprese italiane hanno oggi maggiori opportunità di rivolgersi legalmente ai mercati esterni del lavoro, di modo che le loro concrete strategie organizzative dipenderanno non esclusivamente da valutazioni legate al costo del lavoro, quanto piuttosto ai c.d. costi di transazione ovvero il costo di uso associato a ciascun tipo di contratto di lavoro considerato (115).

Alla luce dei variabili costi di transazione presenti in ciascuna azienda e in ciascun settore produttivo – e cioè i costi di decisione o di esperienza, i costi di

(108) Ancora A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 137-138.

(109) Per un quadro comparato cfr. il mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., Cap. V.

(110) In questa prospettiva cfr., per tutti, A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2003, 96.

(111) Si vedano gli statuti di Nidil, Alai, Cpo che peraltro aggregano, assieme ai collaboratori e ai lavoratori in somministrazione, anche i lavoratori socialmente utili.

(112) Sui profili della rappresentanza dei lavoratori « atipici » cfr. in generale i contributi raccolti nella sezione Ricerche: *Promozione della occupazione e nuovi lavori: i riflessi sulle relazioni industriali e la questione della rappresentanza*, in *q. Rivista*, 2005, n. 1, e ivi con particolare riferimento alla scelta compiuta dalle organizzazioni sindacali di rappresentare insieme lavoratori temporanei, collaboratori coordinati e continuativi le considerazioni di A. ACCORNERO, *Nuovi lavori e rappresentanza*, cit., § 3.

(113) T. TREU, *L'organizzazione sindacale, I, I soggetti*, Giuffrè, Milano, 1967; L. MENGONI, *Il regime giuridico delle organizzazioni professionali nei Paesi Membri della CECA*, Lussemburgo, 1966.

(114) Rileva questo profilo A. SUPLOT, *op. cit.*, qui 17.

(115) O.E. WILLIAMSON, *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*, Free Press, New York, 1975, cui adde L. GOLZIO, *op. cit.*, qui § 5.

controllo (ovvero della gestione del contratto e della relazione di lavoro) e i costi di cambiamento (indotti dal passare da una tipologia di contratto ad un'altra) ⁽¹¹⁶⁾ – la somministrazione di lavoro non può dunque essere più semplicisticamente equiparata a una ipotesi di lavoro a tempo determinato. Essa, piuttosto, rappresenta nell'impianto del decreto legislativo n. 276 del 2003 una ipotesi di specializzazione organizzativa e gestionale che opera sì sul versante della flessibilità occupazionale ma anche, se non soprattutto, su quello della modernizzazione dell'apparato produttivo mediante modelli di integrazione contrattuale tra imprese coordinati da operatori polifunzionali e altamente qualificati, quali sono appunto le nuove agenzie del lavoro ⁽¹¹⁷⁾.

È in questa prospettiva che si spiega, in primo luogo, l'introduzione della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (c.d. *staff-leasing*) ⁽¹¹⁸⁾. Il decreto legislativo n. 276 del 2003, nel tentativo di strutturare e regolarizzare prestazioni di lavoro che, come detto, sono oggi svolte in forme alquanto discutibili e prive di garanzie sostanziali per i lavoratori, tipizza una serie di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo che, in concorrenza rispetto all'attuale regime degli appalti di servizi e alle collaborazioni coordinate e continuative, consentono *ex lege*, senza cioè ulteriori specificazioni, la somministrazione a tempo indeterminato. Si tratta di servizi specialistici che possono essere svolti con maggiore efficacia, e sfruttando economie di scala, là dove resi da soggetti in possesso dei requisiti tecnici e professionali richiesti dalla legge: servizi di pulizia, custodia, portineria; servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci; gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato; costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano più fasi successive di lavorazione; l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa.

A queste ragioni se ne aggiungono altre particolarmente innovative a sostegno del sistema produttivo e della innovazione organizzativa delle imprese e, cioè, attività specialistiche di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale; servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di

⁽¹¹⁶⁾ In tema cfr. A. RUGIADINI, *L'efficienza delle scelte manageriali fra organizzazione e mercato*, in R.C.D. NACAMULLI, A. RUGIADINI (a cura di), *Organizzazione e mercato*, Il Mulino, Bologna, 1985.

⁽¹¹⁷⁾ Questo profilo è analizzato diffusamente in S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 127-168.

⁽¹¹⁸⁾ Sullo schema dello *staff-leasing* cfr. G. MAUTONE, *Fornitura di manodopera a tempo indeterminato: lo staff leasing negli Stati Uniti*, in *DRI*, 1999, n. 1, cui *adde*, più recentemente, L. CORAZZA, *Il modello statunitense dello Staff-Leasing e la somministrazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003.

reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di *software* applicativo, caricamento dati; attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale, gestione di *call-center*, nonché tutte le attività connesse alla fase di avvio di una nuova attività nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali.

Queste attività potranno essere svolte tanto da agenzie di somministrazione di tipo generalista che, limitatamente a ciascuna singola attività, da agenzie di tipo specialistico. Rispetto al regime degli appalti di servizi, l'indubbio maggiore costo dei servizi offerti dalle agenzie di somministrazione (a cui si applicano, tra le altre cose, sia la trattenuta del 4 per cento sui trattamenti retributivi sia la regola della parità di trattamento) sarà probabilmente bilanciato dalla qualità del servizio offerto che, in molti casi, verrà ad assumere profili di elevatissima professionalità i quali potranno essere soddisfatti solo attraverso forza-lavoro particolarmente qualificata e formata (anche attraverso il già ricordato fondo per la formazione di cui all'articolo 12 del decreto). Né può essere trascurata la circostanza che le agenzie di somministrazione di lavoro risultano anche esentate dagli oneri procedurali per i licenziamenti collettivi. Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, esclude inoltre la computabilità del personale avviato dal somministratore presso l'utilizzatore dal computo nell'organico di quest'ultimo, « ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto »⁽¹¹⁹⁾.

Anche sul piano normativo il ricorso alla somministrazione di lavoro viene dunque incentivato in alternativa all'appalto di servizi. Ma sembra davvero paradossale individuare nello *staff-leasing* « uno strumento che assomma numerosi caratteri di precarizzazione dell'esperienza lavorativa »⁽¹²⁰⁾ quando il prestatore di lavoro, in questi casi, oltre a essere garantito dalla duplicità del datore di lavoro, risulta il più delle volte assunto con un contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato.

Accanto alla tipizzazione *ex lege* si rinvia poi alla contrattazione collettiva, nazionale o territoriale, il compito di individuare, anche in relazione ad attività non marginali del ciclo produttivo dell'utilizzatore, ulteriori ipotesi di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. Si affida dunque al controllo sociale l'espansione dell'istituto al di fuori di attività che già oggi sono oggetto di ampia esternalizzazione tramite lo strumento – sicuramente meno garantista per il lavoratore – degli appalti di servizi⁽¹²¹⁾.

Come si vede, eccetto che per le ipotesi di localizzazione di nuove attività nelle aree Obiettivo 1 e di gestione con regolari rapporti di lavoro subordinato dei *call-center*, non sarà possibile, come pure paventato da più parti (c'è chi ha

⁽¹¹⁹⁾ Art. 22, comma 5, d.lgs. n. 276/2003. Per un bilanciamento di costi e benefici nel ricorso alla somministrazione di lavoro rispetto agli appalti di servizi cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui § 4.

⁽¹²⁰⁾ Così invece M. LAMBERTI, *op. cit.*, 408.

⁽¹²¹⁾ Sul punto cfr., da ultima, L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla « tipizzazione » del contratto di somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2004, 269-270.

impropriamente parlato di “scatole cinesi”), destrutturare e svuotare le aziende affidandole integralmente a lavoratori in affitto ⁽¹²²⁾. La somministrazione a tempo indeterminato sarà infatti possibile solo per ipotesi marginali e normalmente già appaltate all'esterno; al di là di queste ipotesi, il ricorso allo *staff-leasing* sarà invece possibile unicamente nei casi previsti dalla contrattazione collettiva (anche in questo caso, come avviene per tutto il decreto, con la riserva della abilitazione alla tipizzazione di nuove ipotesi ai soli sindacati comparativamente più rappresentativi).

Ben altra cosa, dunque, da quella che taluno ha ritenuto nient'altro che una « versione esasperata del lavoro temporaneo di cui al pacchetto Treu » ⁽¹²³⁾. Vero è, piuttosto, che il nuovo regime – nel fornire un quadro unitario dei fenomeni interpositori ⁽¹²⁴⁾ – rappresenta ora non solo una opportunità per le imprese, rispetto alle logiche della esternalizzazione, ma anche un significativo innalzamento delle tutele dei lavoratori che, come accennato, svolgono ora gran parte di queste attività attraverso semplici appalti di servizi o, peggio contratti di collaborazione coordinata e continuativa, privi di significativa regolazione ⁽¹²⁵⁾.

In realtà, proprio nel ritenere la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato – che normalmente garantisce maggiori stabilità e tutele al lavoratore in carne e ossa – « una forma molto più pericolosa del già noto lavoro temporaneo » ⁽¹²⁶⁾, si comprende come la dottrina e parte del movimento sindacale abbiano sin qui tollerato la legalizzazione della fattispecie solo a condizione di immaginarne una sua collocazione nell'alveo del lavoro precario e atipico, come tale da limitare drasticamente e ammettere in casi puramente eccezionali. Palesando tuttavia, in questo modo, una oggettiva incapacità culturale, prima ancora che progettuale, di immaginare nuovi modelli organizzativi e gestionali idonei a innalzare le tutele di un lavoratore in carne e ossa che, per motivi ideologici ed esigenze di sistema legate alla presunta necessità di una coincidenza tra datore di lavoro e utilizzatore effettivo della prestazione di lavoro ⁽¹²⁷⁾, si vuole a tutti i costi relegare in contesti normativi meno tutelati e gratificanti.

⁽¹²²⁾ Così, per tutti, O. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *op. cit.*, 124.

⁽¹²³⁾ Così: M. LAMBERTI, *op. cit.*, qui 407.

⁽¹²⁴⁾ Giudicano come opportuna la scelta di delineare un testo unico della somministrazione di lavoro P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui 261, e anche F. BANO, *La somministrazione di lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, qui 13-14.

⁽¹²⁵⁾ In termini analoghi cfr. S. MAGRINI, P. PIZZUTI, *op. cit.*, 192. Emblematico, da questo punto di vista, il ricorso ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa per la gestione dei *call center*. Tra le più recenti prassi applicative si segnalano i seguenti contratti aziendali, indotti dalla riforma Biagi, volti a innalzare le tutele dei lavoratori addetti ai *call center*: l'accordo del 24 maggio 2004 tra le categorie delle telecomunicazioni e Telecom (Atesia) sui contratti di lavoro flessibile (in *Boll. Adapt*, 2004, n. 19) e, precedentemente, l'accordo del 3 marzo 2004 per la regolamentazione delle collaborazioni coordinate e continuative tra i sindacati del commercio di Cgil, Cisl e Uil e l'Assocallcenter (in *Boll. Adapt*, 2004, n. 7).

⁽¹²⁶⁾ Così, per tutti, O. BONARDI, *op. cit.*, qui 124.

⁽¹²⁷⁾ Sulla debolezza della tesi che vuole la necessaria coincidenza tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione di lavoro, quale principio immanente alla nozione legale di lavoro

Sul piano della tecnica normativa altrettanto più importante è, da questo punto di vista, anche l'innovazione introdotta sul versante della fornitura a tempo determinato, là dove si precisa che « la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore ». Disposizione con cui si affida, in modo elastico, alle libere scelte datoriali, e conseguentemente alla dialettica intersindacale, la determinazione delle opzioni relative alla concreta organizzazione del lavoro in funzione delle caratteristiche e delle dimensioni aziendali, del *know how* organizzativo e gestionale, del tipo di settore produttivo e, in generale, delle molteplici condizioni di contesto che richiedono alle imprese un continuo adattamento al mercato secondo la nota *life cycle theory* ⁽¹²⁸⁾. Il tutto nella convinzione che, nella nuova economia, non può essere il legislatore a determinare in astratto, una volta per tutte e secondo meticolose tipizzazioni legali, i modelli organizzativi del lavoro ⁽¹²⁹⁾.

È sempre in questa prospettiva che si spiega perché, in secondo luogo, nell'impianto del decreto legislativo n. 276 del 2003 l'elemento della temporaneità della esigenza aziendale ⁽¹³⁰⁾ perde valore di tratto caratterizzante, essendo ora la somministrazione a termine riferibile a ragioni oggettive relative anche « all'ordinaria attività dell'utilizzatore » ⁽¹³¹⁾.

Vero è che, come dovrebbe oramai essere chiaro a questo punto, cambia sostanzialmente la finalità dell'istituto in ragione del fatto che, analogamente a quanto già avvenuto con riferimento al contratto di lavoro a termine, viene meno il requisito della temporaneità della prestazione (il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo di cui all'articolo 1, comma 1, legge n. 196 del 1997) come condizione per il ricorso alla somministrazione a termine ⁽¹³²⁾. In altri termini, e coerentemente a quanto avvenuto in materia di assunzioni a tempo determinato *ex* articolo 1, decreto legislativo n. 368 del 2001 ⁽¹³³⁾, il nostro ordinamento si orienta nuovamente verso l'originaria ispirazione anti-

subordinato, cfr. P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, cit., 24, e già L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Note sul "lavoro intermittente tramite agenzia"*, in *DRI*, 1992, 80-82.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. R.S. SCHULER, S.E. JACKSON, *op. cit.*, qui 127.

⁽¹²⁹⁾ Cfr., sul punto, P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui 241, secondo cui non si può stabilire in astratto quale sia – tra i vecchi modelli di *vertical company* e i nuovi modelli di impresa integrata – il migliore.

⁽¹³⁰⁾ Elemento di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 196/1997. Sul punto cfr. i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro, Commentario alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, cit.

⁽¹³¹⁾ Art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003.

⁽¹³²⁾ Tanto che – come già rilevato nel mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui 213 – non pare più corretto parlare di fornitura o somministrazione di *lavoro temporaneo* ma, semmai, di fornitura o somministrazione temporanea, e cioè a termine, di lavoro.

⁽¹³³⁾ Sul punto, per i necessari approfondimenti, che non possono essere sviluppati in questa sede, cfr. M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, cit. Conferma il venir meno del requisito della temporaneità della prestazione rispetto alla apposizione del termine la recente circ. Min. lav. n. 42/2002 (reperibile all'indirizzo internet www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro a termine*).

fraudolenta della disciplina del lavoro temporaneo ⁽¹³⁴⁾, escludendo ogni opzione verso la pura e semplice rigidità nell'impiego della forza-lavoro. Là dove le degenerazioni interpretative della legge n. 1369 del 1960, volte a imporre vincoli e condizionamenti nella gestione flessibile della forza-lavoro, avevano finito con l'introdurre nell'ordinamento un divieto rigido e di carattere oggettivo, in quanto prescindeva da un intento fraudolento o simulatorio delle parti ⁽¹³⁵⁾.

È la stessa delega contenuta nella legge n. 30 del 2003, del resto, che orienta il legislatore delegato verso una ispirazione antifraudolenta della nuova disciplina, in funzione dell'obiettivo di vietare – e reprimere, mediante la nuova figura della somministrazione fraudolenta di cui all'articolo 28 del decreto legislativo n. 276 del 2003 – ipotesi di intermediazione o interposizione nei rapporti di lavoro volte a ledere i diritti dei lavoratori. Ciò su cui dunque incide il decreto, in perfetta coerenza con quanto prevede la proposta europea di regolazione della fornitura di lavoro altrui ⁽¹³⁶⁾, è invece la soppressione di tutte quelle norme finalizzate esclusivamente all'obiettivo di irrigidire in sé l'uso della manodopera, anche là dove non esistano istanze di tutela del lavoro. L'articolo 4 della proposta di direttiva europea è infatti perentorio nell'affermare che restrizioni e proibizioni alla fornitura di lavoro sono ammissibili unicamente se basate su motivi di interesse generale e, in particolare, su esigenze di tutela dei lavoratori e che, pertanto, è compito degli Stati membri eliminare ogni restrizione o proibizione che non trova una siffatta giustificazione.

Circostanza questa che spiega perché « ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, del decreto legislativo n. 276 del 2003, che consentono la somministrazione di lavoro, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore ». Come non può il legislatore stabilire, in astratto, come si organizza una impresa così neppure il giudice può

⁽¹³⁴⁾ Sulla originaria funzione antifraudolenta della normativa sul lavoro temporaneo cfr. G. GIUGNI, *Intervento*, in AA.VV., *Il lavoro a termine*, Atti delle giornate di studio di Sorrento 14-15 aprile 1978, Giuffrè, Milano, 1979, 125, e, con specifico riferimento alla somministrazione di manodopera, A. CESSARI, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *DL*, 1961, I, 128 ss.

⁽¹³⁵⁾ Isolata, in dottrina, era infatti rimasta la posizione di A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1959, che individuava nella frode l'elemento costitutivo della fattispecie illecita. Sul punto, per una puntuale rassegna dei prevalenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr., per tutti, F. BANO, *La somministrazione di lavoro*, cit., qui 3-5.

⁽¹³⁶⁾ Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Somministrazione*, e per un commento cfr. M. COLUCCI, *Verso una regolamentazione europea della somministrazione di lavoro temporaneo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, cit., 171-180, cui *adde* i contributi e i materiali raccolti in R. BLANPAIN, R. GRAHAM (eds.), *Temporary Agencies Work and the Information Society*, in *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 2004, n. 50, ed in particolare R. BLANPAIN, *EU legislation on temporary work*, 249 -275.

intervenire nel merito di legittime scelte aziendali e dovrà pertanto indirizzare la sua azione verso il controllo su situazioni abusive e fraudolente.

Altrettanto importante, in questa prospettiva, è infine l'intervento sul regime degli appalti di servizi ⁽¹³⁷⁾. Stando alla lettera dell'articolo 29 del decreto legislativo n. 276 del 2003, ai fini della applicazione delle norme in materia di somministrazione, « il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del c.c., si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa ». E ciò coerentemente a quanto statuito all'articolo 20, comma 2, là dove si precisa che « per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore ».

L'impostazione accolta nel decreto legislativo n. 276 del 2003 non comporta, come pure sostenuto ⁽¹³⁸⁾, una indebita alterazione del quadro regolatorio previgente. Il legislatore delegato si limita semmai a consolidare – e generalizzare – taluni orientamenti giurisprudenziali ⁽¹³⁹⁾ con cui si era già cercato, nella prassi applicativa, di aggiornare la lettura del dato legale al mutato contesto economico e produttivo ⁽¹⁴⁰⁾. La Corte di cassazione era infatti giunta da tempo a considerare leciti gli appalti di opere e servizi che, pur espletabili con mere prestazioni di manodopera, si configurano come un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore ⁽¹⁴¹⁾.

Vero è, alla luce del nuovo dato legale, che per non incorrere in una ipotesi di interposizione vietata, occorrerà pur sempre, a conferma della genuinità dell'appalto, la presenza dei due elementi caratterizzanti della fattispecie: l'organizzazione dei mezzi necessari – mezzi che, è bene precisare ⁽¹⁴²⁾, possono anche essere immateriali – e la gestione dell'appalto a proprio rischio.

Particolarmente utile per dare maggiore certezza ai processi di esternalizzazione potrebbe essere, in questa prospettiva, l'assistenza fornita dalle sedi di certificazione. Anche perché, ai sensi dell'articolo 84 del decreto legislativo n. 276 del 2003, gli operatori economici potrebbero presto avvalersi di codici di

⁽¹³⁷⁾ Per un primo commento cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV. *Il nuovo mercato del lavoro*, Inserto, cit., 15-19.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. con specifico riguardo proprio alla giurisprudenza evolutiva in materia di divieto di interposizione di lavoro P. ALLEVA, *op. cit.*, qui 170-174.

⁽¹³⁹⁾ Su cui cfr., da ultimo e per tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione ecc.*, cit., 45-46, e ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁽¹⁴⁰⁾ Così P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui 264.

⁽¹⁴¹⁾ In dottrina cfr., recentemente, L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 269-271 e, soprattutto, L. CALCATERRA, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione ecc.*, cit., 127-181.

⁽¹⁴²⁾ In dottrina, da ultimo, R. DEL PUNTA, *Articolo 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione. Somministrazione di manodopera, comando*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 69-70.

buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore ⁽¹⁴³⁾.

L'abrogazione della legge n. 1369 del 1960, e dei relativi divieti in materia di intermediazione nei rapporti di lavoro contenuti nella legge n. 264 del 1949, non comporta in ogni caso il venir meno del regime sanzionatorio – civilistico e penalistico – previsto per i casi di violazione della disciplina della mediazione privata nei rapporti di lavoro. A sostegno della effettività del nuovo quadro legale sono anzi previste specifiche sanzioni penali per le ipotesi di esercizio abusivo di intermediazione privata nonché un regime sanzionatorio più incisivo nel caso di sfruttamento del lavoro minorile ⁽¹⁴⁴⁾.

Vero è che, rispetto alla disciplina previgente viene superato il principio dell'uniformità di trattamento economico e normativo tra dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore nel caso di appalti « interni » ⁽¹⁴⁵⁾. Ma come noto, si trattava di una previsione formalistica tanto largamente inapplicata nella prassi degli affari, quanto anacronistica rispetto alla evoluzione dei modi di produrre e organizzare il lavoro ⁽¹⁴⁶⁾. Maggiormente efficace, e rispondente a un nuovo equilibrio tra esigenze del sistema produttivo e istanze di tutela del lavoro, pare piuttosto il vincolo di solidarietà tra committente e appaltatore, già previsto dalla legge n. 1369 del 1960, per i trattamenti retributivi e contributivi dovuti al lavoratore in tutti i casi di appalto ⁽¹⁴⁷⁾. Una regola semplice, ma che ha una valenza pratica assai importante, e non solo al fine di garantire una maggiore tutela dei lavoratori coinvolti in processi di esternalizzazione. A ben vedere, infatti, la piena corresponsabilizzazione del committente rispetto ai trattamenti retributivi e contributivi del lavoratore non potrà che indirizzare la scelta di chi intenda appaltare opere o servizi verso imprese solide e altamente qualificate. E questo, evidentemente, a tutto vantaggio dei processi di specializzazione dell'apparato produttivo del nostro Paese.

6. La sfida aperta dalla riforma Biagi non è certo di poco conto, soprattutto sul versante della gestione delle risorse umane e del corretto funzionamento del mercato del lavoro. È stato puntualmente osservato, a questo proposito, che ad operatori economici e del diritto è ora richiesto un vero e proprio salto di consapevolezza e di cultura nello svolgimento dei loro compiti: solo in questo modo sarà infatti possibile « comprendere le dinamiche messe in moto dalla nuova

⁽¹⁴³⁾ Sul punto cfr. L. CACCIAPAGLIA, *La certificazione dell'appalto*, in G. PERONE, A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 283-290.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. *supra* la nota 59.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. F. SCARPELLI, *Appalto*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, qui 436.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione ecc.*, cit., qui 17.

⁽¹⁴⁷⁾ Tale principio, previsto inizialmente dal d.lgs. n. 276/2003 per i soli appalti di servizi, è stato esteso a tutti gli appalti dall'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 251/2004, « salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative ».

legge e (...) applicarne i contenuti in modo coerente ed equilibrato con l'intento di migliorare il funzionamento dei mercati del lavoro, interni ed esterni »⁽¹⁴⁸⁾. Le innovazioni al quadro previgente sono indubbiamente molteplici e tutte di notevole portata sia sul piano teorico che su quello pratico-operativo. E questo, come visto, soprattutto per quanto attiene al nuovo regime delle esternalizzazioni del lavoro. Per ridare effettività – e credibilità – al diritto del lavoro la scelta del legislatore è stata quella di affidare a chi sta in azienda un quadro di regole duttili e concretamente esigibili, la cui concreta implementazione è rimessa al responsabile della gestione del personale, in funzione di ragioni tecniche, organizzative o produttive, e nel rispetto della normale dialettica sindacale. Aumenta così la possibilità per le imprese di ricorrere legittimamente al mercato esterno e, conseguentemente, di ripensare in profondità i modelli organizzativi del lavoro nella convinzione – propria anche delle istituzioni comunitarie⁽¹⁴⁹⁾ — che solo governando il cambiamento in atto è possibile mantenere e sviluppare il capitale umano di un determinato sistema produttivo.

Da questo punto di vista – come ha riconosciuto Tiziano Treu⁽¹⁵⁰⁾ – « lo *shock* prodotto dalla nuova normativa può essere una occasione utile per rinnovare gli strumenti tradizionali di gestione delle risorse umane ». Ciò che è certo è che si registra un profondo cambiamento nella concezione del diritto del lavoro e delle tecniche di tutele del lavoro che da sempre lo caratterizzano.

La Legge Biagi ci consegna infatti un vero e proprio diritto delle risorse umane che vede nelle regole del lavoro non più un arido *corpus* normativo, patrimonio di pochi adepti, ma piuttosto uno strumento al servizio dei lavoratori e delle imprese in linea con la più recente evoluzione dei modi di lavorare e produrre che fanno del fattore personale il centro della sfida della competitività. Nella convinzione che solo governando i processi normativi reali – e non mediante vincoli e divieti insostenibili, che poi alimentano pratiche *contra legem* — si garantisce concretamente la qualità del lavoro e l'investimento nella persona come fattore competitivo e dunque capitale dell'impresa⁽¹⁵¹⁾.

Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili? – Riassunto – L'A. analizza il sistema di regolamentazione dei fenomeni di esternalizzazione scaturito dalla riforma del mercato del lavoro alla luce della critica, mossa da alcuni commentatori, secondo cui vi sarebbe una scarsa propensione da parte delle imprese ad investire sul capitale umano ove i rapporti di lavoro risultino regolati per il tramite di relazioni di natura commerciale e non attraverso il tradizionale contratto di lavoro dipendente. A fronte di tale critica la disciplina delle esternaliz-

⁽¹⁴⁸⁾ Così: T. TREU, *Riforma Biagi e nuove regole del mercato del lavoro*, cit., qui 169, che poi precisa: « questo obiettivo dovrebbe essere comune a tutti, al di là delle riserve e critiche di rito manifestate nei confronti delle scelte legislative ». In questo senso cfr. anche il mio *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, cit., 3-30.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Anticipating and Managing Change: a Dynamic Approach to the Social Aspects of Corporate Restructuring*, 2002, qui 2, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (Organizzazione del)*.

⁽¹⁵⁰⁾ Così: T. TREU, *Riforma Biagi e nuove regole del mercato del lavoro*, cit., 156.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. A. RUSSO, *op. cit.*, qui 262.

zazioni sarebbe quindi inadeguata dal punto di vista delle imprese e dei lavoratori. L'A. affronta quindi il problema di una valutazione dei fenomeni di esternalizzazione come fattore di modernità, da un prospettiva di innovazione organizzativa e gestionale legata all'impiego del fattore lavoro e ricostruisce la relazione intercorrente, in una logica di competitività di sistema, tra strategie di esternalizzazione delle relazioni di lavoro e politiche di valorizzazione del capitale umano. Successivamente sottolinea, dal punto di vista della regolamentazione giuridica, che i fenomeni di esternalizzazione sempre meno frequentemente si risolvono in una deresponsabilizzazione nella gestione del personale: esemplificativo in questo senso appare il sistema di ripartizione dei rischi, dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità connesse all'utilizzo di forza-lavoro dipendente fra somministratore e utilizzatore. A fronte di tali argomentazioni l'A. passa ad esaminare il quadro normativo attuale attraverso un confronto con quello previgente. Il quadro previgente appare rigido sul piano formale e ineffettivo sul piano della prassi applicativa, in questo contesto l'introduzione del lavoro temporaneo, regolato però sulla base della impostazione classica « centro-periferia » (come forma, quindi, di lavoro precaria e marginale da ammettere solo in casi eccezionali) era riuscito a regolare solo in minima parte forme sui generis e selvagge di esternalizzazione. Attraverso l'analisi delle condizioni di ricorso alla somministrazione di lavoro e della tutela del lavoro in appalto l'A. conclude nel senso di ritenere che l'impostazione accolta dal d.lgs. n. 276/2003 risulta piuttosto conforme ad un modello di integrazione contrattuale fra imprese e che il quadro complessivo di regolamentazione dei rapporti interpositori che ne deriva rappresenta per le imprese una opportunità in una logica di esternalizzazione mentre si ravvisa per i lavoratori anche un significativo innalzamento delle tutele dal punto di vista dell'emersione degli appalti di servizi e dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa e della estensione a tutti gli appalti della responsabilità solidale del committente.

Outsourcing of labour and improvement of human capital: two irreconcilable models? (Article in Italian) – Summary

– This paper analyses the system of regulation of outsourcing arising from the reform of the labour market in the light of the criticism put forward by a number of commentators that there is a limited interest on the part of enterprises to invest in human capital in cases in which labour relations are regulated by relations of a commercial nature and not through the traditional salaried employment contract. In this connection the regulation of outsourcing would appear to be inadequate from the point of view of enterprises and workers. The author deals with the problem of the assessment of outsourcing as a factor in the modern economy, in a perspective of organisational and managerial innovation associated with the use of labour, while reconstructing the relation, within the framework of competition between systems, between strategies for outsourcing labour relations and policies for improving human capital. From the point of view of legal regulation, the author underlines the fact that outsourcing processes are less and less often associated with irresponsible approaches to the management of human resources: this may be seen from the sharing of risks, powers, obligations and responsibilities relating to the utilisation of the salaried workforce between the employment agency and the user company. Against this backdrop the author examines the present legal framework by means of a comparison with the previous system. The system previously in force appears to be rigid in formal terms and ineffective at the level of application, and in this context the introduction of temporary labour, regulated on the basis of the classic system of “core and marginal” labour (with temporary work as a form of precarious and marginal labour permitted only in exceptional cases) managed to regulate only to a limited extent the use of largely unregulated temporary work and outsourcing. By means of an analysis of the conditions for the use of agency work and the protection of contract labour, the author concludes that the approach laid down in Legislative Decree No. 276/2003 is well suited to a model of contractual integration between undertakings, and that the overall regulatory framework for employment agency work arising from this provision should be seen as an opportunity for undertakings in the context of outsourcing, whereas for the employees there is a considerable improvement in the level of protection by bringing contract labour out of the hidden economy, with improvements also for those in parasubordinate employment, by means of an extension of joint and several liability to the user company for all forms of contract labour.

Ancora sul rapporto fra politica ed amministrazione nella riforma della dirigenza statale: qualche osservazione di contesto

Valerio Talamo

Sommario: **1.** Politica ed amministrazione fra Carta costituzionale ed opzioni del legislatore. – **2.** Le funzioni e l'organizzazione amministrativa fra diritto privato e necessità pubbliche. – **3.** La legge n. 145/2002: un segno di continuità? – **4.** *Segue:* il nodo della valutazione. – **5.** Lo *spoils system* all'italiana: prospettive, bilanci, perplessità.

1. Le attribuzioni ed i compiti della dirigenza pubblica, come configurati dopo le due privatizzazioni del lavoro pubblico ⁽¹⁾, appaiono il riflesso della definizione dei più accentuati profili di distinzione fra l'emisfero politico e quello amministrativo nonché della devoluzione della gestione privatizzata del rapporto di lavoro.

In particolare, sotto il primo profilo, l'attuazione della delega per la riforma del rapporto di lavoro pubblico contenuta nella legge n. 59/1997 e realizzatasi con il decreto legislativo n. 80/1998, ha costituito un tentativo di riposizionare la linea di confine sussistente fra le competenze dell'organo politico e quelle della dirigenza amministrativa. Tale obiettivo viene raggiunto, sia pure con gli esiti contraddittori che saranno esplorati in questo scritto, portando a conseguenza il modello postulato dalla legge delega del 1992 (la n. 421) che per prima aveva affermato una linea di chiara distinzione fra compiti di indirizzo e controllo, affidati all'organo di direzione politica, e gestione amministrativa, affidata ai dirigenti, nell'ambito di un disegno di complessiva responsabilizzazione dei soggetti e di trasformazione in senso manageriale dell'amministrazione orientato sui risultati dell'azione amministrativa e non solo sul mero e formale rispetto del principio di legalità.

(*) *Valerio Talamo è collaboratore della cattedra di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "La Sapienza" di Roma e Direttore del Servizio contrattazione collettiva del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Questo scritto costituisce una riflessione (qui modificata ed integrata) in parte trasposta nel più ampio contesto del saggio Le funzioni dei dirigenti, confluito in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, UTET, Torino, 2004.*

⁽¹⁾ L'espressione è di M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *LPA*, 1998, n. 1, 35. La "prima" privatizzazione è quella recata dal d.lgs. n. 29/1993 e dai decreti "correttivi" n. 470/1993 e n. 546/1993, emanati sulla base della delega contenuta nell'art. 2, comma 1, della l. n. 421/2002; la "seconda" è quella normata dal d.lgs. n. 396/1997, dal d.lgs. n. 80/1998 e dal d.lgs. n. 387/1998, in attuazione della delega contenuta nell'art. 11, commi 4-6, della l. n. 59/1997.

La strutturazione dei rapporti fra politica ed amministrazione ipotizzata nel 1998, implementando, ma anche “correggendo” la riforma del 1993, ha costituito altresì il tentativo, implicito e presupposto, di rendere praticamente irreversibile il processo iniziato nel 1992 che rappresenta un’attuazione di una tipologia di rapporto fra le varie possibili previste dalla Costituzione che, accanto al modello di distinzione, non esclude quello della gerarchia, purché la strumentazione di diritto positivo prescelta sia in ogni caso in grado di contemperare dinamicamente, tendendoli in equilibrio, i contrapposti valori costituzionali, declinati *in primis* dagli articoli 95 e 97 (responsabilità ministeriale ed imparzialità/buon andamento). Detto diversamente ed in via di dovuta sintesi, alla base della scelta della legge n. 421/1992 e, conseguentemente, del decreto legislativo n. 29/1993 (ed ora del decreto legislativo n. 165/2001, cui è confluita la sequela dei decreti di riforma dello stesso decreto legislativo n. 29), vi sono ragioni che attengono, in senso lato, alle opportunità della *politica* e non alle *necessità del diritto*, fatto salvo lo “zoccolo duro” della salvaguardia dei valori costituzionali. Da un lato si pone la necessità di assicurare alla politica le leve per assicurare l’opportuna guida della burocrazia – altrimenti “acefala” ed incontrollabile – in nome e per conto della responsabilità ministeriale (ex articolo 95 Cost.), dall’altro quella di predisporre adeguati “contrappesi”, per impedire che ogni intervento della politica sull’amministrazione possa trasformarsi in un potere di condizionamento, con effetti sulla neutralità e l’imparzialità dell’amministrazione. Costituisce d’altra parte prima di tutto un dato di esperienza quello per cui, senza adeguati argini, la politica fagocita l’amministrazione, mentre una burocrazia iper garantita ed inamovibile è in grado di paralizzare ogni ... politica, quando non addirittura di boicottarla, se ed in quanto riesca a costituirsi in potere “politico” autonomo (perché la de-politicizzazione rischia di risolversi in una diversa politicizzazione) ⁽²⁾.

Conseguentemente, al tendenziale rafforzamento dell’autonomia dei dirigenti per la gestione amministrativa, i decreti delegati della seconda privatizzazione hanno fatto corrispondere un nuovo modello di conferimento degli incarichi dirigenziali, muovendosi sulle tracce della prima riforma del 1993, ma discostandosi significativamente sugli aspetti essenziali dell’investitura ora a carattere evidentemente fiduciario ⁽³⁾. Nel nuovo contesto normativo dovrebbe assicurarsi la tensione dinamica, l’equilibrio e, quasi, l’elisione dei “valori” tutelati dal costituente, altrimenti sicuramente destinati ad entrare in conflitto. Alla base dello schema costituito dalla norma in commento vi è la scissione fra la stabilità del rapporto di lavoro dirigenziale e la variabilità del rapporto di incarico. Mai viene in discussione la stabilità del posto (acquisita per via

⁽²⁾ L. ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico (1993-2003)*, in *LPA*, 2003, n. 5, 751.

⁽³⁾ Ma sull’impossibilità dell’applicazione del principio di fiduciarietà, costituito dalla Costituzione esclusivamente nel contesto dei rapporti intercorrenti fra Governo e Parlamento, ed inapplicabile ai rapporti Governo-amministrazione, v. S. CASSESE, *Intervento*, Forum della pubblica amministrazione al Convegno su *Dirigenza fra globalizzazione e complessità: interazione fra pubblico e privato*, Roma, 6 maggio 2003, in www.forumpa.it/forumpa2003/convegni. Il tema sarà ripreso in seguito.

concorsuale), ma alla garanzia del rapporto fa riscontro la variabilità dell'incarico, conferito dall'organo politico sempre a tempo determinato e comunque per un termine minimo in grado di consentire la valutazione della *performance* dirigenziale ⁽⁴⁾. Per cui, solo in caso di acclarata responsabilità per la gestione può derivare l'interruzione dello stesso incarico in corso di svolgimento prima della scadenza (*olim* determinata per via contrattuale ed attualmente, dopo le ulteriori innovazioni della legge n. 145/2002, tramite lo stesso provvedimento di conferimento).

Il sistema, d'altra parte, dovrebbe autobilanciarsi in "via ordinaria" proprio attraverso l'interesse diretto della politica a scegliere (ovvero a proporre ai posti chiave) i dirigenti migliori, perché solo attraverso la migliore scelta otterrà i migliori risultati in termini di efficacia delle politiche amministrative, di cui risponderà a sua volta al Parlamento prima ed all'elettorato successivamente.

2. Se sul piano del rapporto di lavoro dirigenziale la scissione fra incarico e rapporto di servizio costituisce un'innovazione recata dal decreto legislativo n. 80/1998, non altrettanto può dirsi con riferimento all'attribuzione di funzioni e poteri autonomi alla dirigenza.

L'attribuzione di funzioni e poteri amministrativi tipici ai dirigenti era già contenuta nel decreto istitutivo della dirigenza statale (d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748), nell'ambito, tuttavia, di un complesso normativo tutto teso a conservare all'organo politico una competenza generale e residuale e di un modello di relazione gerarchico e di tipo monistico ⁽⁵⁾.

Già con il decreto legislativo n. 29/1993 la prospettiva muta radicalmente: la competenza ministeriale viene limitata nell'oggetto e nelle forme e tutte le attribuzioni gestionali vengono fatte ricadere, per il principio di residualità, nella competenza dei dirigenti, anche se non esplicitamente menzionate. L'organo di direzione politica, di converso, si limita ad enunciare le finalità dell'organizzazione ⁽⁶⁾.

La novella del 1998 ha ulteriormente precisato il ruolo complementare dei due soggetti.

La prospettiva è quella di fare del dirigente "non più un soggetto di bilanciamento dell'organo politico, ma un soggetto ad esso complementare in una logica e necessaria distinzione di ruoli" in modo da costituire un fecondo gioco di relazioni in cui ogni parte rappresenta e costituisce il temperamento della altra ⁽⁷⁾. Ciò avviene in opposizione alla logica dello stato giuridico preesistente

⁽⁴⁾ Ciò almeno nella formulazione della norma recata dal d.lgs. n. 80/1998 (art. 13, che ha sostituito l'art. 19 del d.lgs. n. 29/1993, poi confluito nel d.lgs. n. 165/2001), anteriormente alla novella della l. n. 145/2002 (cfr. l'art. 3, comma 1), che ha eliminato il termine minimo di durata dell'incarico (*infra* § 3).

⁽⁵⁾ G. SCIULLO, *Modelli di disciplina della dirigenza in Italia e profili di fiduciarità della nomina*, in *IF*, 1998, 786.

⁽⁶⁾ A. ALBANESE, A. TORRICELLI, *La dirigenza pubblica*, in *DLRI*, 1993, n. 3-4, 522.

⁽⁷⁾ A. ZOPPOLI, *Il contratto di lavoro del dirigente pubblico dopo il d.lgs. n. 80/1998*, in *LPA*, 1998,

alla privatizzazione, che costituiva, in generale, il funzionario pubblico quale contrappeso del soggetto politico ma nella logica della contrapposizione.

La seconda rilevante novità del decreto legislativo n. 80/1998 è costituita dal tentativo di trasformare il dirigente in equivalente funzionale del manager privatistico: il dirigente pubblico “impersonando l'organizzazione dà corpo al datore di lavoro” (8).

L'*aliquid novi* discende direttamente da una delle caratteristiche fondamentali della “privatizzazione” degli anni Novanta. Essa non investe la pubblica amministrazione ma il rapporto di lavoro dei suoi dipendenti, in un contesto in cui l'obiettivo del buon andamento, dell'efficienza, della managerialità, ovvero il complessivo riassetto delle competenze, dei poteri e delle attribuzioni, scontano in negativo la perdurante assenza di un mercato, quale termometro o indice o misura della congruità delle politiche amministrative. Le pubbliche amministrazioni, per loro caratteristica fondativa e strutturale, continuano a non rispondere a quel mercato che nel settore privatistico costituisce il controllore finale delle scelte effettuate. Ciò esige e determina una particolare caratterizzazione del sistema delle responsabilità e fa venire pienamente in luce il ruolo strategico del dirigente pubblico che, più che l'*alter ego* dell'imprenditore, secondo la nota immagine privatistica, impersona e costituisce l'amministrazione stessa e fonda il decisivo punto di snodo fra il soggetto, che rimane pubblico, ed il rapporto di lavoro (nonché, in parte, il regime dell'organizzazione) che divengono privati. Per questo motivo il dirigente viene dotato di poteri in parte amministrativi ed in parte privatistici.

Negli assetti della seconda privatizzazione, gli organi preposti alla gestione, nell'ambito dei principi di legge e di regolamento, adottano le determinazioni (non più solo) per la gestione dei rapporti di lavoro, ma *anche* per l'organizzazione degli uffici, con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro (cfr. il combinato disposto degli articoli 5, comma 2, e 2, comma 1, del decreto legislativo n. 165/2001).

I poteri sull'organizzazione del lavoro, consegnati alla gestione diretta del dirigente, sono evacuati sia dalla sfera della politica che da quella della contrattazione collettiva, mentre, in connessione con la revisione del modello burocratico tradizionale (dirigenti esecutori nell'ottica della legittimità amministrativa) viene ristrutturata la responsabilità per i risultati della gestione, come corrispettivo del conferimento dell'autonomia gestionale (dirigenti che operano per obiettivi e programmi e non per atti, laddove il complessivo vincolo di scopo cui l'attività amministrativa è assoggettata, nell'ambito della cosiddetta “micro” organizzazione, opera da ora in poi in un contesto non più funzionalizzato, ovvero “...nel suo insieme e non nei singoli atti” (9). Le attribuzioni, i compiti e le funzioni dei dirigenti si estendono, di conseguenza,

n. 5, 1094; M. RUSCIANO, *La dirigenza amministrativa fra pubblico e privato*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Il Mulino, Bologna, 1990, 83.

(8) A. ZOPPOLI, *La dirigenza nel pubblico impiego privatizzato*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993, 62.

(9) M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione*

non solo alla gestione del rapporto di lavoro ma anche alla micro-organizzazione, mediante atti di diritto privato, perché solo la macro-organizzazione è riservata ad atti unilaterali pubblicistici (linee fondamentali di organizzazione, individuazione degli uffici di maggiore rilevanza, modi di conferimento della titolarità degli stessi e dotazioni organiche complessive).

Per gli enti locali, va da sé, l'*aliquid novi* si implementa altresì in relazione all'investitura diretta dei vertici politici, con i nuovi metodi di elezione diretta (legge 25 marzo 1993, n. 81), che richiedono nelle burocrazie locali snodi efficienti ed elastici, in grado di assicurare il raggiungimento degli obiettivi a breve-medio termine annunciati nei programmi elettorali. Nell'ambito delle autonomie locali quindi, la dirigenza pubblica si trova ancor prima della riforma del decreto legislativo n. 80 ad affrontare il punto nodale del delicato equilibrio tra politica e amministrazione (cfr. anche la legge n. 127/1997).

3. Con riferimento agli assetti complessivamente e sommariamente descritti va avvertito che sul piano sistematico quasi nulla muta dopo il nuovo intervento normativo di riforma della dirigenza pubblica di cui alla legge n. 145/2002 ⁽¹⁰⁾.

La nuova riforma si innesta sul descritto impianto normativo recando correzioni sostanzialmente minime, quantomeno con riferimento alla filosofia della riforma del 1998 ⁽¹¹⁾.

In particolare, sia nella prospettiva del rapporto intercorrente fra politica ed amministrazione, sia con riferimento specifico all'assetto dei poteri, delle competenze e delle attribuzioni della dirigenza, conservano validità una serie di conclusioni formulate in relazione agli assetti maturati nel periodo precedente. All'opposto ciò che muta, ed in modo non certo irrilevante, è la "curvatura fiduciaria" che lega organo di direzione politica e dirigenza (nelle amministrazioni ministeriali ed in minor parte in quelle parastatali) che, pure già prevista dal modello che la legge n. 145 va a correggere, assume ora un'accentuazione più pronunciata e viene gestita attraverso vari strumenti tecnico-normativi, tutti tesi a garantire la prevalenza sistemica dell'attività di *policy* su quella amministrativa.

collettiva delle pubbliche amministrazioni, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Opere di Massimo D'Antona*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁽¹⁰⁾ L. n. 145/2002, recante "Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato" (in *GU*, 24 luglio 2002, n. 172, s.g.). Si veda anche la circ. Min. funz. pubb., applicativa della stessa legge, del 31 luglio 2002 "Modalità applicative della legge sul riordino della dirigenza" (in *GU*, 5 agosto 2002, n. 182, s.g.).

⁽¹¹⁾ Per la tesi della "continuità" si sono espressi, fra gli altri, S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *GDA*, 2002, n. 12, 1341; A. CORPACI, *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della legge n. 145 del 2002*, in *LPA*, 2002, n. 6, 862, e, sostanzialmente, anche L. MENGHINI, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in *LPA*, 2002, n. 6, 1036. *Contra*, invece, soprattutto, G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *LPA*, 2002, n. 2, 214; M.G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *LPA*, 2002, n. 2, 873, e M. CAMMELLI, *Politica ed amministrazione: modelli costituzionali, realizzazione e problemi aperti*, in *LPA*, 2003, n. 2, 258.

Così i capi dipartimento ed assimilati sono ora soggetti a *spoils system* “secco”, secondo il principio *simul stabunt simul cadent*; viene reso meno inamovibile il dirigente di ufficio generale, fra l’altro attraverso la cessazione *ope legis* in sede di prima attuazione della legge (cfr. l’articolo 3, comma 7, legge n. 145/2002); viene eliminato il termine minimo di durata degli incarichi ed accorciato quello massimo, in modo che lo stesso sia sempre minore della durata della legislatura, ed incrementata la facoltà di nomina, sia attraverso l’innalzamento delle percentuali entro cui i dirigenti di seconda fascia possono accedere ad incarichi di ufficio generale, sia prevedendo la possibilità di accedere dall’esterno all’incarico dirigenziale in misura percentualmente più significativa rispetto a quanto precedentemente disposto dal decreto legislativo n. 165.

Soprattutto, di tale complesso normativo vengono in rilievo i diversi limiti di durata degli incarichi dirigenziali (accentuazione del carattere di temporaneità) che, inducendo un complessivo effetto di precarizzazione, rilevano indirettamente anche sull’autonomia della funzione dirigenziale, atteso che sul dirigente pesa sempre più la *Damoclis gladius* della riconferma da parte dell’organo politico nominante che si risolve nei fatti in una sorta di gradimento politico i cui caratteri di discrezionalità tecnico-amministrativa appaiono di molto sfumati⁽¹²⁾. Né basta. L’eliminazione del termine minimo di durata degli incarichi, quanto meno a fronte di incarichi brevi, vanifica *in limine* il circuito “virtuoso” autonomia-responsabilità dirigenziale, ciò perché viene resa praticamente impossibile la razionale e trasparente valutazione. Vi è da rilevare che la valutazione dei dirigenti è fino ad oggi rimasta allo stato larvale e teorico (*infra* il successivo paragrafo). Tuttavia, se essa è preposta a consentire una verifica strumentale al rinnovo dell’incarico, della medesima ora non vi è più bisogno, essendo compensata da incarichi brevi che cessano automaticamente

(12) Le conseguenze di tale situazione sono intuibili sia per i dirigenti di livello generale che per quelli di base. Per i primi, scomparendo il limite minimo di durata ed a fronte di incarichi inferiori anche alla metà della durata della legislatura, ogni Ministro ha la possibilità (almeno) di una doppia nomina sullo stesso posto. Per cui il destino professionale (sotto forma di conferma al posto ricoperto) è saldamente agganciato al volere del Ministro nominante che, peraltro, non ha per legge alcun onere di motivare la mancata conferma (anche in caso di gestione non connotata da responsabilità). Argomentazioni analoghe valgono per i dirigenti di base. Qualora questi siano preposti ad uffici generali, per essere definitivamente inquadrati nella fascia superiore devono esercitare funzioni di ufficio generale per almeno un quinquennio (art. 19, comma 5, d.lgs. n. 165/2001). Ma a seguito delle modifiche recate dalla l. n. 145, attualmente l’incarico di ufficio generale non può essere superiore a 3 anni (nuovo art. 19, comma 4), per cui il dirigente di seconda fascia bisogna di almeno di una riconferma da parte dello (di regola) stesso Ministro che ha effettuato la prima nomina. Un effetto decisivo per la vita professionale del dirigente di base, quale l’inquadramento a titolo stabile nella dirigenza generale, dipende quindi nuovamente dal gradimento politico (dello stesso organo politico che ha effettuato la prima nomina). In una situazione non diversa si trovano i dirigenti di base non preposti ad ufficio generale. Questi se aspirano, com’è comprensibile, ad una nomina all’incarico apicale, devono “costituirsì nel periodo di durata di un governo le premesse necessarie o utili al loro scopo, comprese quelle che implicano convergenze di opinioni o comportamenti” (cfr. G. D’AURIA, *La tormentata riforma della dirigenza pubblica*, in *LPA*, 2001, 31, che, tuttavia, si riferiva al pregresso regime del d.lgs. n. 80/1998).

e non obbligano l'organo politico a giustificare il mancato rinnovo attraverso inefficienze gestionali oggettivamente acclamate.

Il gradimento della politica, cioè, sembra sostituire l'accertamento oggettivo del merito della gestione dirigenziale con inevitabili ricadute sulla distinzione di ruoli e responsabilità⁽¹³⁾.

Tale situazione normativa era alla base di un cospicuo dibattito già prima della legge n. 145.

Un avvertito Autore, non certo avversario della privatizzazione, aveva rilevato come "il vincolo fiduciario, unito alla temporaneità dell'incarico dirigenziale, finisce per determinare, fra dirigente e ministro, un rapporto di dipendenza che inevitabilmente contraddice il principio di distinzione fra politica ed amministrazione"⁽¹⁴⁾ con la conseguenza ciclica che i ministri del futuro governo tenderanno a sostituire i dirigenti "di fiducia" del governo uscente, con personale di *propria* fiducia.

Considerate queste premesse, era anche scontato il fallimento del ruolo unico dei dirigenti dello Stato, costituito nelle intenzioni del legislatore del 1998 quale punto di interscambio delle competenze dirigenziali (quasi un mercato unico), e che ha invece assunto un ruolo finalizzato alla rimozione ed all'emarginazione dei dirigenti politicamente non omogenei, ma sempre senza presupporre e procedere ad alcuna espressa valutazione negativa di capacità e rendimenti professionali, in assenza, cioè, del procedimento di valutazione cui sono connessi determinati istituti di garanzia⁽¹⁵⁾.

Questi "inconvenienti di sistema" sono aggravati dopo l'ulteriore riforma.

A fronte di incarichi brevi la dirigenza rimane costantemente sotto la presa della politica, perché in questi casi, da un lato non possono ragionevolmente

(13) Per quest'ordine di argomentazioni v. S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, cit., 1341; ID., *Il rapporto fra politica ed amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *LPA*, n. 2, 2003, 31; M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 880; L. MENGHINI, *op. cit.*, 1023; G. D'ALESSIO, *op. cit.*, 220; A. CORPACI, *op. cit.*, 870; ID., *Il nuovo regime di conferimento degli incarichi dirigenziali e la giurisdizione sugli incarichi dirigenziali*, in *LPA*, 2003, n. 2, 228; G. D'AURIA, *La politica alla (ri)conquista dell'amministrazione*, in *LPA*, 2002, n. 6, 855; F. CARINCI, *Intervento*, in AA.VV., *Società o mercato? Pubblico e privato. Il valore sociale del lavoro pubblico*. Atti del convegno UIL tenuto a Roma il 18 febbraio 2003, Ed. Lavoro Italiano, Roma, 2003, 39; B. CARUSO, *La storia interna della riforma, dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *LPA*, 2001, n. 6, 995; F. TRIMARCHI, *Dubbi sull'unilateralità della nomina e precarietà delle competenze*, in *LPA*, 2003, n. 2, 250.

(14) G. D'AURIA, *La tormentata riforma della dirigenza pubblica*, cit., 31.

(15) C. CONTI, *Relazione al Parlamento anno 2001*, 187; ID., *Relazione sull'attuazione della disciplina relativa al conferimento degli incarichi nelle amministrazioni dello Stato nel periodo 1 gennaio 1999 - 31 marzo 2000*, deliberazione n. 13/2001/G. Tale improprio utilizzo del ruolo unico ha contribuito alla sua prematura scomparsa avvenuta con la restaurazione dei ruoli dei singoli Ministeri tramite il d.P.R. n. 108/2004 (emanato in attuazione dell'art. 3, comma 4, della l. n. 145/2001, che ha sostituito l'art. 23 del d.lgs. n. 165/2001, e dell'art. 10, comma 2, della medesima legge). Per una lettura (dei presupposti e dei contenuti) della norma che ha riministerializzato i ruoli dirigenziali delle amministrazioni si rinvia a A. ZOPPOLI, *Dal ruolo unico ai ruoli della dirigenza statale: e la "separazione" ?*, in *LPA*, 2002, n. 2, 1049, nonché, per l'esame del d.P.R. n. 108, a A. MARI, *Nascita, evoluzione ed estinzione del ruolo unico dei dirigenti statali*, in *GDA*, 2004, n. 8, 825.

fondarsi obiettivi, programmi di azione, risultati; dall'altro il dirigente è, nei fatti, sottratto ad ogni forma di razionale procedura di valutazione, la quale funge sia da strumento di verifica dell'operato del dirigente che da strumento di controllo sociale sulle scelte dell'organo nominante nella prospettiva dei principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento ⁽¹⁶⁾.

4. Risulta quindi evidente il ruolo della valutazione dei rendimenti dirigenziali. Si tratta di un elemento di sistema da cui dipende, al di là dei diversi modelli normativi opzionati ⁽¹⁷⁾, il successo e la coerenza delle politiche in materia di dirigenza pubblica.

Nessun sistema normativo che intenda costituire un'amministrazione davvero efficiente ed un dirigente effettivamente autonomo può permettersi di fare a meno di un apparato funzionante di verifica dei risultati.

La valutazione della dirigenza, infatti, come pure si è cercato di evidenziare, non è solo in funzione del rendimento dell'amministrazione. Attraverso le procedure del controllo si circoscrive e delimita, anche solo in via indiretta, la sfera della discrezionalità ministeriale nel conferimento e nella revoca degli

⁽¹⁶⁾ Sabino Cassese, con riferimento di tale sistema di "spoglie all'italiana", parla di effetto di "debolezza, dipendenza, precarizzazione, fidelizzazione", evidenziando, fra l'altro, la distonia di un sistema di responsabilità che riconsegnando, nei fatti, i poteri gestionali al Ministro (attraverso l'... "occulta" manipolazione dei dirigenti, "precari e quindi facilmente manipolabili e persino ricattabili"), consente al "vertice politico (*di*) assume(*re*) in mano la gestione, ma senza assumerne la responsabilità", perché i singoli atti di gestione sono assunti formalmente dai dirigenti, che ne rispondono sia sotto il profilo penale che quello amministrativo davanti alla Corte dei Conti (S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, cit., 1344). Di rischi di precarizzazione parlano fra gli altri anche A. CORPACI, *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della legge n. 145 del 2002*, cit., 870, G. D'AURIA, *La politica alla (ri)conquista dell'amministrazione*, cit., 855, e finanche la Corte dei Conti nella Relazione al Parlamento relativa all'esercizio finanziario 2002. G. D'ALESSIO, *op. cit.*, 218 e 224, nelle nuove disposizioni riconosce una *ratio* ed un'intenzione tutta politica, mirante a provocare, attraverso le nomine attuate dalla maggioranza parlamentare vincente, la ridefinizione degli assetti di potere interni all'apparato amministrativo: su tale lettura sembra sostanzialmente concordare anche F. CARINCI, *Sisifo riformatore: la dirigenza*, in *LPA*, 2001, n. 6, 959. Ma, in termini perplessi, se non apertamente critici nei confronti delle disposizioni della legge, si è manifestata compatta la maggiore dottrina con l'eccezione di un avvertito studioso della materia, C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002*, in *LPA*, 2002, n. 6, 929, che interpreta sistematicamente il complesso delle innovazioni recate dalla legge n. 145, soprattutto in tema di ri-pubblicizzazione degli incarichi dirigenziali. Per una complessiva ricognizione, aggiornata, della letteratura in tema di dirigenza pubblica, prima e dopo la seconda privatizzazione e successivamente alla novella del 2002, si rinvia a V. TALAMO, *Itinerari di lettura in materia di lavoro pubblico*, in V. TALAMO (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico: progressioni di carriera e relazioni collettive*, Ipsoa, Milano, 2004, soprattutto 220-236.

⁽¹⁷⁾ Ho sostenuto in altra sede l'utilità di una correzione del modello del d.lgs. n. 165/2001, basato su incarichi a tempo indeterminato, revocabili in corso d'opera a seguito di valutazione negativa acclarata da un organismo terzo con struttura e poteri analoghi a quelli di una vera e propria autorità amministrativa indipendente costituita sul modello della *Civil service commission* americana (competente anche per i provvedimenti disciplinari, la mobilità e gli incarichi su posti vacanti). Cfr. V. TALAMO, *Lo spoils system all'"italiana" fra legge Bassanini e legge Frattini*, in *LPA*, 2003, n. 2, 237, nonché, più in generale, ID., *Il lavoro pubblico dieci anni dopo la privatizzazione: conflittualità, tendenze, prospettive*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, soprattutto 46-57.

incarichi dirigenziali. La valutazione, cioè, sostanza ed attrezza opportunamente la stessa distinzione fra politica ed amministrazione, ed è misura dell'autonomia dirigenziale.

La valutazione delle *performances* dirigenziali, infatti, è (*dovrebbe essere*) il presupposto, sia dell'assegnazione dell'incarico (cfr. ora l'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo n. 165/2001, che fa riferimento ai risultati conseguiti in precedenza, con riferimento ad obiettivi e programmi assegnati), che della revoca, collegata a risultati negativi della gestione (cfr. l'articolo 21, che fa riferimento al mancato raggiungimento degli obiettivi o all'inosservanza delle direttive, ma anche l'articolo 5 del decreto legislativo n. 286/1999, che si riferisce ai "risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione") (18). Lo stato dell'arte in materia è tuttavia sconsolante. L'apparato legale ipotizza "un processo fantasma di cui non esistono se non sporadicamente sperimentazioni pratiche" (19) e, di fronte a quella che appare quasi una rinuncia delle amministrazioni pubbliche (quantomeno statali) alla valutazione dei suoi massimi dipendenti, viene da pensare se in realtà la stessa politica legislativa contenuta nella legge n. 145/2001, che precarizza ulteriormente i rapporti di lavoro dirigenziali, incidendo sulla loro durata (eliminazione del termine minimo ed accorciamento di quello massimo), costituisca ad un tempo una reazione ed una strategia per ovviare all'ineffettività del sistema della valutazione. Detto diversamente, potrebbe evincersi un'implicita volontà e quasi un retropensiero sotteso ad un sistema che, attraverso incarichi brevi che cessano automaticamente (e che quindi non richiedono motivazione della mancata conferma), ovvia e prescinde dalla costituzione di un sistema funzionante di valutazione dei risultati conseguiti dal dirigente (20).

In questo contesto, anche le nuove norme introdotte della legge n. 145 in

(18) La contrattazione collettiva, a sua volta, radica nella gestione "incolpevole" il diritto, nel caso di mancata conferma, ad un incarico equivalente (art. 13, comma 4, del Ccnl del 5 aprile 2004, relativo all'Area I della dirigenza, (allora) comprendente le dirigenze dei distinti comparti di contrattazione dei Ministeri, Aziende ad ordinamento autonomo, Enti di ricerca, Enti pubblici non economici, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Agenzie fiscali, Università), con una soluzione di garanzia per altri versi criticabile sul piano sistematico e giuridico formale (cfr. B. CARUSO, *La storia della riforma del P.I.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in M. D'ANTONA, P. MATTEINI, V. TALAMO, *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2001, XVIII ss., nonché V. TALAMO, *Lo spoils system all'italiana" fra legge Bassanini e legge Frattini*, cit., 239).

(19) Cfr. le conclusioni del Comitato tecnico scientifico per il coordinamento in materia di valutazione e controllo strategico nelle amministrazioni dello Stato e la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 15 novembre 2001, che a sua volta riconosce *apertis verbis* che "ad oggi quasi nessuna amministrazione si è dotata di un sistema di valutazione validato e funzionante di valutazione dei dirigenti".

(20) Tale rilievo è anche in G. D'AURIA, *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in *GDA*, 2002, 1149, che molto incisivamente evidenzia come la nuova precarizzazione, unitamente all'inattuazione dei meccanismi di valutazione, costituisca per i Ministri una sorta "di assicurazione contro il rischio di non poter sciogliere, se non per motivi inerenti alla responsabilità dirigenziale, il rapporto di ufficio con dirigenti non più politicamente "graditi" o "allineati".

materia di responsabilità rischiano di rimanere inapplicate ⁽²¹⁾, perché l'attuazione di un sistema di valutazione e di controllo di gestione appare particolarmente complesso e soprattutto perché di esso non vi è realmente più bisogno.

5. Gli interventi di riforma in materia di dirigenza pubblica, che si sono succeduti dagli anni Novanta ad oggi, dichiarano espressamente l'obiettivo di conservare l'autonomia della dirigenza nell'esercizio di funzioni sostanzialmente proprie poiché sottratte al vertice politico. Ma, per assicurare una forma di coordinamento-controllo sull'alta burocrazia, la nomina, la valutazione e la revoca degli incarichi dei dirigenti vengono fatti dipendere in varia misura dall'apprezzamento del vertice politico.

Gli organi politici rispondono (nel senso che nei fatti ricade su di loro) dell'attività degli apparati burocratici, rispetto ai quali si trovano comunque, ai sensi dell'articolo 95 Cost., in posizione di sovraordinazione. Per cui, in pieno *esprit* del maggioritario, si è ritenuto fosse giusto riservare all'organo politico il conferimento degli incarichi di livello generale ai dirigenti ritenuti idonei ad attuarne il programma politico-amministrativo.

Al garantismo della stabilità, il legislatore del 1998 ha dunque preferito il "rischio" della parzialità, finalizzato al rafforzamento del collegamento fra dirigente ed organizzazione amministrativa che deriva dal coinvolgimento con le finalità dell'organizzazione e con i risultati attesi dalla comunità. Per cui, a compensazione dell'obliterazione della relazione gerarchica – quale leva di governo dell'amministrazione – viene attribuita all'organo politico la spettanza del conferimento degli incarichi dirigenziali sempre temporanei ⁽²²⁾.

Le alternative a questo modello sono diverse.

Si poteva, per esempio, garantire l'inamovibilità del dirigente, ma nell'ambito di un rapporto gerarchico in cui le competenze del dirigente sono per buona parte avocabili dai vertici politici. Oppure prevedere comunque incarichi a tempo indeterminato, salvo rimozione nel caso di inefficiente gestione acclarata da organi terzi ed imparziali.

Il primo modello era stato avallato dal d.P.R. n. 748/1972; sul solco del secondo

⁽²¹⁾ Si veda la riscrittura dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, recata dall'art. 3, comma 3, della l. n. 145/2002, su cui S. MAINARDI, *La responsabilità dirigenziale e il ruolo del Comitato dei garanti*, in *LPA*, 2002, 6. Sulla responsabilità dirigenziale, in generale, erano già state pubblicate le monografie di L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Cedam, Padova, 1999, e di L. ANGIELLO, *La valutazione dei dirigenti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2001, nonché (fra gli altri) i saggi di M. RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità di risultato dei dirigenti pubblici*, in *RTDPC*, 1998, 387, e di P. TULLINI, *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giuslavoristica)*, in *ADL*, 2000, n. 3, 591. Si possono ora anche vedere, principalmente, A. ZOPPOLI, *La responsabilità di risultato del dirigente pubblico: il tempo si è fermato?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo D'Antona*, Giuffrè, Milano, 2004, 2988, e, ancora, P. TULLINI, *Responsabilità del dirigente pubblico e nuova comunicazione giuridica*, in *ADL*, 2003, n. 2, 491.

⁽²²⁾ A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, 165; G. SCIULLO, *op. cit.*, 796; A. ZOPPOLI, *La dirigenza nel pubblico impiego privatizzato*, cit., 65; C. D'ORTA, *La nuova disciplina della dirigenza pubblica alla prova dei fatti: un'attuazione strabica*, in *LPA*, 2001, n. 1, 122.

si situava invece il decreto legislativo n. 29/1993 prima delle modifiche del decreto legislativo n. 80/1998.

Il decreto legislativo n. 80 ha preso atto dei pericoli connessi alla possibile costituzione di una dirigenza inamovibile ed autoreferenziale, venuta meno la leva gerarchica ed essendo quiescente la diversa strumentazione legale prevista dal decreto legislativo n. 29 costitutiva del diverso modello relazionale della direzione (direttive per la gestione amministrativa, controlli), ed ha inteso rafforzare in modo diverso la linea di comando sulla dirigenza nel momento in cui si decentravano su questa tutti poteri di gestione amministrativa⁽²³⁾. Ne è derivato un modello misto: fondato sulla regola della direzione e non su quella della gerarchia, ovvero sulla distinzione delle competenze fra organo burocratico e politico, ma in cui viene conferito a quest'ultimo il potere di nominare e di non confermare agli incarichi i dirigenti, comunque salvaguardati agli effetti della continuità del rapporto e prevalentemente selezionati nell'ambito di un corpo la cui professionalità viene tutelata a monte dal principio dell'accesso tramite concorso pubblico.

La legge n. 145/2002 non muta l'impostazione di fondo, rendendo tuttavia ancora più accentuati i profili di fiduciarità negli incarichi, fino quasi ad una legittimazione politica delle cariche⁽²⁴⁾, sostituendo, cioè, alla discrezionalità tecnico-amministrativa una discrezionalità quasi interamente politica delle scelte.

Anche a seguito dell'ultima riforma il dirigente diviene dunque sempre più un "collaboratore" del vertice politico e le sue fortune professionali dipendono dalla capacità di conseguire risultati ed obiettivi da questi determinati.

Come più volte avvertito la prospettiva citata, pur infrangendo, attraverso il sistema misto incarichi – contratti individuali, uno dei *totem* del lavoro pubblico, costituito dalla disciplina di *status* dei suoi massimi funzionari, si presenta con un evidente "rischio" di fondo, che è ben più di un inconveniente di sistema, in quanto rischia di falsificare l'ipotesi di partenza, quella della costituzione di un circuito virtuoso di autonomia e responsabilità del dirigente sulla base del principio di distinzione, che postula sfere di competenza riservate all'emisfero politico ed a quello amministrativo.

Il rischio più evidente deriva dal possibile squilibrio fra fiduciarità della nomina ed autonomia della gestione. È evidente che la prima rischia di condizionare la seconda, con prevedibili ricadute sull'imparzialità e sulla neutralità dell'amministrazione, valore tutelato in via diretta dalla Costituzione e già all'esame del Giudice delle leggi per il possibile *vulnus* recato dalle nuove norme della legge n. 145⁽²⁵⁾.

(23) Cfr. C. D'ORTA, *Distinzione fra politica ed amministrazione*, in *LPA*, 1999, n. 5, 910; V. TALAMO, *La privatizzazione e l'opera di Massimo D'Antona. Per non dimenticare*, in *LPA*, 2000, n. 2, 229; P. MATTEINI, V. TALAMO, *Introduzione*, in M. D'ANTONA, P. MATTEINI, V. TALAMO (a cura di), *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998)*, Giuffrè, Milano, 2001, XXV.

(24) F. CARINCI, *Regola maggioritaria, alternanza e bulimia riformatrice*, in *LPA*, 2002, n. 6, 837.

(25) Si vedano le ordinanze attraverso cui i giudici del lavoro di Roma hanno rinviato la l. n.

Il modello che ci lasciamo alle spalle non può ad ogni modo essere rimpianto. La disciplina di *status* non ha protetto la dirigenza dallo strapotere della politica, né ha evitato “una crisi di legalità, di razionalità e di efficienza che non ha paragoni nel panorama europeo” (26).

Il fallimento del modello si è accompagnato alla difficoltà di trasformarlo.

Il decreto legislativo n. 29/1993 ha lasciato la dirigenza a metà del guado: metà contrattualizzata, sostanzialmente irresponsabile per la gestione e solo formalmente autonoma, corpo autoreferenziale, “inerte e sbandato”, impermeabile alle spinte di cambiamento e gelosa custode delle proprie prerogative all’ombra del consueto “scambio fra sicurezza e potere” (27).

Il dirigente, concepito quale leva strategica del governo delle amministrazioni nella riforma del 1993, invece di attivare i processi innovativi necessari a tradurre in atto le virtù della nuova norma, ha agito nella tradizionale dimensione dell’autoconservazione dei corpi burocratici, che ha del resto avuto buon gioco nella naturale vischiosità delle amministrazioni nei confronti dei cambiamenti che incidono su consolidati, quanto anelastici, modelli di organizzazione del lavoro e degli uffici.

La riforma del 1993 – dati alcuni difetti tecnici, la “congenita” titubanza rispetto ad alcuni punti di snodo fondamentali del modello e la resistenza passiva delle categorie interessate (il cosiddetto “circuitto vizioso burocratico”) – ha reso improcrastinabile un’opera “straordinaria” di manutenzione normativa, attuata con la normazione delegata del 1998. Il decreto legislativo n. 80/1998 ha inciso sul modello preesistente in modo non irrilevante, introducendo la variabile fiduciaria collocandola quale *ratio* del potere di investitura all’ufficio dirigenziale.

La legge n. 145/2002, infine, ha riaperto il “cantiere”, portando a conseguenze estreme le impostazioni di fondo della precedente riforma, prevedendo una riscrittura di diverse norme fino ad una sorta di “generalizzazione” retroattiva dello *spoils system* (28).

Il bilanciamento fra i diversi valori costituzionali, cui si faceva riferimento ad

145/2002 alla Corte Costituzionale (Trib. Roma, ordinanze del 30 aprile e 1° aprile 2004, commentate da A. ANDREONI, *Lo spoils system davanti alla Corte costituzionale*, in *RGL*, 2004, n. 2, 328, e dell’11 maggio 2004, consultabile in www.clubdirigenti.it). Secondo i giudici remittenti, le norme sullo *spoils system* contenute nella legge, ed in particolare l’art. 3, comma 7, hanno divolto i residui argini a presidio del principio di imparzialità e buon andamento, privando altresì il lavoratore di ogni forma di garanzia anche solo procedimentale e di contraddittorio, incidendo retroattivamente su un assetto di interessi liberamente pattuito, espressione di libertà negoziale ed autonomia privata della persona senza una giustificazione doverosa e ragionevole (le norme dell’art. 3, comma 7, hanno disposto la decadenza automatica degli incarichi dirigenziali generali e la riduzione di durata dei medesimi, attivando una sorta di *spoils system* di prima applicazione ed *una tantum*, con la cessazione *ope legis* degli incarichi generali in essere). Una ricognizione complessiva della giurisprudenza successiva alla l. n. 145 è in A. BLASCO, *Spoils system: lo stato della giurisprudenza*, in *LPA*, 2003, n. 6, 1111.

(26) M. D’ANTONA, *Dirigenti pubblici: meglio se a tempo*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 febbraio 1998.

(27) S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 1987, 63. Cfr. anche le considerazioni di G. MELIS, *La burocrazia*, Il Mulino, Bologna, 83 ss.

(28) F. CARINCI, *Sisifo riformatore: la dirigenza*, cit., 959.

apertura di questo scritto, problematico già dopo il decreto legislativo n. 80⁽²⁹⁾ e comunque bisognoso di aggiustamenti (soprattutto in relazione alle problematiche prassi applicative), dopo la riforma della novella del 2002 è quindi nuovamente al centro di un dibattito appassionato ma particolarmente faticoso, in cui alle motivazioni giuridiche si sommano i pregiudizi ideologici e non di rado le strumentalizzazioni politiche.

In ogni caso, l'ulteriore intervento di riforma, oltre a confermare la comune consapevolezza del ruolo nevralgico che assume la dirigenza nel funzionamento della macchina pubblica, ribadisce anche la necessità di monitorarne continuamente gli assetti alla luce delle difficoltà connesse al progetto di partenza: da qui deriva, e tuttora ferve, un dibattito singolarmente incline a dividere studiosi, politologi e giuristi.

Insomma, il laboratorio della riforma pare ben lungi dall'essersi chiuso⁽³⁰⁾.

Ancora sul rapporto fra politica ed amministrazione nella riforma della dirigenza statale: qualche osservazione di contesto – Riassunto – *L'articolo tratta delle attribuzioni e dei compiti della dirigenza pubblica nella prospettiva della interrelazione tra l'emisfero politico e quello amministrativo. L'A. sottolinea in particolare l'evoluzione normativa della seconda privatizzazione in cui si è proposto un nuovo modello di conferimento degli incarichi dirigenziali che, pur muovendosi sulle tracce della prima riforma del 1993, si è significativamente discostato in relazione agli aspetti essenziali dell'investitura ora a carattere evidentemente fiduciario. Si analizzano inoltre gli effetti dell'intervento normativo di riforma della dirigenza pubblica di cui alla l. n. 145/2002, intervento – a detta dell'A. – da una parte, poco significativo con riferimento al rapporto intercorrente fra politica ed amministrazione, nonché allo specifico assetto dei poteri, delle competenze e delle attribuzioni della dirigenza, ma dall'altra parte, alquanto rilevante nella prospettiva della accentuazione della "curva fiduciaria" tra l'organo di direzione politica e la dirigenza. Sul punto, l'A. rileva il rischio di un possibile squilibrio fra fiduciarità della nomina ed autonomia della gestione, con prevedibili ricadute sull'imparzialità e sulla neutralità dell'amministrazione.*

⁽²⁹⁾ S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova, 2000, 765.

⁽³⁰⁾ Ne è diretta testimonianza anche la proposta di legge del Centro-Sinistra "Norme di legge in materia di dirigenza statale" (Senato della Repubblica – ddl n. 1966 comunicato alla Presidenza della Repubblica il 30 gennaio 2003, d'iniziativa dei senatori Bassanini, Mancino, Treu, Villone, Vitali, Passigli, Battafarano, Battisti e Petrici), sul quale si veda F. BASSANINI, *Intervento*, in AA.VV., *Società o mercato? Pubblico e privato. Il valore sociale del lavoro pubblico*, cit., 57, mirante a restaurare il dettato originario del d.lgs. n. 165, come risultante anteriormente alle modifiche della l. n. 145, ma, anche, a correggere il modello del d.lgs. n. 80, con significative innovazioni tutte tese al rafforzamento degli strumenti di garanzia a favore del dirigente connessi al momento della valutazione (per esempio, si dispone il diritto alla conferma del dirigente in caso di valutazione non negativa; che la valutazione sia effettuata da un organo affidabile e certificato; il diritto del dirigente, nel caso di valutazione negativa, a ricorrere ad un valutatore indipendente, identificato nell'attuale collegio dei garanti nonché il diritto dell'interessato alla conferma automatica nel caso in cui non venga valutato salva destinazione ad altro incarico con il suo consenso). Nel mese di febbraio 2004 anche il Dipartimento della funzione pubblica ha diramato uno schema di disegno di legge delega che include nuove disposizioni sulla dirigenza (nel contesto di un generale riordino della disciplina del lavoro pubblico con interventi, anche rilevanti, in materia di contrattazione collettiva, mobilità ed organizzazione degli uffici). Per quanto riguarda la dirigenza pubblica, nel ddl si prevede l'accesso alla funzione di direzione generale tramite procedure selettive, la determinazione di termini minimi di durata degli incarichi dirigenziali nonché la valutazione e misurazione del raggiungimento degli obiettivi per il rinnovo degli incarichi in scadenza. L'iniziativa non ha però avuto seguito.

Considerations on the relation between politics and administration in the reform of the senior civil service (Article in Italian) – Summary – *This article deals with the powers and the duties of senior civil servants in the light of the relations between the political and the administrative spheres. The author underlines in particular the normative developments relating to the second wave of privatisation in which a new system for the appointment of senior civil servants was proposed which, while reflecting the approach of the reform of 1993, introduces significant changes compared to the essential aspects of the system of appointments that is now clearly based on trust. Moreover, the paper analyses the effects of the reform of the senior civil service pursuant to Act No. 145/2002, a reform which – in the view of the author – on the one hand is not particularly significant in terms of the relation between politics and administration, and in terms of the specific assignment of powers of senior civil servants, but which on the other hand is extremely relevant in connection with the increase in the level of trust between political leaders and senior civil servants. On this point, the author identifies the risk of a possible contrast between the degree of trust implicit in the appointment and the autonomy of the administration, with consequences for the impartial and neutral status of the public administration.*

Sciopero generale e servizi essenziali

Riccardo Del Punta

Sommario: **1.** Una disciplina “speciale”? – **2.** L’applicabilità della legge allo sciopero generale (salvo il divieto di concomitanza). – **3.** La particolare tipicità sociale (ma non il maggior valore) dello sciopero generale. – **4.** La definizione di sciopero generale. – **5.** Le regole “speciali” dello sciopero generale.

1. I problemi giuridici posti dalla Deliberazione n. 3/134 del 24 settembre 2003 della Commissione di Garanzia, relativa alla *vexata quaestio* delle modalità di partecipazione allo sciopero generale delle categorie che prestano servizi pubblici essenziali ⁽¹⁾, si riconducono, a ben vedere, ad un interrogativo centrale: è legittima, ed eventualmente entro quali limiti, una disciplina “speciale” sull’esercizio del diritto di sciopero “generale” nei servizi pubblici essenziali?

Soltanto se concediamo che tale disciplina speciale sia giuridicamente possibile, nel quadro dei principi e delle regole di cui alla legge n. 146/1990, possiamo condividere il taglio ed il contenuto della Deliberazione in discorso, che si snoda intorno alle seguenti opzioni interpretative:

a) lo sciopero generale è assoggettato, in linea di principio, alle prescrizioni della legge n. 146/1990, e ciò nondimeno

b) rappresenta un’ipotesi *peculiare* (così la Deliberazione) di azione sindacale, che deve pertanto essere regolamentata in modo da tenere in debito conto tali peculiarità, seguendone altresì che

c) la disciplina di tale forma di sciopero finisce con l’atteggiarsi in qualche modo (*absit iniuria verbis*, constando che la questione sia stata molto dibattuta in seno alla Commissione) come una disciplina “speciale”.

2. L’opzione *sub a)* è sostanzialmente scontata, nel senso che non v’è motivo alcuno per ritenere che le esigenze di salvaguardia dei diritti della persona implicati nei servizi pubblici essenziali *non si pongano* nel caso di sciopero generale. Se, di conseguenza, lo sciopero generale è assoggettato alle limitazioni recate dalla legge, l’interprete si trova di fronte ad una prima difficoltà:

(*) *Riccardo Del Punta* è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l’Università degli Studi di Firenze.

⁽¹⁾ Per un riepilogo critico della precedente giurisprudenza della Commissione in tema, v. per tutti G. PINO, *Sciopero generale, servizi essenziali e Commissione di Garanzia. Alcuni spunti di riflessione*, in *NewsletterCgS*, 2003, n. 1/2, 6 ss.

poiché fra tali limitazioni, intese come comprensive delle regole frutto dell'attività deliberativa della Commissione di Garanzia, v'è ormai anche la regola – discendente dall'articolo 13, comma 1, lettera e) – che esclude la contemporanea effettuazione di scioperi, anche solo parziali, con altre astensioni dal lavoro già proclamate nell'ambito degli altri settori appartenenti al medesimo macrosettore (l'esempio principe è ovviamente quello dei trasporti), l'applicazione della disciplina sembrerebbe *prima facie* condurre alla virtuale messa al bando della fattispecie. Per definizione, infatti, uno sciopero generale entra in conflitto con il divieto di concomitanza fra più scioperi nell'ambito del medesimo settore.

Ebbene, questa conseguenza radicale è stata implicitamente scartata dalla Commissione di Garanzia, che deliberando in tema ha dato per presupposto che lo sciopero generale possa avere spazio giuridico nell'ordinamento, in chiave di eccezione al divieto di concomitanza.

Con questo assunto, che peraltro dà seguito ad un precedente intervento della Commissione, è già stato varcato, a ben vedere, il Rubicone della “specialità”; e ciò una volta per sempre, come ogni Rubicone che si rispetti. In altre parole, chi intendesse contestare la scelta di fondo della Deliberazione qui commentata, a partire dalla negazione dell'assunto di partenza, dovrebbe per coerenza concludere per l'illiceità dello sciopero generale a prescindere dalle sue modalità di attuazione. Non si tratterebbe di una conclusione accettabile.

3. È quindi la configurabilità stessa dello sciopero generale che ci fa scivolare verso l'opzione *sub b*). Essa necessita, tuttavia, di una più solida giustificazione interpretativa. A mio parere, essa può e deve essere trovata – condivido, al riguardo, quanto sostenuto da Franco Liso ⁽²⁾ e da Mario Rusciano ⁽³⁾ – nel principio del *contemperamento* fra l'esercizio del diritto di sciopero ed il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, che è scolpito, fra gli altri, dall'articolo 1, comma 2 della legge.

Infatti, se affrontiamo la questione esclusivamente dal punto di vista degli utenti, non fa alcuna differenza che essi siano messi nell'impossibilità di fruire di un certo servizio a causa di uno sciopero settoriale o, invece, di uno sciopero generale. Ma non è così, a mio avviso, che la questione deve essere impostata. Predicare un “contemperamento” non equivale, in altre parole, a prescrivere semplicemente una “limitazione” *ab externo* del diritto di sciopero. La limitazione dipende dall'esistenza di diritti di terzi, che si pongono appunto come limiti all'espansione del diritto, e che prescindono, come tali, dalle finalità e dalle modalità dello sciopero. L'operazione concettuale del “contemperare”, che deriva dal latino omonimo (= mescolare), implica il “mescolare in giuste proporzioni” (Devoto-Oli). Ciò significa che esso comporta che entri in gioco, al fine di individuare il punto di mediazione fra i diritti in conflitto, anche l'altro termine della comparazione, vale a dire il diritto di sciopero.

(2) V. F. LISO, *Sciopero generale e regole per il suo esercizio*, in *NewsletterCgS*, 2003, n. 1/2, 14 ss.

(3) V. M. RUSCIANO, *Sciopero generale, legge 146 del '90 e rappresentatività sindacale*, ivi, 18 ss.

Ne segue, ulteriormente, che nel momento in cui si fissa la soglia di rispetto del “contenuto essenziale” dei diritti minacciati dallo sciopero, appare non solo legittimo, ma doveroso, tenere conto delle caratteristiche intrinseche che, su un piano di tipicità sociale, l’azione di sciopero tradizionalmente assume. Non v’è dubbio, infatti, che l’interprete della legge n. 146/1990 è stato implicitamente sollecitato dal legislatore a rispettare il grande caposaldo della tradizione interpretativa in ordine all’articolo 40 Cost.: l’essere lo sciopero – e quindi il diritto di sciopero – identificato dall’esperienza sociale medesima, e non da quelle operazioni definitorie sulle quali ebbe già ad appuntarsi la critica di Giovanni Tarello.

Ebbene, su tale piano risaltano con evidenza le “peculiarità” dello sciopero generale, che, essendo proclamato (da una o più confederazioni) per ragioni che accomunano trasversalmente tutte le categorie di lavoratori, aspira evidentemente a disporre della base di consenso più ampia possibile, e dunque equivale ad una sorta di blocco delle attività produttive di tutto un Paese, a prescindere dalla parcellizzazione degli interessi delle diverse categorie. Questo, anche senza nulla concedere a mitologie di tipo soreliano, è lo sciopero generale nella tradizione sindacale, e questo è, pertanto, il fenomeno sociale con il quale la Commissione di Garanzia ha dovuto confrontarsi – non avendolo fatto il legislatore – onde adeguare a tale particolare realtà le regole dello sciopero, alcune delle quali, per giunta, da essa stessa poste.

Ne deriva l’ulteriore conseguenza che, in presenza di siffatte azioni di sciopero, ed a maggior ragione in considerazione della loro relativa eccezionalità (giacché esse non rappresentano di massima uno strumento di gestione delle relazioni sindacali), è *giustificato* che possa aversi un *sacrificio proporzionalmente maggiore dei diritti dell’utenza*, pur comunque da proteggere attraverso la garanzia – per ciascun servizio – delle prestazioni indispensabili.

Mi sembra, quindi, che l’approccio della Commissione trovi un solido radicamento in una ben identificata tradizione interpretativa, che concepisce lo sciopero – *rectius*, gli scioperi – a partire da dati di tipicità sociale. Aderisco qui all’opinione espressa da Franco Liso, e prendo le distanze, nel contempo, da quella che mi pare avvalorata da Mario Rusciano. È lo sciopero in sé, nel suo carattere di risorsa democratica, ad incarnare un valore strumentale al perseguimento dell’eguaglianza sostanziale, e ad essere, per questo, costituzionalmente riconosciuto. All’interno di questa variegata fenomenologia sociale, lo sciopero generale non ha alcun titolo a rivendicare una posizione di primazia, magari dedotta da una presunta “finalità superiore” (4). Non è il particolare “valore” di tale sciopero, che ne giustifica una regolamentazione separata.

Tale primazia non può dedursi, in specie, dal fatto che esso esprimerebbe “l’autotutela di un interesse collettivo talmente esteso, da coincidere quasi con

(4) V. M. RUSCIANO, *op. cit.*, 21. Sull’impossibilità di riconoscere allo sciopero generale una posizione gerarchica prevalente rispetto alle altre azioni conflittuali, v. anche F. SANTONI, *Quali regole applicare allo sciopero generale?*, ivi, 25 ss., qui 28.

l'interesse generale" (5). A mio avviso, sempre di autotutela di interesse collettivo – e non generale – si tratta, ed è la possibilità che essa possa essere perseguita attraverso lo sciopero, che risponde ad un interesse assunto come generale dall'ordinamento, pressappoco allo stesso modo in cui corrisponde ad un interesse generale l'inderogabilità delle norme lavoristiche.

Per chiarire al massimo il concetto, non è necessario pensare che i vari scioperi generali succedutisi contro i progetti di riforma delle pensioni rispondano all'interesse generale (o siano invece, come è opinione di chi scrive, scioperi corporativi che si pongono *contro* tale interesse), per ritenere che lo sciopero generale in sé abbia caratteristiche di tipicità sociale diverse da quelle dei "normali" scioperi di categoria, da cui deriva, a sua volta, la necessità di regole adconce.

Si aggiunga che il rigetto di una qualsiasi "superiorità" ontologica dello sciopero generale rispetto ad altra manifestazioni di sciopero non può che discendere dal principio di libertà di azione sindacale (6), che mal tollera sovrapposizioni da punti di vista che sono comunque esterni al sistema sindacale.

4. È da chiedersi, semmai: dove risiede precisamente la "peculiarità" dello sciopero generale, sì da connotare la sua nozione? Nella generalità dell'ambito per il quale esso è proclamato, o nelle finalità che esso si propone? La Commissione sembra implicitamente attestarsi sul primo corno dell'alternativa, che viene ricavato per inferenza dall'essere la proclamazione riconducibile ad *una o più* confederazioni (7). Non è difficile capire che la generalità dell'ambito presuppone che analogo carattere abbia la finalità. Non è però vero il contrario, potendovi essere scioperi economico-politici dotati di una rilevanza esclusivamente settoriale, in quanto diretti contro scelte governative concernenti un certo settore.

Ne segue che la finalità economico-politica dello sciopero non ha di per sé un rilievo nel determinare l'applicazione della disciplina qui commentata, occorrendo che essa sia versata in uno sciopero proclamato per un ambito generale, ossia da parte di una o più confederazioni.

Si è operata, in questo modo, una scelta diversa da quella dell'articolo 2, comma 7, della legge, laddove è stato previsto che le disposizioni in tema di preavviso minimo e di indicazione della durata non si applichino "nei casi di astensione dal lavoro in difesa dell'ordine costituzionale, o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori". È qui la particolare finalità dello sciopero ad attivare l'eccezione alla disciplina. La diversità della tecnica di normazione impiegata fornisce, d'altra parte, un argomento decisivo per escludere, *a contrario*, che l'esistenza dell'articolo 2, comma 7,

(5) V. M. RUSCIANO, *op. loc. cit.*

(6) Cfr. anche F. LISO, *op. cit.*, 16.

(7) La Commissione ha evitato di invischiarsi, quindi, nella scivolosissima questione della rappresentatività dei soggetti proclamanti, sulla quale v., problematicamente, F. LISO, *op. cit.*, 17.

tolga allo sciopero generale il titolo ad una disciplina separata. Infatti la finalità non gioca direttamente nella fattispecie “sciopero generale”, così come isolata dalla Commissione (che si incentra invece sulla particolare rilevanza sociale dell’azione diretta). Ne segue che ci muoviamo su un terreno eterogeneo rispetto all’articolo 2, comma 7, il che impedisce, a sua volta, di invocare l’argomento *a contrario*.

Che lo sciopero sia generale, peraltro, non dovrebbe significare necessariamente che esso sia tale solo se proclamato con riferimento all’intero ambito “nazionale”, potendosi configurare anche scioperi generali limitati ad una certa area territoriale, ad es. ad una regione; ma consta che la Commissione non sia di questo avviso.

5. Il resto, nella Deliberazione in commento, è puramente consequenziale alla premessa, prestandosi quindi ad una valutazione esclusivamente in termini di ragionevolezza argomentativa.

L’*iter* logico-giuridico seguito è, al riguardo, sufficientemente lineare e persuasivo. Si conferma la piena vigenza di quelle regole per le quali non sussistono valide ragioni di deroga alla normativa generale. Così è per la regola del preavviso, a valere tanto per la proclamazione della o delle confederazioni quanto per la successiva adesione delle organizzazioni di categoria; a meno che non si versi nella più ristretta ipotesi di cui al già citato articolo 2, comma 7. Così è, altresì, per la regola della “rarefazione soggettiva”, che si rapporta a scelte effettuate dalla stessa o dalle stesse confederazioni proclamanti lo sciopero generale, e della quale, pertanto, è doveroso esigere l’osservanza da parte di essa/e.

Si nega, per converso, la necessità di rispettare quelle regole la cui osservanza, o sarebbe impossibile (il divieto di concomitanza fra azioni proclamate nel medesimo settore) ⁽⁸⁾ o vistosamente inutile in uno sciopero generale (le procedure obbligatorie di raffreddamento e conciliazione, che non hanno qui spazio “attesi i motivi dello sciopero”, e cioè attesa la mancanza di una controparte cooptabile nelle procedure medesime), o si presenterebbe comunque incongrua, visto che tale sciopero non è inserito, di massima, in una combinazione seriale di azioni conflittuali (così si giustifica che ad esso venga dichiarato non applicabile il limite della durata massima della prima astensione, previsto dagli accordi collettivi o dalle regolamentazioni provvisorie di categoria).

Giungiamo così al problema della “rarefazione oggettiva”, che si pone, come è noto, “quando la questione dell’intervallo minimo (fra più azioni di sciopero) si pone in relazione a proclamazioni da parte di altre confederazioni o di organizzazioni non aderenti alla o alle confederazioni proclamanti”. È altresì noto che la legge lascia alle fonti attuative (accordi collettivi e regolamentazioni provvisorie) un margine di discrezionalità nella concretizzazione di tale regola. La Commissione sfrutta detto margine sino all’estremo, trovando ciò

⁽⁸⁾ V. *retro*, § 2.

giustificazione nel fatto che un rigoroso rispetto della regola *de qua* renderebbe virtualmente impossibile, o per lo meno eccessivamente complicata, la proclamazione di uno sciopero generale nell'uno o nell'altro settore. Ma ciò senza prevedere una completa deroga alla regola, bensì disapplicandola come tale ed avocando a sé, in sua vece, un potere di valutazione caso per caso (tipicamente "amministrativo") sul fatto che sia stato impedito, in concreto, a motivo del mancato rispetto dell'intervallo minimo, e tenuto anche conto del possibile impatto delle astensioni collettive, un "equo temperamento" fra diritto di sciopero e diritti della persona ⁽⁹⁾.

La soluzione così escogitata appare ragionevole ed equilibrata. Ad essa è peraltro agganciato quello che pare lo "strappo" più diretto rispetto ad una prescrizione della legge (per quanto esso sia stato anticipato da alcuni accordi collettivi di settore), ossia l'affermazione che, per dar corso (non tanto, a questo punto, alla regola della rarefazione oggettiva, quanto) alla valutazione caso per caso dell'impatto dello sciopero, "si farà riferimento all'intervallo intercorrente tra l'effettuazione degli scioperi" (e non, come dispone l'articolo 2, comma 2, tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione del successivo), "senza che assuma rilievo la eventuale previsione, nella regolamentazione di settore, della necessaria proclamazione dello sciopero soltanto dopo l'effettuazione di quello precedente".

È proprio su quest'ultimo punto che la delibera ha forse passato il segno; ma ciò nulla toglie all'apprezzamento complessivo di un provvedimento giuridicamente ragionevole, oltre che – ma è altro discorso – politicamente equilibrato.

Sciopero generale e servizi essenziali – Riassunto – *L'A. si interroga sulla legittimità di una disciplina speciale sull'esercizio del diritto di sciopero "generale" nei servizi essenziali, a seguito dei rilievi sollevati dalla deliberazione n. 3/134 del 24 settembre 2003 della Commissione di Garanzia. Il ragionamento seguito dalla Commissione, che l'A. ripercorre, si snoda attraverso tre opzioni interpretative: l'applicabilità della l. n. 146/1990, salvo il divieto di concomitanza, la "tipicità" dello sciopero generale che, come risorsa democratica, giustifica un sacrificio proporzionalmente maggiore dei diritti dell'utenza, ed infine la peculiarità dello stesso. Il risultato raggiunto è che lo sciopero generale è assoggettato alle prescrizioni della l. n. 146/1990, ma nondimeno rappresenta un'ipotesi peculiare di azione sindacale, ragion per cui la sua disciplina finisce in qualche modo con l'atteggiarsi come "speciale". In ultima analisi l'A. esprime il suo apprezzamento per la soluzione proposta dalla Commissione in tema di "rarefazione oggettiva", che prevede una valutazione caso per caso sul rispetto dell'intervallo minimo sulla base di un "equo temperamento" fra diritto di sciopero e diritti della persona.*

General strikes and essential services (Article in Italian) – Summary – *This paper examines the legitimacy of the special regulation of the exercise of the right to a "general" strike in the essential services, following Decision No. 3/134 of 24 September 2003 of the Official Committee on Strikes (Commissione di Garanzia). The reasoning followed by the Committee, examined by the author, is based on three interpretative options: the applicability of Act No. 146/1990, notwithstanding the ban on the combination of strikes, the "typical" character of the general strike which, as a democratic initiative, justifies a degree of inconvenience for the customers that is proportionally greater, and*

⁽⁹⁾ Sull'opportunità di una valutazione caso per caso, v. F. SANTONI, *op. cit.*, 29.

finally the particular nature of the general strike. The conclusion is that general strikes are subject to the provisions of Act No. 146/1990, but at the same time represent a particular form of industrial action, and for this reason the regulation of such strikes is considered to some extent to be special. The author concludes the analysis by expressing his agreement with the solution proposed by the Committee, providing for a case-by-case approach to the minimum period on the basis of a “fair balancing” of the right to strike and individual rights.

Gli orientamenti della Commissione di Garanzia in materia di sciopero generale

Maria Rita Iorio

Sommario: **1.** Il non agevole inquadramento dello sciopero generale nella legge n. 146 del 1990 e successive modifiche. – **2.** I recenti interventi della Commissione di Garanzia in materia di sciopero generale (anni 2000-2004). – **2.1.** Sciopero politico e preventivo esperimento delle procedure di raffreddamento e conciliazione (verbale n. 396, seduta del 5 ottobre 2000). – **2.2.** Scioperi generali e/o interregionali e principio di rarefazione (delibera del 5 dicembre 2001, n. 01/152). – **2.3.** Scioperi locali proclamati dopo lo sciopero generale da organizzazioni sindacali non partecipanti alla proclamazione dello sciopero generale (delibera del 5 dicembre 2001, n. 01/152) e scioperi locali proclamati prima dello sciopero generale da organizzazioni sindacali non partecipanti alla proclamazione dello sciopero generale (delibera del 5 dicembre 2001, n. 01/152). – **2.4.** Sciopero generale intersettoriale (delibera del 5 dicembre 2001, n. 01/152). – **2.5.** Scioperi generali confederali e obbligo di esperire le procedure di raffreddamento e conciliazione (delibera del 21 marzo 2002, n. 50). – **2.6.** Adesione delle categorie e comparti alla proclamazione dello sciopero generale (delibera del 21 marzo 2002, n. 50). – **2.7.** Sciopero generale del 16 aprile 2002, astensione di tutti i settori produttivi (delibera del 4 aprile 2002, n. 02/53). – **2.8.** Scioperi generali nel trasporto aereo e principio di rarefazione (delibera del 10 gennaio 2002, n. 50). — **2.9.** Scioperi generali contro la riforma Biagi del mercato del lavoro (delibera del 24 settembre 2003, n. 3/134). – **2.10.** Sciopero generale del 3 dicembre 2004 proclamato il 18 ottobre 2004 da CUB e USI-AIT (delibera dell'11 novembre 2004, n. 04/618). – **2.11.** Sciopero generale del 30 novembre 2004 Cgil-Cisl-Uil-Ugl (delibera dell'11 novembre 2004, n. 04/619). – **3.** Conclusioni.

1. Una tra le molteplici problematiche affrontate dalla Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (d'ora innanzi Commissione) ancora aperta – e dunque senza una soluzione rassicurante o comunque condivisa dalle parti sociali – è quella legata alla disciplina e alla collocazione dello sciopero generale ⁽¹⁾.

La legge n. 146 del 1990 ⁽²⁾, che regola l'esercizio del diritto di sciopero nell'ambito dei servizi pubblici individuati dalla stessa come essenziali, non ha infatti preso direttamente in considerazione la fattispecie sciopero generale.

(*) Maria Rita Iorio è ricercatrice ADAPT - Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi".

(1) In dottrina recentemente: M. RUSCIANO, *Sciopero generale, legge n. 146/1990 e rappresentatività sindacale*, in *NewsLetter CgS*, 2003, n. 1-2, 18 ss.; F. SANTONI, *Quali regole applicare allo sciopero generale?*, in *NewsLetter CgS*, 2003, n. 1-2, 25 ss.; S. MAGRINI, *Sciopero generale e scelte "politiche" della Commissione di garanzia*, in *ADL*, 2004, n. 2, 513 ss.; F. LISO, *Sciopero generale e regole per il suo esercizio*, in *NewsLetter CgS*, 2003, n. 1-2, 14 ss.

(2) Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sciopero*.

Mentre la novella n. 83 del 2000 – che ha apportato delle modifiche alla originaria legge introducendo, tra l'altro, l'obbligo del preventivo espletamento delle procedure di raffreddamento e conciliazione rispetto alla proclamazione di sciopero e l'obbligo dell'intervallo minimo da rispettare tra diverse proclamazioni – ha, semmai prodotto l'effetto di rendere più ardua, rispetto al passato, la collocazione dello sciopero generale nell'impianto della stessa legge n. 146 del 1990.

L'unica disposizione che sembra prendere in considerazione una ipotesi diversa dallo sciopero a fini esclusivamente di rivendicazione economica di categoria, avendo riguardo alle specifiche motivazioni che lo hanno prodotto, è quella dell'articolo 2, comma 7, della legge n. 146 del 1990, la quale prevede che solo in caso di astensione dal lavoro in difesa dell'ordine costituzionale ovvero di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori le disposizioni in tema di preavviso e limiti di durata dello sciopero non trovano applicazione. Disposizione questa da cui si può desumere, *a contrario*, la riferibilità della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali anche alla fattispecie dello sciopero generale.

Tale conclusione trova conforto nella sentenza della Corte Costituzionale n. 276 del 1993 ⁽³⁾, secondo cui, in via di principio, l'adesione allo sciopero generale delle categorie che erogano servizi pubblici essenziali non può ritenersi estranea alla disciplina di cui alla legge n. 146 del 1990, tenuto conto che i diritti della persona costituzionalmente tutelati possono essere pregiudicati da qualsiasi sciopero a prescindere dal tipo di protesta ovvero dalla ampiezza dell'astensione. Tuttavia è la stessa Corte Costituzionale ad aver contribuito, in numerose altre decisioni ⁽⁴⁾, a delineare alcuni profili di specialità dello sciopero generale rispetto ad una comune astensione dal lavoro per fini contrattuali, soprattutto in considerazione della generalità della protesta collettiva che presuppone la larga e totale adesione di tutte le categorie professionali mobilitate per autotutelare un interesse collettivo economico-politico-sociale, talmente vasto da coincidere con l'interesse generale. Sul punto è recentemente intervenuta la Commissione di Garanzia, con la delibera n. 3/134 del 24 settembre 2003 ⁽⁵⁾. La Commissione, pur affermando che lo sciopero generale non consente di derogare alla normativa di cui alla legge n. 146 del 1990 e successive modificazioni, ha preso definitivamente atto che talune regole, stabilite dalla disciplina di legge, contratto o regolamentazione provvisoria, risultano difficilmente applicabili allo sciopero generale, inteso come quella astensione dal lavoro per fini non contrattuali proclamata per tutte le categorie pubbliche e private dalle confederazioni maggiormente rappresentative o da una confederazione dotata di rappresentanza diffusa, all'interno della legge n. 146 del 1990 come modificata dalla legge n. 83 del 2000.

⁽³⁾ Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sciopero*.

⁽⁴⁾ C. Cost. 15 dicembre 1967 n. 141; C. Cost. 17 marzo, 1969 n. 31; C. Cost. 14 gennaio, 1974 n. 1; C. Cost. 27 dicembre 1974 n. 290. Vedile in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sciopero*.

⁽⁵⁾ Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sciopero*.

2. L'analisi dei dati relativi alla attività della Commissione di Garanzia, tanto in sede istruttoria che deliberativa, nel biennio 2003/2004 mostra come si sia registrato, negli ultimi anni, un crescente aumento delle proclamazioni di sciopero generale dovuto all'intensificarsi dei livelli di conflittualità legati a vertenze di carattere economico-politico, tra cui, in particolare, la guerra in Iraq, la riforma Biagi del mercato del lavoro ⁽⁶⁾, la riforma delle pensioni e l'approvazione della legge finanziaria. Limitandoci al 2004 è possibile desumere, dalle proclamazioni di sciopero pervenute in Commissione, che vi sono state 24 proclamazioni di sciopero generale; di queste 11 sono state a carattere nazionale e 13 regionale. Sugli scioperi generali nazionali si sono registrate 19 adesioni dei lavoratori dei vari settori produttivi e quattro adesioni per le proclamazioni di sciopero generale regionale. Sulle adesioni agli scioperi generali nazionali la Commissione ha inviato tre indicazioni immediate ai sensi dell'articolo 13, lettera *d*), legge n. 146 del 1990 e successive modificazioni, volte a segnalare profili di illegittimità della proclamazione, mentre sugli scioperi generali nazionali è stata inviata una sola indicazione immediata e, con due delibere, la Commissione ha invitato i soggetti collettivi proclamanti ad escludere dallo sciopero alcuni servizi pubblici essenziali (tali delibere saranno oggetto di specifico esame nel prosieguo). Si registra inoltre, una sola apertura di procedimento di valutazione, mentre non è stata emessa nessuna delibera di valutazione negativa del comportamento dei soggetti collettivi proclamanti sino ad oggi. In 20 casi la Commissione ha proposto l'archiviazione del caso. A fronte dell'aumento di proclamazioni di carattere generale, dunque, l'intervento della Commissione non si è dimostrato affatto repressivo del fenomeno tutt'altro. L'impegno della Commissione è stato quello di cercare di conciliare questa astensione con i precetti di cui alla legge n. 146 del 1990 e successive modificazioni. La Commissione non si è espressa soltanto nel corso dell'anno 2004 sullo sciopero generale ma, già dall'entrata in vigore della novella n. 83 del 2000, ha prodotto una corposa serie di orientamenti contenuti in delibere o in note a verbale.

In tal modo essa ha cercato di interpretare la normativa sforzandosi di applicarne i contenuti ai casi concreti che, come spesso accade, presentano delle sfaccettature non sempre prevedibili in linea teorica. Pronunce mirate, insomma, ad "adattare" la normativa alle specifiche peculiarità dello sciopero generale non senza difficoltà, in quanto spesso le decisioni sono state adottate non all'unanimità e, a volte, sono persino risultate non univoche tra di loro. Appare dunque di estremo interesse procedere all'analisi degli orientamenti interpretativi della Commissione in materia di sciopero generale a partire dai meno recenti, dal 2000 in poi, poiché le pronunce dei garanti, contenute sia nei verbali che in delibere di indirizzo a carattere generale evidenziano i principali nodi problematici legati alla applicazione della legge n. 146 del 1990 alla fattispecie dello sciopero generale, tra cui, in particolare, l'obbligo di esperi-

⁽⁶⁾ Sul punto rinvio al mio *Riforma Biagi e conflitto*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 731 ss.

mento delle procedure di raffreddamento e conciliazione, l'applicazione del principio di rarefazione, le modalità di adesione allo sciopero generale proclamato dalle confederazioni nazionali da parte delle organizzazioni sindacali nazionali o locali o anche l'adesione di singoli comparti nel pubblico impiego.

2.1. Con riferimento al rapporto tra sciopero politico e preventivo esperimento delle procedure di raffreddamento e conciliazione, la Commissione ha deciso che, nel caso di scioperi generali, quale sia il loro livello territoriale, è opportuno procedere ad una valutazione unitaria di tutte le proclamazioni relative ai vari settori per garantire l'uniformità delle valutazioni e, quando si tratta di scioperi in senso lato politici e comunque non connessi a vertenze nelle quali sia precisamente individuabile una controparte, l'obbligo del preventivo esperimento delle procedure di raffreddamento e conciliazione non trova applicazione, poiché tale obbligo è sancito per evitare il ricorso allo sciopero ove esista ancora una ragionevole possibilità di comporre la vertenza tra le parti. Tale orientamento interpretativo della Commissione di Garanzia è presente nel verbale n. 396, seduta del 5 ottobre 2000 (7).

2.2. In riferimento alla tematica degli scioperi generali e/o interregionali con delibera del 5 dicembre 2001, n. 01/152 (8), in relazione alla proclamazione e alla effettuazione di scioperi che per estensione (un intero settore o intersettoriale), dimensione nazionale, potenziale partecipazione e impatto siano valutabili come sciopero generale, la Commissione ha affrontato, inoltre, il problema dei rapporti tra sciopero generale e rarefazione. In questa occasione ha stabilito che ove una organizzazione sindacale abbia proclamato uno sciopero locale, aziendale, o sub-settoriale, questa proclamazione non impedisce che prima della effettuazione di tale sciopero, la medesima organizzazione partecipi alla proclamazione di uno sciopero generale o proclami uno sciopero generale da effettuarsi prima o dopo lo sciopero locale, aziendale, o sub-settoriale. In questo caso la Commissione sarà tenuta a segnalare, con indicazione immediata ai sensi dell'articolo 13, lettera *d*), legge n. 146 del 1990, come modificata dalla legge n. 83 del 2000, la necessità di assorbire l'azione di sciopero nello sciopero generale.

2.3. Sempre con la medesima delibera, sopra citata, la Commissione ha stabilito che le organizzazioni sindacali che non hanno partecipato alla proclamazione di sciopero generale, ma abbiano proclamato uno sciopero locale, aziendale o sub-settoriale, dopo la proclamazione dello sciopero generale o dopo la sua effettuazione sono tenute a rispettare le regole di rarefazione oggettiva (intervallo di tempo da rispettare tra diverse azioni di sciopero) vigenti negli accordi, codici o proposte di regolamentazione di cui si tratti. Se invece una organizzazione sindacale non abbia partecipato alla proclamazione

(7) Vedilo in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sciopero*.

(8) Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sciopero*.

dello sciopero generale e abbia invece proclamato uno sciopero locale, aziendale o sub-settoriale prima della proclamazione di uno sciopero generale, la Commissione, si riserva di valutare l'impatto di tale sciopero sul bacino di utenza e sulla continuità del servizio.

2.4. Relativamente allo sciopero generale intersettoriale la Commissione si è riservata di controllare che lo stesso settore non sia colpito da successive azioni di sciopero addensate in un periodo di tempo inferiore alla durata fissata dalla regola di rarefazione oggettiva vigente nel settore. Orientamento espresso nella delibera di cui al punto 2.2.

2.5. Con successiva delibera del 21 marzo 2002 ⁽⁹⁾, che aveva ad oggetto l'esame degli scioperi generali confederali, la Commissione ha espresso l'avviso che nel caso di sciopero confederale per una vertenza di ambito pluricategoriale, le procedure di raffreddamento e conciliazione debbono essere svolte allo stesso livello secondo regole comuni. Con tale pronuncia la Commissione supera il precedente orientamento, sopra riportato, secondo cui per lo sciopero generale le procedure di raffreddamento e conciliazione non trovano applicazione ⁽¹⁰⁾.

2.6. Quanto alle eventuali adesioni salva l'ipotesi in cui la proclamazione a livello confederale preveda già compiutamente l'articolazione e le modalità dell'astensione per le diverse categorie e comparti, sempre con la delibera del 21 marzo 2002, la Commissione ha stabilito che gli scioperi dovranno essere specificamente proclamati per le singole categorie e/o comparti, nel rispetto delle regole sul preavviso previste nei diversi accordi o regolamentazioni.

2.7. Con delibera 4 aprile 2002 n. 02/53 ⁽¹¹⁾ in relazione allo sciopero generale del 16 aprile 2002 che prevedeva l'astensione degli addetti a tutti i settori compresi i servizi pubblici, avente un carattere di assoluta eccezionalità, la Commissione ha invitato le OO.SS. proclamanti a rispettare le discipline vigenti nei singoli settori riguardo le modalità di svolgimento dello sciopero, le prestazioni indispensabili e la collocazione oraria.

2.8. Con riguardo invece agli scioperi generali nel settore del trasporto aereo la Commissione si è espressa con delibera del 10 gennaio 2002 per consentire la deroga della regola della rarefazione oggettiva, tipica del settore, ammessa in via eccezionale nel caso di sciopero generale permettendo la concentrazione degli scioperi nella stessa data.

2.9. In occasione dell'approvazione della legge delega sul mercato del lavoro

⁽⁹⁾ Vedila in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Sciopero*.

⁽¹⁰⁾ Pronuncia contenuta nel verbale n. 396, seduta del 5 ottobre 2000, cit.

⁽¹¹⁾ Vedila in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Sciopero*.

n. 30 del 2003, meglio nota come riforma Biagi, e degli scioperi generali proclamati dalla organizzazione sindacale Cgil contro la sua approvazione, la Commissione ha espresso da ultimo, con delibera del 24 settembre 2003, n. 3/134 ⁽¹²⁾, degli indirizzi interpretativi che costituiscono il risultato degli studi compiuti dai garanti sul complesso delle decisioni assunte in materia di sciopero generale nel corso degli anni passati e qui brevemente riassunti, nonché di quanto emerso dagli incontri compiuti con le organizzazioni sindacali sul tema.

a. Adesione delle organizzazioni sindacali di categoria allo sciopero generale.
Con questa delibera la Commissione ha in primo luogo stabilito che le organizzazioni di categoria che prestano servizi pubblici essenziali, nell'atto di adesione ad uno sciopero generale, proclamato da una o più confederazioni devono rispettare gli obblighi previsti nell'articolo 2, comma 1, della legge n. 146 del 1990 come modificata dalla legge n. 83 del 2000 e quelli previsti nei relativi accordi o regolamentazioni provvisorie salva l'ipotesi in cui queste indicazioni non siano già contenute nella proclamazione a livello confederale.

b. Termine di preavviso e esperimento delle procedure di raffreddamento e conciliazione.
In secondo luogo il termine di preavviso deve essere rispettato sia dalla proclamazione delle confederazioni o confederazione sia dalla adesione delle organizzazioni di categoria, mentre si è deciso che nessun obbligo di esperimento delle procedure può essere imposto sia alla proclamazione di sciopero generale che alle adesioni, date le peculiari motivazioni dello sciopero. Su questo specifico punto la Commissione ha modificato il proprio orientamento rispetto alla delibera del 21 settembre 2002, sopra richiamata, nella quale si prevedeva l'espletamento delle procedure di raffreddamento allo stesso livello secondo regole comuni.

c. Durata massima della prima azione e garanzia delle prestazioni indispensabili.
Riguardo al limite della durata massima della prima azione di sciopero prevista dagli accordi e codici o proposte di regolamentazione di settore è stato previsto che non si applica alla proclamazione di sciopero generale, mentre devono essere garantite le prestazioni indispensabili.

d. Intervalli minimi.

Sul tema degli intervalli minimi, se gli scioperi sono proclamati nell'ambito della stessa o delle stesse confederazioni e non rispettano il predetto termine (cosiddetta rarefazione soggettiva) la Commissione provvederà a segnalare la violazione con indicazione immediata ai sensi dell'articolo 13, lettera d), legge n. 146 del 1990 e successive modificazioni al fine di consentire una nuova formulazione della proclamazione e/o delle adesioni tale da assicurare il rispetto dell'intervallo. Nel caso in cui gli scioperi siano proclamati da diverse confederazioni o da parte di confederazioni non aderenti alle confederazioni proclamanti lo sciopero generale (cosiddetta rarefazione oggettiva), la Commissione ha stabilito di riservarsi di valutare l'effetto del mancato rispetto dell'intervallo sull'equo contemperamento tra il diritto di sciopero e i diritti

⁽¹²⁾ Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sciopero*.

della persona costituzionalmente garantiti, tenuto conto dell'impatto delle astensioni collettive. In quest'ultimo caso la Commissione avrà riguardo all'intervallo intercorrente tra la effettuazione degli scioperi cioè tra le azioni senza che assuma rilievo la eventuale previsione contenuta negli accordi di settore della necessaria proclamazione di sciopero soltanto dopo l'effettuazione di quello precedente.

Con quest'ultima disposizione la Commissione prevede che per lo sciopero generale si possa non applicare la regola dell'intervallo minimo tra proclamazione di sciopero generale ed effettuazione di altri scioperi proclamati prima da diverse organizzazioni sindacali non proclamanti l'astensione generale o non aderenti alla stessa, inoltre permette che non si rispettino regole codificate negli accordi e regolamentazioni di settore che si applicano a tutte le altre proclamazioni di sciopero e che spesso sono oggetto di valutazione negativa di comportamento, avendo voluto prestare attenzione soltanto all'intervallo intercorrente tra azione ed azione. Così facendo la Commissione ha compiuto un "adattamento" della regola dell'intervallo alle riconosciute specifiche peculiarità dell'astensione per fini non retributivi-economici. Mentre per gli scioperi di categoria proclamati successivamente alla proclamazione dello sciopero generale la predetta deroga non trova applicazione e si torna a fare riferimento alle regolamentazioni di settore in materia di intervallo minimo.

In data 30 aprile 2004 la Commissione ha integrato la delibera in commento ⁽¹³⁾ stabilendo, con riferimento allo sciopero generale riguardante tutte le categorie pubbliche e private, che trovano applicazione le disposizioni in tema di prestazioni indispensabili e che non trovano applicazione le disposizioni in tema di preventivo esperimento delle procedure di raffreddamento e conciliazione, nonché di intervallo minimo tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione del successivo, ritenendo sufficiente, con riferimento ai singoli servizi pubblici essenziali che intercorra un intervallo di almeno dieci giorni, per evitare una non accettabile incidenza sulla continuità del servizio e salva la valutazione del prevedibile impatto dei due scioperi sulla detta continuità.

I contenuti della delibera del 24 settembre 2003, come integrata dalla delibera del 30 aprile 2004, hanno trovato in ultimo pratica attuazione con riferimento agli scioperi generali del periodo 30 novembre 2004 (proclamato dalle tre confederazioni maggiormente rappresentative) e 3 dicembre 2004 (proclamato dalle CUB e USI-AIT prima della proclamazione di Cgil, Cisl, Uil). A seguito delle due predette proclamazioni di sciopero generale da parte di soggetti collettivi diversi, estremamente ravvicinate nel tempo, la Commissione si è trovata a dover gestire non soltanto il problema di due proclamazioni distinte di sciopero generale a distanza di tre giorni ma anche tutte le adesioni dei singoli settori alle astensioni di sciopero generale con successive proclamazioni e contemporaneamente a dover conciliare le stesse con una serie di proclamazioni di sciopero nazionale di tutti i comparti del pubblico impiego articolati a livello regionale, di tutto il comparto ricerca, del comparto università, e di tutte

(13) Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sciopero*.

le categorie pubbliche e private, proclamate prima e dopo le proclamazioni di sciopero generale.

2.10. Con delibera del 18 novembre 2004, n. 04/618 ⁽¹⁴⁾, con riferimento allo sciopero del CUB USI-AIT proclamato il 18 ottobre 2004 per il 3 dicembre 2004 di tutte le categorie pubbliche e private, esaminate tutte le proclamazioni di sciopero nel periodo intercorrente tra il 24 novembre e 12 dicembre 2004, la Commissione ha invitato le confederazioni CUB e USI-AIT ad escludere dallo sciopero generale del 3 dicembre 2004 il trasporto pubblico locale, in considerazione dello sciopero nazionale di settore proclamato in precedenza per il 1° dicembre 2004 nonché tutti i comparti del pubblico impiego in relazione ai quali erano stati precedentemente proclamati uno sciopero nazionale articolato per regioni nei giorni 24, 25 e 26 novembre 2004 nonché uno sciopero nazionale per il successivo 10 dicembre 2004.

2.11. Con ulteriore delibera del 18 novembre 2004, n. 04/619 ⁽¹⁵⁾, con riferimento allo sciopero generale di tutte le categorie pubbliche e private proclamato il 25 ottobre 2004 dalle confederazioni nazionali Cgil, Cisl, Uil, nonché in relazione allo sciopero generale proclamato in data 4 novembre 2004 per il 30 novembre 2004 dalla Ugl, ha invitato le tre confederazioni nazionali maggiormente rappresentative ad escludere il trasporto pubblico locale, in considerazione dello sciopero nazionale in precedenza proclamato per il 1° dicembre 2004, nonché tutti i comparti del pubblico impiego per i quali erano stati proclamati scioperi nazionali articolati a livello regionale per i giorni 24, 25 e 26 novembre 2004, i comparti università e alta formazione artistica per i quali erano stati proclamati in precedenza scioperi per il 29 novembre e 1° dicembre 2004, ed inoltre ad escludere, in considerazione del possibile impatto sul servizio, il settore del trasporto aereo, per il quale era pervenuta l'adesione allo sciopero del 3 dicembre proclamato dalle confederazioni CUB e USI-AIT.

3. Attraverso la delibera del 23 settembre 2003 come integrata dalla delibera del 30 aprile 2004 la Commissione ha “codificato” una disciplina particolare per lo sciopero generale rispetto a quanto previsto nella legge n. 146 del 1990 e successive modificazioni, la quale ha negletto le problematiche connesse allo sciopero generale non occupandosi direttamente del fenomeno. Ciò non vuol dire tuttavia che la fattispecie sciopero generale sia al di fuori della legge n. 146 del 1990 e successive modificazioni, proprio in quanto la legge non opera alcuna differenziazione di questa forma di astensione collettiva rispetto ad una classica proclamazione di sciopero. L'intervento della Commissione con la delibera di indirizzo interpretativo sopra richiamata non ha dunque una finalità di derogare alla disciplina di cui alla legge n. 146 del 1990 per “favorire” o “limitare” lo sciopero generale. Più semplicemente con l'intervento in questione la

⁽¹⁴⁾ Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sciopero*.

⁽¹⁵⁾ Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sciopero*.

Commissione ha adattato le disciplina generale per contemperare diversi diritti in tensione in conformità alla *ratio* della legge.

Si è trattato dunque di una opzione che ha voluto attribuire rilevanza alle specifiche proprietà dello sciopero generale sia sul piano sociale che delle relazioni sindacali. Scelta quest'ultima, tuttavia, accolta freddamente dalle organizzazioni sindacali le quali hanno attribuito alla delibera di indirizzo della Commissione del 24 settembre 2003, una valenza di restrizione dello sciopero generale che non le è propria. Dall'esame della delibera emerge, infatti, come essa abbia, in realtà, riservato una "disciplina di favore" allo sciopero generale, in deroga alla legge n. 146 del 1990 e successive modifiche, tenendo conto proprio delle peculiarità sociali del fenomeno. Gli sforzi compiuti dalla Commissione di Garanzia in tema di interpretazione dello sciopero generale e della disciplina in concreto ad esso applicabile sono certamente stati dettati dalla necessità di bilanciare un tipo di astensione, le cui motivazioni sono politico-sociali ancorché economiche, con il riconoscimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati.

Questi diritti possono essere compressi ma non vanificati di qui il principio di contemperamento tra contrapposti interessi che è sotteso a tutte le regole imposte dalla legge n. 146 del 1990 e successive modificazioni, allo sciopero.

Se si ha riguardo al principio di contemperamento, allora sarà più facile comprendere che se è possibile e lecito comprimere i diritti del cittadino-utente costituzionalmente garantiti, altrettanto possibile e lecito sarà delimitare, in ragione del godimento e dell'esercizio dei primi, il diritto di sciopero, anche quando si tratti di sciopero generale e a carattere strettamente politico-sociale. Certamente lo sciopero generale presenta delle specifiche peculiarità che si è cercato di evidenziare, le quali differenziandolo dal tipico sciopero a carattere rivendicativo economico implicano, a giudizio della Commissione, un adattamento delle regole di cui alla legge n. 146 del 1990 e successive modifiche alla specifica fattispecie; ma non una totale disapplicazione delle stesse. Se appare irragionevole applicare allo sciopero generale la regola del preventivo espletamento delle procedure di raffreddamento e conciliazione, in quanto appare arduo individuare una controparte con cui intavolare delle trattative, poiché il suo scopo principale è quello di manifestare un'idea ed in qualche misura appare di difficile comprensione l'applicazione della regola dell'intervallo, pena la impossibilità di effettuare lo sciopero per determinate categorie di lavoratori, non altrettanto irragionevole sembra l'applicazione delle regole sulla durata, sul preavviso, sulla indicazione dei servizi minimi anche e a maggior ragione nel caso in cui si tratti di puro sciopero politico. Diversamente, questo tipo di scioperi, soprattutto qualora non fossero proclamati da tutte le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative ma solo da una, produrrebbero effetti di aggiramento della normativa e introdurrebbero un clima di confusione sociale.

Rimane, comunque, da chiarire cosa debba intendersi per generalità della protesta collettiva legata allo sciopero generale. Dovrebbe trattarsi di quella protesta che coinvolge tutti i lavoratori indipendentemente dalla categoria professionale di appartenenza e proclamato da tutte le confederazioni sindacali

maggiormente rappresentative. Secondo l'ultimo indirizzo interpretativo della Commissione è sciopero generale anche quello proclamato da una confederazione sindacale maggiormente rappresentativa. Mentre viene considerato impropriamente tale anche lo sciopero effettuato da tutti i lavoratori di un certo settore (ad esempio i lavoratori del trasporto aereo).

Questo problema è tuttavia strettamente connesso alla mancanza di regole certe sulla rappresentatività sindacale che impediscono di comprendere quale sia la reale portata della volontà collettiva di ricorrere ad una azione di protesta tanto estesa come lo sciopero generale ⁽¹⁶⁾.

Gli orientamenti della Commissione di Garanzia in materia di sciopero generale – Riassunto – *La regolamentazione dello sciopero muove, come noto, dall'esigenza di temperamento fra diritti costituzionalmente garantiti: i diritti del cittadino da un lato ed il diritto stesso di sciopero dall'altro. Tale equilibrio va ricercato anche con riferimento allo sciopero generale ed a carattere strettamente politico sociale, pur in considerazione delle specifiche peculiarità che lo caratterizzano e che implicano un adattamento delle regole stabilite dalla l. n. 146/1990 e successive modifiche. Al riguardo, dopo aver analizzato le più recenti pronunce della Commissione di Garanzia, l'A. sottolinea l'impossibilità di una totale disapplicazione della normativa stessa: in particolare, pur potendosi ritenere inapplicabile la regola del previo espletamento delle procedure di raffreddamento e conciliazione – essendo d'altro canto arduo individuare una controparte con cui intavolare trattative –, l'A. sottolinea che anche a tale forma di sciopero – ed a maggior ragione quando questo sia puramente politico – vadano applicate le regole relative alla durata, al preavviso, all'indicazione dei servizi minimi. Diversamente, si ribadisce, questo tipo di scioperi – soprattutto quando non siano stati proclamati da tutte le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative – produrrebbero effetti di aggiramento della normativa ed introdurrebbero un clima di confusione generale: la questione è strettamente connessa al problema relativo alla definizione di protesta collettiva a sua volta legata allo sciopero generale e, in ultima analisi, con la mancanza di regole certe sulla rappresentatività sindacale.*

Decisions of the official committee on strikes with particular reference to general strikes (Article in Italian) – Summary – *It is well known that the regulation of strikes reflects the need to conciliate contrasting rights that are guaranteed by the Constitution: on the one hand the rights of the citizen, and on the other hand the right to strike. A balance of this kind also has to be struck in the case of general strikes, and those that are closely related to social policy aims, while taking account of their specific characteristics, that give rise to the need to adapt the rules established by Act No. 146/90 as amended. In this connection, after having analysed the most recent rulings of the Official Committee on Strikes, the author underlines the impossibility of totally setting aside these provisions: in particular, while it may be possible to justify the setting aside of provisions on cooling off and conciliation – since it would be problematic to identify the other party in the negotiations – the author underlines that also in this form of strike – and all the more so when it is of a purely political nature – there is a need to apply the rules relating to the length of the strike, the period of notice, and the provision of minimum services. The failure to apply such provisions to this type of strike – especially when they have not been called by all of the most representative trade union confederations – would result in a loophole in the provisions and would give rise to a state of general confusion. The question is closely linked to the problem of the definition of a collective protest and that of general strikes, and ultimately to the lack of certain rules about trade union representativeness.*

⁽¹⁶⁾ Cfr. M. RUSCIANO, *op. cit.*

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Accertamenti sanitari

- assenza a visita di controllo (1.1. – 1.3.)

Agenzia (contratto di)

- agente assicurativo e broker (2.1.)

Arbitrato e conciliazione

- conciliazione (3.1.)

Lavoro a tempo parziale

- distribuzione dell'orario (4.1.)

Lavoro subordinato

- socio di maggioranza (5.1.)
- membro cda (5.2.)

Libera circolazione delle persone

- accesso al lavoro (6.1.)

Licenziamento

- licenziamento orale (7.1.)
- tutela reale (7.2.)
- giustificato motivo oggettivo (7.3. – 7.4.)
- giusta causa (7.5.)

Mansioni

- demansionamento (8.1. – 8.2.)

Orario di lavoro

- festività (9.1.)
- straordinario (9.2.)

Previdenza

- indennità di buonuscita pubblici dipendenti (10.1.; 10.3.)
- contributi obbligatori (10.2.; 10.4.)

Processo (del lavoro)

- onere della prova (11.1.; 11.4.)
- ricorso introduttivo (11.2.)
- onere di contestazione (11.3.)

Prova (patto di)

- modalità di redazione (12.1.)

Pubblico impiego

- contratto a termine (13.1.)

Regioni (competenza delle)

- potestà legislativa regionale: blocco delle assunzioni (14.1.)

Retribuzione

- omnicomprensività (principio di) (15.1.)

Salute e sicurezza

- responsabilità ex art. 2087 c.c. (16.1. – 16.5.)

Sciopero

- legittimità e limiti (17.1.)


Trasferimento d'azienda

- applicabilità alla pubblica amministrazione (18.1.)
- consenso del lavoratore (18.2.)

Trattamento di fine rapporto

- retribuzione utile (19.1.)

Nota per la lettura dell'Osservatorio di giurisprudenza ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » all'indirizzo www.csmb.unimo.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.


(*) L'Osservatorio di giurisprudenza è realizzato in collaborazione con ADAPT – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del Lavoro e sulle Relazioni Industriali e l'Associazione Industriale Bresciana, l'Associazione Industriali della Provincia di Vicenza, l'Unione degli Industriali di Bergamo, l'Assindustria di Genova, l'Unione degli Industriali della Provincia di Pordenone, l'Unione Industriale Torino, l'Unione degli Industriali della Provincia di Treviso, l'Unione degli Industriali della Provincia di Varese.

1. Accertamenti sanitari

1.1. Cass. 29 settembre 2004 n. 22065 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 46).

Accertamenti sanitari - Assenza alla visita di controllo - Allontanamento dal domicilio ai fini di visita presso il medico specialista - Diritto alla salute - Giusto motivo - Sussistenza - Fattispecie.

Il lavoratore che alla visita di controllo del medico fiscale, negli orari di reperibilità, risulta assente presso il domicilio dichiarato non subisce penalizzazioni stipendiali o sanzioni disciplinari, nel caso in cui la sua assenza è determinata da particolari situazioni, quali la concomitanza di visite mediche o di prestazioni sanitarie e di accertamenti specialistici. Ciò "a patto che il lavoratore dimostri l'impossibilità di effettuare la visite in orario diverso da quello corrispondente alle fasce di reperibilità". La visita medica specialistica configura esigenza relativa all'esercizio del diritto alla salute (art. 32 Cost.), diritto fondamentale e assoluto dell'individuo, e come tale rappresenta un validissimo giustificato motivo per l'assenza alla visita di controllo. (Nel caso di specie la Corte ha accolto il ricorso della lavoratrice, ritenendo gravemente erronea la decisione di primo grado, in quanto costituisce capovolgimento della gerarchia dei valori protetti, di scegliere un medico qualsiasi prossimo alla propria abitazione).

1.2. Cass. 10 agosto 2004 n. 15446 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 34).

Accertamenti sanitari - Assenza alla visita di controllo - Impedimento assoluto imputabile a causa ineludibile - Giustificato motivo - Sussistenza - Fattispecie.

Il giustificato motivo di esonero del lavoratore dall'obbligo di reperibilità alla visita di controllo, che esclude la decadenza dal trattamento economico di malattia di cui all'art. 5, comma 14, del d.l. n. 463/1983 convertito nella l. n. 638/1983, pur non identificandosi con il concetto di forza maggiore, presuppone tuttavia un impedimento assoluto imputabile a causa ineluttabile. (Nel caso di specie la S.C. ha confermato la sentenza impugnata dal lavoratore, non avendo questi provato che il trattamento fisioterapico cui si era sottoposto in coincidenza con la fascia di reperibilità mattutina non potesse essere effettuato presso il centro da lui scelto, né presso altri centri, in orari compatibili con il rispetto delle fasce orarie).

1.3. Cass. 2 marzo 2004 n. 4247 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 11).

Accertamenti sanitari - Assenza alla visita di controllo - Grave motivo - Assoluta impossibilità di rispettare le fasce orarie di reperibilità - Sussistenza - Fattispecie.

L'assenza ad una visita di controllo domiciliare, rilevante ai fini della decadenza dal trattamento economico di malattia di cui all'art. 5, comma 14, del d.l. n. 463/1983, convertito nella l. n. 638/1983, può dirsi giustificata solo dalla sussistenza di un motivo molto serio, concretatosi nella insuperabile necessità di effettuare un determinato adempimento in orario ricompreso nelle fasce orarie di reperibilità. (Nel caso di specie la Corte ha rigettato il ricorso per non aver il lavoratore dimostrato che la assenza durante la fascia di reperibilità era dovuta ad una visita urgente ed indifferibile).

(1.1. - 1.3.) Accertamenti sanitari e decadenza dall'indennità economica di malattia: visite mediche effettuate durante le fasce di reperibilità

I casi *de quibus* concernono il tema della indennità di malattia ed in particolare del

sistema dei controlli prevista dall'art. 5 della l. n. 638/1983. Alla stregua di tale disciplina, il lavoratore è obbligato ad essere presente nel proprio domicilio durante determinate fasce orarie di reperibilità, nel corso delle quali possono aver corso i controlli. L'assenza dal domicilio durante tali fasce è sanzionata con la perdita di ogni beneficio economico per i primi dieci giorni di malattia e nella misura della metà per l'ulteriore periodo, ove vi sia stata assenza ingiustificata anche ad una seconda visita medica (cfr. C. Cost. 26 gennaio 1988 n. 78, in *RIDL*, 1988, II, 305, con nota di R. DEL PUNTA). La sanzione non è irrogabile se l'assenza è stata determinata da un giustificato motivo, che deve essere allegato, ed eventualmente provato in giudizio, dal lavoratore. Le tre sentenze in esame, con riferimento all'ipotesi di assenza durante la fascia di reperibilità per l'effettuazione di una visita medica, confermano l'orientamento ormai consolidato da parte della Cassazione, secondo il quale, la prova del giustificato motivo (cfr. Cass. 26 maggio 1999 n. 5150, in *MGI*, 1999, 1184; Cass. 29 novembre 2002 n. 16996, in *MGL*, 2003, 69; Cass. 23 dicembre 1999 n. 14503, in *IPrev*, 2000, 819; Cass. 27 settembre 1996 n. 8553, in *IPrev*, 1996, 1112; Cass. 11 marzo 1996 n. 1958, in *IPrev*, 1996, 1277; Cass. 7 ottobre 1997 n. 9731, in *FI*, 1998, I, 94; Cass. 14 giugno 1999 n. 5894, in *MGI*, 1999, 1380) deve riguardare non solo il dato fattuale di compimento della visita, ma anche la necessità e l'urgenza di tale visita, nonché la sua indifferibilità, vale a dire l'assoluta impossibilità di effettuarla in ore diverse da quelle di reperibilità. Pur riconoscendo che si tratta indubbiamente di un accertamento probatorio gravoso, la Cassazione esclude che si tratti di una prestazione impossibile, ragion per cui sembra corretto mantenere in capo al lavoratore, che deduca il legittimo impedimento alla visita domiciliare, l'onere di offrirne una rigorosa dimostrazione (cfr. in particolare sentenza n. 4247/2004 in epigrafe). Impedimento – si ribadisce – che non deve necessariamente integrare una causa di forza maggiore, bensì, più semplicemente, una necessità dell'assenza dal lavoro quale mezzo per curare la malattia (cfr. in dottrina F. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2000, 556; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, 545; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1995, 238).

Da evidenziare che l'accertamento della sussistenza delle situazioni che giustificano l'allontanamento, coinvolgendo un apprezzamento di fatto, è riservato al giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici (cfr. in particolare Cass. n. 15446/2004, in epigrafe).

Alla luce di queste considerazioni, nella sentenza n. 4247, la Cassazione ritiene illegittima, in quanto non sufficientemente giustificata, l'assenza dal proprio domicilio durante una visita di controllo effettuata in un periodo di malattia. Nello specifico si rileva che il lavoratore, allontanatosi per recarsi dal proprio medico per "misurare la pressione arteriosa", avrebbe dovuto dimostrare non solo che tale accertamento clinico fosse urgente e indifferibile, ma anche che le modalità da lui prescelte per realizzare quella indifferibile esigenza fossero in concreto indispensabili o le sole ragionevolmente praticabili. Nel secondo caso di specie, la Corte, sempre confermando il suo orientamento, esclude il diritto all'indennità di malattia per il lavoratore ricorrente, non avendo questi provato che il trattamento fisioterapico cui si era sottoposto in coincidenza con la fascia di reperibilità mattutina non potesse essere effettuato presso il centro fisioterapico da lui scelto, né presso altri centri, in orari compatibili con il rispetto delle fasce orarie di reperibilità.

Nella prima sentenza in esame invece, pur sempre nella stessa linea interpretativa, la Corte ribalta le sentenze dei giudici di merito che avevano ritenuto ingiustificata l'assenza di una dipendente, alla visita fiscale, che durante la fascia di reperibilità si era recata presso uno specialista per una visita medica privata. In particolare la S.C. ha

giudicato gravemente erronea, in quanto costituisce capovolgimento della gerarchia dei valori protetti, l'affermazione del giudice di primo grado, confermata in appello, secondo cui la lavoratrice avrebbe dovuto farsi seguire non dal medico specialista prescelto, ma da uno qualsiasi prossimo alla propria abitazione, in modo da poter essere reperibile, così attribuendo a tale funzione una posizione prioritaria rispetto alla cura della salute. In questo caso, infatti, la visita medica specialistica configura un'esigenza relativa all'esercizio del diritto alla salute (art. 32 Cost.), diritto fondamentale ed assoluto per l'individuo e come tale costituisce un valido e giustificato motivo per l'assenza alla visita di controllo. La Cassazione, seguendo un'interpretazione elastica della nozione di giustificato motivo, ha quindi adottato "un'ottica equilibrata tra i beni giuridici protetti dalle norme che vengono in considerazione": in primo luogo il diritto alla salute, costituzionalmente garantito, primario ed assoluto, e in secondo luogo la libertà di scelta del medico, assicurata dall'ordinamento statale dall'art. 25, l. n. 833/1978.

Patrizia Tessitore

Collaboratore

Adapt - Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »

2. Agenzia (contratto di)

2.1. Cass. 14 ottobre 2004 n. 20275 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 9).

Contratto di agenzia - Agente assicurativo e broker - Iscrizione all'albo a pena di nullità - Violazione della disciplina comunitaria - Sussistenza.

Le disposizioni che richiedono a pena di nullità l'iscrizione nel ruolo degli agenti devono essere disapplicate, per contrasto con la normativa comunitaria, anche con riferimento agli agenti assicurativi ed ai brokers assicurativi.

Il caso riguarda un soggetto che aveva promosso la conclusione di polizze assicurative per una compagnia, la quale però aveva chiesto la declaratoria di nullità del rapporto per mancata iscrizione del lavoratore all'albo dei *brokers* assicurativi.

I giudici di appello avevano accolto la domanda della compagnia, volta a negare i compensi provvisori per l'attività svolta dal soggetto, in quanto, a loro avviso, egli avrebbe potuto esperire semplicemente una azione di ingiustificato arricchimento, ma non una azione fondata su un contratto di agenzia.

Essi non avevano considerato, in realtà, che le prestazioni effettuate si erano esaurite in un limitato periodo di tempo, e che pertanto le stesse potevano già ragionevolmente essere inquadrate tra quelle dei soggetti che svolgono un'attività di promozione sul mercato dell'immagine del *broker* (promotori delle imprese di brokeraggio), al fine di procurare il conferimento di mandati per la stipula di polizze assicurative da parte di soggetti desiderosi di assistenza per la copertura dei loro rischi. L'attività di questi soggetti si differenzia infatti da quella degli agenti in quanto comporta esclusivamente la segnalazione e/o promozione di incarichi di brokeraggio a favore del *broker*, ma non comprende l'esercizio di attività attinenti alla intermediazione e gestione dei contratti assicurativi, neppure per i clienti dagli stessi segnalati.

La compagnia, dal canto suo, nei diversi gradi di giudizio si era espressa in termini contraddittori, in quanto aveva dapprima negato che il soggetto avesse assunto stabilmente l'incarico di concludere contratti, sottolineando che, al più, esso poteva essere considerato come un procacciatore di affari (il quale ha solo il potere, e non l'obbligo,

di promuovere affari nell'interesse del preponente, cui non è legato da alcun vincolo), mentre in seguito aveva qualificato il soggetto come *broker* o mediatore di assicurazioni, in applicazione della l. n. 792/1984 sui mediatori di assicurazione, termine con il quale si indica colui che esercita professionalmente attività volte a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione o riassicurazione soggetti che intendono provvedere con la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione.

La Cassazione sottolinea come la decisione adottata dai giudici di appello contrasti con l'orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità in base al quale non trova ulteriormente applicazione, per contrasto con la normativa comunitaria, la disciplina nazionale che prevede a pena di nullità la necessaria iscrizione al ruolo degli agenti (cfr. Cass. 18 marzo 2002 n. 3914, in *GC*, 2002, I, 1541; Cass. 23 gennaio 2002 n. 752, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2002, fasc. 5, 198 (m); Cass. 18 maggio 1999 n. 4817, in *FI*, 1999, I, 2542, con nota di A. PALMIERI). Secondo la Corte, infatti, lo stesso principio deve essere applicato anche con riferimento agli agenti assicurativi ed ai *brokers* assicurativi. Tale operazione è possibile in quanto le direttive comunitarie rimaste non attuate entro la scadenza del termine assegnato allo Stato membro possono essere immediatamente applicabili e determinare anche la disapplicazione delle norme interne confliggenti ove contengano disposizioni incondizionate e sufficientemente precise. Nel caso di specie, la Corte ha così statuito che debba ritenersi inapplicabile ogni disposizione interna che sia incompatibile con il diritto comunitario e con lo spirito dello stesso, rappresentato dalla volontà di eliminare ogni restrizione alla libertà di stabilimento e di attività dell'agente europeo.

Tra l'altro, la Corte di Giustizia ha di recente ribadito (C. Giust. 6 marzo 2003 C-485/2001, in *Racc.*, 2003, I, 2389) che la direttiva del 1986 non vieta, almeno in linea di principio, agli Stati membri di mantenere registri o ruoli in cui gli agenti abbiano la facoltà (o il dovere) di iscriversi. Tale possibilità, però, può essere realizzata solo a condizione che la mancata iscrizione al registro o al ruolo non pregiudichi la validità dei contratti di agenzia e non indebolisca la protezione giuridica dell'agente (in dottrina cfr. R. FOGLIA, *Iscrizione all'albo degli agenti di commercio e diritto comunitario*, in *DL*, 2003, II, 50; R. FLAMMIA, *Attività di mediazione e mancata iscrizione all'albo*, in *GM*, 2001, I, 906; M.P. MONACO, *Validità del contratto di agenzia*, in *Studium iuris*, 2000, 185; F. BOCHICCHIO, *Contratto di agenzia e mancata iscrizione nel ruolo dei rappresentanti e degli agenti di commercio: effetti civilistici. Il ruolo della nullità nell'attuale ordinamento*, in *NGCC*, 1999, I, 163).

Si può così sostenere che tale principio debba trovare applicazione anche con riferimento alla disciplina dettata per gli agenti di assicurazione, sussistendo la medesima *ratio* della normativa riguardante gli agenti di commercio ed il medesimo interesse pubblicistico da tutelare.

Si segnala, infine, un'altra decisione della Corte di cassazione che, sulla medesima linea interpretativa sopra segnalata (cfr. Cass. 20 settembre 1996 n. 8368, in *MGC*, 1996, 1295) aveva ribadito che la disposizione che sancisce la nullità del contratto di agenzia e di rappresentanza commerciale stipulato da soggetti non iscritti nello speciale ruolo di cui alla legge del 1968 per gli agenti e rappresentanti di commercio costituisce norma di carattere eccezionale, per cui il divieto non è applicabile in via di analogia alla figura atipica del procacciatore d'affari.

3. Arbitrato e conciliazione

3.1. Cass. 18 ottobre 2004 n. 20384 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 45).

Arbitrato e conciliazione - Conciliazione - Somma corrisposta per la mancata fruizione dei riposi settimanali - Natura retributiva - Sussistenza - Imponibilità fiscale come reddito da lavoro dipendente - Sussistenza.

La somma corrisposta dal datore di lavoro – in base a verbale di conciliazione raggiunta in sede sindacale – a titolo di prestazioni di lavoro effettuate nei giorni di riposo settimanale senza il relativo recupero ha natura retributiva. Valgono in materia gli stessi orientamenti giurisprudenziali formati in materia di pagamenti per le ferie non godute, premesso che trattasi di situazioni prese in considerazione sia dall'art. 2109 c.c. che dall'art. 36 Cost. al fine di garantire al lavoratore il ristoro delle energie psicofisiche, pertanto ricorre la eadem ratio giustificatrice dell'assoggettamento ad imposizione fiscale.

La sentenza in epigrafe riguarda, specificamente a fini fiscali, la questione relativa alla natura retributiva oppure risarcitoria della somma corrisposta in sede conciliativa dal datore di lavoro a ristoro della mancata fruizione dei riposi settimanali (si ricorda come, ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.P.R. n. 917/1986 e successive modifiche, i proventi conseguiti in sostituzione di redditi e le indennità conseguite a titolo di risarcimento di danni consistenti nella perdita di redditi costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti o perduti: cfr. in materia G. PORCARO, *Profili del "nuovo" reddito di lavoro dipendente*, in *Corr. Trib.*, 1998, n. 2, 3; L. LOVECCHIO, *La nuova disciplina fiscale del reddito di lavoro dipendente*, in *Boll. Trib.*, 1997, 1428; R. BETTI, *Le indennità risarcitorie nella determinazione del reddito di lavoro dipendente*, in *Boll. Trib.*, 1994, I, 911 ss.; G. FERRAÙ, *Quando sono tassabili le somme risarcitorie erogate al dipendente*, in *Corr. Trib.*, 1995, n. 11, 1139; S. PANSIERI, *Il reddito di lavoro dipendente tra danno emergente intassabile e spese inerenti ineducibili*, in *Il fisco*, 1999, 857; Cass. 12 dicembre 2002 n. 17769, in *RIDL*, 2003, II, 656, con nota di E. SIGNORINI).

Viene riconosciuta la natura retributiva di tale somma e, quindi, l'assoggettamento della stessa a tassazione diretta per reddito da lavoro dipendente, con applicazione delle relative ritenute da parte del datore di lavoro.


La S.C. raggiunge tale conclusione per mezzo di due principali passaggi logici.

Da un lato, rileva l'assimilazione dei riposi settimanali alle ferie, e giustifica quindi l'applicazione dello stesso trattamento fiscale ai pagamenti che vengono effettuati per il loro mancato godimento. In particolare, viene sottolineato come tali istituti siano disciplinati nelle stesse norme (art. 36 Cost. ed art. 2109 c.c.) ed allo stesso fine, quello di garantire al lavoratore il ristoro delle energie psicofisiche.

Dall'altro lato, e conseguentemente, richiama l'orientamento già consolidato in materia di pagamento delle ferie non godute, secondo il quale tale pagamento ha natura retributiva in quanto comunque erogato in dipendenza del rapporto di lavoro, nonché rapportato ad una certa quantità di lavoro svolto, anche se in violazione di un diritto indisponibile (Cass. 2 ottobre 1999 n. 10941, in *MGC*, 1999, 2061; Cass. 9 luglio 1999 n. 7202, in *MGC*, 1999, 1604; Cass. 9 luglio 1999 n. 7188, in *MGC*, 1999, 1601; a queste sentenze citate dalla Corte si possono aggiungere Cass. 19 maggio 1999 n. 4834, in *NGL*, 1999, 556; Comm. Trib. Centr., sez. XIII, 9 giugno 1998 n. 3187, in *MGL*, 1999, 95, con nota di C. PETRUCCI, e Cass. 26 aprile 1999 n. 4134, in *NGL*, 1999, 556, la quale rileva anche come le disposizioni del d.P.R. n. 917/1986 contengano una minuziosa disciplina delle varie indennità diretta a precisare la misura in cui esse costituiscano reddito, di modo che, per

le indennità non espressamente disciplinate, deve restare valida la regola generale secondo la quale le stesse, qualora dipendano dal rapporto di lavoro, sono tassabili). Anzi, la Corte rigetta il ricorso del lavoratore, che aveva dedotto la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato per avere la Commissione Tributaria Regionale reso la sua pronuncia riferendola al ristoro delle ferie invece che ai riposi. Secondo il giudice di legittimità, infatti, la materia del contendere era, comunque, ben chiara alla Commissione Tributaria ed, in ogni caso, né il *petitum* e la *causa petendi*, né i fatti posti a fondamento della decisione erano alterati o estranei alla materia del contendere.

4. Lavoro a tempo parziale

4.1. Trib. Milano 17 febbraio 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 10).


Lavoro a tempo parziale - Illegittima distribuzione dell'orario - Danno - Sussistenza - Risarcibilità.

Il danno che derivi dall'illegittima distribuzione dell'orario di lavoro è risarcibile nella misura del 50% della retribuzione netta. L'illegittima distribuzione dell'orario di lavoro preclude ogni possibilità di svolgere altro lavoro e appare equo che il danneggiato riceva ristoro per quello che avrebbe potuto guadagnare ove l'orario fosse stato disposto legittimamente.



Lavoro a tempo parziale: requisiti di contenuto

Il Tribunale milanese, con la sentenza che si annota, affronta la tematica relativa all'obbligo di individuare puntualmente, nel contratto di lavoro a tempo parziale, la collocazione oraria della prestazione ridotta e alle conseguenze, di natura risarcitoria, derivanti dalla violazione di tale obbligo.

L'art. 2, d.lgs. n. 61/2000, infatti, prevede che la misura della prestazione debba essere predeterminata quanto alla durata e alla collocazione oraria della prestazione. Oggetto della sentenza in epigrafe, è proprio la disciplina della puntuale identificazione nel contratto di lavoro della collocazione della prestazione lavorativa. La decisione, in particolare, ha ad oggetto il danno derivante al lavoratore a tempo parziale, dall'illegittima distribuzione dell'orario di lavoro: all'esito del giudizio, la società convenuta viene condannata al risarcimento del danno per illegittima distribuzione dell'orario di lavoro e il Tribunale stesso determina la distribuzione dell'orario di lavoro della ricorrente.

Specifico rilievo assume, nella motivazione, la considerazione, volta alla commisurazione del risarcimento, in base alla quale: « alla lavoratrice viene richiesta una prestazione part-time, ma con una disponibilità a tempo pieno ». Il contratto part-time della ricorrente le impedisce quindi, precludendole una disponibilità costante di tempo libero, lo svolgimento di qualsiasi altro lavoro. Principio questo del resto pacificamente acquisito a seguito della sentenza della C. Cost. 11 maggio 1992 n. 210 ( in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Lavoro a tempo parziale*) che ha chiarito come il potere del datore di lavoro di determinare o variare unilateralmente la collocazione temporale della prestazione lavorativa impedirebbe al lavoratore, e alla lavoratrice, di programmare le altre attività cui, fuori di casa o in casa, devono dedicarsi, e verrebbe altresì a ledere la libertà del lavoratore, assoggettato ad un potere di chiamata che può essere *ad libitum*, in evidente contraddizione con lo spirito stesso posto a fondamento del rapporto a tempo parziale.

La sentenza si segnala, infine, per il contenuto della decisione del giudice. Nella deter-

minazione dell'orario di lavoro stabilita dal giudice, viene disegnata, infatti, una rotazione di turni, come tecnica idonea a tutelare il lavoratore quanto alla prevedibilità della collocazione della prestazione lavorativa. Una scelta legittimata anche a livello di contratti collettivi (cfr. art. 25 Ccnl Industria grafica 24 febbraio 2004, rinnovo del Ccnl 5 aprile 2000,  in *Boll. Adapt*, 2004, n. 6: « Le prestazioni a tempo parziale potranno essere organizzate anche su turni collocati in fasce orarie predeterminate e programmate, secondo le articolazioni orarie in atto nel settore aziendale di appartenenza. Le Parti si danno atto che le prestazioni a tempo parziale organizzate a turni secondo le modalità di cui al precedente periodo non configurano una fattispecie di clausola elastica disciplinata dall'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 61/2000 come modificato dal d.lgs. n. 276/2003 ») e supportata, ora, dalla circ. Min. lav. n. 9/2004 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 9) in base alla quale: « Non integrano una ipotesi di clausola flessibile le previsioni dei contratti collettivi, stipulati dai soggetti individuati dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 61/2000 come modificato dall'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, che, nel determinare le modalità della prestazione lavorativa a tempo parziale, prevedano che la stessa possa essere programmata con riferimento a turni articolati su fasce orarie prestabilite di modo che ove tale indicazione sia recepita nel contratto individuale (*per relationem*) deve essere considerato soddisfatto il requisito della puntuale indicazione della collocazione temporale della prestazione con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno ».

Eliana Bellezza

*Dottoranda di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

5. Lavoro subordinato

5.1. Cass. 17 novembre 2004 n. 21759 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 10).

Lavoro subordinato - Socio di maggioranza - Configurabilità.

È configurabile un rapporto di lavoro subordinato tra la società di capitali e il socio titolare della maggioranza del capitale sociale, anche quando la percentuale del capitale detenuto coincida con quella minima prevista per la validità delle deliberazioni dell'assemblea, a meno che – indipendentemente dalla percentuale di capitale posseduto – il socio non abbia di fatto assunto l'effettiva ed esclusiva titolarità dei poteri di gestione.

Secondo la Cassazione, quando si sia in presenza di norme statutarie, all'interno di una società, le quali stabiliscano, per la validità delle delibere dell'assemblea ordinaria e straordinaria, la partecipazione di una percentuale del capitale pari a quella detenuta da un unico soggetto, con la conseguenza che tutte le deliberazioni debbano essere adottate necessariamente con la presenza di quest'ultimo in quanto socio di maggioranza, ciò non significa che, in capo ad esso, sia necessariamente concentrata l'intera attività gestoria. Questo in quanto l'assemblea non può per legge occuparsi della gestione della società, che è invece concentrata nel solo organo amministrativo (così avveniva prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 6/2003, periodo cui si riferisce il caso in esame, ma così avviene ancor più nettamente oggi con la nuova formulazione dell'art. 2380-bis c.c.).

Per valutare, perciò, se vi sia incompatibilità tra la posizione di socio di maggioranza e la posizione di lavoratore della società medesima, non ha senso indagare sulla misura della sua partecipazione al capitale sociale, né sulle modalità di adozione delle delibere assembleari secondo le norme di legge e di statuto.

Ciò che è importante evidenziare è invece che il soggetto che voglia far valere il rapporto

di lavoro subordinato con la società innanzitutto non sia amministratore unico della medesima (per l'impossibilità di immedesimazione in un unico soggetto della veste di esecutore della volontà sociale e di quella di unico organo competente ad esprimerla: cfr. Cass. 29 maggio 1998 n. 5352, in *MGC*, 1998, 1176), e sia allo stesso tempo in grado di provare in modo certo il requisito della subordinazione, che deve consistere nell'effettivo assoggettamento, nonostante la carica di amministratore rivestita, al potere direttivo, di controllo e disciplinare dell'organo di amministrazione della società nel suo complesso (v. in tal senso, Cass. 24 maggio 2000 n. 6819, in *MGC*, 2000, 1104, ma anche, meno recentemente, Cass. 6 novembre 1995 n. 11565, in *MGC*, 1995, fasc. 11; Cass. 13 giugno 1996 n. 5418, in *MGC*, 1996, 846; Cass. 8 febbraio 1999 n. 1081, in *MGC*, 1992, 292; Cass. 14 gennaio 2000 n. 381, in *MGC*, 2000, 903; Cass. 17 febbraio 2000 n. 1791, in *MGC*, 2000, 369. In dottrina cfr. L. DEGAN, *Il cumulo tra la posizione di lavoratore subordinato e amministratore*, in *LPO*, 2001, 1471 ss.; C. PAGLIERO, *Posizione di socio-amministratore e lavoro dipendente*, in *DPL*, 1992, 2636; G. ALIBRANDI, *Sulla posizione dell'amministratore-impegnato nelle società di capitali*, in *AC*, 1991, 1028).

La subordinazione lavorativa, poi, secondo altre pronunce, è pacificamente configurabile solo in relazione ad attività diverse da quelle poste in essere per effetto del rapporto organico (per tutte, Cass. 25 maggio 1991 n. 5944, in *GI*, 1992, I, 1, 526; Cass. 7 marzo 1996 n. 1793, in *DL*, 1997, 953, e in *MGC*, 1996, n. 304; Cass. 12 gennaio 2002 n. 329, in *MGC*, 2002, 52, nonché in *Società*, 2002, 690, con nota di A. COLAVOLPE).

Nei gradi di giudizio precedenti avrebbe così dovuto essere identificato l'esatto ruolo svolto dal socio di maggioranza all'interno del consiglio di amministrazione, onde stabilire se, in concreto, sulla base di indici di specifico rilievo, si potesse ritenere che nei fatti la reale gestione della società fosse a lui esclusivamente riferibile, tenendo conto dell'attività concretamente svolta nel consiglio di amministrazione o anche al di fuori di esso, estendendosi eventualmente all'esame del suo comportamento in ambito assembleare e ad ogni altro elemento idoneo a far ritenere che egli gestisse in sostanza la società come cosa propria. Soltanto a seguito di un'indagine di questo tipo avrebbe potuto escludersi la compatibilità della figura di socio di maggioranza con quella di lavoratore subordinato della medesima.

5.2. Trib. Bergamo 4 marzo 2004 (📖 in *Boll. Adapt*, 2005, n. 5).

Lavoro subordinato - Membro del consiglio di amministrazione - Configurabilità - Fattispecie.

La configurazione di fatto di un rapporto di dipendenza tra una società ed un consigliere di amministrazione, che svolga anche attività lavorativa, può derivare solo dal riscontro dell'effettivo assoggettamento al potere direttivo e disciplinare esercitato dagli organi societari.

L'eventuale collaborazione svolta a favore dell'impresa da un soggetto che abbia acquisito la carica di Consigliere di Amministrazione non implica di per sé l'instaurazione di fatto di un rapporto di lavoro subordinato, in quanto a tal fine è necessario "in concreto che risulti l'assoggettamento al potere direttivo e disciplinare degli organi societari" mentre "il mero svolgimento di attività lavorativa, in assenza di altri elementi, non è di per sé indice sufficiente a ricondurre il rapporto nell'ambito della subordinazione". In particolare l'autonomia decisionale, l'autonomia nell'organizzazione del lavoro e nella gestione dei propri orari, se riscontrate, appaiono decisive nell'escludere la subordinazione e prevalgono su eventuali altre circostanze indiziarie, purché risulti l'assenza ovvero manchi l'accertamento della presenza dell'elemento che più fortemente caratterizza detta fattispecie, costituito dall'assoggettamento al potere gerarchico e disciplinare del datore di lavoro.

6. Libera circolazione delle persone

6.1. Cass. 11 ottobre 2004 n. 20116 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 7).

Libera circolazione delle persone - Lavoratori subordinati - Accesso al lavoro - Requisito di conoscenze linguistiche - Datore di lavoro che obbliga i candidati ad un concorso a fine di assunzione a conseguire un attestato di bilinguismo rilasciato da un'amministrazione locale - Inammissibilità.

Con riferimento al principio di libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità Europea e di non discriminazione tra gli stessi – in relazione alla sentenza 6 giugno 2000 della Corte di Giustizia Ce – è immune da censure la sentenza di merito che affermi la nullità della clausola del bando di concorso con il quale il datore di lavoro (nella fattispecie una banca con sede in Bolzano) obblighi i candidati a comprovare le proprie cognizioni linguistiche esclusivamente mediante il diploma rilasciato in una sola Provincia di uno Stato membro da un'autorità amministrativa locale, essendo estremamente difficile, nel breve tempo intercorrente tra la pubblicazione del bando e la data di scadenza della domanda, conseguire il c.d. "patentino" di bilinguismo, sia per i lavoratori non cittadini italiani, sia per i cittadini italiani che, iscrivendosi presso una università straniera, abbiano esercitato il diritto alla libera circolazione garantito agli studenti dalla direttiva n. 93/96.

Con la pronuncia in epigrafe la Corte di cassazione richiama il principio espresso dalla C. Giust. nella sentenza 6 giugno 2000 causa C-281/98, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano s.p.a.*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, vol. 7, n. 2, 327 ss., con nota di C. SCHEPISI, *Cosa si nasconde dietro il caso Angonese? Novità e conferme in materia di libera circolazione dei lavoratori*, e in *RDInt*, 2000, IV, 1051 ss., con nota di G. GAJA, *Può un cittadino italiano utilmente imparare il tedesco in Austria?*

Secondo i giudici comunitari "l'obbligo imposto ai candidati da un datore di lavoro per l'accesso ad un concorso ai fini di assunzione di comprovare le loro cognizioni linguistiche esclusivamente mediante un unico diploma, quale attestato, rilasciato in una sola provincia di uno Stato membro, costituisce una discriminazione in base alla cittadinanza incompatibile con l'art. 48 del Trattato" (ora art. 39).

Sul trattamento riservato a cittadini dell'Unione Europea nel proprio Paese dopo che si sono seguiti corsi di studio in un altro Stato membro si vedano anche la sentenza della C. Giust. 31 marzo 1993 causa C-19/92, *Kraus* (in *Racc.*, 1993, I-1663) e la sentenza 11 luglio 2002 causa C-224/98, *D'Hoop* (in *Racc.*, 2002, I-6191).


Nella fattispecie in oggetto il Sig. Angonese, cittadino italiano di lingua tedesca, residente in Bolzano, si recava in Austria per studi tra il 1993 e il 1997, anno in cui si candidava ad un concorso per un posto di lavoro presso la Cassa di Risparmio di Bolzano. Tra i requisiti di ammissione veniva indicato il possesso di un attestato di bilinguismo (italiano/tedesco), detto patentino, rilasciato dalla Provincia di Bolzano e considerato "come una tappa quasi obbligatoria di una normale formazione". Escluso dal concorso, il Sig. Angonese denunciò l'illiceità della clausola relativa al possesso obbligatorio dell'attestato, per contrasto con il principio della libera circolazione dei lavoratori previsto dall'art. 48 del Trattato CE.

Per un approfondimento sulla libera circolazione dei lavoratori nell'UE cfr. M. ROCCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 59 ss.; B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Giuffrè, Milano, 1998.

Più specificatamente, la Corte di Giustizia, dopo aver ricordato che il principio di non discriminazione osta ad una disposizione secondo la quale le cognizioni linguistiche di

cui trattasi debbono essere acquisite sul territorio nazionale (C. Giust. 28 novembre 1989 causa C-379/87, Groener, in *Racc.*, 1989, 3967) ha chiarito che “anche se può essere legittimo esigere dai candidati ad un posto di lavoro cognizioni linguistiche di un certo livello, e anche se il possesso di un diploma quale l’attestato può costituire un criterio che consenta di valutare tali cognizioni, l’impossibilità di fornire la prova con qualsiasi altro mezzo, in particolare con altre qualifiche equivalenti ottenute in altri Stati membri, dev’essere considerata sproporzionata rispetto all’obiettivo perseguito”.

La S.C. di Cassazione respinge i motivi di ricorso presentati dalla Cassa di Risparmio avverso la sentenza della Corte d’Appello. Quest’ultima ha interpretato la sentenza della Corte di Giustizia nel senso che la richiesta del solo patentino pone in una situazione di grave difficoltà, oltre che i lavoratori non cittadini, anche i cittadini che, come l’Angonese, iscrivendosi come studenti presso una Università straniera, hanno esercitato il diritto alla libera circolazione garantito dalla direttiva n. 93/96/CEE relativa al diritto di soggiorno degli studenti. Sebbene all’epoca dei fatti egli non aveva ancora conseguito un titolo di studio, il fatto di beneficiare delle disposizioni della direttiva citata può considerarsi un elemento di collegamento sufficiente a consentirgli di utilizzare i vantaggi offerti dalle disposizioni in materia di libera circolazione dei lavoratori, in quanto era impegnato nel conseguimento di una formazione professionale che avrebbe potuto far valere anche in Italia.

La direttiva n. 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti, in *GUCE*, 18 febbraio 1993, L 317, è reperibile  in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Libertà di circolazione*. In quest’ultimo è reperibile anche la Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull’applicazione delle direttive n. 90/364/CEE, n. 90/365/CEE e n. 93/96/CEE - COM/99/0127 def.

La Cassazione aggiunge che “il margine di applicazione dell’art. 48 del Trattato UE può essere legittimamente riferito a situazioni di studenti che, soggiornando al di fuori dello Stato membro di cui sono cittadini, cercano un impiego in quello stesso Stato nell’imminenza della fine degli studi all’estero”. La stessa Corte di Giustizia, peraltro, ha affermato in precedenti pronunce che “costituisce nesso di collegamento sufficiente con il diritto comunitario il fatto di aver risieduto regolarmente nel territorio di altro Stato membro e di avervi acquistato una qualificazione professionale riconosciuta dal diritto comunitario se con ciò il soggetto si trovi, rispetto al proprio stato di origine, in una situazione analoga a quella di tutti coloro i quali fruiscono dei diritti e delle libertà garantite dal Trattato. Nella specie la clausola concernente l’attestato di bilinguismo costituiva certamente per l’Angonese, giunto al termine dei suoi studi e aspirante ad un impiego in Italia, un ostacolo oggettivo all’esercizio del diritto alla libera circolazione”.

7. Licenziamento

7.1. Cass. 8 novembre 2004 n. 21250 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 10).

Licenziamento - Licenziamento orale - Prova - Onere - Criteri di ripartizione.

Nel giudizio per la declaratoria di efficacia o invalidità di un licenziamento perché intimato oralmente, nel quale il datore di lavoro eccepisca che il rapporto era cessato per dimissioni del lavoratore, ciascuna delle parti deve provare il suo assunto: il lavoratore deve provare l’esistenza del rapporto di lavoro e la sua estromissione su iniziativa dell’altra parte; il datore deve invece provare i fatti su cui si fonda la sua eccezione.

Licenziamento orale e ripartizione dell'onere probatorio

La vicenda che ha dato origine alla sentenza che si annota riguarda il caso di una lavoratrice che, fra le altre doglianze, lamentava di essere stata estromessa dalla società presso la quale era impiegata con un licenziamento illegittimo in quanto intimato oralmente. A fronte delle sue pretese, la società contestava la stessa esistenza di un licenziamento, ed affermava invece che il rapporto era stato risolto dal recesso del lavoratore, proponendo perciò domanda riconvenzionale per il pagamento della indennità sostitutiva del mancato preavviso.

La fattispecie del licenziamento intimato senza il rispetto della forma scritta, come invece previsto dall'art. 2, comma 1, l. n. 604/1966, è stata oggetto in passato di una copiosa indagine giurisprudenziale, tuttora non giunta ad un risultato appagante. Preliminarmente, la questione più grave si pone in relazione alla sanzione collegata al mancato rispetto della forma, e che il legislatore – con “discutibile scelta” (A. DI FRANCESCO, *Effetti e conseguenze del licenziamento disposto senza l'osservanza delle prescritte formalità: il caso del licenziamento orale*, in *RGL*, 1995, II, 435) – ha qualificato in termini di « inefficacia ». A fronte di una giurisprudenza inizialmente ambigua sul punto (Cass. 21 novembre 1975 n. 3922, in *FI*, 1976, I, 1619, con nota fortemente critica di O. MAZZOTTA), la dottrina, valorizzando il fatto che la norma richiede la forma scritta *ad substantiam acti*, si è assestata più compattamente nel senso della nullità o della inesistenza dell'atto, facendo da questo discendere anche l'impossibilità di convalida dell'atto (Cass. 5 febbraio 1993 n. 1433, in *DPL*, 1993, 953, con nota di A. D'AVOSSA, *Licenziamento disciplinare illegittimo*; salva evidentemente la possibilità di rinnovare l'atto: cfr. Cass. 4 novembre 2000 n. 14426, in *FI*, 2001, I, 1301; Cass. 16 aprile 1994 n. 3633, in *RIDL*, 1995, II, 309, con nota di M. PAGNI, *Rinnovabilità del licenziamento irritualmente intimato e tempestività dell'intimazione del secondo recesso*), la mancata soggezione al termine di decadenza di cui all'art. 6, l. n. 604/1966 (Cass., sez. un., 2 marzo 1987 n. 2180, in *GC*, 1987, I, 1055; Cass., sez. un., 18 ottobre 1982 n. 5394, in *GC*, 1983, I, 869, con nota di A. VALLEBONA, *Licenziamento inefficace e termine di impugnazione*) e l'inapplicabilità delle norme sul tentativo obbligatorio di conciliazione (Pret. Napoli 26 febbraio 1993, in *DL*, 1993, II, 351, con nota di M. MOCELLA, *Il licenziamento orale nella disciplina della L. n. 108/90*).

Nell'area della stabilità reale la soluzione della questione è agevolata dalla ampia formulazione dell'art. 18, l. n. 300/1970; ma *quid iuris* negli altri casi? In effetti, in merito alle conseguenze della inefficacia del licenziamento nell'area della stabilità obbligatoria, la dottrina è divisa fra la posizione di quegli autori, che peraltro non hanno avuto un riscontro significativo di giurisprudenza, che ritengono sia applicabile ai licenziamenti orali sempre la tutela reale, indipendentemente dalle dimensioni aziendali (M. NAPOLI, voce *I licenziamenti*, in *DDPCom*, 2001, F. MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti disciplinari*, in *AA.Vv.*, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, 1988, 113) e quella di coloro che ritengono applicabile quella obbligatoria (G. PERA, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *RIDL*, 1990, I, 251; Pret. Parma 18 giugno 1996, in *RIDL*, 1997, II, 371, con nota di A. VALLEBONA, “*Inefficace*” significa “*efficace*”: *gli eccessi di tutela generano il paradosso*; sia pure incidentalmente cfr. anche Cass., sez. un., 26 aprile 1994 n. 3966, in *FI*, 1994, I, 1708; analogamente a quanto avviene anche per il licenziamento disciplinare irritualmente irrogato, sul quale cfr. Cass., sez. un., 18 maggio 1994 n. 4844, in *GC*, 1994, I, 2471, con nota di L. NOGLER, *Sul c.d. licenziamento ingiustificato nell'area del recesso ad nutum*).

La lettura più corretta sembra essere quella secondo la quale, in difetto dei requisiti dimensionali di cui all'art. 18, l. n. 300/1970, si applicherebbe la c.d. tutela reale di diritto

comune (P. TULLINI, *La c.d. tutela reale di diritto comune*, in *QDLRI*, 1990, n. 8, 103). In sostanza, essendo l'atto *tamquam non esset*, secondo i principi civilistici ai sensi del combinato disposto degli artt. 1325 e 1418 c.c., la conseguenza sarebbe quella della prosecuzione del rapporto, con conseguente *mora credendi* del datore nel ricevere la prestazione e obbligo del datore di corrispondere la retribuzione (Cass., sez. un., 21 febbraio 1984 n. 1236, in *GC*, 1984, I, 682, con nota di T. ORSI VERGIATI). Non si applicheranno, evidentemente, la garanzia del risarcimento minimo delle cinque mensilità, previsto dall'art. 18, l. n. 300/1970, né la facoltà di detrarre dall'importo risarcitorio l'*aliunde perceptum* (A. PROTO PISANI, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *FI*, 1990, V, 364), salvo alcune precisazioni di seguito dettate.

Quest'ultima opzione ermeneutica ha ricevuto l'avallo della Corte Costituzionale, che, con sentenza 23 novembre 1994 n. 398 (in *DRI*, 1995, 199, con nota di A. PIZZOFERRATO, *Licenziamento disciplinare irrituale e conseguenze sanzionatorie nell'area della c.d. libera recedibilità*; in *DL*, 1994, II, 5007, con nota di M. MOCELLA, *La Corte Costituzionale e il regime sanzionatorio del licenziamento orale*; ed anche in *RIDL*, 1995, II, 3, con nota di G. PERA, *Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una sentenza contraddittoria*), ha affermato che anche per le imprese non soggette all'art. 18, l. n. 300/1970, non si può ritenere "non operante la c.d. tutela reale a fronte di un licenziamento privo della essenziale forma scritta", dato che esso "non risponde alle esigenze di interrompere con certezza il rapporto di lavoro".

Alla c.d. reintegra di diritto comune (soluzione peraltro non del tutto condivisa: cfr. le decisioni del tutto in contrasto di Pret. Genova 19 febbraio 1997 e 23 aprile 1997, in *DL*, 1998, II, 424, con nota di G. BASCHERINI, *Licenziamento orale e tutela obbligatoria: problemi e possibili soluzioni*), però, si obietta una lettura estremamente formalistica delle norme che genererebbe una presunta disparità di trattamento: infatti un vizio formale sarebbe assistito da una sanzione – la declaratoria di nullità e la ricostituzione del rapporto mai validamente interrotto – nettamente più pesante di quanto non sia quella applicata ai licenziamenti ingiustificati. Inoltre, è tuttora incerto il *quantum* del risarcimento cui sarebbe obbligato il datore, visto che giurisprudenza recente ha ritenuto che "in mancanza delle prestazioni lavorative" il lavoratore ha diritto non alle retribuzioni *sic et simpliciter*, ma ad un risarcimento "presumibilmente commisurato alle mancate retribuzioni", rispetto alla quantificazione del quale il datore può essere ammesso a provare l'*aliud perceptum* (Cass. 16 settembre 2002 n. 13543, in *LG*, 2003, 233, con nota di G. GIRARDI, *Inefficacia del licenziamento orale e risarcimento del danno*).

Quanto al profilo più direttamente interessato dalla sentenza che si annota, e cioè l'oggetto e la ripartizione dell'onere probatorio, la massima che si desume è che il lavoratore deve provare l'esistenza del rapporto di lavoro e la sua estromissione, mentre ricade sul datore di lavoro, che deduce l'esistenza di dimissioni del lavoratore, l'onere di provare i fatti sui cui si fonda la sua eccezione. Si tratta di un problema risalente nel tempo: per aggirare la normativa della l. n. 604/1966 si era diffusa la prassi, un comportamento processuale "estremamente semplice, e per nulla costoso o pericoloso", di licenziare oralmente il lavoratore obiettando, alle sue eventuali pretese giudiziali, che in realtà di sue dimissioni orali si era trattato, delle quali peraltro si lamentava la mancata osservanza dei termini di preavviso (P. ALLEVA, *L'onere della prova tra dimissioni orali e licenziamento orale*, in *RTDPC*, 1976, 349, e l'ampia giurisprudenza citata dall'Autore). In effetti, la giurisprudenza (Cass. 22 marzo 1963 n. 701, in *MFI*, 1963, 168) si era inizialmente orientata nel senso di assumere che, in mancanza di prova del licenziamento da parte del lavoratore, la sua pretesa fosse infondata sulla base del broccardo *auctore non probante reus absolvitur*. In realtà si

tratta di una “singolare illusione linguistica, logica e giuridica” (P. ALLEVA, *op. cit.*, 357): in questi casi ci sono due distinte pretese, l’una da parte del lavoratore che afferma il licenziamento illegittimo, l’altra del datore, che afferma le dimissioni del lavoratore: se nessuno dei due riesce a provare i fatti posti a fondamento delle rispettive pretese, non sussisterebbe nemmeno l’oggetto del giudicato, dovendosi ritenere che se non c’è stato nessun atto di recesso il rapporto sia ancora in corso. Diversamente si graverebbe il lavoratore della *probatio diabolica* della avvenuta esistenza di un atto peraltro posto in essere oralmente, e spesso senza la presenza di testimoni (G. FRUS, *Sulla ripartizione dell’onere della prova in ordine all’inefficacia del licenziamento ex art. 2 della l. n. 604/1966 e alla tempestività della sua impugnazione*, in *RGL*, 1983, I, 417).

Una giurisprudenza minoritaria e oramai risalente (Pret. Milano 28 ottobre 1971, in *FI*, 1972, I, 1470), cui la lavoratrice nella causa in esame voleva che la Corte si adeguasse, ha ritenuto che spettasse sempre e comunque al datore di lavoro provare ogni cessazione del rapporto, gravandolo così a sua volta di una *probatio diabolica*.

L’orientamento oramai prevalente, cui la Corte in questa sentenza ha aderito, è invece quello che ritiene che “la controdedizione da parte del datore di un fatto che neghi il licenziamento e colleghi la cessazione del rapporto ad asserite dimissioni del lavoratore assume il valore di un’eccezione in senso stretto”, della cui prova è gravato il datore (Cass. 26 ottobre 1998 n. 10648, in *RIDL*, 1999, II, 693, con nota di F. BANO, *Licenziamenti o dimissioni orali? La Corte conferma il proprio orientamento*; vedi anche Cass. 11 marzo 1995 n. 2583, in *MGL*, 1995, 406, con nota di A. VALLEBONA, *L’onere della prova della estinzione del rapporto di lavoro*; ed anche in *GC*, 1995, I, 2755, con nota di L. NANNIPIERI, *L’alternativa tra dimissioni orali giustificate e licenziamento orale illegittimo: profili professionali e sostanziali*; ed anche in *RIDL*, 1996, II, 132; Cass. 26 ottobre 1998 n. 10618, in *GI*, 1999, I, 1, 686; Cass. 21 settembre 2000 n. 12520, in *LG*, 2001, 178; infine, Cass. 20 novembre 2000 n. 14977, peraltro citata dall’estensore della sentenza in commento, in *RIDL*, 2001, II, 308, con nota di M. MADERA, *La paternità della scelta risolutiva e l’onere probatorio in tema di licenziamento orale e dimissioni orali*).

In sostanza, si ritiene si possa aderire all’opzione interpretativa, in materia di onere della prova, che i giudici hanno espresso in questa decisione, vista anche la sostanziale omogeneità della giurisprudenza e della dottrina al riguardo; restano invece insolute alcune “anomalie” (A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, 216) relativamente ai profili sanzionatori, che spiegano anche il mancato raggiungimento di una analoga compattezza della giurisprudenza.

Vincenzo Putrignano
Specializzando della Scuola di specializzazione
in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza
Università degli Studi di Macerata


7.2. Cass. 25 ottobre 2004 n. 20701 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 9).

Licenziamento - Ambito di applicazione tutela reale - Dimensione dell’impresa - Collegamento societario - Frode alla legge - Sussistenza.

Al fine di individuare un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro occorre che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di una unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale, il cui adeguato accertamento dovrà tener conto dei seguenti requisiti: unicità della struttura organizzativa; integrazione delle varie attività, tutte facenti capo alle varie imprese del gruppo; coordinamento tecnico amministrativo finanziario delle singole imprese verso uno scopo comune; 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. (Nel caso di specie, i giudici rilevano che vi era un unico centro di imputazione di tutti i rapporti giuridici delle varie società, per cui doveva ritenersi soddisfatto il requisito dimensionale richiesto ai fini dell'applicazione della tutela reale).


La S.C. si esprime sul requisito dimensionale dell'impresa ai fini dell'applicazione della tutela reale ex art. 18 Stat. lav. Il caso, nello specifico, riguardava il licenziamento di un lavoratore da parte di una impresa individuale ma in rapporto funzionale con società facenti capo allo stesso imprenditore. Il lavoratore ricorreva in giudizio sostenendo la sussistenza di un collegamento societario e conseguentemente il superamento dei limiti dimensionali richiesti per l'applicazione della tutela reale ex art. 18 Stat. lav. I giudici di primo e secondo grado accoglievano le istanze del lavoratore ordinando la reintegra del ricorrente nel posto di lavoro ed il pagamento di tutte le mensilità dal licenziamento. La S.C., in commento, conferma le sentenze di merito, rilevando una unicità dell'organizzazione imprenditoriale. In particolare, i giudici di legittimità negano espressamente l'applicabilità di quell'orientamento giurisprudenziale (cfr. in particolare Cass. 23 agosto 2000 n. 11033, in *MGC*, 2000, 1824) secondo il quale il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società appartenenti ad un medesimo gruppo non comporterebbe il venir meno dell'autonomia delle singole società, dotate di personalità giuridica distinta, ed alle quali continuerebbero quindi a far capo i rapporti di lavoro del personale in servizio presso le diverse imprese. Secondo, infatti, la S.C., nel caso specifico, il collegamento non sarebbe meramente economico funzionale, bensì sostanziale, in quanto i lavoratori, formalmente assunti da una società, in realtà prestavano la loro attività indifferentemente per l'una o per l'altra azienda. La sentenza in esame si inserisce così in quel consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Cass. 1° aprile 1999 n. 3136, in *NGL*, 1999, 467; Cass. 28 agosto 2000 n. 11275, in *MGC*, 2000, 1850; Cass. 24 marzo 2003 n. 4274, in *OGI*, 2003, I, 166. In dottrina, v. in particolare F. AMATO, *Ancora in tema di collegamento societario e applicabilità della tutela reale alle imprese del gruppo*, in *RCDL*, 1997, 163. Per una ricostruzione dei diversi orientamenti v. recentemente S. CANALI DE ROSSI, *Collegamento societario, raggruppamento di imprese e rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2003, 2159), secondo il quale al fine di individuare un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro occorre che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di una unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale, il cui adeguato accertamento dovrà tener conto dei seguenti requisiti: unicità della struttura organizzativa; integrazione delle varie attività, tutte facenti capo alle varie imprese del gruppo; coordinamento tecnico amministrativo finanziario delle singole imprese verso uno scopo comune; 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.

7.3. Cass. 7 luglio 2004 n. 12514 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 30).

Licenziamento - Giustificato motivo obiettivo - Ridimensionamento generico dell'attività imprenditoriale - Esclusione - Soppressione del posto o del reparto per situazioni sfavorevoli non contingenti - Necessità.

Il licenziamento individuale per giustificato motivo obiettivo, ex art. 3, l. n. 604/1966, è determinato non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo

lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale ad un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti; il lavoratore ha quindi il diritto a che il datore di lavoro (su cui incombe il relativo onere) dimostri la concreta riferibilità del licenziamento individuale a iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo-organizzativo e non ad un mero incremento di profitti. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che, con motivazione insufficiente e incompleta, aveva ritenuto sussistente il giustificato motivo oggettivo desumendolo dall'avvenuta riorganizzazione delle mansioni affidate al lavoratore licenziato, nell'ambito dell'ufficio cui questi era addetto, attraverso una redistribuzione delle stesse tra il personale occupato nel medesimo ufficio, e comunque da un generale programma di riduzione dei costi aziendali).

7.4. Cass. 7 luglio 2004 n. 12514 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 30)

Licenziamento - Giustificato motivo obiettivo - Prova - Onere - Impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni equivalenti - Datore di lavoro - Sussistenza.

Il datore di lavoro deve dimostrare l'impossibilità di utilizzare il lavoratore stesso in altre mansioni equivalenti a quelle esercitate prima della ristrutturazione aziendale.

(7.3.-7.4.) Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento derivante da riorganizzazione aziendale

Sommario: **1.** Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento derivante da riorganizzazione aziendale. – **2.** L'obbligo di *repêchage*.

1. Con la sentenza in esame la Corte di cassazione torna sul noto tema del significato da attribuire alla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento derivante da riorganizzazione dell'attività produttiva ed in particolare dalla soppressione del posto di lavoro per una più utile gestione dell'attività d'impresa con conseguente obbligo di *repêchage* imposto al datore di lavoro prima di procedere al licenziamento.

Nel caso di specie, la S.C. ha ritenuto illegittimo il licenziamento intimato ad un lavoratore per soppressione del posto di lavoro, affermando che il giustificato motivo oggettivo di licenziamento *ex art. 3, l. n. 604/1966*, è determinato non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui era addetto il lavoratore medesimo e senza che all'atto risolutorio sia sottesa una logica di incremento del profitto, ma unicamente la necessità di fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti.

Dalle risultanze istruttorie di primo grado, peraltro, era emerso incontrovertibilmente che il lavoratore era stato, solo due mesi prima del licenziamento, collocato forzatamente in ferie e durante la sua assenza solo le sue mansioni erano state assegnate ad altra risorsa assunta con contratto di collaborazione coordinata e continuativa; infine, è emerso che l'organico dell'azienda, nel medesimo periodo era aumentato considerevolmente.

Tutte queste circostanze hanno fatto ritenere il licenziamento come non riferibile ad un reale giustificato motivo oggettivo in quanto non vi era stata una vera e propria riorganizzazione aziendale cui poter riconnettere l'intimato recesso.

Il contesto più generale in cui si inserisce la pronuncia è quello del licenziamento per motivi inerenti all'attività produttiva e merita interesse soprattutto perché offre lo spunto per una disamina della fattispecie alla luce dei vari orientamenti giurisprudenziali sul punto, a volte anche contrastanti, che si sono affermati più di recente.

In particolare, nel caso di specie, i giudici della S.C. hanno escluso che la semplice riorganizzazione interna delle mansioni assegnate ai lavoratori possa comportare la riferibilità del recesso alla nozione di giustificato motivo oggettivo ed hanno affermato l'illegittimità del recesso in assenza di necessità di fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti; infine, si legge in motivazione, viene affermato che la riorganizzazione finalizzata a realizzare un incremento del profitto non può mai legittimare il licenziamento.

Il tema, come noto, ha suscitato vivaci dibattiti sia in dottrina che in giurisprudenza (cfr. Cass. 7 gennaio 2002 n. 88, in *MGC*, 2002, 19; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980), con esiti non uniformi che spaziano, da un lato, dalla ritenuta legittimità di licenziamenti intimati in conseguenza della scelta imprenditoriale di affidare a soggetti esterni all'azienda lo svolgimento della medesima attività, alla legittimità di licenziamenti intimati al fine di sostituire i rapporti di lavoro dipendente con una rete di agenti e rappresentanti mentre dall'altro si riscontrano pronunce che affermano l'illegittimità di ogni recesso che, intimato invocando la nozione di giustificato motivo oggettivo, non risponda alla necessità di fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti e con l'unico scopo di realizzare un incremento del profitto (Cass. 13 novembre 1999 n. 12603, in *OGI*, 2000, I, 186; Cass. 23 giugno 1998 n. 6222, in *MGC*, 1998, 1378).

Ancora, è stato ritenuto che, ai fini della configurabilità della fattispecie della soppressione del posto di lavoro, non sia necessaria la soppressione di tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo la soppressione riguardare solo le mansioni svolte in precedenza dal lavoratore in maniera prevalente e quindi tali da connotare la posizione lavorativa del prestatore di lavoro (cfr. Cass. 25 luglio 1998 n. 7312; Cass. 14 giugno 2000 n. 8135, in *NGL* 2000, I, 742; Cass. 15 novembre 1993 n. 11241, in *NGL*, 1994, 104, e in *RIDL*, 1994, II, 766, con nota di A. MORONE), ben potendo le stesse essere solo diversamente ripartite, essendo ritenute insindacabili da parte del giudice le scelte imprenditoriali.

Proprio sotto quest'ultimo profilo, la valutazione nel merito delle scelte imprenditoriali, la giurisprudenza di legittimità è da sempre orientata nel senso di affermare una tendenziale insindacabilità delle scelte operate dall'imprenditore in tema di gestione dell'impresa, nel senso di ritenere che il controllo giudiziario sulla legittimità del licenziamento per ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro deve essere limitato all'accertamento della reale sussistenza dei motivi posti dal datore di lavoro a fondamento del recesso e non può estendersi al sindacato sulla validità dei criteri di gestione dell'impresa e sul merito della scelta operata dall'imprenditore (cfr. Cass. 14 marzo 1990 n. 1875, in *NGL*, 1990, 555).

Tale affermazione di principio, in ossequio al principio costituzionale della libertà dell'iniziativa economica contenuto nell'art. 41 Cost., tuttavia è stata diversamente declinata nel tempo dai giudici di legittimità e di merito, che ne hanno meglio specificato la portata ed il contenuto con il limite incontestato di natura processuale secondo il quale l'apprezzamento, da parte del giudice di merito, delle prove concernenti la reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore è incensurabile in sede di legittimità se effettuato con motivazione coerente e completa (cfr. Cass. 14 dicembre 1998 n. 12554, in *MGC*, 1998, 2581).

In ogni caso, nel vasto e vario panorama delle fattispecie esaminate dalla giurisprudenza, è possibile sintetizzare un parametro normalmente utilizzato – in modo più o meno rigoroso dai giudicanti – ai fini della valutazione della legittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo conseguente a riorganizzazione aziendale. Si può cioè affermare che ai fini della legittimità del licenziamento, è necessario

che il riassetto organizzativo posto alla base della motivazione di soppressione del posto di lavoro o del reparto cui il lavoratore era addetto, non sia pretestuoso e meramente strumentale ad incrementi dei profitti, ma sia, diversamente, funzionale a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti, le quali influiscano in modo decisivo sulla normale attività produttiva ed impongano un'effettiva necessità di riduzione dei costi, ovvero imporrebbero altrimenti di sostenere notevoli spese di carattere straordinario. Se, peraltro, da un lato con la sentenza in commento viene con vigore ribadito che l'incremento dell'utile non può mai essere considerato come motivo di riorganizzazione tale da giustificare l'invocazione del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, dall'altro vale la pena segnalare l'esistenza di pronunce, limitate per il vero alla fase di merito, con cui è stato ritenuto che ricorre l'ipotesi di ridimensionamento dell'attività aziendale, tale da legittimare il licenziamento *ex art. 3, l. n. 604/1966*, nell'ipotesi in cui vi sia un sottoutilizzo delle attrezzature aziendali ed il calo drastico di fatturato ovvero addirittura nell'ipotesi di riorganizzazione del lavoro non necessariamente accompagnata da un *trend* negativo (Trib. Milano 16 giugno 1999, in *OGL*, 1999, I, 454; Pret. Roma 15 giugno 1993, in *OGL*, 1993, 712).

Si potrebbe a questo punto utilmente disquisire sulla differenza che intercorre, a livello di dottrina economica, fra l'incremento dell'utile e la riduzione dei costi la quale, a parità di fatturato, determina comunque un incremento dell'utile, ma si finirebbe in un'aporia che consentirebbe di ritenere parimenti illegittimo ovvero legittimo un medesimo recesso se visto con la lente dell'incremento dell'utile diretto ovvero con la lente della riduzione dei costi da cui deriva comunque un incremento dell'utile.

L'analisi giurisprudenziale, tuttavia, lungi dal prendere in considerazione tali aspetti del problema, se non marginalmente, ha preferito – ragionevolmente, nell'ottica della tutela concreta dell'interesse delle parti ricorrenti – soffermarsi a valutare, quale discriminante della legittimità del licenziamento, il suo carattere strumentale.

Pertanto, secondo una parte della giurisprudenza, in aggiunta ai consueti parametri di valutazione derivanti dall'analisi della consequenzialità dei fatti di causa in base ai principi della buona fede contrattuale, al fine di rafforzare tale parametro di valutazione relativo alla non strumentalità dell'operazione di riorganizzazione degli assetti aziendali, l'indagine circa la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento non deve essere limitata alla situazione aziendale esistente alla data del recesso, ben potendosi prendere in considerazione un più vasto arco temporale ove ciò serva a far emergere una predeterminazione, da parte del datore di lavoro, di circostanze di fatto finalizzate ad una scelta soggettivamente orientata del lavoratore da licenziare.


2. L'ulteriore tema che viene affrontato dalla pronuncia si pone a conferma di un orientamento ormai consolidato sia in dottrina che in giurisprudenza, il quale afferma che anche laddove sussistano valide ragioni che legittimerebbero la risoluzione del rapporto di lavoro per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro è comunque tenuto a comminare il licenziamento quale *extrema ratio* essendogli imposto un obbligo, non cristallizzato tuttavia in alcuna norma di legge, di provare – con onere rigoroso a suo carico – non solo la ristrutturazione organizzativa dedotta a giustificazione del recesso e l'incidenza della medesima sulla posizione ricoperta in azienda dal lavoratore licenziato, ma anche l'inutilizzabilità di quest'ultimo in altro settore aziendale. In questo caso l'ambito di indagine non deve essere limitato al reparto o alla sede in cui è impiegato il lavoratore destinatario del recesso ma deve essere esteso a tutta la realtà aziendale dell'imprenditore (ove plurilocalizzata), anche eventualmente in violazione del principio di immutabilità *in peius* delle mansioni, in assenza di mansioni equivalenti ed ove il lavoratore vi abbia acconsentito (cfr. Cass. 16 dicembre 2000 n. 15894, in *MGC*, 2000, III, 2613; Cass. 14 giugno 1999 n. 5893, in *NGL*, 2000, 94).

Tanto ha affermato ed afferma ripetutamente la giurisprudenza in quanto, nell'ottica del bilanciamento degli interessi che il giudice è chiamato a valutare, il bene della conservazione del posto di lavoro è ritenuto sempre prevalente su ogni altra modificazione che possa intervenire sullo stato del rapporto di lavoro, in ragione della tutela apprestata al diritto al lavoro dei cittadini a livello costituzionale dagli artt. 1 e 4 Cost. Tenuto conto dell'abbondanza di precedenti giurisprudenziali sul punto e della varietà con la quale sono stati affrontati i temi sollevati dalla fattispecie in esame, la sentenza in commento si caratterizza per una certa rigidità nell'interpretazione del concetto di giustificato motivo oggettivo di licenziamento derivante da soppressione del posto di lavoro, laddove si afferma che il generico ridimensionamento della attività produttiva e la riorganizzazione degli assetti produttivi necessariamente conseguente non valgono ad integrare i requisiti del giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Inoltre, l'estensione dell'onere della prova imposto al datore di lavoro sino alla dimostrazione della inesistenza di legame tra il recesso intimato ed una volontà di incremento dei profitti impone certamente più di una considerazione nella lettura del dispositivo e delle motivazioni della sentenza alla luce dei consolidati orientamenti in punto di insindacabilità delle scelte imprenditoriali circa la gestione dell'azienda, in ossequio al principio costituzionale di libertà nell'iniziativa economica.

Di certo, in un'ottica *de iure condendo*, alla luce della congiuntura economica attuale e dell'accelerato regime delle dimissioni e delle esternalizzazioni, come della scomparsa progressiva dell'industria produttiva a favore di riorganizzazioni aziendali tese a conservare la sola attività di commercializzazione delle produzioni affidate all'estero, varrebbe la pena riconsiderare – contestualizzandole – alcune interpretazioni di norme della legislazione del lavoro, tenendo in conto le intervenute mutazioni del contesto socio-economico in cui oggi si fa impresa.

Alessandro Crosta
Avvocato del Foro di Milano
Studio Legale Associato Ad Ashurst

7.5. Cass. 26 giugno 2004 n. 11919 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 29).

Licenziamento - Giusta causa - Valutazione del giudice di merito - Riferimento alla coscienza generale - Censurabilità - Limiti - Fattispecie.

L'attività di integrazione del precetto normativo di cui all'art. 2119 c.c. (norma cosiddetta "elastica"), compiuta dal giudice di merito – ai fini della individuazione della giusta causa di licenziamento – mediante riferimento alla "coscienza generale", è sindacabile in Cassazione a condizione che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli "standards", conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale. (Nella specie, la sentenza di merito, confermata dalla S.C., aveva ritenuto legittimo il licenziamento di un dipendente bancario, incolpato di essersi appropriato di una parte delle rimanenze di cassa, in base alla considerazione – ritenuta dalla S.C. rispondente alle regole logiche dell'attuale contesto sociale – che la responsabilità del dipendente fosse dimostrata dalla contraddittorietà delle dichiarazioni da lui fornite per giustificare l'ammanco).

Gli « standards » della coscienza sociale, conformi ai valori dell'ordinamento, ai fini della valutazione della gravità della condotta del lavoratore

La sentenza in esame affronta due temi di particolare rilevanza nel panorama giurisprudenziale più recente, l'uno di natura procedurale relativo alla sindacabilità, in sede

di giudizio di legittimità, delle valutazioni (integrative delle norme cosiddette elastiche) formulate dal giudice di merito, l'altro di natura sostanziale, relativo all'applicazione dei cosiddetti "standards" della coscienza sociale, conformi ai valori dell'ordinamento, ai fini della valutazione della gravità della condotta del lavoratore onde poter ricondurre la fattispecie soggettiva alla previsione di carattere generale dell'art. 2119 in tema di recesso senza preavviso ad opera del datore di lavoro.

Il caso in esame riguarda, in particolare, un licenziamento per giusta causa intimato da un istituto di credito ad un proprio dipendente con l'addebito di essersi appropriato di una somma non ingente di denaro, il cui ammanco è stato rilevato a seguito di ispezioni effettuate dalla banca.

Il licenziamento è stato ritenuto legittimo in primo grado ed in appello sulla base, da un lato, del noto orientamento che ritiene legittimo il licenziamento a seguito di furto di beni aziendali, anche di modico valore, ai danni del datore di lavoro in quanto idoneo ad incrinare il vincolo fiduciario che intercorre fra le parti contrattuali, dall'altro, sotto il profilo probatorio, in ragione della contraddittorietà delle versioni dell'incolpato a fronte dell'addebito.

Proprio quest'ultimo aspetto, quello probatorio, è alla base del ricorso proposto dal lavoratore ai giudici di Cassazione, laddove si afferma che l'esistenza di contraddittorietà nelle versioni rilasciate dal lavoratore in ordine all'ammanco, non integrerebbe il concetto di gravità, precisione e concordanza che deve essere alla base della presunzione, sostanziandosi di fatto il motivo del ricorso in una censura dell'idoneità dell'elemento utilizzato dai giudici d'appello a fondamento del proprio convincimento.

La Corte di cassazione non ha accolto il motivo di ricorso affermando che, in tema di integrazione di norme cosiddette elastiche (quale è l'art. 2119 c.c.), in materia di valutazione dell'inadempimento del lavoratore licenziato, l'attività di integrazione giuridica che il giudice del merito ha compiuto mediante riferimento alla "coscienza generale" è sindacabile dal giudice di legittimità, a condizione che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga invece una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli *standards* conformi ai valori dell'ordinamento esistenti nella realtà sociale.

Nell'operare tale valutazione, la Corte si è richiamata ad una precedente sua sentenza nella quale il principio della sindacabilità veniva affermato con riguardo ad una fattispecie analoga nella quale, nella fase di giudizio di legittimità, il ricorrente si era limitato ad una generica contestazione della valutazione operata dal Tribunale, meramente contrappositiva rispetto alla stessa, non individuando i termini della devianza del giudizio integrativo del giudicante rispetto ai parametri ritenuti, dal ricorrente, come quelli di riferimento (Cass. 3 settembre 2003 n. 12843, in *MGC*, 2003, fasc. 9. In particolare, sui limiti di sindacabilità della S.C. cfr. Cass. 22 aprile 2000 n. 5299, in *NGL*, 2000, 629).

Ciò premesso con riferimento alla pronuncia in commento, vale la pena di rilevare come il tema in esame non sia nuovo nel panorama giurisprudenziale e non sia, comunque, unanimemente condiviso dalla giurisprudenza che lo ha affrontato. (Il tema è stato introdotto per la prima volta nel dibattito giurisprudenziale dalla Corte di cassazione con le sentenze 22 ottobre 1998 n. 10514, e 18 gennaio 1999 n. 434, entrambe in *FI*, 1999, I, 1891, con note di E. FABIANI e M. DE CRISTOFARO, proprio con riferimento a fattispecie relative al concetto di giusta causa di licenziamento).

Limitando l'analisi all'orientamento oggi prevalente, al quale si allinea la sentenza *de quo*, la conseguenza dell'affermazione del principio di sindacabilità delle valutazioni operate dal giudice del merito da parte dell'organo deputato, in via generale, alla

valutazione degli errori di solo diritto, è, più diffusamente, l'affermazione del principio secondo cui tale organo ha il potere di operare un controllo di logicità del convincimento del giudice di merito e quindi la sua coerenza con la logica di una determinata società che si riconosce in canoni standardizzati di comportamento.

Tale controllo, tuttavia, come afferma anche la sentenza in commento è ammesso purché la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non sia limitato ad una generica censura, meramente contrappositiva, ma indichi invece la specifica devianza rispetto ai valori dell'ordinamento esistenti nella realtà sociale. Ed è proprio questa la specificazione degna di nota nella pronuncia, in quanto, oltre all'affermazione che si pone nel solco di altre pronunce preesistenti in punto di sindacabilità delle valutazioni compiute dal giudice di merito, viene precisato che tale attività deve essere compiuta dal giudice di legittimità, a fronte di una definizione circostanziata dei motivi per cui la censura viene avanzata in ricorso.

L'effetto di una tale precisazione comporta che, di fatto, il potere del giudice di legittimità non è esercitabile autonomamente dal giudicante ma deve essere in qualche modo attivato dalla parte che ha interesse al sindacato della S.C. mediante una specifica denuncia (il più possibile circostanziata e motivata) di non coerenza del giudizio dell'organo di merito rispetto agli *standards* esistenti nella realtà sociale.

In via generale, alla base di tale orientamento, non unanimemente condiviso (sono contrarie all'orientamento citato le sentenze della Cass. 15 novembre 2001 n. 14229, e 8 maggio 2000 n. 5822, in *FI*, 2003, 1846, con nota di E. FABIANI), come si è detto, sta la considerazione della giurisprudenza maggioritaria, sposata peraltro anche da parte della dottrina (cfr. D. MALTESE, *Norma elastica, giudizio di legittimità e "stare decisis"*, in *Contratto e Impresa*, 2000, spec. 4), che, seppur esistente nel nostro ordinamento la tradizionale distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto ai fini della ripartizione delle competenze dei vari gradi di giudizio, deve ritenersi che tutta l'attività di qualificazione del fatto costituisce giudizio di diritto ed in quanto tale, pertanto, suscettibile di sindacato in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.

In un'ottica *de iure condito*, vale la pena sottolineare una analogia esistente negli effetti (se non nella *ratio legis*) fra tale orientamento, attualmente prevalente, e la direzione in cui si è mosso il legislatore del 1990 che, con la l. n. 353/1990, ha previsto una terza ipotesi di cassazione senza rinvio della sentenza (in vigore dal 1° gennaio 1993).

In forza della novella, infatti, la Corte quando accoglie il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, enuncia il principio di diritto al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi, ovvero decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto.

Per effetto della disposizione citata – ma soprattutto, per quanto qui rileva, per effetto dell'orientamento giurisprudenziale menzionato – si può affermare che è da tempo stata aperta una breccia nella storica e rigida separazione fra giudizio di legittimità e giudizio di merito da parte della Corte di cassazione (la *ratio* della novella è stata individuata dai commentatori nell'esigenza di evitare inutili e costose lungaggini del giudizio in sede di rinvio e di impedire la proposizione di ulteriori e pretestuosi ricorsi per cassazione diretti a ritardare il passaggio in giudicato della sentenza) che sempre più spesso si spinge a valutazioni nel merito dell'oggetto delle controversie.

Alessandro Crosta
Avvocato del Foro di Milano
Studio Legale Associato Ad Ashurst

8. Mansioni

8.1. Cass. 26 maggio 2004 n. 10157 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 24).

Mansioni - Danno da dequalificazione professionale - Natura di danno non patrimoniale - Sussistenza.

In relazione all'accertato demansionamento professionale spetta il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti. Il danno da dequalificazione professionale (nel quale possono essere ricompresi come specifici aspetti sia la perdita di chances che il danno all'immagine) è riconducibile al danno non patrimoniale, che deve essere inteso come categoria ampia comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona, che non si esaurisca nel danno morale e che non sia correlato alla qualifica di reato. Il danno da dequalificazione professionale attiene alla lesione di un interesse costituzionalmente protetto dall'art. 2 Cost., avente ad oggetto il diritto fondamentale del lavoratore alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro secondo le mansioni e con la qualifica spettantegli per legge o per contratto, con la conseguenza che i provvedimenti del datore di lavoro che illegittimamente ledono tale diritto vengono immancabilmente a ledere l'immagine professionale, la dignità personale e la vita di relazione del lavoratore, sia in tema di autostima e di eterostima nell'ambiente di lavoro ed in quello socio familiare, sia in termini di perdita di chances per futuri lavori di pari livello.

8.2. Cass. 26 maggio 2004 n. 10157 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 24).

Mansioni - Danno da dequalificazione professionale - Natura di danno non patrimoniale - Necessità di prova specifica - Esclusione - Risarcibilità in via equitativa - Sussistenza.

La valutazione di siffatto pregiudizio, per sua natura privo delle caratteristiche della patrimonialità, non può che essere effettuata dal giudice alla stregua di un parametro equitativo, essendo difficilmente utilizzabili parametri economici o reddituali (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza del Tribunale che aveva negato il ricorso al criterio equitativo e preteso dal danneggiato la prova specifica della diminuzione patrimoniale sofferta).

(8.1 - 8.2.) La sentenza in commento è degna di nota con riferimento alle considerazioni svolte in materia di danno da dequalificazione professionale.

Viene, infatti, continuata l'interpretazione evolutiva in materia di danno non patrimoniale avviata dalla S.C. con le note sentenze relative al danno derivante da responsabilità extracontrattuale Cass. 31 maggio 2003 n. 8827, e Cass. 31 maggio 2003, n. 8828, in *GI*, 2004, 29, con nota M.P. SUPPA, dalla stessa pronuncia richiamate, su cui D. SPERA, *Danno non patrimoniale: valori omogenei cercasi*, in *GD*, 2003, n. 7, 7 ss., nonché G. COMANDÈ, *Con un tris di sentenze la Cassazione, alla ribalta*, *ivi*, 12 ss.; M. RODOLFI, *Il peso della giurisprudenza sull'assetto normativo*, *ivi*, 14 ss., nonché diffusamente G. FACCI, *Il risarcimento del danno in caso di morte*, in F. GALGANO (diretta da), *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Cedam, Padova, 2004 (particolarmente il capitolo primo *Il sistema di risarcimento del danno alla persona*), e E. NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali, Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2004.

Tali pronunce hanno ricondotto il danno civile ad un sistema sostanzialmente dualistico, dove la *summa divisio* è quella tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. È all'interno di quest'ultimo che vanno collocate, secondo questo nuovo orientamento, tutte quelle voci di danno progressivamente riconosciute in aggiunta al danno patri-

moniale (*in primis* il danno morale e quello biologico), ma non solo. Più in generale, deve ricondursi al danno non patrimoniale, inteso come categoria ampia e generale, qualsiasi danno che derivi dalla violazione di interessi costituzionalmente protetti, ed in particolare dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dall'art. 2 Cost.

Questo orientamento, quindi, ha disatteso sia una visione "tripartita" tra danno patrimoniale, danno morale e danno biologico (e/o esistenziale, ove riconosciuto, es. Trib. Parma 17 aprile 2003, in *DL*, 2003, 668, con nota di G. TAGLIAGAMBE; *contra* Trib. Monza 13 maggio 2003, in *GM*, 2003, 1720; Trib. Roma 7 marzo 2002, in *D&G*, 2002, n. 18, 43, con nota di F. PECCENINI, nonché in *GI*, 2002, 78, con nota di G. CASSANO), sia la tradizionale interpretazione che, richiamando il combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., negava il riconoscimento del danno non patrimoniale in mancanza di reato (configurabile, peraltro, anche solo in astratto, secondo le sentenze C. Cost. 24 giugno 2003 n. 223, in *GI*, 2003, 1777, con nota P. CENDON, P. ZIVIZ; Cass. 12 maggio 2003 n. 7281, in *FI*, 2003, I, 2247, con nota E. NAVARRETTA; Cass. 12 maggio 2003 n. 7282, in *RCP*, 2003, 676, con nota P. CENDON, E. BARGELLI, P. ZIVIZ, e Cass. 12 maggio 2003 n. 7283, in *MGC*, 2003, fasc. 5, contrastanti il precedente orientamento restrittivo che richiedeva l'accertamento in concreto di tutti gli elementi del reato, specificamente di quello soggettivo, cfr. C. Cost. 22 luglio 1996 n. 293, in *D&G*, 1998, 260, con nota di C. ALOISI; Cass. 17 novembre 1999 n. 12741, in *Danno e responsabilità*, 2000, 844, con nota di M. BONA; Cass. 5 dicembre 2000 n. 15463, in *MGC*, 2000, 2549; Cass. 17 gennaio 2001 n. 589, in *MGC*, 2001, 106; Cass. 14 marzo 2002 n. 3728, in *MGC*, 2002, 455).

Ora, una serie di ipotesi di danno non patrimoniale risultano risarcibili, secondo la S.C., combinando l'art. 2059 c.c. direttamente con i principi costituzionali (innanzitutto, con l'art. 2 Cost.), senza necessità di ulteriori norme di legge che prevedano specificamente la risarcibilità del danno in caso di violazione di detti principi, stante la preminenza degli stessi nel nostro ordinamento.

La sentenza in epigrafe rappresenta un passo ulteriore in questa linea interpretativa, dato che non solo aderisce alla stessa, ma applica i medesimi principi anche al danno da responsabilità contrattuale.

Infatti, la pronuncia riconosce la natura di danno (anche) non patrimoniale al danno da dequalificazione professionale, di chiara origine contrattuale ai sensi dell'art. 2103 c.c. Ciò proprio sulla base della considerazione che l'ingiustificata dequalificazione del dipendente non costituisce solo violazione dello specifico divieto di cui all'art. 2103 c.c., con conseguente risarcibilità del relativo danno patrimoniale ove verificatosi, ma altresì lesione del diritto fondamentale della libera esplicazione della personalità del dipendente, ai sensi degli artt. 1 e 2 Cost., anche nel luogo di lavoro, secondo le mansioni e con la qualifica che gli spettano: detta lesione genera, secondo la Corte, un danno non patrimoniale.

Ed ancora, dal riconoscimento della natura non patrimoniale di questo danno la S.C. ricava la risarcibilità dello stesso esclusivamente in via equitativa, richiamando ancora le sentenze del 2003 sopra citate e specificando che gli atti datoriali che ledono il diritto alla libera esplicazione della personalità del lavoratore "vengono immancabilmente a ledere" l'immagine professionale, la dignità personale e la vita di relazione del lavoratore, in termini di autostima, reputazione e stima nell'ambiente di lavoro ed in quello socio familiare, nonché perdita di *chances* per future occupazioni di livello equivalente. Non è, quindi, necessaria, secondo la Corte, la prova specifica da parte del lavoratore di aver subito un pregiudizio patrimoniale o una perdita di *chances* per effetto di un intervenuto danno all'immagine ed alla capacità professionale, e questo è proprio il punto in relazione al quale la Corte cassa la sentenza del Tribunale di Milano: il giudice

di secondo grado, infatti, aveva rigettato la domanda risarcitoria del lavoratore in ragione della mancanza di prova in merito.

9. Orario di lavoro

9.1. Cass. 16 febbraio 2004 n. 2918 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 10).

Orario di lavoro - Lavoratori a paga fissa o a ore - Festività del 25 aprile e del 1° maggio - Coincidenza con la domenica - Diritto alla retribuzione giornaliera aggiuntiva anche in assenza dello svolgimento di attività lavorativa.


In materia di compenso per le festività infrasettimanali, ai sensi dell'art. 5, comma 3, ultima parte, della l. n. 260/1949, come modificato dalla l. n. 90/1954, il compenso aggiuntivo (corrispondente all'aliquota giornaliera) ivi previsto, per il caso in cui le festività nazionali coincidano con la domenica, spetta indipendentemente dal fatto che tale giornata sia lavorata o meno e che in tali giorni il lavoratore riposi, senza alcuna distinzione tra lavoratori retribuiti in misura fissa e lavoratori retribuiti ad ore, non rinvenendosi in proposito alcuna distinzione nell'art. 2 legge citata, diversamente da quanto avviene con riguardo al beneficio contemplato nell'art. 3.

La sentenza in epigrafe si inserisce nell'orientamento giurisprudenziale ormai del tutto prevalente (cfr., da ultime, Cass. 19 agosto 2003 n. 12142, in *MGI*, 2003, 1155; Cass. 16 luglio 2002 n. 10309, in *AC*, 2003, 549. Cfr., *contra*, Cass. 18 aprile 1983 n. 2654, in *NGL*, 1984, 578, e Cass. 21 gennaio 1982 n. 406, in *GC*, 1982, I, 1260) confermando l'interpretazione secondo la quale il comma 3, seconda parte, dell'art. 5, l. n. 260/1949 (Disposizioni in materia di ricorrenze festive), così come modificato dall'art. 1 della l. n. 90/1954, attribuisce ai lavoratori retribuiti in misura fissa mensile il diritto alla corresponsione di una retribuzione giornaliera quando le festività del 25 aprile e del 1° maggio cadono di domenica, sia essa lavorata o meno. La sentenza inoltre conferma che l'art. 3, l. n. 260/1949, estende a tutte le festività il trattamento previsto dall'art. 1 esclusivamente per i lavoratori retribuiti in misura non fissa e quindi ne sono esclusi i lavoratori retribuiti in misura fissa.

Il punto controverso tra le parti concerneva il diritto alla retribuzione aggiuntiva per i lavoratori nell'ipotesi in cui questi non svolgessero attività lavorativa. Inoltre era controversa l'estensione del diritto al compenso aggiuntivo anche nel caso di coincidenza della domenica con le altre festività riconosciute di cui all'art. 2, l. n. 260/1949. La Corte, richiamati gli artt. 2 e 3, l. n. 90/1954, e la propria giurisprudenza (cfr. le decisioni citate nella sentenza in epigrafe: Cass. 26 ottobre 1995 n. 11117, in *FI*, 1995, I, 3180, e in *NGL*, 1995, 896; Cass. 19 dicembre 1998 n. 12731, in *LPO*, 1999, 801, e in *NGL*, 1998, 707; Cass. 5 marzo 2002 n. 3164, in *AC*, 2003, 78, e Cass. 8 aprile 2002 n. 4998, in *AC*, 2003, 210) conferma la sentenza di merito. Secondo la Corte un'interpretazione letterale degli articoli richiamati non può che portare a riconoscere il diritto per i lavoratori retribuiti in misura fissa all'emolumento retributivo aggiuntivo in caso di coincidenza delle festività indicate – 1° maggio e 25 aprile – senza necessità che nelle dette giornate venga anche svolta attività lavorativa. Con questa norma il legislatore ha voluto dare particolare risalto a queste festività nazionali.

La retribuzione aggiuntiva però non può essere estesa ai casi di coincidenza della domenica con le altre festività. La diversa normativa prevista per i lavoratori non retribuiti in misura fissa mensile, per i quali deve essere riconosciuto l'emolumento retributivo aggiuntivo nel caso di coincidenza della domenica con tutte le festività indicate dall'art. 2, l. n. 260/1949, costituisce, secondo la Corte, una trattamento

diversificato giustificato da ragioni oggettive, non avendo le due categorie di lavoratori – retribuiti in misura fissa mensile e non retribuiti in misura fissa – esigenze omogenee rispetto alle festività.

9.2. App. Brescia 25 marzo 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 5).

Orario di lavoro - Impiegato con funzioni direttive - Lavoro straordinario - Esclusione - Fattispecie.

La normativa legale e contrattuale in tema di orario di lavoro straordinario non trova applicazione al personale impiegatizio con funzioni direttive, anche se obbligato a timbrare il c.d. Cartellino Presenza, se il medesimo non viene utilizzato per il controllo della durata delle prestazioni rese.

Un impiegato inquadrato nella 6^a categoria del Ccnl per l'industria metalmeccanica, svolgente la mansione di "responsabile di produzione" – atteso che la declaratoria contrattuale a lui applicabile precisa che sono compresi in tale categoria i lavoratori, sia tecnici, sia amministrativi che, con specifica collaborazione, svolgono funzioni direttive o che richiedono particolare preparazione e capacità professionale, con discrezionalità di poteri e con facoltà di decisione autonoma di iniziativa nei limiti delle sole direttive generali impartite – non è da ritenersi assoggettato all'orario di lavoro e quindi non matura il diritto a percepire le maggiorazioni per il lavoro straordinario. In particolare, se tale lavoratore per disposizione del datore di lavoro effettua regolarmente la timbratura del c.d. cartellino presenza, la circostanza non costituisce, di per sé, inequivocabile indice di soggezione obbligatoria al rispetto di un orario di servizio, ovvero non dimostra il carattere modesto dell'autonomia funzionale attribuita e non comporta quindi la sottrazione della figura professionale in esame alla nozione legale di personale con funzioni direttive, in quanto può "più semplicemente valere a giustificare la presenza in azienda" del lavoratore.

10. Previdenza

10.1. C. Cost. sentenza 8-12 marzo 2004 n. 91 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 14).

Interpretazione della norma censurata - Conformazione ad un consolidato « diritto vivente » ovvero ricerca di una interpretazione conforme a Costituzione - Facoltà del rimettente - Eccezione di inammissibilità - Rigetto Impiego pubblico - Previdenza e assistenza - Dipendenti dell'istituto postelegrafonici - Indennità di buonuscita - Calcolo dell'indennità integrativa speciale nella percentuale del 48% anziché in quella del 60% - Assunto contrasto con il principio di proporzionalità e adeguatezza della retribuzione - Non fondatezza della questione. (In *GU*, 17 marzo 2004, n. 11)

La circostanza che l'art. 1, comma 1, lettera b), della legge 29 gennaio 1994, n. 87, per la sua connessione sistematica con l'art. 38 del d.P.R. n. 1032 del 1973, comporti – secondo la lettura che di tale combinato disposto dà la giurisprudenza costante della Corte di cassazione, da assumere in termini di diritto vivente – che il computo dell'indennità integrativa speciale nella base di calcolo dell'indennità di buonuscita avvenga, per talune categorie di pubblici dipendenti, in ragione di una aliquota effettiva pari al 48 per cento, anziché di quella del 60 per cento, non determina alcuna situazione di contrasto con i principi di adeguatezza e proporzionalità della retribuzione – stante il carattere retributivo dell'indennità integrativa speciale – e con quello di adeguatezza della tutela previdenziale – stante la natura di retribuzione differita con funzione previdenziale dell'indennità di buonuscita. Se da un lato, infatti, la valutazione della

congruità della retribuzione, ai fini dell'art. 36 della Costituzione, deve essere effettuata con riguardo alla globalità della stessa e non alle sue singole componenti, per cui essa non può essere limitata all'indennità integrativa speciale isolatamente considerata, ancorché alla medesima sia da riconoscere natura retributiva, ma va riferita al complessivo trattamento di fine rapporto nel quale la suddetta indennità viene inclusa quale mera componente della relativa base di calcolo, dall'altro lato, invece, l'indennità di buonuscita e gli altri trattamenti analoghi, avendo anche funzione previdenziale, devono essere disciplinati secondo i criteri della solidarietà sociale e del pubblico interesse a che sia garantita, per far fronte agli eventi indicati nell'art. 38, secondo comma, della Costituzione, la corresponsione di un 'minimum' la cui determinazione è riservata alla competenza del legislatore, il quale nell'operare le sue scelte discrezionali deve tenere conto anche delle esigenze della finanza pubblica. Nel caso di specie il giudizio di conformità ai suddetti principi dell'adozione del criterio della computabilità dell'indennità integrativa speciale nell'ambito dei trattamenti di fine rapporto soltanto in una misura percentuale e non integralmente, deve essere confermato anche con riguardo alla riduzione della suddetta percentuale derivante dall'interpretazione giurisprudenziale contestata dal remittente. Non è pertanto fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera b), della legge 29 gennaio 1994, n. 87, sollevata in riferimento agli artt. 36 e 38 della Costituzione.

Il computo della indennità integrativa speciale nella indennità di buonuscita spettante ai pubblici dipendenti

Con la sentenza n. 91 dell'8-12 marzo 2004 la Corte Costituzionale si è occupata della vicenda relativa al computo dell'indennità integrativa speciale per la determinazione dell'indennità di buonuscita spettante ai pubblici dipendenti (la pronuncia è pubblicata anche in *RGL*, Osservatorio della Corte Costituzionale, 2004, fasc. 2, 259-260, con nota di F. FELICETTI, M.R. SAN GIORGIO, e in *GC*, 2004, 2, 1049, con nota di F. DAL CANTO). L'indennità di buonuscita (per un commento sull'istituto si può fare riferimento a F. BUFFA, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Ed. La Tribuna, Piacenza, 2004, 1658 ss.), disciplinata dall'art. 3, comma 2, e dall'art. 38, d.P.R. n. 1032/1973, è stata istituita in origine come premio per la buona condotta degli impiegati statali, acquistando poi negli anni un carattere di retribuzione differita. I destinatari di tale trattamento sono i dipendenti statali e gli altri iscritti al Fondo di previdenza per i dipendenti civili e militari dello Stato gestito dall'Inpdap, assunti con contratto a tempo indeterminato entro il 31 dicembre 2000, ed a tempo determinato al 30 maggio 2000, date dalle quali anche per i dipendenti statali, al pari di quelli privati, trova applicazione la disciplina del trattamento di fine rapporto, di cui all'art. 2120 c.c. (modificato dalla l. n. 297/1982) e al d.P.C.M. 20 dicembre 1999 e successive modifiche. Il trattamento dell'indennità integrativa speciale, che assolve ad una funzione analoga alla contingenza del settore privato, è stato invece istituito con la l. n. 324/1959 e, a seguito della sentenza C. Cost. 19 maggio 1993 n. 243 (in *RIDL*, 1994, II, 11, con nota di G. PERA, e in *FI*, 1993, I, 1732 ss., con nota di R. ROMBOLI, *Dichiarazione d'incostituzionalità con delega al parlamento*) e della l. n. 87/1994, è stato computato nella base di calcolo della indennità di buonuscita.

La questione sollevata di fronte alla Consulta prende avvio da due controversie previdenziali promosse dinanzi al Tribunale di Bologna da due ex dipendenti dell'Istituto posttelegrafonici (Ipost) contro lo stesso ente al fine di ottenere la riliquidazione dell'indennità di buonuscita già corrispostagli. In particolare i ricorrenti, collocati già in quiescenza, chiedevano che la stessa indennità venisse ricalcolata inserendo l'indennità integrativa speciale nella misura del 60%, anziché in quella del 48% che gli era stata conteggiata. In primo grado il Tribunale aveva accolto le richieste dei pensionati,

richiamando i principi della sentenza C. Cost. n. 243/1993, nella quale la Consulta aveva stabilito che la quota di indennità integrativa speciale doveva essere aggiunta direttamente alla base contributiva di cui all'art. 38, d.P.R. n. 1032/1973, senza alcuna decurtazione.

Entrambe le decisioni sono state poi appellate dall'Ipost davanti alla Corte d'Appello di Bologna. Negli atti del giudizio, l'ente previdenziale ritiene che, secondo la prevalente giurisprudenza della Corte di cassazione (v. per tutte Cass. 12 ottobre 2000 n. 13634, in *GI*, 2001, 11, 2053 ss., con nota di D. BUZZELLI, *L'indennità di buonuscita degli impiegati dello Stato e il computo dell'indennità integrativa speciale*) l'indennità integrativa speciale deve essere inclusa nel calcolo dell'indennità di buonuscita nella misura stabilita dall'art. 1 della l. n. 87/1994. Tale norma però, a parere della S.C., nel fissare la percentuale di conglobamento nell'indennità di buonuscita dell'indennità integrativa speciale nella misura del 60%, non impedisce che a quest'ultima si operi una decurtazione di un ulteriore 20% ai sensi dell'art. 38, d.P.R. n. 1032/1973, come avviene per tutte le altre componenti della base di computo della indennità di buonuscita, arrivando quindi ad una percentuale del 48%.

Su quanto rilevato dall'Ipost la Corte d'Appello citata ha sollevato questione di legittimità dinanzi alla Corte Costituzionale, ravvisando una violazione del principio di "sufficienza della retribuzione" di cui all'art. 36 Cost., in quanto l'indennità integrativa speciale, avendo carattere retributivo, non può essere inferiore al 50% della retribuzione. Inoltre, secondo il giudice *a quo*, la riduzione della quota di tale indennità contrasta anche con l'art. 38 Cost., data la natura di "retribuzione differita con funzione previdenziale" dell'indennità di buonuscita, il cui fine è quello di assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita al momento della vecchiaia. Specificamente la Corte d'Appello solleva dinanzi alla Consulta la questione di legittimità dell'art. 1, comma 1, lett. b), l. n. 87/1994, nella parte in cui – secondo la costante interpretazione giurisprudenziale – dispone che per i pubblici dipendenti l'inserimento della percentuale del 60% nella base di calcolo dell'indennità di buonuscita debba avvenire attraverso la applicazione anche a tale percentuale della decurtazione del 20%, così come stabilito dall'art. 38 del d.P.R. n. 1032/1973 per tutti gli altri emolumenti che concorrono a formare la base contributiva da prendere in considerazione per la liquidazione della indennità di buonuscita.

La Corte Costituzionale, riuniti i giudizi, ha dichiarato l'infondatezza della questione, ribadendo quanto ormai da tempo aveva già sostenuto in materia: se pur il legislatore debba necessariamente includere la indennità integrativa speciale nella base di calcolo del trattamento di fine lavoro (secondo il precetto della citata sentenza della stessa Corte n. 243/1993), allo stesso però non è tolta la possibilità di modulare il *quantum* della prestazione attraverso una decurtazione della percentuale di indennità integrativa speciale nella buonuscita. Ciò in considerazione del fatto che le esigenze di tenuta finanziaria della spesa pubblica trovano l'unico limite nel raggiungimento di un *minimum* di tutela delle esigenze della persona, oltre il quale è possibile operare una legittima diminuzione del trattamento nella sua funzione previdenziale (cfr. sul punto anche C. Cost. 7 aprile 1988 n. 409, in *GC*, 1998, 2, 3550; C. Cost. 4 dicembre 2002 n. 506, in *DG*, 2002, 45, 19; C. Cost. 27 marzo 2003 n. 87, in *D&G*, 2003, fasc. 17, 104). Pertanto, la disciplina dettata dalla l. n. 87/1994 si deve considerare, ad avviso della Consulta, il risultato di una scelta ragionevole effettuata dal legislatore nell'ambito della discrezionalità che gli compete in materia di introduzione di benefici di carattere retributivo e previdenziale, per perseguire lo scopo della previsione di meccanismi di computo della indennità integrativa speciale nei trattamenti di fine rapporto dei

pubblici dipendenti (v. sul punto anche C. Cost. 31 marzo 1995 n. 103, in *LG*, 1996, 60, e C. Stato 29 gennaio 1997 n. 175, in *GC*, 1997, 2, 1777 ss.).

Per quanto concerne, invece, la natura retributiva del trattamento di fine rapporto, la Corte ha ribadito il principio (v. anche C. Cost. 10 aprile 2003 n. 115, in *GC*, 2003, 2, 904) secondo cui la congruità della retribuzione – ai sensi dell’art. 36 Cost. – deve essere considerata con riguardo alla globalità della stessa e non nelle sue singole componenti, evitando quindi di isolare il computo dell’indennità integrativa speciale dal complessivo ammontare della buonuscita o da trattamenti similari.

Valentina Forti

Dottoranda di ricerca in Legislazione sociale europea
Università degli Studi di Macerata

10.2. Cass., sez. un., 7 marzo 2005 n. 4808 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 11).

Previdenza - Illeciti previdenziali - Mancata denuncia dei dati contributivi all’Inps - Omissione contributiva - Insussistenza - Evasione contributiva - Sussistenza.

La fattispecie dell’omissione contributiva deve ritenersi limitata all’ipotesi del (solo) mancato pagamento da parte del datore di lavoro, in presenza di tutte le denunce e registrazioni obbligatorie necessarie, mentre la mancanza di uno solo degli altri, necessari adempimenti – in quanto strettamente funzionali al regolare svolgimento dei compiti di istituto dell’Ente previdenziale, ed alla tempestiva soddisfazione dei diritti pensionistici dei lavoratori assicurati – è sufficiente ad integrare gli estremi dell’evasione. (Principio enunciato dalla Corte. Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato sussistente l’illecito di evasione contributiva a fronte della mancata trasmissione all’Inps, da parte del datore di lavoro, dei modelli DM10M e DM10MS, pur essendo emerso che l’Ente aveva preso conoscenza dei dati contributivi attraverso l’esame ispettivo dei libri contabili aziendali).

La Cassazione a Sezioni Unite si pronuncia su omissione ed evasione contributiva

Sommario: 1. Il quadro normativo. – 2. La prassi applicativa. – 3. Il contrasto di giurisprudenza composto dalle Sezioni Unite della Cassazione. – 4. La sentenza delle Sezioni Unite.

1. La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione che si commenta compone il contrasto interpretativo verificatosi in seno alla Corte in materia di sanzioni previdenziali, in particolare sui criteri preposti alla identificazione delle due distinte – e diversamente sanzionate – fattispecie comunemente denominate di omissione e di evasione contributiva.

La questione affrontata dalle Sezioni Unite – che, riferendosi a crediti contributivi “in essere ed accertati al 30 settembre 2000” ricade sotto l’applicazione della disciplina di cui all’art. 1, comma 217, l. n. 662/1996 (per disposizione espressa dello stesso art. 116, comma 18, l. n. 388/2000, che ha, come noto, riformato la materia) – deve misurarsi con un “quadro normativo di riferimento complesso” e stratificato, spesso “carente sia di chiarezza che di coerenza” e suscettibile, in un futuro che potrebbe essere prossimo, di essere annesso ai territori del diritto tributario (C.A. NICOLINI, *L’inadempimento contributivo: disciplina in tema di sanzioni e responsabilità*, in *MGL*, 2002, 32; F.D. MASTRANGELI, C.A. NICOLINI, *La contribuzione previdenziale*, Utet, Torino, 1997, 536: ancorché, allo stato, non risultano armonizzati, secondo quelle che erano le previsioni dell’art. 3, comma 19, lett. e), della l. n. 662/1996, i sistemi sanzionatori fiscale e previdenziale, l’influenza dei principi di diritto tributario sulla materia previdenziale è indubbia e crescente).

Per l'istante, va ricordato come sin dalle origini, a garanzia e rafforzamento della effettività della obbligazione contributiva intesa in senso lato – ricomprensiva, cioè, anche dei molteplici obblighi c.d. accessori alla obbligazione principale avente ad oggetto il pagamento dei contributi (e di cui si dirà) – l'ordinamento ha riconnesso all'inadempimento contributivo e quale conseguenza diretta di questo, una serie di sanzioni di natura diversa (penale, amministrativa, civile) e diversamente coesistenti nel corso degli anni.

In particolare, successivamente al venir meno di quella che è stata definita l'"ipertrofia penalista dello Stato sociale" (ci si riferisce alla depenalizzazione attuata con la l. n. 689/1981 che ha riguardato anche la normativa previdenziale ed assistenziale: G. SCARDILLO, *Crisi dello "Stato sociale" e "crisi della sanzione". Il problema del reperimento delle risorse e quello della effettività dell'obbligo contributivo*, in *IPrev*, 1994, 177), al centro del sistema sanzionatorio previdenziale ed anzi come suo vero e proprio baricentro (cfr. A. GIOVANI, *Le somme aggiuntive previdenziali nel quadro della pena privata*, in *DL*, 1988, 358), si è posta la "sanzione civile" o "somma aggiuntiva" consistente nell'imposizione, a carico del soggetto inadempiente all'obbligazione principale relativa alla contribuzione previdenziale, di una obbligazione ulteriore, avente ad oggetto il versamento di una somma di denaro graduata, nell'importo, in relazione alla gravità del mancato adempimento dell'obbligo contributivo. In realtà l'imposizione di una obbligazione pecuniaria aggiuntiva a carico del soggetto inadempiente agli obblighi contributivi è risalente: essa viene prevista originariamente dal r.d. n. 3184/1923 in materia di "Assicurazione obbligatoria contro l'invalidità e la vecchiaia" e viene costantemente riproposta nella normativa successiva che provvede a generalizzarla con riferimento ad altre forme di tutela ed a regimi diversi da quello generale sino ad essere assunta, a metà degli anni Ottanta, quale deterrente decisivo in ordine all'inadempimento contributivo (cfr. F.D. MASTRANGELI, C.A. NICOLINI, *La contribuzione ecc.*, cit., 537; M. CINELLI, *Le "sanzioni civili" per inadempimento agli obblighi di contribuzione previdenziale, dopo la legge n. 11 del 1986*, in *FI*, 1987, 2754 ss.).

E' nel contesto del complessivo mutamento degli indirizzi di politica del diritto in materia previdenziale realizzatosi nel corso degli anni Novanta (cfr. C.A. NICOLINI, *L'inadempimento contributivo ecc.*, cit., 33) che tale diversificato ed articolato apparato sanzionatorio, nel tempo giudicato dai più tanto "affittivo, se non palesemente vessatorio" (cfr. G. SCARDILLO, *Crisi dello "Stato sociale" e "crisi della sanzione" ecc.*, cit., 178) quanto inefficace (cfr. C.A. NICOLINI, *L'inadempimento contributivo ecc.*, cit., 33; Id. *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la L. 335 del 1995*, in *RIDL*, 1996, I, 295 ss.), viene a subire significative modifiche tutte nel segno di un progressivo superamento di quegli "eccessi sanzionatori" che avevano caratterizzato la precedente stagione (cfr. C.A. NICOLINI, *L'inadempimento contributivo ecc.*, cit., 33).

L'ultimo, travagliato (cfr. A. BOLLANI, *La revisione dell'apparato sanzionatorio in materia di inadempimento contributivo*, in *RPPP*, 2001, n. 1, 79) provvedimento di riforma che ha messo capo alla vigente normativa in materia, è costituito dall'art. 116, l. n. 388/2000. Rispetto alla pregressa normativa contenuta nell'art. 1, comma 217, l. n. 662/1996 e con riferimento alla quale, si ripete, si sono pronunziate le Sezioni Unite in commento, il provvedimento in questione, oltre ad abolire le sanzioni amministrative (art. 116, comma 12, l. n. 388/2000) e a ridimensionare la fattispecie penale di cui all'art. 37, l. n. 689/1981 (art. 116, comma 19, l. n. 388/2000) ha proceduto ad una significativa mitigazione in ordine alla entità ed ai criteri di commisurazione delle sanzioni civili ed ha perseguito l'obiettivo di meglio distinguere, a livello di fattispecie, tra omissione ed evasione contributiva cui continuano ad essere ricollegate sanzioni di differente consi-

stenza economica (cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, 89; L. CARBONE, *La nuova disciplina sanzionatoria della l. 388/2000 e "prime" problematiche*, in *FI*, I, 2002, 2358 ss.).

E ciò nella consapevolezza che la ragione della sostanziale iniquità che è andata connotando nel tempo il sistema sanzionatorio previdenziale fosse da imputare, in gran parte, anche alla sua incapacità di graduare la sanzione in ragione della gravità dell'inadempimento contributivo, incapacità a sua volta riconducibile alle distorsioni prodottesi in sede interpretativa in presenza di un testo normativo comunque "insufficiente e contraddittorio" (Cass. n. 533/2003; C.A. NICOLINI, *L'inadempimento contributivo ecc.*, cit., 34; A. BOLLANI, *op. cit.*, 89).

2. Ciò posto, le diverse normative succedutesi nel tempo, unificando le varie discipline esistenti in materia, hanno progressivamente assoggettato alle sanzioni civili "tutti i debitori (siano essi datori di lavoro o lavoratori autonomi) per tutti i tipi di contribuzione previdenziale e assistenziale e nei confronti di tutti gli enti" (C.A. NICOLINI, *L'inadempimento contributivo ecc.*, cit., 33) e, a fronte del mancato (o parziale) pagamento dei contributi entro il termine previsto dalla legge, hanno delineato due fondamentali fattispecie di inadempimento contributivo: quella, comunemente definita dell'omissione contributiva, è stata configurata nei termini di "mancato o ritardato pagamento dei contributi o premi il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o dalle registrazioni obbligatorie" (art. 4, lett. a), l. n. 48/1988; art. 1, comma 217, lett. a), l. n. 662/1996; art. 116, comma 8, lett. a), l. n. 388/2000); a sua volta, la fattispecie relativa alla evasione contributiva è stata individuata nella "evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero" (art. 4, lett. c), l. n. 48/1988; art. 1, comma 217, lett. b), l. n. 662/1996; art. 116, comma 8, lett. b), l. n. 388/2000).

A tale distinzione ha sempre corrisposto una sanzione diversificata quanto ad intensità, di minore consistenza economica per la mera omissione contributiva rispetto a quella prevista per la vera e propria evasione contributiva (nel linguaggio dei commentatori e nella prassi applicativa viene da sempre premessa, a segnalare il diverso grado di disvalore delle due ipotesi di inadempimento, l'aggettivizzazione riportata).

Nelle due formule normative in questione risultano chiamati in causa, come si vede, gli obblighi cosiddetti accessori alla obbligazione principale relativa al pagamento dei contributi ed è proprio la riconduzione del loro inadempimento nell'ambito dell'una o dell'altra fattispecie sanzionatoria (dell'omissione o dell'evasione contributiva) ad essere al centro della vicenda giurisprudenziale composta dalle Sezioni Unite in epigrafe. Tali obblighi consistono, invero, in adempimenti "di vario genere, tutti accomunati, però, da una medesima funzione strumentale: quella di rendere conoscibile agli enti creditori ed alle altre Autorità titolari dei poteri di controllo (in particolare gli ispettorati del lavoro e la Guardia di Finanza), le circostanze di fatto (esercizio dell'attività lavorativa e dell'impresa, tipo d'attività espletata, soggetti occupati, ammontare dei compensi, etc.) rilevanti ai fini dell'*an* e del *quantum* dell'obbligazione principale" (C.A. NICOLINI, *La contribuzione ecc.*, cit., 214).

Per quanto riguarda il regime generale dell'Inps, gli obblighi di segnalazione del debito contributivo sono molteplici e periodici; in particolare, l'art. 30, l. n. 843/1978 impone la denuncia mensile (c.d. modello DM10) che deve essere inviata entro l'ultimo giorno del mese successivo a quello di competenza dei contributi (dal 1° gennaio 2004 è ammessa solo la trasmissione telematica): si tratta di un "atto circostanziato con cui il soggetto obbligato porta a conoscenza dell'ente previdenziale non soltanto l'ammontare della contribuzione dovuta, ma i parametri attraverso cui la contribuzione si determina, e cioè il numero dei dipendenti occupati nel corso del periodo di paga per cui la contribuzione è dovuta e l'ammontare della retribuzione imponibile" (P. BOER, *Sulla prescrizione dell'obbligo contributivo*, in *MGL*, 2003, 62). Ulteriore obbligo di segna-

lazione periodica è previsto dall'art. 4, l. n. 467/1978, il quale impone la denuncia annuale dei nominativi dei lavoratori occupati nell'anno precedente e delle retribuzioni corrisposte (c.d. modello 01/M) e la consegna di copia di tale denuncia a ciascun dipendente.

Tali denunce, peraltro, nell'area del lavoro subordinato, riflettono "dati attinti" dai libri paga e matricola dei quali è obbligatoria la tenuta da parte del datore di lavoro e nei quali "devono essere registrate le retribuzioni corrisposte e le relative trattenute, il numero di ore lavorate per ciascun giorno, l'indicazione distinta delle ore di lavoro straordinario, la retribuzione effettivamente corrisposta (legge 4/1953 e articolo 20 D.P.R. 1124/95)" (P. BOER, *op. cit.*, 62).

A fronte delle due fondamentali fattispecie di inadempimento contributivo delineate normativamente nei termini suddetti, la prassi amministrativa degli Istituti previdenziali e gli orientamenti giurisprudenziali di merito di gran lunga prevalenti hanno finito per configurare l'ipotesi relativa alla evasione contributiva come una sorta di fattispecie onnivora rispetto alla quale l'ipotesi riconducibile alla omissione contributiva si è venuta a porre quale fattispecie residuale: per tale via, pertanto, è stata elevata a fattispecie di normale applicazione quella sanzionata più severamente.

Ed invero, l'interpretazione prevalsa è stata nel senso di ritenere che si dovesse considerare omissione contributiva esclusivamente il mancato o tardivo pagamento dei contributi una volta che fossero stati puntualmente adempiuti tutti gli obblighi c.d. accessori all'obbligazione contributiva (le appena ricondotte denunce obbligatorie gravanti sul soggetto obbligato e la documentazione aziendale relativa alle registrazioni sui libri paga e matricola). Allorché, invece, il mancato versamento dei contributi fosse dovuto all'inadempimento degli stessi obblighi c.d. accessori, nel caso, cioè, fossero state omesse registrazioni o denunce o la denuncia fosse stata presentata tardivamente, ovvero allorché le denunce e le registrazioni non fossero risultate conformi al vero, si è ritenuta integrata la fattispecie della evasione contributiva (cfr. circ. Inps n. 65/1997 nonché n. 110/2001: esemplificativamente vengono indicate quali ipotesi di evasione contributiva "la mancata iscrizione all'INPS; la mancata iscrizione sui libri aziendali di uno o più dipendenti; l'infedele registrazione delle retribuzioni; oltre, ovviamente, la mancata denuncia di specifiche partite; l'omessa o tardiva presentazione delle denunce obbligatorie e la loro infedeltà").

Insomma, e per rimanere sul piano della stretta esegesi testuale, la prassi applicativa dell'Inps interpreta l'espressione "denunce e/o registrazioni" utilizzata nell'ambito della fattispecie-omissione come necessità di sussistenza *congiunta* di entrambi i requisiti (sia delle denunce obbligatorie sia delle registrazioni obbligatorie); per converso, e conseguentemente, la fattispecie evasione resta configurata dalla mancanza *anche di uno soltanto* di tali adempimenti.

Di tale ricostruzione di principio non sono mancati, peraltro, esiti applicativi perversi sui quali non è possibile indugiare in questa sede; basti pensare, per rimanere al caso più eclatante, alla vicenda relativa all'inadempimento contributivo nota come "simulazione del rapporto di lavoro subordinato" (tale problematica non ha, sul piano lavoristico, un'autonomia concettuale propria, essendo riassorbita in quella relativa alla qualificazione del tipo contrattuale) con riferimento alla quale la prassi Inps ha ricondotto ad evasione le mancate denunce e registrazioni previste per il rapporto di lavoro subordinato, omesse solo in ragione della diversa "qualificazione" (es. come di collaborazione coordinata e continuativa) del rapporto di lavoro operata dalle parti, qualificazione smentita successivamente in sede di accertamento ispettivo e/o giudiziale (cfr. F.D. MASTRANGELI, C.A. NICOLINI, *La contribuzione ecc.*, cit., 553, ove si rileva che in tale ipotesi si è, in realtà, dinanzi ad adempimenti *diversi* da quelli dovuti; A. BOLLANI, *op.*

cit., 91; solo con circ. n. 74/2003 l'Inps ha mutato orientamento ritenendo che nell'ipotesi in questione la fattispecie della evasione contributiva debba ritenersi esclusa per la mancanza dell'elemento intenzionale che, ai sensi dell'art. 116, comma 8, lett. *b*), l. n. 388/2000, connota, ora, tale fattispecie).

Sul fronte dottrinale veniva rilevata l'inadeguatezza della appena descritta prassi applicativa dell'Inps e degli indirizzi giurisprudenziali confermativi della stessa. In particolare veniva sottolineata l'indebita generalizzazione della fattispecie considerata dal legislatore come di maggiore disvalore e sanzionata con maggior rigore (l'evasione contributiva) e, precorrendo in sede interpretativa quello che sarebbe stato il futuro assetto della materia, si sosteneva che, nel disciplinare l'inadempimento contributivo di cui all'art. 1, comma 217, lett. *b*), l. n. 662/1996 (e, già prima dall'art. 4, lett. *c*), l. n. 48/1988) il legislatore aveva avuto presente "la fattispecie, socialmente tipica, di evasione contributiva: quella, cioè, del datore di lavoro che abbia alle proprie dipendenze lavoratori *in nero* – e quindi ometta le denunce e le registrazioni obbligatorie – oppure che, pur avendo provveduto a denunciare tali soggetti come dipendenti, attribuisce loro compensi, egualmente *in nero ecc.*" (cfr. C.A. NICOLINI, *La contribuzione ecc.*, cit., 552).

Insomma, ad avviso di tale dottrina, la ipotesi di cui all'art. 1, comma 217, lett. *b*), l. n. 662/1996 postula l'esistenza di omissioni e/o falsità della documentazione aziendale quali manifestazioni di un contegno fraudolento del soggetto obbligato diretto "a nascondere la realtà dei fatti (esistenza del rapporto di lavoro e/o ammontare degli emolumenti) e quindi ad ostacolare l'attività di accertamento e di controllo svolta dalle autorità competenti" (cfr. C.A. NICOLINI, *La contribuzione ecc.*, cit., 552). E' quanto codificato, appunto, dalla vigente normativa introdotta dall'art. 116, comma 8, lett. *b*), l. n. 388/2000, il quale procede ad un significativo restringimento dell'area relativa alla fattispecie-evasione nella misura in cui, come si dirà, è ora richiesta, per la sua configurazione, la ricorrenza dell'elemento soggettivo relativo alla intenzionalità della condotta relativa all'inadempimento contributivo).

La possibilità, tuttavia, di una identificazione della fattispecie-evasione di cui all'art. 1, comma 217, lett. *b*), l. n. 662/1996, alla luce del contegno fraudolento del soggetto obbligato è esclusa esplicitamente sia da Cass. n. 533/2003 sia dalle Sezioni Unite in commento, le quali procedono a tracciare il discrimine tra omissione ed evasione sull'esclusivo piano del profilo oggettivo della fattispecie.

3. Le divergenti posizioni interpretative della giurisprudenza di Cassazione composte dall'intervento delle Sezioni Unite in epigrafe possono brevemente riassumersi nei termini che seguono.

L'orientamento giurisprudenziale sconfessato dalle Sezioni Unite fa capo alle sentenze n. 533/2003 e n. 14727/2003. Tali pronunzie – non è superfluo ricordarlo – sono state emesse con riferimento la prima, ad una vicenda che aveva visto la presentazione tardiva da parte dell'azienda della denuncia mensile (modello DM10) ed il tardivo versamento dei contributi in presenza della regolare registrazione delle posizioni lavorative e retributive nei libri paga; la seconda sottendeva una vicenda per cui il datore di lavoro aveva provveduto correttamente alle registrazioni ed alla presentazione all'Istituto previdenziale della denuncia annuale riassuntiva omettendo invece la denuncia mensile ed il pagamento dei contributi).

Tali pronunzie, una volta rilevata con riferimento all'art. 1, comma 217, l. n. 662/1996 "l'insufficienza e contraddittorietà del dato letterale", procedono alla ricostruzione delle fattispecie relative alla omissione ed alla evasione contributiva sulla scorta di una interpretazione sostanziale delle disposizioni in questione.

In tale prospettiva si ritiene che, giusta la formulazione della norma, l'elemento

decodificatore, per così dire, della fattispecie-omissione va ravvisato nella possibilità di rilevazione da parte dell'Ente circa l'esistenza e la misura dei contributi non versati. In tale prospettiva e per converso – proseguono le sentenze in questione – la nozione di evasione contributiva, quale ipotesi più grave di inadempimento contributivo, non può che essere connotata dalla mancanza in ordine alla possibilità di una tale rilevazione del debito contributivo.

Insomma, la fattispecie omissione è dominata dalla possibilità di esercizio dell'attività di accertamento e di controllo dell'Ente previdenziale in ordine ad un debito contributivo documentato e reso evidente dal soggetto obbligato che omette soltanto di far fronte, nei termini, al pagamento della contribuzione; diversamente, la fattispecie-evasione è dominata dalla impossibilità di una tale attività di accertamento in ragione del fatto che il soggetto obbligato, omettendo denunce e scritture obbligatorie volte a segnalare e a documentare il debito contributivo, si sottrae al potere impositivo degli Enti previdenziali.

Ora, il passaggio interpretativo veramente importante di tali sentenze sta nel ritenere che a fronte della *molteplicità* degli oneri di segnalazione e documentazione del debito contributivo in capo al soggetto obbligato (le varie denunce e registrazioni) la mancata ottemperanza *ad uno solo* di essi, allorché non frustra l'anzidetta possibilità di conoscenza da parte dell'Ente previdenziale, non può integrare l'ipotesi di evasione che ha riguardo, invece, all'assenza completa di documentazione che rende i rapporti di lavoro e le retribuzioni corrisposte occulti e quindi, per definizione, annulla qualsiasi possibilità di rilevazione del debito contributivo.

A tale orientamento della Cassazione si oppone l'altro, fatto proprio dalle Sezioni Unite in epigrafe, che fa capo alle sentenze n. 1552/2003 e n. 5386/2003 (la pronuncia n. 1552/2003 sottendeva una vicenda per cui il debito contributivo risultava dal libro giornale, regolarmente tenuto e vidimato, dalla registrazione dei contributi nel libro paga, dalla presentazione, tardiva, della denuncia mensile (DM10) con l'indicazione dei contributi dovuti).

Con un rovesciamento totale di prospettiva tali pronunzie, enfatizzando forse in maniera eccessiva un dato testuale tutt'altro che lineare, partono dalla premessa del necessario adempimento *congiunto di tutti* i molteplici oneri di segnalazione e documentazione obbligatori: la mancata ottemperanza anche ad uno soltanto di tali oneri è sufficiente ad integrare la fattispecie dell'evasione contributiva laddove, per converso e sottrazione, la fattispecie dell'omissione risulta integrata allorché, in presenza del regolare adempimento degli oneri di segnalazione e documentazione del debito contributivo, il soggetto obbligato ometta il solo pagamento della contribuzione.

Ambedue gli opposti orientamenti giurisprudenziali ricorrono, naturalmente, al criterio dell'interpretazione letterale (valorizzato particolarmente dal secondo orientamento illustrato) ma l'ambiguità del testo normativo è tale da riuscire a fondare le opposte conclusioni. E così, senza eccessivamente indugiare sul punto (sul quale si intrattengono *amplius* le Sezioni Unite), le sentenze n. 533/2003 e n. 14727/2003 leggono l'espressione "denunce e/o registrazioni obbligatorie" di cui all'art. 1, comma 217, lett. a), l. n. 662/1996 in senso disgiuntivo e, dunque, estraggono dalla norma il significato – illustrato – della sufficienza dell'adempimento di uno soltanto degli oneri di segnalazione previsti dalla norma a rendere possibile la rilevazione del debito contributivo e dunque la configurazione della fattispecie dell'omissione.

A loro volta, le pronunzie della Cass. n. 1552/2003 e n. 5386/2003 sviluppano lo stesso testo normativo attribuendo alla disgiuntiva *o solo* la funzione di indicare le ipotesi (che sono, per la verità, assolutamente eccezionali) in cui la legge impone l'obbligo delle denunce ma non anche quello delle registrazioni obbligatorie (es. collaboratori fami-

liari) sicché, in tali ipotesi “è sufficiente perché si abbia omissione contributiva che sia regolare la denuncia, senza il relativo pagamento” (Cass. n. 1552/2003).

Tali pronunzie, peraltro, argomentano anche dall’ulteriore dato costituito dal fatto che, alla spontanea “denuncia della situazione debitoria” di cui all’art. 1, comma 217, lett. b), l. n. 662/1996, è ricollegata la (minore) sanzione prevista per l’omissione contributiva. A conti fatti, dunque, gli opposti orientamenti giurisprudenziali si dividono in ordine alla considerazione della completezza, per così dire, dell’informazione e documentazione del debito contributivo nel senso che per il primo orientamento la mancata segnalazione di questo in piena conformità alle complesse regole prescritte dalla normativa di riferimento (in presenza comunque della possibilità di evincerlo da parte dell’Ente) mette capo ad un inadempimento contributivo-omissione a differenza di quanto ritiene invece il secondo orientamento ricordato che riconduce tale ipotesi di inadempimento alla fattispecie-evasione.

4. Le Sezioni Unite della Cassazione in epigrafe hanno fatto integralmente proprio, sia nel *decisum* che nel percorso argomentativo a questo sotteso, l’orientamento espresso da Cass. n. 1552/2003 e n. 5386/2003 e sono pervenute ad enunciare il principio di diritto secondo cui, con riferimento alle disposizioni contenute nell’art. 1, comma 217, lett. a) e b), l. n. 662/1996, ricorre la fattispecie della omissione contributiva allorché, in presenza dell’adempimento di tutte le denunce e registrazioni obbligatorie previste dalla normativa di riferimento, difetti il *solo* versamento della contribuzione mentre è configurabile la fattispecie della evasione contributiva quando venga omissa *anche uno soltanto* degli adempimenti prescritti (sia denunce sia registrazioni obbligatorie).

L’argomentazione sostanziale (anche le Sezioni Unite si cimentano nell’interpretazione letterale della norma riprendendo gli argomenti, illustrati, di Cass. n. 1552/2003) che regge tale ipotesi ricostruttiva va colta in due passaggi interpretativi delle Sezioni Unite secondo cui “non è irragionevole equiparare l’assenza della necessaria documentazione al mancato invio della medesima all’Istituto previdenziale nei termini prescritti. In entrambi i casi, infatti, le funzioni di accertamento istituzionalmente spettanti all’Istituto risultano ostacolate se non compromesse nel tempo”; ed ancora, “un’interpretazione meno rigorosa del concetto di omissione, esteso a tutte le ipotesi che in qualunque modo abbiano reso possibile all’Ente previdenziale l’accertamento degli inadempimenti contributivi, anche a distanza di tempo, o in ritardo rispetto alle scadenze informative periodiche prescritte dalla l. n. 843/1978, aggraverebbe la posizione dell’Ente previdenziale, imponendo allo stesso un’incessante attività ispettiva, laddove il sistema postula, anche nel suo aspetto contributivo, per la sua funzionalità, una collaborazione spontanea tra i soggetti interessati”.

Qui vengono effettivamente chiamate in causa la struttura del sistema previdenziale, le modalità attraverso cui deve essere assolta l’obbligazione contributiva e, più in generale, il grado di cooperazione dei datori di lavoro e comunque dei soggetti obbligati (nell’ipotesi di lavoro autonomo) alla “realizzazione dei fini della previdenza sociale” (cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2001, IV ed., 140). E non vi è dubbio che tra tali doveri di cooperazione, che la legge impone ai soggetti passivi dell’obbligo contributivo, vanno ricompresi quelli finalizzati a rendere conoscibili all’Ente previdenziale le “circostanze di fatto e di diritto” rilevanti ai fini della determinazione dell’*an* e del *quantum* della obbligazione contributiva (le varie denunce periodiche e le registrazioni sulle scritture aziendali) (cfr. C.A. NICOLINI, *La contribuzione ecc.*, cit., 214).

Come non vi può essere dubbio che la stessa cadenza temporale con la quale vengono imposti dalla normativa di riferimento sia il versamento della contribuzione sia l’adempimento dei riconnessi oneri di segnalazione del debito contributivo non può non

rilevare anche sul piano sanzionatorio nella misura in cui questo deve riflettere l'esigenza, che emerge sul piano sostanziale, di un ordinato e tempestivo afflusso della contribuzione, cruciale, invero, nell'ambito di un sistema previdenziale a ripartizione (per cui la contribuzione corrente è destinata a finanziare prestazioni in corso di erogazione) e ciò potrebbe, in effetti, richiedere una conoscenza e verifica temporalmente ravvicinata dei debiti contributivi (si consideri al riguardo che la denuncia mensile insoluta è prova idonea al rilascio del decreto ingiuntivo, ai sensi degli artt. 634 e 635 c.p.c.).

Se tutto ciò è vero, ci si può chiedere, tuttavia, se tale esigenza debba essere soddisfatta attraverso l'irrogazione della sanzione massima prevista dall'art. 1, comma 217, lett. b), l. n. 662/1996.

A tal riguardo, invero, non può non rilevarsi come, nell'ambito del nuovo regime sanzionatorio disegnato dall'art. 116, comma 8, l. n. 388/2000, sempre attuali le esigenze sostanziali appena ricordate, il legislatore, all'esito di un bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, ha ritenuto di dover sanzionare con minor rigore rispetto al passato l'inadempimento contributivo derivante dal mancato assolvimento degli oneri di segnalazione del debito contributivo nella prospettiva, evidentemente, che anche un apparato sanzionatorio "tollerabile" (cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza ecc.*, cit., 241) è in grado di assicurare il regolare funzionamento del sistema previdenziale (cfr. le riflessioni che, su di un piano più generale, svolge G. SCARDILLO, *Crisi dello "Stato sociale" e "crisi della sanzione" ecc.*, cit.; nonché A. BOLLANI, *op. cit.*, 88, il quale rileva come "il previgente apparato sanzionatorio ha dimostrato, alla prova dei fatti, un'effettività ed una capacità di deterrenza inversamente proporzionale alla sua asprezza"). Ciò posto, la sentenza delle Sezioni Unite, ancorché emanata con riferimento alla pregressa disciplina, è destinata ad incidere in via di principio anche sull'interpretazione del vigente quadro normativo introdotto dall'art. 116, comma 8, l. n. 388/2000. Se è vero, infatti, che tale ultima disposizione, nell'innovare i criteri di identificazione della fattispecie-evasione richiede, quale necessario elemento costitutivo di questa, la intenzionalità della condotta del soggetto obbligato, rimane immutato il profilo oggettivo della fattispecie che continua a consistere nell'omissione (o falsità) di denunce e registrazioni obbligatorie, sicché la sua individuazione, almeno allo stato, va operata nei termini sanciti dalle Sezioni Unite.

Non vi è dubbio, tuttavia, che il necessario contegno fraudolento preordinato ad occultare rapporti di lavoro e retribuzioni erogate – richiesto dall'art. 116, comma 8, lett. b), l. n. 388/2000 ad integrare la fattispecie della evasione contributiva – ben difficilmente potrà essere ritenuto sussistente a fronte del mancato assolvimento di uno (o anche più) degli oneri di segnalazione del debito contributivo in presenza comunque della documentazione dello stesso nelle scritture obbligatorie.

Come non ci può essere dubbio, d'altra parte, che l'assenza totale della segnalazione del debito contributivo e della sua documentazione nelle scritture obbligatorie, che per l'orientamento interpretativo della Cassazione sconfessato dalle Sezioni Unite valeva a configurare la fattispecie dell'evasione contributiva, è idonea ad integrare *ex se* il richiesto contegno fraudolento del soggetto obbligato in ordine all'occultamento dei rapporti di lavoro in essere ovvero delle retribuzioni erogate.

In tale prospettiva, deve convenirsi con la sconfessata Cass. n. 14727/2003 sul fatto che la nuova disciplina dell'evasione contributiva introdotta dall'art. 116, comma 8, lett. b), l. n. 388/2000, pur non autodefinendosi interpretativa e pur non essendo retroattiva, tuttavia *chiarisce* soltanto, attraverso l'espressione "occulta il rapporto in essere ovvero le retribuzioni erogate", l'evento che deve verificarsi a seguito della condotta – definita nei medesimi termini della previgente normativa (art. 1, comma 217, lett. b), l. n.

662/1996) – relativa alla “evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse”: insomma, tale chiarimento “ha la funzione di far emergere un significato normativo estraibile dalla precedente formula e che parte della giurisprudenza aveva già estratto” (Cass. n. 14727/2003).

Ivana Marimpietri
Professore associato di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Cassino

10.3. Cass. 25 ottobre 2004 n. 20684 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 9).

Previdenza - Indennità di buonuscita (impiegati delle Ferrovie dello Stato) - Trattamento economico - Inapplicabilità dei miglioramenti retributivi previsti dal contratto collettivo.

Nell'interpretazione del contratto collettivo per il personale delle Ferrovie dello Stato relativo al periodo 1990/1992 la determinazione complessiva degli aumenti retributivi spettanti per il periodo di vigenza dell'accordo economico con “scaglionamento” nel tempo, non rappresenta una rateizzazione in senso tecnico od una dilazione dell'adempimento dell'obbligazione retributiva, ma una regolamentazione diretta a produrre – in coincidenza con determinate scadenze – successivi incrementi retributivi, con l'insorgenza di ciascuna scadenza, e non prima, della corrispondente obbligazione retributiva del datore di lavoro. Ne consegue che il dipendente che cessi dal servizio durante il periodo di vigenza contrattuale ha diritto alla retribuzione prevista dalla regolamentazione del suo rapporto di lavoro come spettante a tale data, non essendo possibile computare nell'indennità di buonuscita somme corrispondenti a scaglioni non ancora operativi.

Il computo della indennità di buonuscita per i dipendenti delle Ferrovie dello Stato

La sentenza qui annotata affronta un tema già analizzato in passato dal Supremo Collegio, ovvero la questione relativa all'interpretazione del contratto collettivo per il personale delle Ferrovie dello Stato per il biennio economico 1990/1992 in relazione alle modalità di calcolo dell'indennità di buonuscita.

In particolare, il dubbio interpretativo vede il suo punto di origine nell'art. 96 del contratto collettivo oggetto di analisi, ai sensi del quale nel computo dell'indennità di buonuscita deve tenersi conto di tutti i benefici economici previsti dal contratto collettivo in misura integrale e – sostengono i ricorrenti – altresì delle maggiorazioni retributive tabellari a scaglioni, quand'anche non ancora giunte a scadenza.

Pertanto, al giudice del gravame si pongono due questioni: la prima relativa all'applicabilità agli istituti della retribuzione differita – quale l'indennità di buonuscita – di emolumenti non ancora percepiti al momento della cessazione del rapporto e la seconda, di non meno rilievo, concernente la possibilità per l'autonomia collettiva di modificare pattiziamente in *melius* la disciplina dell'istituto.

Sulla prima questione, la giurisprudenza di legittimità – confermando la sentenza di merito – accoglie l'orientamento finora prevalente, ai sensi del quale le disposizioni concernenti gli aumenti retributivi tabellari scaglionati trovano applicazione nella base di calcolo dell'indennità di buonuscita, così come previsto dalla stessa contrattazione collettiva, ma unicamente per gli scaglioni giunti a maturazione prima della cessazione del rapporto e non oltre. Come già affermato anche dalla giurisprudenza in passato, “non possono essere computati nelle indennità di fine rapporto emolumenti non percepiti al momento dell'estinzione del rapporto” (Cass. 20 ottobre 1998 n. 10400, in *MGC*, 1998, 2128; Cass. 4 ottobre 2000 n. 13222, in *MGC*, 2000, 2086; Cass. 25 maggio 2001 n. 7173, in *MGC*, 2001, 1062; Cass. 15 aprile 2002 n. 5383, in *MGC*, 2002, 648).

Analogamente, con specifico riferimento al contratto collettivo delle Ferrovie dello Stato, biennio 1990/1992, la S.C. conferma l'orientamento già espresso in altri comparti, secondo il quale la retribuzione a scaglioni esprime "non un mero scaglionamento dei pagamenti, bensì la genesi stessa del diritto" (Cass. 5 ottobre 1999 n. 11080, in *MGC*, 1999, 2070; Cass. 18 aprile 2000 n. 5042, in *MGC*, 2000, 840; Cass. 23 giugno 2000 n. 8558, in *MGC*, 2000, 1385; Cass. 25 maggio 2001 n. 7173, in *MGC*, 2001, 1062). Base di computo dell'indennità di buonuscita rimane quindi l'ultima retribuzione effettivamente percepita. Una diversa interpretazione – sostiene il Supremo Collegio – condurrebbe ad una disparità di trattamento tra dipendenti con diritto alla pensione e coloro che cessano dal servizio senza diritto alla pensione. Peraltro, sul medesimo aspetto si era già espresso a più riprese – in misura concorde con la giurisprudenza di legittimità – il Consiglio di Stato (C. Stato 15 gennaio 2002 n. 192, in *FA CDS*, 2002, 167; C. Stato 9 maggio 2002 n. 2524, in *FA CDS*, 2002, 1295).

Relativamente alla seconda questione, la S.C. – in ottemperanza al disposto di cui all'art. 4, commi 10 e 11, l. n. 297/1982 – conferma come la contrattazione collettiva, in mancanza di una espressa manifestazione di volontà da parte del legislatore, non possa incidere sulle modalità di calcolo dell'indennità di buonuscita includendovi compensi puramente convenzionali. La contrattazione collettiva – pur essendo legittimata a definire liberamente le voci che vanno a comporre la retribuzione di riferimento ai sensi dell'art. 2120 c.c. – non può venir meno al principio di corrispondenza tra contributi versati e misura della prestazione, principio non alterabile da alcuna previsione contrattuale, collettiva o individuale (Cass. 18 aprile 2000 n. 5042, in *MGC*, 2000, 840; Cass. 23 giugno 2000 n. 8558, in *MGC*, 2000, 1385). Sul divieto di trattamenti migliorativi nel calcolo della retribuzione differita si veda G. PERA, *Trattamento di fine rapporto*, in *AppNDI*, VII, 1987, 27-28; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, II*, Giuffrè, Milano, 2003, 222 ss.).

Barbara Maiani

Dottore di ricerca in Diritto sindacale e del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

10.4. Cass. 24 aprile 2004 n. 7859 (📖 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 16).

Previdenza - Contributi obbligatori - Obbligo di rilasciare all'assicurato informazioni sulla sua posizione assicurativa e pensionistica (ove ne faccia richiesta) - Informazioni erronee rese dall'Inps - Responsabilità dell'ente - Sussistenza - Obbligazione risarcitoria dell'ente previdenziale - Sussistenza.

Nell'ipotesi in cui l'Inps abbia fornito al soggetto assicurato una indicazione erronea circa il numero dei contributi effettivamente versati, l'Istituto non può sfuggire a responsabilità per erronee comunicazioni e al conseguente risarcimento del danno subito dal lavoratore, in quanto derivante dalla inosservanza del generale obbligo che incombe sull'ente previdenziale, ai sensi dell'art. 54 della l. n. 88/1989, di informare l'assicurato sulla sua posizione assicurativa e pensionistica, ove questi ne faccia richiesta. L'obbligo di fornire una certificazione implica, inoltre, quello di consegnare un documento comprensibile con la normale diligenza da persona che abbia il livello culturale minimo compatibile con lo svolgimento di una attività lavorativa. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda volta ad ottenere il risarcimento dei danni conseguenti all'errata certificazione di una posizione contributiva tale da consentire l'accesso alla pensione di anzianità, assumendo che l'estratto contributivo è una "informativa fornita dall'Inps con espressa riserva di ulteriore verifica da parte dello stesso assicurato nell'intento di realizzare in via generale una corretta definizione della posizione contributiva degli assicurati e senza alcuna finalità o valenza certificativa").

Comunicazione erronea dell'Inps e risarcimento danni

La sentenza in commento si segnala per la netta presa di posizione della S.C. a tutela dell'affidamento del soggetto assicurato nei riguardi degli obblighi informativi e di certificazione che incombono in capo all'Inps, in materia previdenziale e, segnatamente, contributiva.

Com'è noto, l'art. 54, l. n. 88/1989, stabilisce espressamente che “è fatto obbligo agli enti previdenziali di comunicare, a richiesta esclusiva dell'interessato o di chi ne sia da questi legalmente delegato o ne abbia diritto ai sensi di legge, i dati richiesti relativi alla propria situazione previdenziale e pensionistica. La comunicazione da parte degli enti ha valore certificativo della situazione in essa descritta”.

La norma citata è stata letta, in conformità ad un orientamento già assunto e manifestato dai giudici di legittimità (cfr. Cass. 17 dicembre 2003 n. 19340, in *GLav*, 2004, n. 7, 37, in cui la Corte si spinge a sostenere la sussistenza di una responsabilità contrattuale dell'ente non soltanto qualora la certificazione segua ad una richiesta del lavoratore, ma anche nei casi in cui essa venga ad essere rilasciata dall'Inps all'interno di un altro provvedimento idoneo, relativo alla posizione previdenziale dell'assicurato), nel senso di determinare in capo all'Inps un vero e proprio obbligo diretto a comunicare, con esattezza, all'interessato che ne faccia richiesta i dati relativi alla effettiva situazione previdenziale del lavoratore assicurato, così come risultante dai dati in possesso dell'Istituto.

Non solo. La sentenza n. 7859/2004 entra nel dettaglio della valenza certificatoria degli atti rilasciati dall'Inps, qualificando in questo senso anche l'estratto contributivo consegnato o inviato all'assicurato.

Nella specie, in effetti, la Corte ritiene “del tutto ingiustificata” una delle affermazioni che avevano fondato il giudizio di merito, secondo cui “l'estratto contributivo non avrebbe alcuna finalità o valenza certificativa”.

Anzi, la pronuncia annotata si spinge a giudicare della clausola di espressa riserva con la quale l'Inps fa rinvio ad una successiva operazione di verifica dei dati documentati e attestati (peraltro, condotta dall'assicurato stesso), ritenendola, correttamente, priva di qualsiasi rilevanza giuridica concreta, giacché, a fronte dell'obbligo di certificare la posizione previdenziale e pensionistica che su di esso incombe espressamente, “l'Istituto non può certo fornire dati non controllati, o comunque incerti, e sfuggire a responsabilità per erronee comunicazioni col mero invito all'assicurato ad effettuare verifiche”.

Una riserva di tal fatta, secondo i giudici del Supremo Collegio, “rappresenta una mera clausola di stile”, per ciò stesso priva di qualsiasi effetto, in ragione dell'evidente contrasto con la chiara disposizione normativa.

Sotto altro e diverso profilo, la sentenza qui considerata, rileva come l'obbligo di certificazione di cui all'art. 54, l. n. 88/1989 può ritenersi assolto soltanto con la consegna di “un documento comprensibile con la normale diligenza da persona che abbia il livello culturale minimo compatibile con lo svolgimento di una attività lavorativa”.

Analizzando su un piano civilistico la certificazione previdenziale prodotta dal lavoratore, la Corte nel cassare la sentenza di merito invita il giudice del rinvio a valutare l'estratto contributivo in base ad una lettura che risulti agevole per un soggetto dotato di “cognizioni minime compatibili con lo svolgimento di un'attività lavorativa”.

In questo senso, nel caso di specie, il prospetto documentale fornito dall'Inps avrebbe dovuto consentire all'interessato di escludere l'intervenuta maturazione dei requisiti contributivi necessari e sufficienti per l'accesso alla pensione di anzianità.

Ciò non avviene, in effetti, all'evidenza, quando la reale comprensione dei dati documentati nell'estratto è *in toto* dipendente da successivi chiarimenti dell'Istituto che

lo ha formato e rilasciato, nonché in base a precisi calcoli matematici, normalmente impediti al singolo assicurato.

Da qui consegue, dunque, inevitabilmente che la comunicazione errata, incompleta o diversamente interpretabile effettuata dall'ente previdenziale rappresenta e integra un vero e proprio inadempimento, a danno del lavoratore, che vanta pertanto un chiaro diritto al risarcimento.

L'Inps, infatti, proprio perché è legalmente obbligato a fornire i dati relativi alla posizione contributiva del lavoratore diviene integralmente responsabile delle eventuali inesattezze contenute nella relativa certificazione e, conseguentemente, sarà tenuto a risarcire il danno subito dall'assicurato (con riferimento alla concreta determinazione del risarcimento del danno *de quo*, generalmente commisurato all'entità delle retribuzioni perse fino al momento dell'effettivo conseguimento del trattamento pensionistico, si vedano: Cass. 24 gennaio 2003 n. 1104, in *LG*, 2003, n. 6, 578, e Cass. 16 aprile 1994 n. 3635, in *GC*, 1995, I, 217, con nota di P. MARZANO).

Quanto alla natura della responsabilità dell'ente previdenziale rispetto all'inadempimento *de quo*, la giurisprudenza ha subito un imponente *revirement* in anni piuttosto recenti.

Invero, inizialmente e fino alla fine degli anni Novanta (*ex multis*, Cass. 22 novembre 1999 n. 12941, in *MGC*, 1999, 2323; Cass. 5 giugno 1998 n. 5570, in *MGC*, 1998, 1228; Cass. 16 aprile 1994 n. 3635, cit.; Cass. 19 agosto 1993 n. 8782, in *RFI*, voce *Lavoro e Previdenza (controversie)*, 1994, n. 263), la responsabilità dell'Inps per casi come quello in esame veniva qualificata come extracontrattuale (ai sensi dell'art. 2043 c.c.), in ragione dell'assenza di qualsiasi obbligo specifico di informazione da parte dell'Istituto nei confronti del lavoratore assicurato. In questa prospettiva l'estratto contributivo, così come le altre forme di comunicazione simili, rappresentava un atto di semplice accertamento incidentale dello *status* previdenziale ai fini pensionistici, senza alcuna possibile funzione costitutiva o anche soltanto probatoria.

Successivamente, l'orientamento è radicalmente mutato, di fatto ribaltandosi: la responsabilità civile degli Istituti previdenziali per il danno derivante da informazioni erronee fornite ai soggetti assicurati, infatti, è stata ritenuta di natura contrattuale (in questa direzione: Cass. 17 dicembre 2003 n. 19340, cit.; Cass. 8 aprile 2002 n. 5002, in *MGL*, 2002, n. 8-9, 599, con nota di N. PARISE, *Informazioni errate fornite dall'Inps e diritto al risarcimento degli assicurati*; Cass. 22 maggio 2001 n. 6995, in *MGC*, 2001, 1034; Cass. 19 maggio 2001 n. 6867, in *MGC*, 2001, 1011; Cass. 3 marzo 1999 n. 1800, in *FI*, 2000, I, 1987; Cass. 8 novembre 1996 n. 9775 e n. 9776, in *MGC*, 1996, 1489; Cass. 2 settembre 1996 n. 8036, in *LG*, 1997, 232. In precedenza si era pronunciata in senso conforme Cass. 11 giugno 1992 n. 7197, in *GI*, 1995, I, 1, con nota di S. PAGLIANTINI), sul presupposto che l'art. 54 della l. n. 88/1989 pone un generale obbligo di informazione, accompagnato, a mo' di corollario, da un conseguente potere di certazione in capo agli enti di previdenza con riferimento alla posizione assicurativa e pensionistica del lavoratore che presenti la relativa richiesta (vedi in argomento anche le riflessioni di N. PARISE, *Informazioni errate fornite dall'Inps e diritto al risarcimento degli assicurati*, cit., il quale sottolinea, condivisibilmente, che dalla qualificazione come contrattuale della responsabilità in esame deriva "l'applicabilità del termine di prescrizione ordinaria decennale di cui all'art. 2946 c.c. e l'attribuzione delle relative controversie alla competenza del Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 442 e 444 c.p.c.").


Più di recente, la S.C., con sentenza 17 agosto 2004 n. 16044 (cfr. Cass. 17 agosto 2004 n. 16044, in *DPL*, 2005, n. 7, 464, con nota di R. GUARINIELLO, *Erronea comunicazione dell'Inps e risarcimento del danno*), ha ulteriormente ribadito la natura contrattuale

dell'inadempimento dell'ente previdenziale con quindi il conseguente obbligo anche del risarcimento del danno, diretto e indiretto, subito dall'assicurato per l'effetto dell'inesatta certificazione, senza che il lavoratore debba provvedere a dimostrare la condotta colposa dell'Istituto, per i normali criteri di imputazione della responsabilità contrattuale (ex art. 1218 c.c.).

Peraltro, sebbene il danneggiato sia esonerato dall'onere probatorio riguardo alla colpa dell'autore del fatto dannoso, resta comunque salva l'eventuale dimostrazione, da parte dell'Inps, della non imputabilità del danno, in ossequio ai principi sulla responsabilità contrattuale.


Pierluigi Rausei
Centro Studi Attività Ispettiva
Ministero del lavoro e delle politiche sociali

11. Processo del lavoro

11.1. Cass., sez. un., 17 giugno 2004 n. 11353 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 48).

Processo del lavoro - Domanda di equo indennizzo per causa di servizio (dipendenti delle Ferrovie dello Stato) - Prova - Onere.

Con riguardo alla domanda di equo indennizzo, grava sul lavoratore l'onere di provare, con precisione, i fatti costitutivi del diritto, dimostrando la riconducibilità dell'infermità alle modalità di svolgimento delle mansioni inerenti alla qualifica rivestita, variabili in relazione al luogo di lavoro, ai turni di servizio, all'ambiente lavorativo, non configurando, le mansioni inerenti alle qualifiche, un fatto notorio che non necessita di prova, atteso che esse sono variabili in dipendenza del concreto posto di lavoro, della sua localizzazione geografica, dei turni di servizio, dell'ambiente in generale, essendo assolutamente irrilevante che la controparte non abbia contestato, con la comparsa di costituzione in primo grado, le modalità della prestazione lavorativa allorquando dette modalità non siano state precisate; inoltre, nelle patologie aventi carattere comune ad eziologia c.d. multifattoriale, il nesso di causalità fra attività lavorativa ed evento, in assenza di un rischio specifico, non può essere oggetto di presunzioni di carattere astratto ed ipotetico, ma esige una dimostrazione, quanto meno in termini di probabilità, ancorata a concrete e specifiche situazioni di fatto, con riferimento alle mansioni svolte, alle condizioni di lavoro e alla durata e intensità dell'esposizione a rischio.

11.2. Cass., sez. un., 17 giugno 2004 n. 11353 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 48).

Processo del lavoro - Ricorso introduttivo - Obblighi del ricorrente.


Nel rito del lavoro il ricorrente deve – analogamente a quanto stabilito per il giudizio ordinario dal disposto dell'art. 163 n. 4 c.p.c. – indicare ex art. 414 n. 4 c.p.c. nel ricorso introduttivo della lite gli elementi di fatto e di diritto posti a base della domanda; in caso di mancata specificazione ne consegue la nullità del ricorso, da ritenersi però sanabile ex art. 164, 5° comma, c.p.c. (norma estensibile anche al processo del lavoro); corollario di tali principi è che la mancata fissazione di un termine perentorio da parte del giudice, per la rinnovazione del ricorso o per l'integrazione della domanda, e la non tempestiva eccezione di nullità da parte del convenuto ex art. 157 c.p.c., del vizio dell'atto, comprovano l'avvenuta sanatoria della nullità del ricorso dovendosi ritenere raggiunto lo scopo ex art. 156, 2° comma, c.p.c.; la sanatoria del ricorso non vale, tuttavia, a rimettere in termini il ricorrente rispetto ai mezzi di prova non indicati né specificati in ricorso, sicché il convenuto può eccepire, in ogni tempo e in ogni grado del giudizio, il mancato rispetto da parte dell'attore della norma codicistica sull'onere della prova, in quanto la decadenza dalle prove riguarda non solo il convenuto (art. 416, 3° comma, c.p.c.),

ma anche l'attore (art. 414 n. 5 c.p.c.), dovendo ambedue le parti, in una situazione di istituzionale parità, esternare sin dall'inizio tutto ciò che attiene alla loro difesa e specificare il materiale posto a base delle reciproche istanze, alla stregua dell'interpretazione accolta da Corte cost. 14 gennaio 1977 n. 13.

11.3. Cass., sez. un., 17 giugno 2004 n. 11353 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 48).

Processo del lavoro - Fatto costitutivo del diritto - Mancata contestazione - Conseguenze.

Nel processo del lavoro, le parti concorrono a delineare la materia controversa, di talché, la mancata contestazione del fatto costitutivo del diritto rende inutile provare il fatto stesso perché lo rende incontrovertibile, mentre la mancata contestazione dei fatti dedotti in esclusiva funzione probatoria opera unicamente sulla formulazione del convincimento del giudice; tuttavia, intanto la mancata contestazione da parte del convenuto può avere le conseguenze ora specificate, in quanto i dati fattuali, interessanti sotto diversi profili la domanda attrice, siano tutti esplicitati in modo esaustivo in ricorso (o perché fondativi del diritto fatto valere in giudizio o perché rivolti a introdurre nel giudizio stesso circostanze di mera rilevanza istruttoria), anche perché il rito del lavoro si caratterizza per una circolarità tra oneri di allegazione, oneri di contestazione ed oneri di prova, donde l'impossibilità di contestare o richiedere prova – oltre i termini preclusivi stabiliti dal codice di rito – su fatti non allegati nonché su circostanze che, pur configurandosi come presupposti o elementi condizionanti il diritto azionato, non siano stati esplicitati in modo espresso e specifico nel ricorso introduttivo.

11.4. Cass., sez. un., 17 giugno 2004 n. 11353 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 48).

Processo del lavoro - Prova - Obblighi del giudice.

Nel rito del lavoro, ai sensi di quanto disposto dagli art. 421 e 437 c.p.c., l'esercizio del potere d'ufficio del giudice, pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa, non è meramente discrezionale, ma si presenta come un potere-dovere, sicché il giudice del lavoro non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale del giudizio fondata sull'onere della prova, avendo l'obbligo – in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 c.p.c., ed al disposto di cui all'art. 111, 1° comma, Cost. sul « giusto processo regolato dalla legge » – di esplicitare le ragioni per le quali reputi di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritenga, invece, di non farvi ricorso; nel rispetto del principio dispositivo i poteri istruttori non possono in ogni caso essere esercitati sulla base del sapere privato del giudice, con riferimento a fatti non allegati dalle parti o non acquisiti al processo in modo rituale, dandosi ingresso alle c.d. prove atipiche, ovvero ammettendosi una prova contro la volontà delle parti di non servirsi di detta prova, o, infine, in presenza di una prova già espletata su punti decisivi della controversia, ammettendo d'ufficio una prova diretta a sminuirne l'efficacia e la portata (nella specie, relativa a riconoscimento della dipendenza da causa di servizio della malattia dalla quale il lavoratore era affetto, la sentenza impugnata, confermata dalla Suprema Corte in base al principio di cui in massima, aveva motivato il mancato esercizio dei poteri istruttori, in sede di gravame, tenendo conto del mancato assolvimento, da parte del lavoratore, dell'onere di provare non solo il tipo di mansioni svolte e il suo concreto atteggiarsi, ma pure la sussistenza di tutte le condizioni – vibrazioni, scuotimenti, inclemenze atmosferiche, sottoposizione a turni irregolari – cui addebitava in relazione di causalità la malattia di cui era risultato affetto, e delle carenze dell'atto introduttivo non superate neanche per effetto dell'espletamento della consulenza medico-legale e del contenuto dell'anamnesi lavorativa in essa riportata).

(11.1. - 11.4.) Disciplina dell'onere di deduzione e carico probatorio nel processo del lavoro e ambito di operatività dei poteri istruttori d'ufficio del giudice

Sommario: **1.** Premesse: la questione al vaglio delle Sezioni Unite. – **2.** Gli orientamenti in materia di mancata deduzione della *causa petendi* e relative conseguenze. – **3.** La composizione del contrasto giurisprudenziale nella pronuncia delle Sezioni Unite. – **4.** Mancata contestazione, fatto pacifico e fatto notorio. – **5.** I poteri istruttori d'ufficio. – **6.** Gli oneri di allegazione e probatori ai fini del riconoscimento della “causa di servizio”.

1. Con la pronuncia in esame, le Sezioni Unite hanno composto il contrasto giurisprudenziale in merito agli oneri di allegazione e probatori gravanti sui dipendenti delle Ferrovie dello Stato che richiedono il riconoscimento della c.d. “causa di servizio” per ottenere l'equo indennizzo previsto per il pubblico impiego dall'art. 68, d.P.R. n. 3/1957, e successivamente esteso ai dipendenti delle Ferrovie dello Stato.

Nel caso *de quo* il lavoratore si era limitato a dedurre nell'atto introduttivo la propria affezione da tecnopatia derivante da causa di servizio con effetti permanenti sulla capacità lavorativa, mentre il nesso di causalità fra la accertata spondilartrosi e le mansioni concretamente e specificatamente svolte era stato riscontrato dalla c.t.u. esperita nel corso del giudizio di primo grado. Le domande del lavoratore, accolte in primo grado, sono state poi rigettate in appello, ritenendo il giudice di seconde cure che incombesse sul ricorrente l'affermazione e la prova non solo del tipo di mansioni svolte ed del concreto svolgimento delle stesse, ma pure della sussistenza di tutte quelle condizioni e modalità (durata, condizioni ambientali, intensità del lavoro, etc.) cui far risalire con nesso di causalità la malattia; circostanze queste che – anche in caso di mancata contestazione da parte del datore di lavoro delle mansioni svolte dal lavoratore – non possono darsi per acclarate e devono essere dimostrate, non potendosi assolvere a tale onere attraverso le dichiarazioni rese al c.t.u. in sede di anamnesi lavorativa.

Si erano sviluppati, al riguardo, due opposti indirizzi interpretativi.

Secondo un primo orientamento (sostenuto anche da recente giurisprudenza della Sezione Lavoro: cfr. *ex plurimis* la più recente Cass. 5 agosto 2003 n. 11823, in *MGC*, 2003, fasc. 7-8, e in *FI*, 2004, I, 1865, con nota, in senso critico, di M. CASOLA, *Il rapporto di lavoro dei ferrovieri*) sarebbe sufficiente per il lavoratore affermare il contenuto della propria attività lavorativa perché, in caso di mancata contestazione da parte del convenuto all'atto della costituzione in giudizio, il giudice possa ritenere pacifiche le modalità di svolgimento della attività e valutarne la possibile incidenza causale nella genesi della malattia denunciata. A sostegno di tale tesi si è argomentato, in particolare, che nella domanda per equo indennizzo la “causa di servizio” richiede unicamente – a differenza di quanto previsto per il riconoscimento della rendita da malattia professionale non tabellata – che le infermità dipendano dall'adempimento degli obblighi di servizio, sicché anche un espletamento di un'attività del tutto normale per il dipendente può comportare il riconoscimento dell'indennizzo.

Secondo altro indirizzo, parimenti di recente ribadito dalla Corte (cfr., *ex multis*, Cass. 14 giugno 2003 n. 9539, e Cass. 4 giugno 2003 n. 8884, entrambe in *MGC*, 2003, fasc. 6), il lavoratore sarebbe invece tenuto a dimostrare sia le caratteristiche dell'attività espletata, sia il nesso eziologico con la patologia denunciata: incomberebbe pertanto al lavoratore l'onere di dimostrare in concreto le modalità di svolgimento della propria prestazione lavorativa, tali da costituire con rilevante grado di probabilità la causa determinante delle patologie in questione.

La composizione del segnalato contrasto giurisprudenziale ha imposto alle Sezioni Unite un più complessivo esame circa gli oneri probatori e di allegazione scaturenti

dall'art. 414 c.p.c., le conseguenze derivanti dal mancato rispetto di tale norma, il contenuto dell'atto di costituzione del convenuto e gli oneri di contestazione sullo stesso gravanti nonché, infine, l'ampiezza e l'ambito di operatività dei poteri istruttori di ufficio del giudice del lavoro.

2. In tema di onere di deduzione dei fatti posti a fondamento della domanda, la peculiarità del rito del lavoro, come noto, risiede nel principio di immediatezza dell'allegazione, con conseguente assoluta preclusione di allegazioni tardive, risultando così immodificabile l'ambito di fatto della lite definito dal primo scritto difensivo di ciascuna parte: tale sanzione si trova espressamente sancita, per il convenuto, nell'art. 416 c.p.c. e, per il ricorrente, deve ritenersi implicitamente – ma non per questo meno chiaramente – prevista dal disposto dell'art. 414 e 420 c.p.c. (cfr. C. Cost. 14 gennaio 1977 n. 23, in *FI*, 1977, c. 268 ss.; cfr. in dottrina A. VALLEBONA, *Tipologia delle eccezioni, onere di allegazione e rito del lavoro: il caso dell'aliunde perceptum e percipiendum*, in *DL*, 1999, II, 577).

In ordine alle conseguenze della mancata indicazione della *causa petendi* si segnalano diversi orientamenti.

Un primo indirizzo, maggioritario, ritiene che dalle predette omissioni derivi la nullità dell'atto introduttivo, analogamente a quanto stabilito, con riferimento all'ordinario procedimento civile, dall'art. 164, comma 4, c.p.c. Al riguardo va anche precisato che – secondo la giurisprudenza ormai prevalente a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite con sentenza 2 gennaio 1993 n. 6140 (in *MGC*, 1993, 972) – per aversi nullità del ricorso non è sufficiente l'omessa indicazione dei corrispondenti elementi in modo formale, ma è necessario che ne sia impossibile l'individuazione attraverso l'esame complessivo dell'atto (conformi, fra le più recenti, Cass. 16 maggio 2002 n. 7137, in *MGC*, 2002, 849; Cass. 7 maggio 2002 n. 6501, in *RIMP*, 2002, II, 73; Cass. 11 marzo 2002 n. 3463, in *MGC*, 2002, 433).

All'interno di tale indirizzo si segnalano poi diversi orientamenti circa le conseguenze della nullità del ricorso.

La stessa disciplina delineata dall'art. 164 c.p.c. con riferimento al procedimento ordinario, si è sostenuto, dovrà essere applicata nel processo del lavoro, sicché il giudice, sia ai sensi dell'art. 421 c.p.c., comma 1, sia dell'art. 164, comma 5, fisserà d'ufficio (ed a prescindere dal fatto che il convenuto costituito abbia eccepito, o meno, la nullità) una nuova udienza ed un termine perentorio entro cui dovrà essere notificato al convenuto un atto integrativo del ricorso: sia in caso di integrazione dell'atto introduttivo (qualora il convenuto sia costituito), sia in caso di rinnovazione, la nullità del ricorso sarà sanata *ex nunc*, cioè dal momento della notifica del secondo ricorso (in tal senso per tutti G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1999, IV ed., 100 ss. In giurisprudenza, fra le altre, Cass. 5 novembre 1998 n. 11149, in *MGC*, 1998, 2278).

Secondo altri, tale disciplina non è applicabile al rito del lavoro, in quanto la nullità concernente la determinazione dell'oggetto della domanda o l'esposizione dei fatti, trascendendo l'interesse della parte e ri guardando il funzionamento del processo, si pone come assoluta, cioè insanabile neppure mediante la costituzione del convenuto (cfr. Cass. 1° luglio 1999 n. 6714, in *MGC*, 1999, 1527; Trib. Parma 6 novembre 2001, in *GI*, 2002, 1406, con nota di E. VULLO). Per altro, si sottolinea, detta pronuncia non equivale ad una sentenza di rigetto nel merito e non impedisce quindi la riproposizione della domanda in un successivo rituale ricorso (Cass. 2 settembre 1996 n. 8020, in *MGC*, 1996, 1244; in dottrina, per tale orientamento, cfr. G. TESORIERE, *Diritto processuale del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, 177).

Altri autori, critici nei confronti dell'orientamento prevalente, rilevano come la dichia-

razione di nullità del ricorso, che ne consente la integrazione o la riproposizione, si risolve in realtà in un tentativo di alleviare in modo improprio l'onere della tempestiva allegazione, e propendono pertanto per il rigetto nel merito per omessa tempestiva allegazione di un fatto rilevante in base alla constatata non corrispondenza tra la fattispecie concreta dedotta in giudizio e la fattispecie astratta invocata: anche tale indirizzo (sostenuto in dottrina da A. VALLEBONA, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *ADL*, 2001, n. 3, 777 ss.) ha trovato seguito in giurisprudenza (Cass. 3 novembre 1992 n. 11908, in *DPL*, 1993, 164).

3. Nella pronuncia in esame le Sezioni Unite, aderendo all'orientamento prevalente, affermano che la mancata specificazione degli elementi di fatto e di diritto posti a base della domanda comporta la nullità del ricorso, da ritenersi però sanabile alla stregua dell'art. 164, comma 5, c.p.c. per innestarsi il rito del lavoro, pur con le sue peculiarità, nell'alveo del processo civile.

Le Sezioni Unite, al riguardo, ribadiscono l'orientamento giurisprudenziale secondo cui per la validità dell'atto è sufficiente che tali elementi siano individuabili attraverso un esame complessivo del ricorso; ovvero, precisa la Corte, che gli stessi siano ricavabili dalla documentazione allegata. Tale ultima precisazione (che riprende un indirizzo già espresso in altre pronunce: cfr. Cass. 9 agosto 2003 n. 12059, in *MGC*, 2003, fasc. 7-8; Cass. 25 luglio 2001 n. 10154, in *MGC*, 2001, 1463; *contra* Cass. 18 ottobre 2002 n. 14817, in *MGC*, 2002, 1822) desta qualche dubbio: consentire al ricorrente di assolvere l'onere di allegazione attraverso (non il contenuto del ricorso, bensì) la documentazione allegata pone il convenuto, ad avviso di chi scrive, in una situazione di netto svantaggio, sia perché la documentazione, depositata in cancelleria, non gli è notificata unitamente al ricorso ed al decreto di fissazione dell'udienza, sia – e soprattutto – perché la documentazione prodotta dall'attore può essere – e di fatto spesso è – estremamente eterogenea, vaga e sibillina e pone così il convenuto nella impossibilità di assolvere l'onere di precisa contestazione incombentegli *ex art.* 416, comma 3, c.p.c., con conseguente lesione del suo diritto di difesa; peraltro, funzione tipica del documento non è quella di affermare un fatto, bensì quella di fornire prova di un fatto già dedotto in giudizio.

Tornando alle conseguenze della mancanza o insufficienza degli elementi di cui all'art. 414, n. 4, c.p.c., le Sezioni Unite aggiungono che la mancata fissazione di un termine perentorio da parte del giudice per la rinnovazione o la integrazione della domanda – e la non tempestiva eccezione da parte del convenuto *ex art.* 157 c.p.c. del vizio dell'atto – comprovano l'avvenuta sanatoria della nullità del ricorso dovendosi ritenere che l'atto introduttivo della lite abbia conseguito il suo scopo. La sanatoria non vale tuttavia a rimettere in termini il ricorrente rispetto ai mezzi di prova: da qui la possibilità per il convenuto di eccepire in ogni tempo ed in ogni grado del giudizio – al fine di ottenere il rigetto della domanda avversaria – il mancato assolvimento da parte dell'attore dell'onere probatorio: pertanto se anche a seguito dell'intervento del giudice *ex art.* 164, comma 5, c.p.c. siano stati emendati i vizi che inficiano il ricorso, con gli elementi carenti dell'*editio actionis*, ciò non può, di certo, comportare il superamento delle preclusioni afferenti i mezzi istruttori; di conseguenza – qualora il ricorrente non abbia provveduto *ab initio* a dedurre detti mezzi e pertanto le allegazioni individualizzanti il diritto dedotto in giudizio non siano suffragate da alcun mezzo istruttorio – il giudice dovrà emettere una sentenza di rigetto, nel merito, della domanda.

4. Non necessitano di prova, come noto, i fatti pacifici.

Al riguardo è stato sostenuto che affinché il fatto sia considerato pacifico, e quindi sottratto all'accertamento del giudice, non è sufficiente la mera assenza di contestazione, ma occorre che la circostanza sia inequivocamente affermata come vera da

entrambe le parti, oppure che, di fronte alla allegazione di una parte, l'altra parte non solo ometta ogni contestazione, ma contemporaneamente imposti la propria difesa su argomentazioni logicamente incompatibili con il disconoscimento dell'avversa allegazione (in questi termini A. VALLEBONA, *Disciplina dell'onere probatorio ecc.*, cit., 777; V. ANDRIOLI, voce *Prova*, in *NDI*, 1967, XIV, 299; in giurisprudenza, in particolare, Cass. 23 maggio 1995 n. 5643, in *MGC*, 1995, 1049; *contra* S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1987, 70). Ed in questa prospettiva si spiegherebbe anche la riconosciuta irrilevanza, ai fini, della contumacia del convenuto, equiparata ad un silenzio senza significato.

Tale indirizzo non pare condivisibile nel rito del lavoro: è opportuno sul punto evidenziare – come ribadisce anche la pronuncia che si commenta – che, con riferimento ai fatti sui quali si fonda la domanda attrice, la contestazione non può essere generica, non può cioè concretizzarsi in formule di stile, in espressioni apodittiche o in asserzioni meramente negative, ma deve essere, invece, puntuale, circostanziata, dettagliata ed onnicomprensiva di tutte le circostanze in relazione alle quali viene chiesta l'ammissione della prova. Non è invero priva di significato – come sottolinea anche la sentenza che si commenta – l'espressione “in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione”, inclusa nell'*incipit* del comma 3 dell'art. 416 c.p.c. – e non rinvenibile nel testo dell'art. 167 c.p.c. – trovando detta espressione la sua logica spiegazione in quella che è stata definita come una “tendenziale unicità” dell'udienza di discussione *ex* art. 420 c.p.c., articolata – diversamente da quella di prima comparizione *ex* art. 180 c.p.c. – in modo da consentire l'immediata definizione del giudizio, perseguibile in ragione della circolarità tra oneri di allegazione, di contestazione e di prova, nonché della completa specificazione dei dati fattuali, che nel rito del lavoro connotano, appunto, gli atti iniziali di ciascuna parte del giudizio.

Sicché, nel rito del lavoro – a differenza di quanto previsto con riferimento al procedimento ordinario ove non sussiste un onere di specifica contestazione dei dati *ex adverso* dedotti – a fronte di un talmente pregnante onere di contestazione incombente sul convenuto costituitosi in giudizio, pare potersi sostenere che i fatti non contestati in maniera precisa e dettagliata debbano ritenersi pacifici; rimane inteso invece che ove il convenuto non si costituisca affatto, non ricadendo su di lui l'onere di cui all'art. 416 c.p.c., il fatto allegato dal ricorrente non potrà mai ritenersi pacifico. Tale conclusione, seppur con motivazioni in parte discostanti, è stata suffragata, da ultimo, dalle Sezioni Unite nella sentenza 23 gennaio 2002 n. 761 (pubblicata in diverse riviste fra cui *FI*, 2003, I, 604; *NGL*, 2002, 863; *GC*, 2002, I, 1909, con nota M. CATTANI; *OGI*, 2002, I, 184), pronuncia nella quale, tuttavia, si distingue fra “fatti principali”, ossia fatti costitutivi della fattispecie e non conoscibili d'ufficio, e “fatti secondari”, ossia circostanze dalla cui prova si può inferire l'esistenza di codesti fatti: mentre nella prima ipotesi la mancata contestazione rappresenterebbe, in positivo e di per sé, l'adozione di una linea incompatibile con la negazione del fatto e, quindi, renderebbe inutile provarlo, in quanto non controverso, nella seconda ipotesi il comportamento della parte può essere utilizzato dal giudice come argomento di prova *ex* art. 116, comma 2, c.p.c. Distinzione questa, fra fatti principali e fatti secondari, che ha destato immediate critiche in dottrina (cfr. A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *FI*, 2003, I, 604) e che pare già disattesa dalla stessa Suprema Corte in pronunce successive (Cass. 17 aprile 2002 n. 5526, in *FI*, 2002, I, 2017, con nota M.C. CEA, e in *MGL*, 2002, 812, con nota di S. CENTOFANTI).

Un'ulteriore dispensa dalla prova è poi prevista per il fatto notorio (art. 115, comma 2, c.p.c.), costituito dalle cognizioni comuni e generali in possesso della collettività nel

luogo e nel tempo della decisione (cfr. S. PATTI, *op. cit.*, 78 ss.), da non confondersi, ben inteso, con la scienza privata del giudice. Il fatto notorio, quindi, al pari del fatto non controverso, non necessita di prova, ma le ragioni di tale trattamento sono del tutto diverse, poiché il fatto pacifico dipende dal potere delle parti di sottrarre all'ambito della lite, e quindi all'accertamento del giudice ed all'onere probatorio, una determinata circostanza, mentre per il fatto notorio la dispensa dalla prova prescinde dalle vicende del processo e deriva dalla certezza che l'ordinamento attribuisce al fatto in quanto conosciuto dalla collettività.

5. Un ulteriore aspetto al vaglio delle Sezioni Unite attiene al potere istruttorio d'ufficio riconosciuto al giudice dall'art. 421 c.p.c., espressione del "principio inquisitorio". Le prove d'ufficio, si è precisato, possono riguardare soltanto fatti già affermati dalle parti (cfr. G. TARZIA, *op. cit.*, 152; L. MONTESANO, R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Jovene, Napoli, 1996, 188 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. 6 marzo 2001 n. 3228, in *MGC*, 2001, 413; Cass. 20 aprile 1998 n. 4012, in *FI*, 1999, c. 969; Cass., sez. un., 3 febbraio 1998 n. 1099, cit.): l'attribuzione al giudice del lavoro di poteri istruttori non è infatti incompatibile con l'onere di allegazione, scelta che determina un processo semplicemente a metodo inquisitorio e non inquisitorio in senso sostanziale, investendo il problema delle modalità di accertamento dei fatti che è logicamente successivo e distinto rispetto a quello della introduzione dei fatti in giudizio (A. VALLEBONA, *Disciplina dell'onere probatorio ecc.*, cit., 777 ss.); il giudice, si sostiene, ha soltanto la "disponibilità del mezzo formale della prova", ossia il potere di articolare la prova sulla base di una "fonte materiale di prova", già indicata dalla parte (cfr., con ampia argomentazione che investe l'intero processo civile e non solo il processo del lavoro, L. MONTESANO, R. VACCARELLA, *op. cit.*, 192; L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *RTDPC*, 1978, 189 ss.). Si intende, peraltro, che tali fonti di prova debbono comunque venire recepite nel processo attraverso uno dei "mezzi di prova" previsti dalla legge, mentre resta esclusa l'assunzione di "prove atipiche", ossia di strumenti istruttori formati, caso per caso, dal giudice, o comunque non rispondenti ai modelli descritti dalle norme (cfr. G. TARZIA, *op. cit.*, 154).

Al riguardo, è consolidato il principio che afferma che allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti (cfr. in tali testuali termini: Cass., sez. un., 23 gennaio 2002 n. 761, in *MGC*, 2002, 117). Oscillante è invece l'orientamento sul concreto esercizio dei poteri istruttori. Si è ritenuto in alcune pronunzie che detti poteri sono rimessi all'assoluta discrezionalità del giudice del lavoro sicché la sua decisione si sottrarrebbe al sindacato di legittimità anche sotto il profilo del difetto di motivazione (cfr. al riguardo: Cass. 27 settembre 1999 n. 10658, in *MGC*, 1999, 2008; Cass. 25 luglio 1994 n. 6903, in *NGL*, 1995, 131; Cass. 15 aprile 1994 n. 3549, in *NGL*, 1994, 549; in epoca più recente si veda Cass. 11 marzo 2002 n. 3505, in *MGC*, 2002, 436, per la riaffermazione del principio che la facoltà del giudice del merito di avvalersi dei poteri istruttori conferitigli dagli artt. 421 e 437 c.p.c. costituisce espressione di un potere discrezionale che non abbisogna di alcuna motivazione potendosi le relative ragioni dedurre anche per implicito). Altre decisioni si inseriscono invece nell'indirizzo secondo il quale l'esercizio dei poteri istruttori del giudice non è meramente discrezionale bensì obbligato ove sussistano ragionevoli probabilità di accertare attraverso di essi la verità (cfr., al riguardo, tra le altre Cass. 23 maggio 2003 n. 8220, in *MGC*, 2003, fasc.

5; Cass. 21 aprile 2003 n. 4180, in *MGC*, 2003, 570; Cass. 10 maggio 2001 n. 6531, in *NGL*, 2001, 626; Cass. 15 gennaio 1998 n. 310, in *MGC*, 1998, 66), con l'unico limite della necessaria allegazione dei fatti ad opera della parte (in tali sensi: Cass. 23 maggio 2003 n. 8220, cit.; Cass. 6 luglio 2000 n. 9034, in *RGL*, 2001, II, 637, con nota di A. MAZZIOTTI).

Con la pronuncia in esame le Sezioni Unite condividono, con alcune precisazioni, il secondo orientamento. Anche a volere riconoscere ai poteri istruttori del giudice del lavoro il carattere discrezionale, detti poteri – proprio perché funzionalizzati al contemperamento del principio dispositivo con quello della ricerca della verità materiale – non possono mai essere esercitati in modo arbitrario. Ne consegue che il giudice – in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 c.p.c. ed al disposto di cui all'art. 111, comma 1, Cost. sul “giusto processo regolato dalla legge” – deve esplicitare le ragioni per le quali reputa di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritiene, invece, di non farvi ricorso.

6. Queste premesse in ordine agli oneri di allegazione, probatori e di contestazione ed in ordine ai limiti dei poteri istruttori d'ufficio, riportate al caso *de quo* consentono di concludere che grava sul lavoratore l'onere di provare, con precisione, la riconducibilità della lamentata infermità alle modalità di svolgimento delle mansioni inerenti alla qualifica rivestita, variabili in relazione al luogo di lavoro, ai turni di servizio, all'ambiente lavorativo, non configurando, le mansioni inerenti alle qualifiche, un fatto notorio, atteso che esse sono variabili in dipendenza del concreto posto di lavoro, della sua localizzazione geografica, dei turni di servizio, dell'ambiente in generale, essendo assolutamente irrilevante che la controparte non abbia contestato, con la comparsa di costituzione in primo grado, le modalità della prestazione lavorativa allorquando dette modalità non siano state precisate; inoltre, nelle patologie aventi carattere comune ad eziologia c.d. multifattoriale, il nesso di causalità fra attività lavorativa ed evento, in assenza di un rischio specifico, non può essere oggetto di presunzioni di carattere astratto ed ipotetico, ma esige una dimostrazione, quanto meno in termini di probabilità, ancorata a concrete e specifiche situazioni di fatto, con riferimento alle mansioni svolte, alle condizioni di lavoro e alla durata e intensità dell'esposizione a rischio.

Il ricorrente avrebbe quindi dovuto provare non solo il tipo di mansioni, ma pure la sussistenza di tutte quelle condizioni (vibrazioni, scuotimenti, inclemenze atmosferiche, sottoposizioni a turni irregolari) che sono state causa (o concausa) di malattia, circostanze che andavano specificate – unitamente ai relativi mezzi istruttori – nell'atto introduttivo. Tali carenze non possono infatti essere superate mediante l'esperienza della perizia medico-legale ed il contenuto dell'anamnesi lavorativa in essa riportata, atteso che la consulenza tecnica, essendo strumento di valutazione di fatti già dimostrati, non può costituire un mezzo di prova o di ricerca di fatti che devono essere provati dalle parti e delle quali il consulente non può essere chiamato a dare notizia neppure in sede di richiesta di chiarimenti. Né, non essendo allegati (o ritualmente acquisiti) i fatti a fondamento della domanda (mansioni, concrete modalità di svolgimento, etc.) in relazione ai quali avrebbe dovuto spiegarsi l'attività istruttoria, può trovare accoglimento la richiesta di utilizzo dei poteri istruttori d'ufficio.

Alessandro Corvino
Avvocato del Foro di Bergamo

12. Prova (patto di)

12.1. Cass. 26 novembre 2004 n. 22308 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 2).

Patto di prova - Stipulazione non contestuale alla conclusione del contratto - Invalidità.

Non è valido il patto di prova sottoscritto prima dell'inizio effettivo delle prestazioni lavorative, ma dopo la conclusione tra le parti del contratto di lavoro, non contenente tale clausola.

Patto di prova: invalidità in caso di stipulazione non contestuale al contratto di lavoro

Ancora una volta la S.C. si è pronunciata in materia di patto di prova, aggiungendo un tassello definitorio o, per meglio dire, un ulteriore sbarramento nella fase di formazione del contratto di lavoro, con il tentativo di ridurre l'uso indiscriminato di tale clausola, talvolta adottata dalla parte datoriale con finalità fraudolente ed elusive delle normativa, posta a tutela della stabilità del rapporto di lavoro.

Ma vi è pur da constatare, come la bontà degli intenti a volte possa entrare in contraddizione con i principi ed orientamenti precedentemente sostenuti e motivati. Con ciò non si vuol sondare la validità dell'assunto decisionale emesso, bensì verificare la solidità delle motivazioni addotte nello sforzo di realizzare compiutamente il *favor* nei confronti del contraente debole.

La fattispecie sottoposta all'esame dei giudici di legittimità consisteva in un rapporto di lavoro, all'origine del quale si erano succeduti a breve distanza di tempo l'uno dall'altro: un accordo verbale tra la società datrice di lavoro, nella persona del suo rappresentante legale, e la prestatrice di lavoro; quindi un contratto sottoscritto dal proponente (per l'esattezza da un *falsus procurator*) e dall'accettante ed infine un ulteriore accordo scritto e bilateralmente firmato, contenente oltre all'indicazione specifica di mansioni, qualifica e quant'altro fosse necessario per l'individuazione della prestazione lavorativa e dei diritti economici del lavoratore, anche la pattuizione di un periodo di prova. Il tutto – fattore da non sottovalutare – era stato operato prima dell'inizio dell'attività lavorativa. Tale ultimo aspetto rappresenta proprio il *casus belli* della contestazione giudiziale ed il supporto argomentativo della difesa datoriale. In effetti l'istituto del patto di prova è stato, nel tempo, oggetto di plurime indagini, fintanto da raggiungere una qual certa omogeneità definitoria, quanto meno nell'opinione giurisprudenziale. In particolare l'impegno ermeneutico è stato per lo più volto a introdurre una sempre maggiore rigidità formale, proprio in ragione del fatto che, come è noto, il periodo lavorativo in prova è sottratto alla disciplina protettiva nei confronti del licenziamento, e permette al termine dello stesso, in ipotesi di mancato superamento della prova, la cessazione *ad nutum* del rapporto di lavoro, pur quando quest'ultimo sia sottoposto per sua natura ad un regime di stabilità reale ovvero obbligatoria. La mancata osservanza delle prescrizioni individuate dalla giurisprudenza, nel silenzio della legge, viene sanzionata con la nullità assoluta del patto, ai sensi degli artt. 1418 e 1419 c.c. e con la immediata valutazione del rapporto di lavoro, come rapporto definitivo. Già la normativa codicistica, all'art. 2096, impone la stipulazione di tale patto in forma scritta, al pari dei contratti indicati all'art. 1350 c.c., richiesta *ad substantiam*, per opinione giurisprudenziale concorde (vedasi: Cass. 17 febbraio 2003 n. 2357, in *OGL*, 2003, 227; Cass. 26 luglio 2002 n. 11122, in *LG*, 2003, 356, con nota di G. GIRARDI). Negli anni, la S.C. ha prescritto che tale accordo contenga la specificazione esatta non solo della qualifica attribuita al prestatore per l'esperimento, ma anche delle mansioni (cfr. Cass. 13 settembre 2003 n. 13498, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2003, n. 1279; Cass. 17

febbraio 2003 n. 2357, cit.; Cass. 18 novembre 2000 n. 14950, in *LG*, 2001, 439, con nota di G. GIRARDI; Cass. 22 marzo 2000 n. 3451, in *LG*, 2000, 785; Cass. 26 maggio 1995 n. 5811, in *MGI*, 1995, 690), che non potranno essere differenti a quelle che saranno definitivamente affidate dopo il superamento positivo della prova. Non solo: la clausola di prova deve essere accettata dal prestatore, con apposizione della propria sottoscrizione, se proposta in via autonoma dall'accordo di assunzione, sebbene tale formalità non sia richiesta quando sia stato espressamente e per iscritto, accettato l'intero contratto di lavoro, in cui essa sia stata eventualmente inserita, essendosi negato dai più ogni connotazione di vessatorietà (cfr. Cass. 21 giugno 1991 n. 6988, in *MGL*, 1991, 519; Cass. 22 gennaio 1991 n. 544, in *GC*, 1991, I, 853; Cass. 10 novembre 1987 n. 8296, in *AC*, 1988, 292), ma mai successivamente, persino se l'eventuale posticipazione consista in un intervallo temporale di poche ore (cfr. Cass. 26 febbraio 1986 n. 1230, in *DPL*, 1986, 1528). Unica eccezione ammessa: la non contestualità della sottoscrizione di entrambe le parti, prima dell'esecuzione del contratto, salvo l'ipotesi in cui l'accettazione scritta del patto, da parte del prestatore, non previsto nel contratto originario, segua un mero accordo verbale (cfr. Cass. 26 luglio 2002 n. 11122, cit.; Cass. 14 aprile 2001 n. 5591, in *MGL*, 2001, 700; Cass. 14 ottobre 1999 n. 11597, in *AC*, 2000, 314; Cass. 24 novembre 1994 n. 681, in *AC*, 1994, 528; Cass. 19 novembre 1993 n. 11427, in *DPL*, 1994, II, 48, con nota di A. LEVI, *Ancora sulla contestualità tra l'inizio della prestazione lavorativa e sottoscrizione del patto di prova*; Cass. 24 agosto 1991 n. 9101, in *DPL*, 1991, 2937; Cass. 8 febbraio 1988 n. 1347, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1988, n. 501; Cass. 14 febbraio 1987 n. 1670, in *GI*, 1988, I, 854, con nota di A. FALCONE; Cass. 12 ottobre 1983 n. 5939, in *FI*, 1983, I, 2700). Vale a dire che al momento dell'inizio dell'attività, tanto il datore che il prestatore di lavoro debbono aver apposto la propria sottoscrizione al contratto di assunzione e all'eventuale clausola di prova, inserita o autonoma dal contratto medesimo, in modo tale da rendere incontrovertibile, e ciò vale soprattutto per il contraente debole, l'avvenuta conoscenza delle modalità di esecuzione del rapporto. E tale principio è riconosciuto anche dal Collegio che ha emesso la sentenza in commento, integrandone però i contenuti.

Finora, a quanto consta, non risultava, quindi, indispensabile, la contestualità della stipulazione del contratto di lavoro e della clausola di prova, non rilevandosi alcun accenno in proposito, nelle pronunce dei giudici di legittimità.

Nel caso di specie, in effetti, la parte datoriale ha "correttamente" adempiuto a quanto prescritto dalla disciplina stabilita dal diritto vivente conosciuto: al di là del primo accordo verbale, totalmente irrilevante, entrambi i contratti, quello di lavoro e quello contenente la previsione del periodo di prova, pur predisposti in forma scritta in tempi differenti, erano stati sottoscritti da entrambe le parti prima dell'inizio dell'attività lavorativa, rispettando il divieto di superamento di tale barriera temporale. Quindi, a ragion veduta il datore di lavoro non sarebbe dovuto incorrere in alcuna censura. È evidente che nella situazione *de qua*, la lavoratrice era ben consapevole di dover sottoporsi ad un periodo di verifica, prima che il rapporto di lavoro fosse reso definitivo, in quanto aveva sottoscritto *sua sponte* – salvo ammettere una qualche coercizione morale della sua volontà – il patto di prova, redatto successivamente al primo contratto, ma in via anticipata rispetto all'inizio dell'attività lavorativa. Ma allo spirare del periodo previsto, non assistendo all'automatica trasformazione del rapporto in definitivo, ha deciso impugnare la validità del patto.

Ed ecco che la S.C., mutando il proprio precedente orientamento, si è spinta ancora più avanti: superando se stessa e conducendo ai massimi livelli l'intento protezionistico del contraente debole, ha negato la validità del patto di prova, qualora esso non sia apposto contestualmente alla predisposizione del contratto di lavoro, ossia al momento della

esternazione scritta del consenso, respingendo, di conseguenza, ogni possibilità di “formazione progressiva” del contratto, anche preventiva alla sua esecuzione.

Non può che dedursi che il contratto di lavoro stia assumendo connotati integralmente propri e specifici, sempre più distanti dai requisiti del contratto di diritto comune, con conseguente crescente inibizione, *in primis*, del principio dell'autonomia contrattuale. È evidente che, sotto il profilo socio-giuridico, l'intervento della S.C. rappresenti una soluzione encomiabile, in quanto funzionale a prevenire un uso distorto e strumentale del patto di prova, e ad evitare l'indiretta forzatura morale del prestatore alla sottoscrizione del patto, derivante dal timore di veder sfumare, per ritorsione, l'aspettativa di stabilità, già prospettata nell'offerta di lavoro a tempo indeterminato o determinato di lungo periodo, precedentemente accettata.

A nulla sono valse le difese fondate sull'interpretazione del patto successivo come novazione dell'accordo scritto precedente, soprattutto in ragione della carenza probatoria sulla sussistenza dei presupposti giuridici di tale istituto, come individuati dalla stessa giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 17 agosto 2004 n. 16038, in *RFI*, voce *Obbligazioni in genere*, 2001, n. 29): determinazione di situazioni giuridiche ed obbligazioni reciproche nuove e sostitutive delle precedenti, ma non meramente regolative delle modalità di adempimento di quest'ultime; presenza in entrambe le parti contraenti dell'*animus novandi*, quale concreta intenzione di estinguere l'obbligazione originaria e di instaurare un nuovo rapporto; assenza di un intento frodatorio verso le ragioni del lavoratore (cfr. Cass. 9 aprile 1992 n. 4325, in *MGC*, 1992, fasc. 4). A parte quest'ultimo elemento, in ordine al quale si ha ragione di nutrire qualche dubbio per la particolarità del caso di specie, gli altri fattori, non sono sicuramente ravvisabili nelle circostanze di fatto *de quo*.

Deve sottolinearsi, però, una sorta di incoerenza tra le premesse argomentative, tratte dalla sentenza di secondo grado impugnata e di per sé sufficienti a fornire un supporto giuridico e giustificativo della decisione, e le motivazioni di chiusura, intorno ai principi ordinamentali fondanti il diritto del lavoro, da cui è derivato l'esito della causa.

Procedendo per gradi, innanzitutto, la S.C. fa propria la concezione del patto di prova come elemento accessorio del contratto di lavoro ed in particolare quale strumento condizionale, che subordina l'efficacia dell'accordo principale, all'esito positivo della prova o meglio, al mancato recesso del datore di lavoro (che può essere anche non motivato), accogliendo pertanto la definizione di quest'ultimo atto, quale condizione ai sensi dell'art. 1353 c.c. La Cassazione non precisa la sua qualificazione come sospensiva potestativa (cfr. in tal senso: Cass. 21 aprile 1993 n. 4669, in *GI*, 1994, I, 1, 762, con nota di P. FERRARI. In dottrina, senza pretese di completezza, E. GHERA, *Manuale di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2000, 131; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1995, 135; L. RIVA SANSEVERINO, *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale*, art. 2060-2134, *Libro V, Del Lavoro*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1977, 57) ovvero come risolutiva (vedasi R. DEL PUNTA, voce *Lavoro in prova*, in *EGT*, XVIII, Roma, 1998; E. SIGNORINI, *Assunzione in prova*, Ipsosa, Milano, 2004, 19), non conferendo la questione al *thema decidendum*.

Di tal guisa, appare coerente con tali premesse l'adozione della teoria sull'unicità del rapporto di lavoro, pur in presenza di un periodo di prova in dottrina: L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in G. BOLDT, G. CAMERLYNCK, P. CORION, A. KAISER, M.G. LEVENBACH (a cura di), *Il contratto di lavoro nei Paesi della C.E.C.A.*, Lussemburgo, 1965, 467; L. MONTUSCHI, *Costituzione del rapporto di lavoro*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1986, vol. 15, tomo I, 273. Per una diversa teoria, che vede combinati i concetti di condizione e termine: F.

SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, 151); concezione, questa, contraddetta dalla Corte Costituzionale, con sentenza 4 dicembre 2000 n. 541 (edita in molteplici riviste tra cui: in *DL*, 2001, II, 191, con nota di A. FONTANA), per giustificare la legittimità costituzionale della diversità di disciplina del recesso datoriale (in dottrina, per la specificità del rapporto di lavoro in prova: C. ASSANTI, *Il contratto di lavoro a prova*, Giuffrè, Milano, 1957, 17; G. MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1977, vol. I, 795). In effetti, rinviando a trattazioni più ampie sul tema, in questa sede si può solo constatare, come la condizione non costituisce altro che un elemento accidentale di un contratto, da cui risulta inscindibile, se non a prezzo di far venir meno la sua stessa ragione d'essere. Dall'unicità del rapporto all'unicità del contratto, considerato sotto il suo profilo formale, il passo è breve, rappresentando la stipulazione, il momento della esteriorizzazione espressa del consenso già manifestato dalle parti.

Ne deriva, quale corollario, come prima accennato, che il rapporto di lavoro non possa mai sorgere sulla base di un contratto a formazione progressiva, nelle cui more si presume che il prestatore di lavoro potrebbe essere indotto in errore, raggirato o coartato a tale punto da perdere o veder diminuite molte garanzie spettantigli per legge. Non solo: il rinvio all'art. 1, d.lgs. n. 152/1997, come operato dalla parte resistente in giudizio, non comporta altro che un rafforzamento della teoria dell'unitarietà, in quanto prevede tra gli obblighi di informazione del datore di lavoro, alla lett. e), "la comunicazione della durata del periodo di prova, se previsto", presupponendo quindi che esso, qualora esistente, sia inserito nel contratto di lavoro. Talché, al successivo art. 3 si autorizza la modificazione dei dati, indicati ai precedenti artt. 1 e 2, tra cui la durata del periodo di prova, ma non si legittima una previsione autonoma di esso.

La S.C. non si è fermata qui, introducendo concetti ed argomentazioni innovative e di straordinario impatto. Infatti, viene dedotta l'inapponibilità successiva della clausola di prova rispetto al contratto definitivo, dai principi dell'ordinamento posti a tutela del lavoratore, ai sensi degli artt. 2103 e 2113 c.c.

In particolare, per quanto concerne la prima delle due disposizioni, la S.C. realizza una sorta di equazione dogmatica tra il divieto di variabilità *in peius*, in relazione alle mansioni affidate al lavoratore, e l'immutabilità verso una disciplina peggiorativa del rapporto con clausole apposte in un tempo successivo rispetto alla data del contratto di lavoro originario. Principio che però, se ha un suo fondamento logico di notevole rilievo, non è esente da eccezioni, per quanto tassativamente circoscritte, ed attualmente risulta di sovente non collimante con le nuove tendenze volte alla maggiore flessibilità del rapporto di lavoro.

Quanto al richiamo della disciplina vincolistica in ordine a rinunzie e transazioni (art. 2113 c.c.), è evidente che esso sia stato citato non come mero parametro logico-argomentativo, ma come motivazione principale del provvedimento. Il patto di prova, sottoscritto in via successiva, figura quale rinuncia ad un diritto previsto da una disposizione inderogabile di legge: nel caso di specie, il diritto alla stabilità reale di cui all'art. 18 Stat. lav., per essere, il rapporto di lavoro, instaurato con un datore di lavoro dotato dei requisiti dimensionali ivi indicati.

Si viene a delineare, in sostanza, una bipartizione concettuale, secondo cui il patto di prova, se costituente clausola di un contratto di lavoro *ab origine*, rappresenta l'elemento condizionante di quest'ultimo; diversamente, se stipulato in via autonoma e successiva a tale accordo, non può che esprimere una rinuncia allo *status* di lavoratore, protetto dalla normativa posta a tutela dell'illegittimità del licenziamento, eventualmente applicabile. Atto abdicativo, questo, di una situazione giuridica derivante da norma inderogabile di legge e pertanto invalido, ai sensi dell'art. 2113 c.c. E suddetta distinzione nasce dal presupposto che, solo nella seconda ipotesi, il diritto rinunciato è

un diritto già acquisito, e nel caso di specie, entrato nel patrimonio giuridico del lavoratore al momento della stipulazione del contratto di lavoro. Al contrario, ove la tutela del posto di lavoro non sussista, viene implicitamente riconfermato l'assunto già espresso precedentemente dalla S.C. (cfr. Cass. 14 dicembre 1983 n. 7382, in *LPO*, 1984, 808, in materia di lavoro dirigenziale).

Ma si badi: il giudice non può applicare *ex officio* l'art. 2113 c.c., essendo ivi prevista la sanzione dell'annullabilità, e non della nullità, subordinata all'onere di impugnazione da parte dell'interessato, in termini ben definiti e a pena di decadenza (cfr. fra le varie, Cass. 14 dicembre 1996 n. 11181, in *RIDL*, 1997, II, 589; Cass. 17 aprile 2000 n. 4942, in *RIDL*, 2001, II, 45, con nota di C. OGRISEG; Cass. 16 giugno 1987 n. 5346, in *GC*, 1987, I, 2497).

Si ritiene pertanto che la S.C., nel rigettare il ricorso, non abbia riconosciuto la nullità del patto di prova – poiché questo non viene a rinunciare a diritti da acquisire o di futura regolamentazione – quanto la sua invalidità, derivante dall'esercizio dell'azione di annullamento, come emerge dalla mera lettura testuale della pronuncia.

Tale operazione potrebbe configurare un'indebita violazione del principio dell'ultrapetizione, per mutamento giudiziale della *causa petendi*. E la giurisprudenza in proposito non ha risparmiato censure (cfr. Cass. 15 maggio 2001 n. 6712, in *RFI*, voce *Procedimento civile*, 2001, n. 155; Cass. 18 aprile 1998 n. 3980, in *RFI*, voce *Sentenza civile*, 1998, n. 36; Cass. 7 ottobre 1998 n. 9911, in *FI*, 1998, I, 3520; Cass. 20 novembre 1998 n. 11753, in *MGL*, 1999, 206, con nota di M. DE IORIS; Cass. 4 giugno 2002 n. 8057, in *GI*, 2003, 179; Cass. 16 luglio 2002 n. 10316, in *RFI*, voce *Procedimento civile*, 2002, n. 210). A ben vedere, e con le necessarie riserve, dovute alla carenza di cognizione in merito alla vicenda fattuale, presupponendo l'avvenuta impugnazione tempestiva del recesso datoriale – che, se rispettosa dei termini previsti nell'ipotesi di licenziamento, non potrebbe incorrere nella decadenza sancita per l'impugnazione della rinuncia – l'assunto giudiziale assumerebbe, così, connotati di razionalità. In altre parole, i giudici di legittimità, infatti, esercitando il potere, loro proprio, riassunto nel broccardo "*iura novit curia*", si sarebbero limitati a svolgere un'attività ermeneutica in merito alla qualificazione giuridica dell'invalidità del patto di prova, senza mutare gli altri termini e i fatti della controversia.

Marcella Ariotti Branciforti
Avvocato del Foro di Perugia
Collaboratore

Adapt - Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »

13. Pubblico impiego

13.1. Trib. Milano 6 dicembre 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 17).

Pubblico impiego - Dipendenti Università degli Studi - Collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre straniera - Contratto a tempo determinato - Attività di natura temporanea e sperimentale - Insussistenza - Termine finale - Nullità - Ragioni - Conseguenze.

Sul presupposto dell'eccezionalità, nel nostro ordinamento, del contratto a tempo determinato nel pubblico impiego, deve dichiararsi la nullità dell'apposizione da parte dell'Università degli Studi del termine finale al contratto di lavoro subordinato a tempo determinato riguardante i collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre straniera, stipulato per il compimento di attività non di natura temporanea e sperimentale, in considerazione del fatto che l'art. 4 del contratto collettivo di ateneo concernente i collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre straniera prevede soltanto la forma a tempo indeterminato. A tale declaratoria consegue la

condanna dell'Università al ripristino del rapporto di lavoro nonché, quanto al periodo pregresso, al risarcimento del danno dal momento della formale messa in mora del datore di lavoro, con deduzione dell'aliunde perceptum.

Il contratto a tempo determinato nelle Università: una decisione controversa

La decisione in epigrafe, scarnamente motivata, suscita qualche perplessità e fornisce comunque numerosi spunti di riflessione. È necessario, anzitutto, ricostruire la fattispecie reale alla luce dei sintetici elementi di fatto offerti nella esposizione in narrativa dalla decisione del giudice del lavoro di Milano.

Con ricorso *ex art.* 414 c.p.c., una collaboratrice ed esperta linguistica di lingua madre straniera ha convenuto in giudizio l'Università degli Studi, datore di lavoro, domandando al giudice adito la declaratoria di illegittimità o nullità dei termini apposti ai contratti di lavoro a tempo determinato intercorsi e, previo accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, la condanna dell'Università a riammetterla in servizio nonché a corrisponderle le retribuzioni maturate.

In particolare, la ricorrente ha stipulato un primo contratto a tempo determinato della durata di un anno in data 4 novembre 1998 in qualità di collaboratore ed esperto linguistico presso la Facoltà di Lettere; a questo, risoltosi per dimissioni, è seguito (prima della scadenza del precedente) un secondo contratto stipulato in data 1° aprile 1999, di durata triennale, presso la Facoltà di Scienze Politiche.

La ricorrente, in punto di fatto, ha assunto che la sua collaborazione si è inserita nello svolgimento dell'ordinaria attività didattica in modo continuativo e non temporaneo e che, in diritto, i due contratti con cui la stessa è stata assunta (a tempo determinato), nella parte in cui è stato apposto il termine finale, non sono conformi al contratto collettivo di Ateneo, il quale prevede soltanto rapporti di lavoro a tempo indeterminato. In ogni caso, ad avviso della ricorrente, non sussisteva alcuna ragione giustificatrice dell'apposizione del termine.

L'Università convenuta si è costituita per resistere: nondimeno, la sentenza in commento non espone – neppure per sommi capi – le difese ed eccezioni addotte dal datore di lavoro pubblico.

Il giudice del lavoro adito, ritenuta l'eccezionalità nell'ordinamento vigente per il pubblico impiego del contratto a tempo determinato, ha ritenuto doversi dichiarare la nullità dell'apposizione del termine finale al contratto di lavoro subordinato riguardante la ricorrente collaboratrice ed esperta linguistica di lingua madre straniera.

L'istruttoria processuale, con l'escussione dei testi, ha, infatti, consentito al giudicante di appurare che il contratto di lavoro subordinato, nel caso di specie, risultava stipulato per il compimento di attività non di natura temporanea e sperimentale.

Pertanto, in considerazione del fatto che l'art. 4 del contratto collettivo di Ateneo concernente i collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre straniera prevede soltanto la forma a tempo indeterminato, il termine finale è stato dichiarato nullo. A tale declaratoria è conseguita la condanna dell'Università degli Studi al ripristino del rapporto di lavoro nonché, quanto al periodo pregresso, al risarcimento del danno dal momento della formale messa in mora del datore di lavoro, con deduzione dell'*aliunde perceptum*.

Esposto in tal modo l'iter logico decisionale esposto in sentenza riteniamo non poterci sottrarre a qualche riflessione, avendo cura, anzitutto, di ricostruire il quadro giuridico derivante dall'ordinamento vigente.

La norma fondamentale di riferimento (neppure menzionata nella decisione in esame,

la quale genericamente richiama “la L. 236/95”) è quella dell’art. 4 del d.l. n. 120/1995 convertito in l. n. 236/1995, la quale, in sintesi, prevede che in relazione alle esigenze di apprendimento delle lingue e di supporto alle attività didattiche “le università possono assumere, *compatibilmente con le risorse disponibili nei propri bilanci*, collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre, in possesso di laurea o titolo universitario straniero adeguato alle funzioni da svolgere, e di idonea qualificazione e competenza, con contratto di lavoro subordinato di diritto privato a tempo indeterminato *ovvero, per esigenze temporanee, a tempo determinato*”.

Il comma 3, dell’art. 4 aggiunge che “L’assunzione avviene *per selezione pubblica*, le cui modalità sono disciplinate dalle università secondo i rispettivi ordinamenti”.

Il bando della procedura per l’esperimento della selezione pubblica è *lex specialis* della procedura selettiva (o concorsuale) e costituisce, in quanto tale, per giurisprudenza costante, un preciso vincolo sia per i candidati partecipanti alla procedura selettiva sia per la stessa Amministrazione Pubblica.

Dalla lettura della sentenza del Tribunale di Milano non si evince che la ricorrente abbia tempestivamente impugnato il bando di selezione pubblica avanti al giudice competente, né che di tale bando abbia chiesto la disapplicazione.

Anzi, in verità, la sentenza impugnata, nella sua estrema sinteticità, non dà neppure atto che a monte della stipulazione dei due contratti di lavoro subordinato a tempo determinato vi sia una procedura di selezione pubblica: attesa, tuttavia, la previsione dell’art. 4, comma 3, d.l. n. 120/1995, deve ragionevolmente ritenersi positivamente presunto (in mancanza di accertamento contrario) l’effettivo esperimento di siffatta selezione pubblica nel caso di specie da parte dell’Università degli Studi.

Nondimeno, ad avviso di chi scrive, in mancanza di tempestiva impugnazione in sede giurisdizionale da parte della stessa ricorrente o di sua domanda al giudice del lavoro adito di disapplicazione del bando (o avviso, comunque denominato) della procedura selettiva, resta evidente che le previsioni di tale bando di selezione e, in particolare, nello specifico, per quanto rileva nell’economia della decisione in esame, la previsione del reclutamento a termine di collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre, costituiscono indubbiamente un vincolo formale ineludibile per l’interprete e, quindi, per lo stesso giudice.

Invero, il termine finale apposto dall’Università degli Studi al contratto di lavoro subordinato costituiva mera applicazione vincolata delle predette previsioni *in parte qua* contemplate nel bando della procedura selettiva.

Non si comprende, pertanto, come il giudice abbia potuto disapplicare il termine finale apposto al contratto senza preliminarmente disapplicare il bando di selezione (e, soprattutto, senza essere stata richiesta la disapplicazione sotto tale profilo del bando in parola e senza che il bando sia stato impugnato avanti il giudice amministrativo).

Sembra esserci un salto logico nella sentenza in commento: il bando (o avviso) di selezione contribuiva e contribuisce a definire il quadro giuridico-normativo alla cui stretta avrebbe dovuto essere valutata la fattispecie.

Prima di esaminare altri profili critici che sembrerebbero emergere dalla lettura della motivazione della decisione del giudice del lavoro milanese, occorre completare la disamina del quadro normativo vigente e, tra l’altro, dell’art. 4 del d.l. n. 120/1995.

Il comma 3 contempla altresì che le Università “hanno l’obbligo di assumere prioritariamente i titolari dei contratti di cui all’art. 28 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382, in servizio nell’anno accademico 1993-1994, nonché quelli cessati dal servizio per scadenza del termine dell’incarico”.

Il personale predetto, ove assunto ai sensi del presente comma, conserva i diritti acquisiti in relazione ai precedenti rapporti.

Il comma 4 dell'art. 4 del d.l. n. 120/1995 prevede poi che "Le università procedono annualmente, sulla base di criteri predeterminati dagli organi competenti secondo i rispettivi ordinamenti, alla verifica dell'attività svolta. La continuità del rapporto di lavoro è subordinata al giudizio sulla verifica dell'attività svolta con riguardo agli obblighi contrattuali. Resta fermo che la riduzione del servizio deliberata dai competenti organi accademici costituisce per l'università giustificato motivo di recesso".

Infine il comma 5 dell'art. 4 prevede l'abrogazione dell'art. 28 del d.P.R. n. 382/1980, il quale prevedeva analogamente che nei limiti dei finanziamenti disposti e ripartiti per questo scopo ed iscritti nei bilanci universitari, i rettori potevano "assumere per contratto di diritto privato, su motivata proposta della facoltà interessata, in relazione ad effettive esigenze di esercitazione degli studenti che frequentano i corsi di lingue, e anche al di fuori di specifici accordi internazionali, lettori di madre lingua straniera di qualificata e riconosciuta competenza, accertata dalla facoltà, in numero non superiore al rapporto di uno a centocinquanta tra il lettore e gli studenti effettivamente frequentanti il corso. La facoltà deve comunque attestare la specifica competenza dei lettori". La disposizione prevedeva inoltre che "I contratti di cui al precedente primo comma non possono protrarsi oltre l'anno accademico per il quale sono stipulati e sono rinnovabili annualmente per non più di cinque anni".

Così ricostruito il quadro legislativo nazionale vigente, è agevole avvedersi che la declaratoria di nullità dell'apposizione del termine finale al contratto di lavoro subordinato riguardante la ricorrente collaboratrice ed esperta linguistica di lingua madre straniera sembra contrastare altresì con la previsione dell'art. 4, comma 2, del d.l. n. 120/1995 nella parte in cui esige che il ricorso all'assunzione di collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre trova un limite – a nostro avviso insuperabile – a *fortiori* e ancor più per l'assunzione a tempo indeterminato, nella (previa) verifica della compatibilità "con le risorse disponibili nei propri bilanci": problema questo che neppure ha interessato il giudicante nel caso di specie, come se tale vincolo non fosse previsto dalla tassativa (e, quindi, inderogabile) previsione di legge.

Tale vincolo, peraltro, non era e non è certo nuovo giacché era parimenti contemplato già nell'abrogato (dall'art. 4, comma 5, del d.l. n. 120/1995) art. 21 del d.P.R. n. 382/1980, il quale consentiva il ricorso a tali assunzioni "Nei limiti dei finanziamenti disposti e ripartiti per questo scopo secondo le modalità previste nel precedente art. 25 ed iscritti nei bilanci universitari ...".

E poiché l'assunzione era stata disposta a tempo determinato, resta evidente che, nel caso di specie, l'assunzione della dipendente, in forza della disposta nullità del termine finale del contratto di lavoro subordinato, si risolve in una fonte di spesa priva di copertura finanziaria che non sembra certo compatibile con i vincoli derivanti alle Università in base alle ultime leggi finanziarie, oltre che con la previsione specifica dell'art. 4, comma 2, del d.l. n. 120/1995.

Per completare il quadro normativo di riferimento occorre evidenziare anche che l'art. 16, comma 1, del Ccnl – Comparto Università del 6 marzo 1996 (provv. P.C.M. 4 aprile 1996 – Autorizzazione del Governo alla sottoscrizione, ai sensi dell'art. 51, comma 1, del d.lgs. n. 29/1993, del testo del contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto del personale delle « Università », di cui all'art. 10 del d.P.C.M. n. 593/1993, concordato il 6 marzo 1996 tra l'Aran e le confederazioni sindacali, successivamente modificato con altro provv. P.C.M. del 3 giugno 1997) espressamente consente e prevede in via ordinaria sia il rapporto di lavoro a tempo determinato sia il rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

In secondo luogo, l'art. 19, comma 6, consente altresì oltre alle assunzioni di cui al comma 1 (*ex l.* n. 230/1962), anche assunzioni a tempo determinato, per qualifiche non

inferiori alla settimana, a seguito di apposite selezioni, per una durata non superiore a 5 anni, per l'attivazione di infrastrutture tecniche complesse (come potrebbe essere, ad esempio, un istituto di lingue presso una facoltà universitaria) oltre che per lo svolgimento di programmi di ricerca, dove "la realizzazione del programma o la scadenza del contratto o, comunque, il compimento del termine, comportano a tutti gli effetti la risoluzione del rapporto di lavoro".

Al comma 10 del medesimo articolo, inoltre, al fine di eliminare ogni dubbio, si precisa che "in nessun caso il rapporto di lavoro a tempo determinato può trasformarsi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato".

Ed al comma 9 si stabilisce, comunque, che "Nelle ipotesi previste dall'art. 2, comma 2, della legge 18 aprile 1962, n. 230 la proroga o il rinnovo del contratto a termine sono nulli ed il rapporto di lavoro si estingue alla scadenza".

In terzo luogo, l'art. 51 del Ccnl detta una speciale disciplina, organica e completa, per gli esperti e collaboratori linguistici, richiamando specificamente l'art. 4 del d.l. n. 120/1995, prevedendo al comma 2 che tale personale può essere assunto "a tempo indeterminato per esigenze di apprendimento delle lingue a carattere duraturo, e a tempo determinato, per una durata massima di tre anni, per esigenze di apprendimento delle lingue a carattere sperimentale, ovvero correlate a programmi di attività di durata temporanea".

Sembra invero irrilevante l'osservazione che la collaborazione della ricorrente nel caso di specie si sarebbe inserita nello svolgimento dell'ordinaria attività didattica in modo continuativo, giacché tale collaborazione è puntualmente prevista dall'art. 51, comma 1, primo alinea del Ccnl di riferimento come contenuto precipuo della prestazione di lavoro che l'esperto e collaboratore linguistico è chiamato a svolgere.

È chiaro, dunque, che le strutture universitarie godono di un peculiare regime per la stipulazione di contratti a termine per consentire l'effettuazione di talune attività specificamente ed autonomamente disciplinate in sede di contrattazione collettiva, che si pongono su un piano giuridico assolutamente proprio, non omogeneizzabili ad altre tipologie di attività (generiche), rispetto alle quali non risulta applicabile l'art. 2 della l. n. 230/1962, successivamente modificato dall'art. 12 della l. n. 196/1997, concernente la conversione del rapporto (a termine) a contratto a tempo indeterminato, qualora la stipulazione di successivi contratti di durata predeterminata venga attuata dal datore di lavoro proprio per eludere la costituzione di un rapporto stabilizzato.

Nel caso di specie, peraltro, il primo contratto della durata di un anno stipulato in data 4 novembre 1998 presso l'istituto di anglistica della Facoltà di Lettere dell'Università degli Studi si è "risolto per dimissioni" della stessa ricorrente.

La funzione dei contratti a termine di cui all'art. 19, comma 6, e all'art. 51 del Ccnl *illo tempore* vigente implica, invece, l'espletamento di un'attività definita e finalizzata al conseguimento di un certo obiettivo, raggiunto il quale ogni ipotesi di proroga o di conversione risulta inammissibile; e tale elemento risulta ancor più rinforzato, nel caso in esame, ove il carico finanziario è stato assunto dall'Università sulla base e nei limiti di specifiche previsioni di legge (art. 4 del d.l. n. 120/1995) per i collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre straniera.

Non sembra possibile sostenere che, una volta stipulato il secondo contratto, tale modificazione dell'originario rapporto debba identificarsi come "elemento patologico" del rapporto (essendosi risolto il primo contratto per dimissioni volontarie della stessa lavoratrice e rientrando, invece, la stipula del secondo contratto a tempo determinato in un'ipotesi del tutto fisiologica, prevista dalla normativa speciale e, in via generale, dall'art. 19, comma 7 e, specificamente, per gli esperti e collaboratori linguistici, dall'art. 51 del Ccnl).

L'osservazione (che compare in sentenza) secondo cui "I contratti non esplicitano ragione specifica che abbia indotto all'apposizione del termine ..." è parziale: invero, le ragioni che hanno indotto l'Università degli Studi ad assumere un esperto e collaboratore linguistico vanno ricercate nel bando di selezione e negli atti deliberativi di approvazione del bando stesso posti in essere dagli organi competenti dell'Università degli Studi che sono a monte della stipula del contratto a tempo determinato operata liberamente dall'Università e dalla lavoratrice e verso cui la dipendente ha posto acquiescenza, non avendo provveduto ad impugnarli tempestivamente, né a chiederne eventualmente la disapplicazione (ammesso – ma è tutto da verificare se – ne sussistessero i presupposti in tal senso).

A tal proposito occorre ricordare che, secondo la Corte di Giustizia delle Comunità CE, l'art. 48, n. 2, del Trattato non osta a che la legislazione di uno Stato membro consenta la stipula di contratti di lavoro a termine con lettori di lingua straniera nelle Università, qualora specifiche esigenze dell'insegnamento lo richiedano, ma impone che le normative nazionali dispongano la stipula a tempo indeterminato dei contratti di lavoro con i predetti lettori, quando siano destinati a soddisfare esigenze costanti inerenti all'insegnamento quali si presentano nei casi delle lingue il cui studio sia obbligatorio o delle lingue notoriamente più richieste (C. Giust. 2 agosto 1993 n. 259, in *DL*, 1994, II, 286). Per valutare se sussistessero o meno nel caso di specie siffatti presupposti (esigenze temporanee) era ed è giocoforza esaminare gli atti della procedura amministrativa che hanno condotto, infine, alla stipula del contratto: esame e verifica che pare essere stata omessa dal giudice nella fattispecie.

E non è neppure giuridicamente concepibile che, in forza di un meccanismo previsto dal legislatore per circostanze ben diverse (quando, cioè, il rapporto di lavoro viene volutamente creato – ma solo in apparenza – a tempo determinato, mentre, nella sostanza, si tratta di un contratto stabilizzato e continuativo reiterato), il dipendente possa ottenere dal giudice del lavoro e conseguire con sentenza una conversione del rapporto di lavoro (da determinato a indeterminato), la cui disciplina è stata esplicitamente dettata sia dal legislatore statale sia dal contratto collettivo nazionale con normativa speciale e di tassativa applicazione.

In altre parole, va rimarcato che l'Università ha agito in base ad una specifica disciplina (legislativa e contrattuale) che espressamente consentiva ed autorizzava la stipulazione di contratti a termine per l'assunzione di esperti e collaboratori linguistici.

La sentenza è scarnamente motivata in diritto, limitandosi a richiamare unicamente a "fare proprie le decisioni (tra cui sent. 16.3. - 7.4.1999, ric. Sachman, est. Chiavassa) già intervenute in analoghe controversie ...", perché – in verità – sembra riposare su un approssimativo e affrettato pregiudizio ideologico più che sul reale fondamento giuridico-normativo della statuizione e su una rigorosa esegesi del testo normativo e del contratto collettivo nazionale di riferimento (la dottrina, come è noto, ha già segnalato da tempo la "funzione ideologico-consolatoria" che si riconnette all'istituto del contratto a tempo indeterminato: sulla parabola evolutiva nel corso degli anni Settanta e Ottanta e fino ai nostri giorni della pregiudiziale relativa alla presunzione di indeterminatezza del rapporto di lavoro, di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 230/1962 e per un quadro attento degli studi sull'istituto nei suoi rapporti con il contratto a termine, cfr. M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, 87 ss.).

La peculiare regolamentazione del rapporto di lavoro nel caso di specie stabilita dalla legge e dal Ccnl non può essere stravolta con la declaratoria di nullità del termine finale apposto al contratto di lavoro ed utilizzando di fatto (senza neppure menzionarlo) il sistema della conversione *ex art. 2 della l. n. 230/1962*.

Ciò in quanto, come la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire, nel settore del pubblico impiego l'art. 2 della l. n. 230/1962 (il quale, in presenza di determinate circostanze di fatto, prevede la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato) ha carattere meramente sussidiario, nel senso che esso opera in mancanza di specifiche norme rivolte a disciplinare la *subiecta materia* (C. Stato, sez. V, 20 maggio 1992 n. 449, in *FA*, 1992, 1109; C. Stato 2 aprile 1996 n. 373, in *CS*, 1996, I, 584, s.m.).

Infatti, la disposizione di cui all'art. 2 della l. n. 230/1962 – secondo la quale se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, il contratto si considera a tempo indeterminato fin dalla data della prima assunzione del lavoratore – si applica nel settore del pubblico impiego soltanto quando manchi una specifica disciplina contraria o esista una fonte normativa che recepisca il principio ricavabile da tale legge (C. Stato, sez. VI, 30 ottobre 1993 n. 789, in *FA*, 1993, 2132; C. Stato, sez. V, 27 marzo 1992 n. 242, in *FA*, 1992, 520).

La disciplina limitativa della costituitività di un rapporto di lavoro a tempo determinato, prevista dalla l. n. 230/1962 (art. 2), è sì applicabile anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, ma a condizione che la disciplina pubblicistica speciale del singolo tipo di rapporto non ne precluda l'applicabilità (cfr. C. Stato, sez. IV, 4 luglio 1986 n. 336, in *FA*, 1986, 1321).

In materia di pubblico impiego la conversione legale del rapporto da tempo indeterminato a tempo determinato, stabilita dall'art. 2 della l. n. 230/1962, deve trovare applicazione qualora ciò non sia escluso da una norma speciale riferentesi al singolo tipo di rapporto (C. Stato, sez. VI, 11 ottobre 1989 n. 1324, in *CS*, 1989, I, 1228; C. Stato, sez. V, 8 ottobre 1992, n. 959, in *FA*, 1992, fasc. 10).

L'entrata in vigore della "clausola generale" di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, sebbene non applicabile al caso di specie in commento *ratione temporis* (cfr., anche per i richiami di giurisprudenza, Cass. 11 dicembre 2002 n. 17674, in *MGC*, 2002, 2177), avrebbe dovuto contribuire sotto il profilo ermeneutico e, forse, nel tempo, potrà contribuire a rimuovere irrazionali e contraddittorie resistenze giurisprudenziali, illegittimamente riduttive sotto il profilo giuridico-normativo della esatta portata e della reale applicabilità dell'istituto del contratto a termine, nel rispetto della certezza del diritto.

Ciò proprio perché, come è stato autorevolmente e immediatamente chiarito, "Il D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, con cui si recepisce nel nostro ordinamento la Direttiva del Consiglio n. 99/70/CE del 28 giugno 1999, contiene una riforma complessiva della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato" (cfr. M. BIAGI, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, in M. BIAGI (a cura di), *op. cit.*, 3 ss.), e per questo motivo costituisce forse lo stimolo intellettuale e scientifico più significativo per un complessivo e più attento riesame della materia, scevro da ogni pregiudizio interpretativo e per ricondurre a razionalità il proliferare spesso incontrollato, soprattutto nel pubblico impiego (cfr. M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, 278-279, e per le distorsioni alle forme di ingresso nel mercato del lavoro cfr. ancora M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 97 e 98), di leggi diffusamente derogatorie del simulacro di principio generale dell'art. 1 della l. n. 230/1962, ormai, peraltro, formalmente abrogato ex art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001.

Giuseppe C. Salerno
Avvocato del Foro di Milano

14. Regioni (competenza delle)

14.1. C. Cost. sentenza 13-17 dicembre 2004 n. 390 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 1).

Omissis. Amministrazione pubblica - Assunzioni di personale a tempo indeterminato - Fissazione, in via temporanea, del limite del 50 per cento delle cessazioni dal servizio verificatesi nel corso dell'anno 2002 - Ricorsi delle Regioni Marche, Toscana, Campania, Umbria, Emilia-Romagna, Veneto - Indebita invasione, da parte della legge statale, della competenza legislativa regionale, con previsione nel dettaglio di strumenti concreti - Illegittimità costituzionale in parte qua - Legge 27 dicembre 2002, n. 289, art. 34, comma 11 - Costituzione, art. 117. (In *GU*, 22 dicembre 2004, n. 49)

È costituzionalmente illegittimo l'art. 34, comma 11, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, limitatamente alla parte in cui dispone che le assunzioni a tempo indeterminato "devono, comunque, essere contenute (...) entro percentuali non superiori al 50 per cento delle cessazioni dal servizio verificatesi nel corso dell'anno 2002". La disposizione, infatti, pone un precetto specifico e puntuale per il suo oggetto, che si risolve in una indebita invasione del potere di organizzazione della propria struttura amministrativa riservata alle autonomie regionali e degli enti locali, ai quali la legge statale può prescrivere criteri ed obiettivi, ma non imporre nel dettaglio gli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi.

La sentenza n. 390/2004 segna un punto di riferimento importante per quanto riguarda il pubblico impiego regionale. In essa infatti la Corte Costituzionale giudica della legittimità costituzionale delle norme delle finanziarie 2003 e 2004 che dispongono il blocco delle assunzioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni (art. 34, l. n. 289/2002, e art. 3, l. n. 350/2003). Per un commento di queste normative si possono vedere N. NIGLIO, *L'art. 34 della L. n. 289/2002 (finanziaria 2003): figure professionali infungibili ed unicità del posto di organico quale deroga al blocco delle assunzioni di personale nella P.A.*, in *Giustizia amministrativa*, 2003, n. 3, 878 ss., e M. ROSSI, *Disposizioni in materia di personale nella legge finanziaria 2003*, ivi, n. 1, 39 ss.

Tali norme venivano giudicate da molte Regioni invasive della loro potestà legislativa residuale in materia di pubblico impiego regionale, già riconosciuta dalla Corte Costituzionale, tra le altre, in modo particolarmente chiaro, da ultimo nella sentenza n. 380/2004, che precisa spettare soltanto alle Regioni la regolazione del proprio ordinamento e della propria organizzazione amministrativa. Né, ad avviso delle ricorrenti, la previsione dell'applicazione del blocco per le Regioni e gli enti locali sulla base di una intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata poteva valere a sanare detta invasione, posto che si sarebbe trattato di un atto amministrativo in grado di comprimere la potestà legislativa regionale.

La Corte Costituzionale dichiara preliminarmente infondate le questioni relative a molte delle norme impugnate, da ritenersi non applicabili alle Regioni, centrando così l'oggetto del suo giudizio sull'art. 34, comma 11, della finanziaria 2003 e, specularmente, sull'art. 3, comma 60, della finanziaria 2004, disposizioni dichiarate in parte illegittime. Infatti, precisa la Consulta, spetta certamente allo Stato, nell'ambito della propria potestà legislativa in tema di coordinamento della finanza pubblica, stabilire misure volte ad assicurare la partecipazione delle Regioni al conseguimento dei risultati previsti dal Patto di stabilità e finalizzati al rispetto dei limiti dettati a livello comunitario. Neppure vi è alcuna violazione della Costituzione nel fatto che sul punto sia previsto il raggiungimento di un accordo in seno alla Conferenza unificata, da "cristallizzare", per usare l'espressione della Consulta, in un d.P.C.M., e che nelle more di esso sia dettata una disciplina provvisoria statale di rigore. In tal senso, la sentenza in

commento sembra porsi in linea di continuità con i precedenti rappresentati dalle decisioni n. 4/2004 e n. 36/2004.

La parte della disposizione che il giudice delle leggi ritiene invece di caducare si riferisce al limite specifico previsto per le Regioni di contenere le nuove assunzioni nel 50% delle cessazioni dal servizio verificatesi nell'anno precedente. Infatti, il legislatore statale, se in nome del coordinamento della finanza pubblica può imporre criteri ed obiettivi alle Regioni (si veda l'immediato precedente costituito dalla sentenza n. 388/2004), lede però la potestà legislativa residuale di tali enti per quanto riguarda la loro organizzazione amministrativa ed il loro ordinamento, allorché imponga un limite puntuale alla possibilità di assumere personale.

Per un primo commento a questa sentenza si possono consultare L. OLIVIERI, *La materia del coordinamento della finanza pubblica non legittima lo Stato ad influire sull'organizzazione del personale di Regioni ed enti locali* (nota a margine di C. Cost. sentenza 17 dicembre 2004 n. 390), in www.lexitalia.it, e M. BARBERO, "Blocco delle assunzioni": le ragioni di una bocciatura, in www.federalismi.it, 13 gennaio 2004.

15. Retribuzione

15.1. Cass. 19 agosto 2004 n. 16261 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 38).

Retribuzione - Trattamento nel periodo feriale - Lavoro notturno su turni periodici - Calcolo - Specifico riferimento della contrattazione collettiva alla retribuzione normale - Necessità - Fattispecie.

Ai fini del riconoscimento del diritto dei lavoratori subordinati al computo nella base di calcolo della retribuzione per il periodo feriale della maggiorazione per lavoro notturno, non è sufficiente l'accertamento della « normalità » della prestazione notturna in turni periodici e della erogazione della relativa indennità (reintroducendosi altrimenti il criterio della omnicomprensività della retribuzione, non legittimato in generale dal legislatore), ma, trattandosi di compenso erogato in ragione delle particolari modalità della prestazione lavorativa e a compensazione dei relativi disagi, e in quanto tale non assistito dalla garanzia della irriducibilità della retribuzione di cui all'art. 2103 c.c., occorre anche che la contrattazione collettiva faccia riferimento al concetto di retribuzione « ordinaria » o « normale » (nella specie, relativa al lavoro notturno prestato dai dipendenti postali secondo turnazioni periodiche, la Suprema Corte ha annullato la sentenza di merito che aveva riconosciuto il diritto dei lavoratori all'inclusione della relativa indennità nel trattamento retributivo del periodo feriale, sulla sola base della constatazione che la contrattazione collettiva, negli spazi consentiti dalla convenzione OIL n. 132/1970, ratificata e resa esecutiva con la l. n. 157/1981, non determinava la misura della retribuzione spettante per il periodo feriale, senza accertare se la contrattazione collettiva facesse riferimento – per la determinazione della retribuzione feriale – alla retribuzione « normale » o, invece, a quella « fissa giornaliera »).

Sul principio di omnicomprensività della retribuzione

La sentenza in epigrafe si inserisce, confermandolo, nel consolidato orientamento giurisprudenziale che nega la vigenza nel nostro ordinamento di un principio generale e inderogabile di omnicomprensività della retribuzione (in tale senso si vedano Cass., sez. un., 13 febbraio 1984 n. 1069, n. 1070, n. 1071, n. 1073, n. 1075, n. 1081, in *OGL*, 1984, 42 ss.; nonché, per tutte, Cass., sez. un., 1° aprile 1993 n. 3888, in *DPL*, 1993, 1458). Ne discende che tra i compiti dell'autonomia collettiva e, sussidiariamente, di quella individuale, vi è anche la definizione della misura, delle modalità e dei termini di

erogazione della retribuzione. In considerazione di ciò l'individuazione del *quantum* della retribuzione diventa perlopiù un problema di interpretazione delle formule utilizzate dal legislatore o delle clausole dei contratti collettivi. In senso pienamente conforme si vedano Cass. 11 ottobre 2003 n. 15251, in *GLav*, n. 46, s.m.; Cass. 28 ottobre 2003 n. 16219, in *DPL*, 2003, 2919; Cass. 4 ottobre 2001 n. 12268, in *MGL*, 2001, 1220, con nota di S. FIGURATI, *Ancora una pronuncia della Cassazione su lavoro notturno e retribuzione globale*; Cass. 7 ottobre 2000 n. 13391, in *MGC*, 2000, 2111; Cass. 16 agosto 2000 n. 10846, in *D&G*, 2000, fasc. 34, 53; Cass. 24 dicembre 1999 n. 14537, in *MGC*, 1999, 2621. Inoltre, con specifico riferimento alla *querelle* tra Poste Italiane SpA e i propri dipendenti, si citano Cass. 11 aprile 2001 n. 5441, in *MGC*, 2001, 772; Cass. 22 novembre 2003 n. 17769, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2003, n. 1208, e Cass. 4 settembre 2003 n. 12920, in *RIDL*, 2004, II, 570, con nota di F. NOTARO, *Ferie, determinazione della retribuzione e autonomia negoziale: una nuova pronuncia della Cassazione*.

Si rileva peraltro come, nella giurisprudenza di merito, continuano a persistere orientamenti difformi i quali, specie in tema di calcolo della retribuzione feriale, ritengono dovuti al lavoratore tutti gli elementi retributivi caratterizzati da continuità. Questa posizione è generalmente motivata con la volontà di rispettare pienamente la convenzione OIL n. 132/1970, come resa esecutiva in Italia con l. n. 157/1981 (Pret. Torino 10 dicembre 1984, in *L80*, 1985, 586; nonché Cass. 15 settembre 1987 n. 7248, e Cass. 17 ottobre 1987 n. 7699, entrambe in *MGC*, 1987, 2193; Trib. Milano 12 settembre 1992, in *OGL*, 1992, 970; Pret. Milano 13 ottobre 1992, in *OGL*, 1992, 968); nonché con il fine di consentire al lavoratore l'effettivo godimento del riposo senza perdite economiche (Pret. Roma 23 marzo 1985, in *RGL*, 1985, II, 104; Pret. Catania 2 giugno 1986, in *DPL*, 1986, 2875).

La fattispecie concreta si incentra sulla definizione della base di calcolo della retribuzione per il periodo feriale e, in specie, sulla sussistenza o meno di un diritto al computo della maggiorazione corrisposta per il lavoro notturno. Nello specifico la pronuncia qui in esame vede la cassazione della sentenza n. 572/2001 della Corte d'Appello di Torino del 22 giugno 2001 in cui si era affermato che, stante l'assenza di norme di legge e di disposizioni negoziali in materia, al giudice competerebbe la determinazione del *quantum* della retribuzione feriale – ex art. 2099, comma 2, c.c., peraltro col solo sbarramento del rispetto del limite minimo ex convenzione OIL n. 32/1970. Al contrario la S.C., focalizzando la propria attenzione sulle statuizioni dell'autonomia collettiva (in specie il Ccnl 26 novembre 1994, artt. 14, 55, 56, 69), indica come questa prescriva di calcolare l'indennità sostitutiva delle ferie esclusivamente sulla retribuzione base giornaliera e distingua altresì tra retribuzione fissa, variabile e assegno per il nucleo familiare al fine proprio di “retribuire il dipendente con ulteriori indennità solo in caso di effettivo svolgimento di prestazioni particolari che ne legittimino l'erogazione”. Pertanto, alla luce di quanto esposto, la Cassazione sottolinea come non sia sufficiente la constatazione della periodicità (in ordine ai requisiti di obbligatorietà, determinatezza o determinabilità e continuità che devono caratterizzarla) della prestazione notturna perché le relative maggiorazioni siano inserite nella base di computo della retribuzione feriale, necessitandosi invece da parte della contrattazione collettiva un esplicito riferimento, alla retribuzione “normale, o ordinaria, o di fatto o, ancora, globale di fatto”.

Circa il principio di omnicomprensività, i suoi motivi storico-economici e le ragioni per cui esso tende a riproporsi si veda G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura e funzioni*, Jovene, Napoli, 1996. Per specificazioni sul legame tra maggiorazioni per il lavoro notturno e retribuzione si vedano G. ZIBONI, *Le maggiorazioni per il lavoro*

notturmo nella complessa vicenda dell'onnicomprendività della retribuzione, nota a Cass. 11 aprile 1988 n. 2867, in *RGL*, 1988, II, 312, e F. NOTARO, *op. cit.*


Susanna Ferrario
Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Milano

16. Salute e sicurezza

16.1. Cass. pen. 17 settembre 2004 n. 36804 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 8).


Salute e sicurezza - Infortunio - Concorso di colpa del lavoratore - Responsabilità ex art. 2087 c.c. - Sussistenza.

Il datore di lavoro è responsabile anche degli infortuni ascrivibili a imperizia, negligenza ed imprudenza del lavoratore, salvo i casi della assoluta abnormità del comportamento di quest'ultimo. L'esistenza in capo al datore di lavoro di una posizione di garanzia che gli impone di apprestare tutti gli accorgimenti, i comportamenti e le cautele necessari a garantire la massima protezione della salute e dell'incolumità del lavoratore, esclude che il datore di lavoro possa fare affidamento sul diretto, autonomo, rispetto da parte del lavoratore delle norme precauzionali, essendo invece suo compito non solo apprestare tutti gli accorgimenti che la migliore tecnica consente per garantire la sicurezza degli impianti o macchinari utilizzati ma anche di adoperarsi perché la concreta esecuzione del lavoro avvenga nel rispetto di quelle modalità.

16.2. Cass. 30 luglio 2004 n. 14663 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 34).

Salute e sicurezza - Infortunio - Responsabilità ex art. 2087 c.c. - Natura oggettiva - Esclusione - Prova - Onere - Nesso di causalità tra evento dannoso e nocività del luogo di lavoro - Lavoratore - Sussistenza - Prova - Onere - Adozione di tutte le cautele necessarie per impedire l'evento dannoso - Datore di lavoro - Sussistenza.


La previsione dell'art. 2087 c.c. esclude che si possa configurare, in capo al datore di lavoro, una responsabilità di tipo oggettivo per il fatto che la violazione degli obblighi di tutela ivi contenuti devono essere considerati alla luce delle statuizioni contenute in norme di legge o derivanti da conoscenze tecniche esistenti al momento della violazione. Ai fini dell'accertamento della responsabilità del datore di lavoro, spetta al lavoratore provare l'esistenza del danno nonché la sussistenza del nesso causale tra la pericolosità dell'ambiente e quest'ultimo non essendo necessaria, invece, l'indicazione delle norme antinfortunistiche violate o delle misure non adottate in quanto tale onere probatorio risulta essere a carico del datore di lavoro il quale, a sua volta, deve dimostrare che abbia adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno.

16.3. Cass. 28 luglio 2004 n. 14270 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 33).

Salute e sicurezza - Infortunio - Responsabilità ex art. 2087 c.c. - Sussistenza - Prova - Onere - Rapporto di lavoro - Nesso di causalità tra evento dannoso e pericolosità del luogo di lavoro - Lavoratore - Sussistenza - Prova - Onere - Rispetto di tutte le cautele necessarie per il non verificarsi dell'evento - Datore di lavoro - Sussistenza.

Vi è la responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio subito dal dipendente quando quest'ultimo abbia assolto all'onere probatorio della dimostrazione della sussistenza di tre elementi (rapporto di lavoro, infortunio e nesso di causalità tra lesioni riportate e le condizioni pericolose dell'ambiente di lavoro); ne consegue che anche in mancanza di indicazione di

specifiche norme antinfortunistiche violate e di misure non adottate, la società datrice di lavoro ha l'onere di provare di aver predisposto tutte le cautele necessarie, secondo le norme tecniche e l'esperienza, per tutelare la salute nonché l'integrità fisica del lavoratore.

16.4. Cass. 21 aprile 2004 n. 7629 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 34).

Salute e sicurezza - Infortunio - Responsabilità ex art. 2087 c.c. - Natura contrattuale - Prova - Onere - Adozione delle misure necessarie - Datore di lavoro - Sussistenza.

L'onere probatorio a carico del datore di lavoro di dimostrare di aver adottato tutte le misure di prevenzione necessarie per la tutela dell'integrità fisica del lavoratore, data la natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c., è strettamente collegato all'individuazione della modalità in cui si è svolto il fatto. (Nella fattispecie in esame la S.C. aveva rigettato il ricorso con il quale il lavoratore addebitava al datore di lavoro il fatto di essersi infortunato scivolando a causa di una pavimentazione non omogenea; la S.C., in corso di procedimento, dopo averne chiarita la dinamica riteneva tale evento non riconducibile alla responsabilità del datore di lavoro).

16.5. Cass. 18 febbraio 2004 n. 3213 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 8).

Salute e sicurezza - Infortunio - Concorso di colpa del lavoratore - Responsabilità ex art. 2087 c.c. - Sussistenza.

Il datore di lavoro, in caso di violazione degli obblighi di sicurezza secondo l'art. 2087 c.c., è interamente responsabile dell'infortunio occorso al lavoratore sia quando ometta di adottare le idonee misure protettive o non accerti o non vigili che di queste misure venga fatto effettivamente uso da parte del dipendente sia nel caso in cui l'infortunio sul lavoro sia ascrivibile ad imperizia, negligenza ed imprudenza del lavoratore non potendo invocarsi in questi casi il concorso di colpa di quest'ultimo. Ne consegue che, in tutte le ipotesi in cui la condotta del lavoratore dipendente finisca per configurarsi nell'eziologia dell'evento dannoso come una mera modalità dell'iter produttivo del danno, tale condotta, proprio perché "imposta" in ragione della situazione di subordinazione del lavoratore, va addebitata al datore di lavoro in quanto la violazione di specifiche norme antinfortunistiche (o di regole di comune prudenza) unita all'ordine di eseguire incombenze lavorative pericolose costituisce l'unico effetto causale dell'evento dannoso.

(16.1. - 16.5.) Tutte le sentenze in commento risultano essere conformi all'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato nel tempo, in materia di responsabilità datoriale secondo l'art. 2087 c.c. (Cass. 8 aprile 2002 n. 5024, in *MGC*, 2002, 608, e in *OGI*, 2002, I, 152; Cass. 21 maggio 2002 n. 7454, in *MGC*, 2002, 891, e in *OGI*, 2002, I, 317). Il principio stabilito è quello secondo cui in caso di infortunio sul lavoro, l'imprenditore è sempre integralmente responsabile dell'accaduto anche se tale evento è da attribuirsi ad una disattenzione del lavoratore o alla sua imperizia, negligenza o imprudenza. Il fondamento di tale conclusione deve rinvenirsi nella contenuto precettivo dell'art. 2087 c.c., che impone al datore di lavoro non solo di porre in essere tutte le misure necessarie per la tutela della salute e la sicurezza dei suoi dipendenti nei luoghi di lavoro ma anche di accertarsi e vigilare che questi rispettino tali misure di modo che il concorso di colpa del dipendente non costituisca una esimente per tale responsabilità (Cass. 13 ottobre n. 13690, in *MGC*, 2000, 2135).


Non solo, ma il datore di lavoro è tenuto, secondo l'interpretazione più accreditata anche in dottrina, ad un aggiornamento continuo delle predette misure è ciò per adeguarle sia in relazione ai successivi cambiamenti organizzativi e produttivi che in relazione al grado di evoluzione delle tecnologie utilizzate (A. VALLEBONA, *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, Cedam, Padova, 2004, vol. II, 194 ss.; L. GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001, 194 ss.; M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1995, 87 ss.).

È opinione ormai consolidata in giurisprudenza, infatti, che “per quanto l'art. 2087 c.c. non configuri un'ipotesi di responsabilità oggettiva – in quanto la responsabilità del datore di lavoro va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento – tuttavia, ai fini dell'accertamento della responsabilità del datore di lavoro, incombe al lavoratore che lamenti di aver subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare esclusivamente l'esistenza di tale danno, la nocività dell'ambiente di lavoro e il nesso causale tra questi due elementi. Quando il lavoratore abbia provato tali circostanze grava sul datore di lavoro l'onere di dimostrare di aver adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno ovvero che la patologia lamentata dal dipendente non è ricollegabile all'inosservanza di tali obblighi” (Cass. 6 luglio 2002 n. 9856, in *MGC*, 2002, 1181; Cass. 18 febbraio n. 1886, in *MGC*, 2000, 406).

In tema di responsabilità del datore di lavoro per violazione delle disposizioni dell'art. 2087 c.c., la giurisprudenza ha anche precisato che il relativo onere della prova di aver adottato tutte le misure necessarie per tutelare l'integrità fisica e morale dei lavoratori deve essere correlato all'esatta individuazione della dinamica dell'infortunio prospettato dal quale si ritiene debba far derivare la responsabilità del datore di lavoro. Quest'ultima, infatti, non può estendersi al fatto di aver posto tutte le cautele che avrebbero impedito l'evento qualunque ne sia stata, in astratto, la dinamica e la causa efficiente (Cass. 17 novembre 1993 n. 11351, in *MGC*, 1993, fasc. 11; Cass. 11 aprile 1987 n. 3641, in *MGC*, 1987, fasc. 4; Cass. 2 dicembre 1983 n. 7224, in *MGC*, 1983, fasc. 11). La stessa giurisprudenza ha, inoltre, affermato che la condotta del lavoratore può eventualmente comportare la totale esclusione della responsabilità del datore di lavoro nel momento in cui la stessa risulti essere attuata secondo le caratteristiche di abnormità, di opinabilità e di esorbitanza rispetto al contenuto dell'attività lavorativa e della natura delle direttive datoriali e questo anche quando l'infortunio derivi da cause del tutto eccezionali e atipiche.

Sembra, peraltro, importante sottolineare come tale principio, già enunciato dalla giurisprudenza della Cassazione civile, trovi conferma anche in sede penale. La Cassazione penale ha, peraltro, definito abnorme « quel comportamento imprudente del lavoratore o posto in essere da quest'ultimo del tutto autonomamente e in un ambito estraneo alle mansioni affidategli e, pertanto, al di fuori dei ogni prevedibilità del datore di lavoro o che rientri nelle mansioni che gli sono proprie ma sia consistito in qualcosa di radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro » (Cass. pen. 27 novembre 1996 n. 952, in *Ced. Cass. Pen.*, 1997). Inoltre, ha anche precisato che l'imprevedibilità del comportamento del lavoratore costituisce un'esimente della responsabilità datoriale nel caso in cui il lavoratore « abbia posto in essere una condotta prevedibile, esorbitante dal procedimento di lavoro incompatibile con il sistema di lavorazione, cioè in qualche modo abnorme » (Cass. pen. 16 dicembre 1983, in *Riv. Pen.*, 1985, 468).

17. Sciopero

17.1. Cass. 17 dicembre 2004 n. 23552 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4).

Sciopero - Legittimità e limiti.

Il diritto di sciopero di cui all'art. 40 Cost. può essere legittimamente esercitato con ogni astensione dal lavoro decisa ed attuata collettivamente per la tutela di interessi collettivi incidenti sul rapporto di lavoro – salvo i limiti fissati per particolari settori – a prescindere dalla fondatezza delle pretese perseguite, dalla mancanza di una sua proclamazione formale e di un tempestivo preavviso. Rimane salvo il limite costituito dal danno alla produttività aziendale (art. 41 Cost.) e della lesione del diritto alla incolumità personale.

Sui limiti del diritto di sciopero


Con la sentenza in commento la Corte di cassazione è tornata a pronunciarsi sui cosiddetti limiti da attribuire al diritto di sciopero. Nel caso di specie ad un operaio dell'azienda Ideal Camin s.r.l. era stato inflitto il licenziamento a seguito di contestazione disciplinare (consistente nella sospensione dal lavoro) per essersi assentato dal posto di lavoro in data 10 giugno 1996. Il lavoratore aveva aderito ad uno sciopero proclamato ed effettuato nello stesso giorno (10 giugno 1996) da parte dei dipendenti dell'azienda e dalla O.S. Cgil di Savona per protestare contro i continui cambiamenti di orario da parte del datore.

La Corte di cassazione, fedele al proprio costante orientamento in materia (vedi, tra le altre, Cass. 22 luglio 1984 n. 4260, in *NGL*, 1984, 431; Cass. 8 agosto 1987 n. 6831, in *MGL*, 1987, 459), ha stabilito che il diritto di sciopero, riconosciuto dall'art. 40 Cost. e attribuito direttamente in capo ad ogni singolo lavoratore, non incontra limiti diversi da quelli propri della *ratio* storico-sociale che lo giustifica e dalla intangibilità di altri diritti o interessi costituzionalmente garantiti stante la mancata attuazione della disciplina legislativa prevista da detta norma. Secondo la Cassazione, pertanto, non si ha sciopero se non in presenza di una astensione dal lavoro decisa ed attuata collettivamente per la tutela di interessi collettivi. L'astensione può essere anche di natura non salariale o a carattere politico generale purché incidente sul rapporto di lavoro. Sono vietate esclusivamente le forme delittuose lesive in particolare della incolumità o della libertà della persona o ancora lesive dei diritti di proprietà della medesima nonché del diritto di libertà economica e produttiva riconosciuto all'imprenditore dall'art. 41 Cost. (in dottrina, per tutti, vedi M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 423 ss.; G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001, 237).

Nessun rilievo, secondo la Corte, deve essere riconosciuto alla fondatezza o ragionevolezza delle pretese perseguite. Né può essere attribuito rilievo alla mancanza di tentativi di conciliazione, o alla mancanza di una formale proclamazione, in quanto lo sciopero, proprio per la sua connaturale funzione di autotutela degli interessi dei lavoratori ha come effetto quello di arrecare un danno al datore di lavoro riducendo la produzione dell'azienda. Seguendo questa impostazione la Corte ha confermato la sentenza di secondo grado, favorevole al lavoratore, che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento dello stesso ed ha rigettato il ricorso promosso dall'azienda sopra citata. In ogni caso la Cassazione, ha ritenuto valida la ricostruzione della Corte d'Appello secondo cui era stato violato, nella fattispecie in esame, anche il criterio della proporzionalità tra il fatto contestato e la sanzione applicata *ex art.* 2106 c.c.

È evidente come la sentenza della Corte in commento segua la svolta concettuale che

trova originario fondamento nella sentenza della stessa Cass. n. 711/1980 (in *GC*, 1980, I, 1888) secondo la quale per stabilire quali sono le condotte da definire sciopero ai sensi dell'art. 40 Cost. occorre fare riferimento alla prassi delle relazioni industriali; non è dunque possibile affidarsi a definizioni aprioristiche (in dottrina, per tutti vedi, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 243 ss.). Con questa pronuncia la Cassazione ha superato un proprio precedente orientamento, seguito dall'entrata in vigore della Costituzione sino agli anni Ottanta, che attribuiva e riconosceva una serie di limiti cosiddetti interni allo sciopero, derivanti dalla sua stessa definizione i quali però, non trovavano riscontro nella realtà fattuale e non avevano ragione di essere posti. Non vi sono più attualmente, pertanto, definizioni astratte di sciopero. L'unico limite all'astensione per sciopero che oggi la giurisprudenza di legittimità e di merito riconosce è quello derivante dal danno alla produttività aziendale, consistente in un danno talmente vasto arrecato alla attività produttiva del datore (ad esempio la distruzione degli impianti produttivi) tale da configurare la impossibilità dell'impresa di continuare la produzione, in violazione del principio, anch'esso riconosciuto dalla Costituzione, secondo cui l'iniziativa economico-privata è libera (art. 41, comma 1, Cost.).

È parimenti evidente come la sentenza oggetto di commento tratti di una fattispecie che esula dall'ambito di applicazione della l. n. 146/1990 e successive modificazioni in materia di disciplina del diritto di sciopero nell'ambito dei cosiddetti servizi pubblici essenziali. Qualora lo sciopero fosse stato proclamato ed effettuato nell'ambito di una azienda che eroga servizi pubblici essenziali riconosciuti come tali dall'art. 1 della menzionata legge, questo stesso sciopero, posto in essere dal lavoratore, sarebbe risultato illegittimo ai sensi dell'art. 2, comma 2, l. n. 146/1990 e successive modificazioni, nonché ai sensi di un eventuale accordo di settore sottoscritto dalle parti in materia di servizi minimi da garantire in caso di sciopero. Le violazioni da contestare sarebbero state: la mancata effettuazione delle procedure di raffreddamento e conciliazione; il mancato rispetto di un termine di preavviso in quanto, nel caso di specie, lo sciopero è stato proclamato ed effettuato nel medesimo giorno (10 giugno 1996); la mancata indicazione della durata e delle prestazioni indispensabili da garantire nel corso dello stesso. Queste violazioni avrebbero comportato l'apertura del procedimento di valutazione da parte della Commissione di Garanzia ai sensi degli artt. 13, comma 1, lett. *i*), e 4, comma 4-*quater*, l. n. 146/1990 e successive modificazioni, e in caso di valutazione negativa del comportamento del soggetto collettivo proclamante (nel caso di specie la O.S. territoriale Cgil di Savona), l'applicazione di una sanzione pecuniaria amministrativa ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge più volte citata. Solo nel caso in cui non fosse stato possibile accertare la responsabilità del soggetto collettivo proclamante e la Commissione di Garanzia si fosse trovata di fronte ad una astensione cosiddetta spontanea, la stessa Commissione, dopo avere valutato negativamente il comportamento del comitato promotore organizzatore dell'astensione ai sensi degli artt. 13, comma 1, lett. *i*), e 4, comma 1, della legge, avrebbe demandato al datore di lavoro il compito di aprire il procedimento disciplinare a carico dei lavoratori partecipanti alla illegittima astensione con la possibilità, tuttavia, di irrogare le sole sanzioni disciplinari non estintive del rapporto di lavoro (per un approfondimento si rinvia alle delibere della Commissione di Garanzia di orientamento generale 12 febbraio 2003, n. 3/32, in materia di sciopero spontaneo e 22 aprile 2004 n. 4/292 in materia di applicazioni delle sanzioni disciplinari ai singoli lavoratori (in  indice A-Z, voce *Sciopero*). Anche in questa estrema eventualità il lavoratore, dunque, non avrebbe potuto essere licenziato per avere posto in essere una astensione dal lavoro senza il rispetto delle

regole di cui alla l. n. 146/1990 e successive modificazioni proprio in virtù del più volte citato art. 40 Cost. che eleva lo sciopero a diritto soggettivo assoluto della persona.

Maria Rita Iorio
Ricercatore

Adapt - Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »

18. Trasferimento d'azienda

18.1. Cass. 8 novembre 2004 n. 21248 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 10).

Trasferimento d'azienda - Pubblica amministrazione - Applicabilità art. 2112 c.c.

In ossequio al principio per cui l'interpretazione del diritto comunitario fornita dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee è immediatamente applicabile nell'ordinamento interno ed impone al giudice nazionale di disapplicare le disposizioni di tale ordinamento che, sia pure all'esito di una corretta interpretazione, risultino in contrasto o incompatibili con essa, poiché detta Corte ha ritenuto (con le sentenze 19 maggio 1992, resa in causa C-29/91, 14 settembre 2000, resa in causa C-343/98 e 25 gennaio 2001, resa in causa C-172/99) che il trasferimento di impresa, ancorché risulti da decisioni unilaterali delle P.A., rientra nel campo di applicazione della direttiva CEE del consiglio n. 77/187 del 14 febbraio 1977 sin dal suo testo originario, allorché i lavoratori interessati al tempo del trasferimento siano soggetti ad uno statuto di diritto del lavoro, deve ritenersi che l'art. 2112 c.c., in tema di trasferimento di impresa, sia applicabile anche al trasferimento di impresa che sia disposto con atto unilaterale della P.A., limitatamente all'ipotesi in cui i lavoratori interessati siano soggetti all'atto del trasferimento allo statuto di diritto comune del lavoro e non ad uno statuto di diritto pubblico (sulla base di tale principio la Suprema Corte ha corretto in diritto la motivazione della sentenza di merito che aveva ritenuto non configurabile un trasferimento d'azienda agli effetti dell'art. 2112 c.c., in una fattispecie in cui veniva in considerazione la trasformazione – con effetto dal 1° gennaio 1985 – del servizio autonomo di economia di nettezza urbana del Comune di Roma in azienda municipalizzata, Amnu, poi divenuta Ama, azienda municipale per l'ambiente, in forza di deliberazione municipale, ma ha rigettato il motivo di ricorso che invocava i benefici dell'applicazione dell'art. 2112 cit., per essere i lavoratori all'atto della trasformazione soggetti, in quanto dipendenti del Comune, ad uno statuto di diritto pubblico).

Applicabilità dell'art. 2112 c.c. al trasferimento di azienda disposto dalla P.A. con provvedimento autoritativo

Nella sentenza in epigrafe la Cassazione si discosta dal precedente orientamento giurisprudenziale (da ultimo si veda Cass. 24 marzo 2004 n. 5934, in *FI*, 2004, I, 2034), e afferma che le garanzie previste in tema di trasferimento di azienda dall'art. 2112 c.c. a tutela dei lavoratori subordinati, sono pienamente applicabili anche nell'eventualità in cui il trasferimento sia disposto dalla Pubblica Amministrazione, non con atto negoziale privato, bensì con provvedimento autoritativo.

Nell'esame della fattispecie concreta la S.C. innanzitutto ribadisce il principio della prevalenza del diritto comunitario sulle norme dell'ordinamento interno discordanti; inoltre la Cassazione precisa che tale principio deve considerarsi applicabile anche alle direttive comunitarie le quali siano caratterizzate da sufficiente precisione e immediata applicabilità, stante la sussistenza della c.d. efficacia verticale diretta delle stesse. (In proposito si richiamano innanzitutto le pronunce della Corte di Giustizia delle Comunità europee, tra cui C. Giust. 15 luglio 1964 causa 6/64, in *Racc.*, 1964, 1129; C. Giust. 9 marzo 1978 causa 106/77, in *Racc.*, 1978, 629; C. Giust. 10 aprile 1984 causa 14/83, in

FI, 1985, IV, 59; C. Giust. 13 novembre 1990 causa 106/89, in *GI*, 1993, I, 1, 126; C. Giust. 14 luglio 1994 causa 91/92, in *Racc.*, 1994, I-0325. Le sentenze della C. Cost. 8 giugno 1984 n. 170, in *GC*, 1984, I, 1098; C. Cost. 23 aprile 1985 n. 113, in *FI*, 1985, I, 1600; C. Cost. 2 febbraio 1990 n. 64, in *RIDPC*, 1991, 440; C. Cost. 18 aprile 1991 n. 168, in *GCost*, 1991, 1409. Nonché la Cassazione con, tra le tante, le sentenze Cass. 20 settembre 2003 n. 13949, in *MGL*, 2003, 914; Cass. 21 maggio 2002 n. 7449, in *OGL*, 2002, I, 302; Cass. 23 gennaio 2002 n. 752, in *RCP*, 2002, 738; Cass. 1° febbraio 2000 n. 1099, in *CG*, 2000, I, 1690).

A seguire, la S.C. entra nel merito della questione e afferma la conformità e correttezza della decisione emessa in appello, salva però la necessità di una modifica della motivazione in diritto della stessa. Ciò in quanto la Cassazione, esaminato il rapporto di lavoro e osservato che il trasferimento d'azienda risale al gennaio 1983, ritiene applicabile la disciplina dettata in materia dalla direttiva comunitaria n. 77/187, emessa dal Consiglio il 14 febbraio 1977. E del resto si rileva come l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia al dettato specifico della direttiva in esame (e delle successive modifiche a questa apportate) sia sempre stata assai lata, e ciò nonostante l'art. 1, comma 1, lett. a), parli esclusivamente di "cessione contrattuale o fusione". Proprio in considerazione di tutto questo, la S.C. afferma che scopo della direttiva in esame era, non già l'uniformazione del livello di tutela di tutti i rapporti di lavoro dipendente sussistenti all'interno della Comunità, bensì il ravvicinamento delle relative discipline sì da "garantire, nei limiti del possibile, la continuazione del contratto di lavoro". Proprio in considerazione di tale volontà la Corte ritiene che l'art. 2112 c.c. sia applicabile anche al dipendente di ente pubblico la cui azienda sia oggetto di trasferimento, anche a seguito di provvedimento autoritativo della P.A., purché il relativo contratto di lavoro sia soggetto alla disciplina di diritto comune. Dal momento che, il ricorrente era invece un dipendente pubblico, soggetto al particolare *status* di questi (che nel 1983 era ancora in pieno vigore), la Cassazione opta per la conferma della sentenza di appello e il rigetto del primo motivo di ricorso (in tale senso la giurisprudenza comunitaria, C. Giust. 14 settembre 2000 causa 343/98, in *Racc.*, 2000, I-06659; e nazionale, Cass. 21 maggio 2002 n. 7449, in *OGL*, 2002, I, 302).

Nonostante l'esito, negativo, finale la sentenza in esame presenta dei motivi di profondo interesse, specie in considerazione del fatto che contrasta la precedente giurisprudenza della S.C. Infatti ancora nel 2004 (sentenza del 24 marzo 2004, n. 5934, in *FI*, 2004, I, 2034) la Cassazione negava l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. ai trasferimenti attuati a seguito di provvedimento autoritativo della P.A.

Occorre peraltro notare che oggi il legislatore nazionale stesso ha predisposto norme specifiche per il caso di "trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati" (così l'art. 31, d.lgs. n. 165/2001), sancendo l'applicabilità al personale oggetto del passaggio dell'art. 2112 c.c. (come modificato dal d.lgs. 18/2001 e dal d.lgs. n. 276/2003, anche se l'applicabilità dell'*an* e del *quantum* di quest'ultimo alla P.A. è assai discussa), nonché delle procedure di informazione e consultazione *ex l.* n. 428/1990, art. 47, commi da 1 a 4. E si rileva altresì come tali norme siano essenzialmente nate per realizzare il pieno adeguamento dell'ordinamento italiano alle statuizioni comunitarie, come definite dalla direttiva n. 77/187/CEE e successive modificazioni (essenzialmente quelle apportate dalle direttive n. 98/50/CEE e n. 2001/23/CEE).

In materia si vedano: S. MAINARDI, D. CASALE, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggi di personale*, in *QDLRI*, 2004, n. 28, 165; S. MAINARDI, *Trasferimento di attività e passaggio di dipendenti a soggetti pubblici o privati*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni*

pubbliche. Dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998, Giuffrè, Milano, 967; A. PIZZOFERRATO, *La nozione "giuslavoristica" di trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *RIDL*, 1998, II, 429.

Susanna Ferrario

*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Milano*

18.2. Cass. 28 settembre 2004 n. 19379 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 10).

Trasferimento d'azienda - Opposizione del lavoratore al trasferimento - Rilevanza del consenso del lavoratore - Direttiva n. 77/187/CEE.

La direttiva della CEE n. 187 del 14 febbraio 1977 stabilisce che, in caso di cessione di azienda, il trasferimento all'impresa cessionaria del rapporto di lavoro dei dipendenti addetti dell'azienda ceduta ha luogo automaticamente. Resta ferma peraltro, secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia Europea con la decisione del 24 gennaio 2002, la facoltà di tali dipendenti di opporsi al trasferimento presso la cessionaria. Se un lavoratore addetto all'azienda ceduta chiede, avvenuta la cessione, di riprendere servizio presso l'impresa cedente, egli manifesta in tal modo la rinuncia al trasferimento automatico presso la cessionaria. Per effetto di tale rinuncia egli resta dipendente della cedente.

Il diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento di azienda: arma a doppio taglio

Nel caso *de quo*, avente per oggetto la cessione di una azienda giornalistica, il lavoratore ricorrente affermava che predetta cessione, con trasferimento degli arredi, dei macchinari e della testata giornalistica, si era realizzata a sua insaputa mentre era in aspettativa e che era stato licenziato sul presupposto che la società datrice di lavoro fosse stata posta in liquidazione, mentre a seguito della cessione di azienda il rapporto di lavoro avrebbe dovuto proseguire presso la società cessionaria. Il Tribunale, in secondo grado di giudizio, pur riconoscendo che nella specie era intervenuto un trasferimento d'azienda *ex art. 2112 c.c.*, tuttavia, decideva che tale trasferimento non aveva determinato il proseguimento del rapporto di lavoro dell'appellante presso il cessionario, in quanto la richiesta di essere saldata dei suoi crediti di lavoro e altra richiesta di riprendere l'attività lavorativa nei confronti della società cedente avrebbero dimostrato disinteresse e, quindi, volontà abdicativa in ordine al proseguimento del rapporto di lavoro presso la società cessionaria anche se tale volontà non si era formalizzata in una vera e propria rinuncia formale. La S.C. conferma la sentenza del giudice di appello, richiamando al riguardo la sentenza della Corte di Giustizia del 24 gennaio 2002 laddove afferma che la norma della direttiva n. 77/187/CEE stabilisce che con la cessione d'azienda il trasferimento del rapporto di lavoro dei lavoratori dall'azienda ceduta all'azienda cessionaria ha luogo automaticamente, ferma restando, in ogni caso, la facoltà dei lavoratori di opporsi al trasferimento al cessionario. I giudici di legittimità, peraltro, ritengono elemento decisivo di prova della opposizione, pur tacita, del lavoratore, non il reclamo dei vantati crediti al cedente, essendo in tal caso responsabili in solido sia il cedente che il cessionario, bensì unicamente la richiesta di ripresa dell'attività lavorativa presso il cedente, richiesta che non era stata revocata nemmeno dopo che la cessione era stata perfezionata con atto pubblico.

La decisione in esame si inserisce nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla rilevanza del consenso del lavoratore nella fattispecie del trasferimento di azienda, ponendosi in contrasto con l'orientamento nettamente prevalente (cfr. recentemente Cass. 30 luglio 2004 n. 14670, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2004, n. 441; Cass. 12

maggio 2004 n. 9031, in *D&G*, 2004, fasc. 27, 103; Cass. 10 gennaio 2004 n. 206, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2004, n. 11; Cass. 22 luglio 2002 n. 10701, in *DL*, 2003, II, 207. In dottrina cfr. in particolare S. PICCININO, *Consenso del lavoratore e dimissioni per giusta causa*, in G. SANTORO PASSARELLI, R. FOGLIA, *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, Ipsoa, Milano, 2002, 76; U. RUNGALDIER, *Trasferimento di azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *DLRI*, 2000, 527; U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *RIDL*, 1995, I, 53) e a mio avviso più convincente, secondo il quale il lavoratore non avrebbe la possibilità di optare per la permanenza nell'azienda cedente. Le ragioni che vengono addotte da tale maggioritario orientamento sono infatti strettamente connesse con la funzione garantistica dell'art. 2112 c.c. È vero che una restrizione dell'ambito di applicazione della norma codicistica mediante un recupero (limitatamente al consenso del lavoratore) di un istituto come quello della cessione del contratto ex art. 1406 c.c., sarebbe indirizzato ad impedire di fatto che lo stesso trasferimento di ramo aziendale venga utilizzato come mero strumento a disposizione dell'imprenditore per lo smembramento della struttura imprenditoriale e l'espulsione di singole porzioni (e di singoli lavoratori) di quel complesso (cfr. sul punto F. SCARPELLI, *Esternalizzazione e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, 1999, 351). Tuttavia tale soluzione non pare condivisibile nella misura in cui omette di considerare che una più estesa nozione di azienda trasferita – accolta dalla stessa legislazione comunitaria (e dalla stessa Corte di Giustizia UE) almeno con riferimento alla nozione di azienda – non è certo funzionale ad una diminuzione delle tutele collettive e individuali dei lavoratori coinvolti nel trasferimento, bensì ad estendere le garanzie di continuità occupazionale nel modo più ampio possibile. È infatti del tutto evidente che la restrizione del campo di applicazione delle tutele lavoristiche in tema di trasferimento di azienda determina, in assenza della volontà e della possibilità datoriale di redistribuire su profili professionali equivalenti i lavoratori, la riespansione della libertà di recesso da parte dell'imprenditore. In altre parole ogni impresa potrebbe benissimo compiere l'operazione di esternalizzazione attraverso procedure di licenziamento (individuale o collettivo) e affidare poi in appalto (o servendosi di contratti commerciali di altro tipo) il servizio precedentemente dismesso. Ciò in definitiva solo a danno dei lavoratori coinvolti nei processi di dismissione di attività che in tal modo vengono per di più sottratti anche delle garanzie di tutela collettiva e individuale previste dalla disciplina in materia di cessione di azienda. Su tali presupposti la difesa del singolo posto di lavoro sulla base della parziale riconduzione della fattispecie alla cessione del contratto (art. 1406 c.c. che postula il consenso del lavoratore, contraente ceduto) non rappresenterebbe da nessun punto di vista un aggiuntivo elemento di sicurezza per il lavoratore, incentivando invece il ricorso a pratiche di esternalizzazione precedute dallo scioglimento, più o meno forzoso, del singolo rapporto. Senza contare, in una prospettiva ancor più ampia di razionalizzazione del mercato, che la riconduzione del trasferimento di azienda alla necessità del consenso del lavoratore, si presenterebbe “poco permeabile alle esigenze dei processi di ristrutturazione aziendale, di riconversione industriale e di delocalizzazione delle imprese. Esigenze queste alla cui soddisfazione è funzionalizzata invece la normativa dettata dall'art. 2112 c.c., volta a coniugare le ragioni dell'economia con quelle della tutela del lavoro” (così Cass. 23 luglio 2002 n. 10761, in *DL*, 2003, II, 215).

Lo stesso richiamo operato dalla sentenza in commento alla giurisprudenza comunitaria (in particolare C. Giust. 24 gennaio 2002 n. 51, in *DL*, 2003, 207) non appare decisivo, nella misura in cui è la stessa giurisprudenza a ribadire costantemente (cfr. C. Giust. 12 novembre 1998, *Europieces SA c. Sanders*, in *Rep.*, voce *Unione Europea*, 1999, n. 1286;

C. Giust. 7 marzo 1996, Mercks e Neuhuys c. Ford Motors, in *Rep.*, voce *Unione Europea*, 1996, n. 1270) come il trasferimento del contratto di lavoro si imponga sia per il datore sia per il lavoratore, non necessitando il consenso preventivo di quest'ultimo. La Corte di Giustizia ha solo evidenziato che la norma comunitaria va interpretata nel senso che non è di ostacolo a che il lavoratore possa rifiutare che il suo contratto di lavoro sia trasferito al cessionario, demandando peraltro ai singoli Stati membri la regolazione delle conseguenze del caso. Tale interpretazione, pienamente condivisibile in quanto sancisce un diritto fondamentale del dipendente di non essere obbligato a lavorare per un datore che non ha liberamente scelto, non pare peraltro in contrasto con la soluzione della automaticità del trasferimento nella misura in cui la facoltà di scelta, fra essere ceduto o meno ad un diverso datore di lavoro, viene comunque garantita attraverso la possibilità di dimissioni successive all'avvenuto trasferimento; dimissioni che, del resto, potranno *ex art. 2112, comma 4, c.c.*, essere rassegnate per giusta causa, senza quindi necessità di preavviso, nei tre mesi successivi al trasferimento di azienda in caso di sostanziale modifica delle condizioni di lavoro.

Si consideri, da ultimo, che la problematica della rilevanza o meno del consenso del lavoratore si è posta nella giurisprudenza nazionale e comunitaria unicamente con riferimento alla ipotesi di cessione di ramo di azienda, sul presupposto che nessun lavoratore potesse avere interesse a negare il proprio consenso al trasferimento dell'intera azienda, « poiché così si sarebbe esposto al sicuro licenziamento da parte dell'imprenditore oramai spogliato dell'azienda ceduta » (così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003). Il caso *de quo*, sembra invece riferirsi proprio a una ipotesi di cessione totale dell'impresa, come si deduce dalla messa in liquidazione della società cedente, da cui la totale assenza di interesse del lavoratore al proseguimento del rapporto con la "vecchia" società.

Alberto Russo

Assegnista di ricerca

Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

19. Trattamento di fine rapporto

19.1. Cass. 25 novembre 2004 n. 22264 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 10).

Trattamento di fine rapporto - Retribuzione utile - Fringe benefit - Computabilità - Condizioni.

Nella valutazione di un fringe benefit quale retribuzione indiretta utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto devono essere presi in considerazione tutti gli elementi che lo caratterizzano, tra cui, come nel caso di specie, il pagamento dell'assicurazione e della tassa di proprietà da parte del datore di lavoro.

Sulla computabilità nel t.f.r. dei fringe benefits

Con la sentenza in epigrafe la Corte di cassazione risolve una controversia riguardante la retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, i cui criteri di determinazione sono dettati dall'art. 2120, comma 2, c.c. – come modificato dall'art. 1, l. n. 297/1982 – che fa riferimento a “tutte le somme, compreso l'equivalente delle

prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese”.

È orientamento consolidato in dottrina (cfr. G. PERA, *Retribuzione e trattamento di fine rapporto*, in *GC*, 1984, 405; M. D'ANTONA, *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, in *DLRI*, 1984, 269; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2003, 568-569; M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 556) e giurisprudenza quello per cui il concetto di retribuzione recepito nell'art. 2120 c.c. è ispirato al criterio dell'onnicomprendività. Pertanto, ai fini del calcolo del t.f.r. sono utili e rientrano nella retribuzione-parametro, tutti gli emolumenti che trovano la loro causa tipica e normale nel rapporto di lavoro cui sono istituzionalmente connessi, anche se non strettamente correlati alla effettiva prestazione lavorativa, mentre ne vanno escluse solo quelle somme rispetto alle quali il rapporto stesso costituisce una mera occasione contingente per la loro fruizione, quand'anche essa trovi la sua radice in un rapporto obbligatorio diverso, ancorché collaterale e collegato al rapporto di lavoro (Cass. 12 aprile 1995 n. 4197, in *MGI*, 1995, 519; Cass. 10 agosto 1996 n. 7431, in *MGI*, 1996, 674; Cass. 22 giugno 2000 n. 8496, in *MGI*, 2000, 788; Cass. 22 agosto 2002 n. 12411, in *GI*, 2003, 1593, con nota di M. VITALETTI; Cass. 8 gennaio 2003 n. 96, in *GLav*, 2003, n. 9, 26; Cass. 22 giugno 2004 n. 11644, in *GLav*, 2004, n. 38, 40).

Costituisce, poi, accertamento di fatto demandato al giudice di merito stabilire se in concreto una determinata utilità sia compresa tra gli emolumenti che trovano la causa tipica e normale nel rapporto di lavoro, oppure se per l'erogazione di determinati benefici questo rapporto costituisca una mera occasione contingente per la relativa fruizione (cfr. Cass. 10 agosto 1996 n. 7431, cit.; Cass. 3 novembre 2000 n. 14338, in *GLav*, 2000, n. 47, 52).

Il caso di specie ha ad oggetto la riconducibilità nella base di calcolo del trattamento di fine rapporto del beneficio (c.d. *fringe benefit*) costituito dall'utilizzo di autovetture, che il datore di lavoro ha concesso al lavoratore dipendente con modalità particolarmente vantaggiose, quali, lo sconto sul prezzo d'acquisto, la possibilità dopo un anno di sostituire, senza alcun addebito, la vettura con un'altra nuova e il pagamento dell'assicurazione (per responsabilità civile, furto e incendio) e della tassa di proprietà a carico dello stesso datore.

Secondo il giudice di merito il rapporto di lavoro era solo un'occasione per individuare il beneficiario dell'iniziativa; infatti, il beneficio non solo veniva concesso anche a dipendenti di altre società ma, altresì, non riguardava tutti i dipendenti che si trovavano nella medesima posizione contrattuale e per coloro che non acquistavano alcuna macchina non era previsto un *quid* sostitutivo. Nel caso *de quo*, pertanto, mancavano, a giudizio della Corte d'Appello, le caratteristiche necessarie per qualificare il *benefit* come retribuzione indiretta, a corrispettivo della prestazione lavorativa svolta.

La S.C., pur ritenendo che gli accertamenti di fatto e le conseguenze logiche che dagli stessi ha tratto il giudice di merito possano logicamente portare alla conclusione cui questo è pervenuto, ha cassato la sentenza (con rinvio ad altro giudice). Ad essere censurato è il fatto che, tra gli elementi che hanno determinato tale conclusione, non sia stato preso in considerazione il pagamento dell'assicurazione e della tassa di proprietà da parte del datore di lavoro. Si tratta di una circostanza che, qualora considerata unitamente a tutte le altre, potrebbe portare ad una diversa valutazione del *fringe benefit*.

Nel ricorso avverso alla sentenza d'appello, infatti, si lamentava la totale mancanza di statuizione circa le utilità del pagamento di premi assicurativi (per RC, incendio e furto) e tassa di proprietà dell'autovettura, ritenute decisive ai fini della valutazione del *benefit* ai sensi dell'art. 2120, in quanto rappresentano vantaggi ulteriori non giustificabili

qualora la concessione della macchina fosse una semplice compravendita e non un beneficio accordato in ragione del rapporto di lavoro.

In sostanza, dunque, nell'accertamento, demandato al giudice di merito, circa la ricorrenza in concreto di un emolumento computabile ai sensi dell'art. 2120, comma 2, c.c., si deve tener conto di tutti gli elementi e le circostanze che lo caratterizzano, tra cui, nel caso di *fringe benefit* costituito dalla concessione al lavoratore dell'autovettura, il pagamento dell'assicurazione e della tassa di proprietà a carico del datore di lavoro.

Michela Virgili

*Dottoranda di ricerca in Legislazione sociale europea
Università degli Studi di Macerata*

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Associazione in partecipazione

- quadro normativo (1.1.)
- trattamento previdenziale (1.2.)
- associazione in partecipazione e certificazione (1.3.)

Certificazione (contratti di lavoro)

- commissioni di certificazione (2.1.)
- sedi universitarie (2.2.)
- sedi pubbliche (2.3.)
- procedura (2.4.)
- competenza (2.5.)
- efficacia (2.6.)
- consulenza e assistenza alle parti (2.7.)
- bibliografia ragionata (2.8.)

Dirigenti

- accordo di rinnovo del Ccnl Confindustria (3.1.)
- accordo di rinnovo del Ccnl Confservizi (3.2.)
- accordo di rinnovo del Ccnl Confapi Federmanager (3.3.)
- bibliografia ragionata (3.4.)

Disabili (tutela dei)

- quadro normativo (4.1.)
- leggi regionali (4.2.)
- prassi amministrativa (4.3.)
- contrattazione collettiva (4.4.)
- bibliografia ragionata (4.5.)

Finanziaria (Legge)

- interventi in materia fiscale (5.1.)
- altri interventi (5.2.)
- lavoro e previdenza (5.3.)

Formazione e lavoro (contratto di)

- quadro normativo e prassi amministrativa (6.1.)
- contrattazione collettiva (6.2.)
- benefici contributivi (6.3.)
- bibliografia ragionata (6.4.)

Lavoratori extracomunitari

- flussi di ingresso – cittadini extracomunitari (7.1.)

- flussi di ingresso – cittadini neocomunitari (7.2.)
- regolamentazione nazionale (7.3.)
- regolamentazione regionale (7.4.)
- bibliografia ragionata (7.5.)

Partecipazione

- comitato paritetico per la gestione del fondo speciale per l'incentivazione della partecipazione dei lavoratori nelle imprese (8.1.)
- composizione del comitato (8.2.)
- incentivi: requisiti (8.3.)
- criteri per la gestione del fondo, modalità e tempi di erogazione degli incentivi (8.4.)

Previdenza

- Inps - Inail: cumulo fra prestazioni d'invalidità e rendita da inabilità permanente (9.1.)
- Inail: quadro normativo e prassi amministrativa (9.2.)
- soggetti da assicurare (9.3.)

Privacy (diritto alla)

- nuova disciplina della privacy: quadro normativo (10.1.)
- principali modifiche rispetto alla normativa previgente (10.2.)
- misure di sicurezza (10.3.)

Salute e sicurezza

- schema di ddl in materia di salute e sicurezza sul lavoro (11.1.)
- agenti chimici – malattie professionali (11.2.)
- bibliografia ragionata (11.3.)

Somministrazione

- condizioni di ricorso alla somministrazione (12.2.)
- divieti (12.4.)
- rapporto di lavoro (12.3.; 12.5.)
- ripartizione obblighi fra somministratore e utilizzatore (12.5.)

- *risoluzione del rapporto di lavoro (12.6.)*
 - *fondo bilaterale della somministrazione (12.8. - 12.10.)*
 - *inserimento lavoratori svantaggiati (12.11. - 12.14.)*
 - *contratto di somministrazione (nullità del) (12.1)*
 - *somministrazione irregolare (12.1.)*
 - *somministrazione fraudolenta (12.1.)*
 - *riferimenti dottrinali (12.7.)*
- Terziario**
- *quadro normativo (13.1.)*
 - *ruolo delle organizzazioni sindacali e bilateralità nel Ccnl (13.2.)*
 - *istituti contrattuali di categoria (13.3.)*
 - *flessibilità del lavoro (13.4.)*
 - *contratti a contenuto formativo (13.5.)*
 - *parte economica del Ccnl (13.6.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio
di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » all'indirizzo www.csmb.unimo.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Associazione in partecipazione

L'associazione in partecipazione dopo la riforma Biagi del mercato del lavoro

Sommario: **1.1.** L'istituto alla prova dopo la rivisitazione della riforma. – **1.2.** La strada verso la parificazione delle tutele: l'obbligo di iscrizione all'Inps. – **1.3.** Associazione in partecipazione e certificazione.

1.1. Lo schema contrattuale dell'associazione in partecipazione non è stato oggetto di intervento diretto da parte del decreto legislativo attuativo della c.d. riforma Biagi. Pertanto la struttura di fondo dell'istituto, regolata dall'art. 2549 e ss. c.c., non risulta modificata in alcuna maniera, né del resto avrebbe potuto esserlo, vista l'assenza di ogni riferimento a un potere di intervento in tal senso all'interno della legge delega n. 30/2003 (dubbi di costituzionalità, in proposito, sono stati già espressi da L. PELLACANI, *L'associazione in partecipazione nel decreto attuativo delle deleghe in materia di occupazione e di mercato del lavoro*, in *MGL*, 2003, 909).

L'associazione in partecipazione continua pertanto a costituire un contratto in cui un soggetto (l'associato) fornisce un determinato apporto ad un imprenditore associante, verso il corrispettivo di una partecipazione agli utili dell'impresa o di uno o più affari specifici, senza che sia costituito alcun vincolo sociale.

Il tipo concreto di associazione su cui vorrebbe incidere la riforma – e che ha visto nel 2004 il primo anno solare completo di applicazione – è quello in cui l'apporto dell'associato è rappresentato da, o anche da, una prestazione di attività personale, senza vincolo di subordinazione o garanzia di guadagno. L'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, prevede infatti, in dichiarata funzione anti-elusiva delle norme sul lavoro subordinato, che nel caso di attività resa in a.p. senza un'effettiva partecipazione ed adeguate erogazioni a chi lavora, l'associato acquista il diritto ai trattamenti economici, normativi e contributivi di un dipendente in posizione comparabile, salvo che sia fornita prova documentale del fatto che il rapporto rientri tra altre figure di contratto di lavoro, autonomo o subordinato, espressamente previste dall'ordinamento.

Da tempo il contrasto all'utilizzo fraudolento dell'a.p. ha impegnato la giurisprudenza nella ricerca di elementi distintivi tra l'attività del genuino associato e quella subordinata dissimulata. Tali criteri discretivi si sono rinvenuti, con un certa costanza, nella mancanza di effettiva partecipazione e controllo da parte dell'associato, in violazione delle norme sull'associazione, che prevedono l'obbligo del rendiconto (finale o con cadenza massima annuale) da parte dell'imprenditore associante ed i relativi poteri di controllo in capo al prestatore di lavoro (i quali, tuttavia, salvo il diritto assoluto al rendimento dei conti, sono previsti soltanto come eventuali dall'art. 2552, comma 2, c.c.); nell'assenza di un rischio effettivo in capo all'associato, con previsione di minimi retributivi garantiti o periodiche anticipazioni sugli utili, i quali tuttavia sono stati talvolta ritenuti compatibili con il genuino rapporto associativo, data l'ammissibilità di un patto contrario rispetto all'ordinaria divisione proporzionale di utili e perdite; nella presenza di subordinazione, intesa quale soggezione del prestatore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare dell'associante, oltre i limiti previsti dall'art. 2552, comma 1, c.c. che attribuisce allo stesso – quale soggetto su cui incombe il rischio maggiore, conservando, esso soltanto, responsabilità patrimoniale diretta verso i terzi (*ex art. 2551 c.c.*) – il potere direttivo finalizzato alla gestione dell'impresa o dell'affare, ed il lavoratore si trovi a tutti gli effetti inserito nell'organizzazione aziendale, obbedendo ad ordini specifici, più intensi di semplici direttive, attinenti anche le modalità di esecuzione della prestazione (Cass. 7 ottobre 2004 n. 20002, in *GLav*, 2002, n. 48, 31).

Il decreto ha recepito un orientamento consolidato della giurisprudenza, prevedendo che quando manchi la partecipazione effettiva e non vi sia adeguato compenso al prestatore, il rapporto debba essere considerato a tutti gli effetti quale lavoro dipendente, con attribuzione di tutti i trattamenti tipicamente spettanti tra cui la tutela contro il licenziamento illegittimo. Sotto il profilo dell'effettività della partecipazione, tuttavia, il decreto non ha aggiunto alcunché all'ordinario potere qualificatorio dei giudici i quali potevano anche prima statuire che nel caso in cui l'associazione in partecipazione non fosse genuina per mancanza di effettiva partecipazione, il rapporto dovesse considerarsi subordinato. La carenza di partecipazione, infatti, costituisce fattore indicativo della posizione di inferiorità di colui che conferisce (ma in realtà presta) attività nell'associazione. Il che significa che la norma non dovrebbe essere applicabile nei casi in cui non esiste posizione di debolezza, tanto da non sembrare né logica né costituzionale una riconduzione forzosa alla subordinazione: non è soltanto il caso del ragioniere commercialista che, in cambio di una partecipazione agli utili, curi la contabilità aziendale con una prestazione di poche ore alla settimana (in quanto tale attività rientrerebbe tra quelle di lavoro autonomo espressamente nominate le quali, per di più, si sottraggono anche alla disciplina del lavoro a progetto, potendo essere tuttora oggetto di collaborazioni coordinate atipiche); ma anche al lavoro di un meccanico (attività che può essere indifferentemente prestata in regime di autonomia o di subordinazione) il quale, titolare di una propria separata attività, conferisca alcune prestazioni in associazione con la stessa modalità sopra indicata. Quindi, l'assenza di effettiva partecipazione prevista dalla norma è indicativa della subordinazione del prestatore all'associante: con il che, è ben evidente che la norma non ha detto nulla di nuovo.

Maggiori problemi fa sorgere il secondo requisito previsto in via cumulativa quale fattore di riconduzione del rapporto al lavoro subordinato, consistente nell'assenza di adeguate erogazioni a chi lavora e che sembra contraddire, preso da solo, il principio della necessaria sussistenza di un rischio a carico dell'associato, sebbene in realtà tenda ad equilibrare – aggiungendovi una condizione – l'apparente gravosità dell'aspetto sopra visto. L'adeguatezza delle erogazioni è così ulteriore indice dell'effettiva subordinazione, e soggezione economica, dell'associato rispetto all'associante tale da giustificare ed, anzi, rendere necessaria la riconduzione del rapporto a quello dipendente allo scopo di evitare l'uso fraudolento dello schema associativo.

In sostanza, dacché l'associazione in partecipazione costituisce un contratto intrinsecamente paritario (ovvero, stipulato da due parti aventi in linea di principio la stessa forza e la stessa libertà ed effettiva volontà di concludere proprio tale tipo contrattuale e non uno diverso), essa dovrà ritenersi elusiva ogni qual volta detto schema venga sostanzialmente imposto al prestatore, che non è quindi realmente libero di scegliere ma si trova piuttosto nella necessità di concludere, pur di lavorare e sperare in un reddito.

1.2. L'allargamento delle tutele e la parificazione generalizzata del costo del lavoro, indipendentemente dal vincolo di subordinazione, costituisce elemento di riequilibrio del sistema, rendendo meno convenienti le fughe dal lavoro dipendente. L'altro indispensabile ingrediente parrebbe essere una meno restrittiva impostazione interpretativa da parte delle Corti, che rendono il lavoro subordinato meno appetibile non solo dal punto di vista economico, ma anche dal lato pratico, essendo notoriamente un rapporto dalle spesso complesse vicende risolutive, ben diverse da quelle comuni ai contratti del diritto civile.

Su tale strada appare di rilievo il fatto che, a decorrere dal 1° gennaio 2004, gli associati in partecipazione che apportano attività lavorativa ed i cui compensi sono qualificati come di lavoro autonomo, sono tenuti ad iscriversi alla gestione apposita presso l'Inps, ai sensi dell'art. 43, d.l. n. 269/2003, con esclusione dei professionisti iscritti ai relativi

albi (si veda T. BUSSINO, *Associati in partecipazione e obbligo di iscrizione all'INPS*, in *GLav*, 2004, n. 15, 44), dacché presumibilmente iscritti alle rispettive Casse di previdenza.

Con circ. n. 57/2004 (☞ in *Boll. Adapt*, 2004, n. 13) l'Inps ha precisato i termini e gli adempimenti relativi all'iscrizione, con comunicazione da presentarsi su apposito modulo entro il 31 marzo 2004, per i rapporti associativi preesistenti, ed entro 30 giorni dall'inizio dell'attività lavorativa (l'art. 43, comma 8, d.l. n. 269/2003, come modificato dalla legge di conversione n. 326/2003, non prevede detto termine dilatorio) per tutti quelli successivi; nella comunicazione, oltre a dover essere allegata copia del contratto di a.p., dovranno anche essere indicati i dettagli relativi al tipo di attività svolta. Mentre la comunicazione incombe sul lavoratore, l'obbligo contributivo per l'assicurazione invalidità, vecchiaia e superstiti – che sorge al momento dell'effettiva corresponsione di somme, anche a titolo di acconto e salvo conguaglio in sede di determinazione annuale del reddito (ed il relativo termine di versamento è fissato al giorno 16 del mese successivo) – è ripartito tra l'associante e l'associato nella misura, rispettivamente, del 55% e del 45%, con aliquota di prelievo pari a quella prevista per i commercianti (17,30% fino al limite reddituale di euro 37.883,00 e 18,30% sulla quota eccedente). Restano escluse altre forme di tutela sociale previste dall'art. 38 Cost., quale l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria. Reciprocamente, del resto, Cass. 27 febbraio 2001 n. 2854 (in *LG*, 2001, 746), aveva statuito la conservazione del diritto all'iscrizione nelle liste di mobilità ed alla relativa indennità per il lavoratore associato in partecipazione.

1.3. Appare scontato che il contratto di a.p., date le conseguenze sanzionatorie cui *supra* si è accennato, sarà uno dei più ricorrenti “clienti” delle Commissioni di certificazione che opereranno *ex art. 75 e ss.*, d.lgs. n. 276/2003 (che, infatti, prevedeva espressamente tra gli oggetti della certificazione volontaria il contratto di a.p., al fine di ridurre il contenzioso in merito all'effettiva qualificazione del rapporto). Se è vero che il 2004 è stato l'anno dedito sostanzialmente all'organizzazione dell'attività di detti organi, è altrettanto vero che il 2005 costituirà il banco di prova del servizio: il primo scoglio da superare sarà costituito dall'ottenimento della fiducia dell'utenza in relazione agli effetti (pur limitati) dell'accertamento, *conditio sine qua non* di un ricorso effettivo e generalizzato a tale istituto (l'ampia estensione del quale costituisce a propria volta elemento di persuasione dell'interprete, il Giudice, che sarà eventualmente chiamato *ex post* a qualificare i singoli rapporti di a.p.).

Motivo della particolare attenzione che merita la certificazione nel rapporto di a.p. è rinvenibile nelle previsioni di cui al citato art. 86, comma 2, d.lgs. n. 276, il quale prevede che il (falso) associante possa fornire la prova dell'assenza di subordinazione in capo al (falso) associato, nei casi dubbi o in cui manchi l'effettiva partecipazione ed adeguate erogazioni al prestatore, soltanto mediante idonee attestazioni o documentazioni: il che fa correre immediatamente il pensiero alla certificazione la quale potrà anche essere utilizzata per comprovare, da parte di soggetto particolarmente autorevole, che le condizioni contrattuali del rapporto sono idonee a configurare, in linea di principio, una genuina associazione in partecipazione.




Luca Ruggiero
Professore a contratto
Università degli Studi di Genova











2. Certificazione (contratti di lavoro)

L'istituto della certificazione tra decretazione ministeriale e circolari interpretative

Sommario: **2.1.** Le Commissioni di certificazione. – **2.2.** Le sedi universitarie. – **2.3.** Le sedi


pubbliche. – **2.4.** Procedura. – **2.5.** Competenza. – **2.6.** Efficacia della certificazione. – **2.7.** Consulenza e assistenza alle parti. – **2.8.** Riferimenti dottrinali.

2.1. Definite per la prima volta, su base sperimentale e volontaria, nell'ambito di un accordo sottoscritto nel 2000 tra il Centro Studi Internazionali e Comparati dell'Università di Modena e Reggio Emilia e la Regione Emilia Romagna - Assessorato Attività Produttive ( in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Certificazione*) le Commissioni di certificazione dei contratti di lavoro sono diventate pienamente operative nel corso del 2004. La definizione delle sedi e delle procedure di certificazione di cui agli artt. 76 e ss., d.lgs. n. 276/2003, è infatti stata completata attraverso il decreto interministeriale 14 giugno 2004, relativo alle Università ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 23), e il dm 21 luglio 2004, relativo alle sedi pubbliche ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 31).

Numerose sono, in particolare, le sedi di certificazione già operative presso le Direzioni provinciali del lavoro (si vedano i decreti istitutivi presso le sedi di Macerata ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 46), Ascoli Piceno, Bari, Bergamo ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 48), Modena, Gorizia, Asti ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 3), Brescia, Avellino, Pesaro e Urbino, Sondrio, Forlì e Cesena, Verona ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 1), Como, Massa Carrara, Piacenza, Sassari, Campobasso, Matera ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 5), Cremona, Lecce, Livorno, Savona ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 7), Ancona, Alessandria, Prato, Vercelli, Rimini, Venezia e Latina ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 9), Aosta e Pescara ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 8), Trieste ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 10), Roma ( in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Certificazione*).

2.2. Specificando quanto previsto dall'art. 76, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, il decreto interministeriale 14 giugno 2004 ha istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'« Albo informatico delle Commissioni di certificazione istituite presso le Università, statali e non statali, legalmente riconosciute e autorizzate al rilascio di titoli aventi valore legale, comprese le Fondazioni universitarie ». Al Direttore generale della Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, è affidato il compito di provvedere alla tenuta dell'Albo e di acquisire le domande di iscrizione, nonché la relativa documentazione. Il decreto ministeriale prevede, ai fini dell'esercizio delle attività di certificazione ad opera delle Università, l'obbligo di registrazione presso il predetto Albo, previa presentazione della richiesta mediante lettera raccomandata, corredata da *floppy disc* che riproduca la necessaria documentazione (art. 3, comma 1, d.m. 14 giugno 2004). Ai fini dell'ottenimento della registrazione e del mantenimento della stessa, è previsto che le Università debbano inviare all'atto della registrazione, e ogni sei mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento a tipologie di lavoro indicate dal Ministero, nonché, ai fini del mantenimento della registrazione medesima, una relazione sulla attività di certificazione svolta. Gli elaborati provenienti dalle sedi di certificazione istituite presso le Università sono catalogati dalla Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro e vengono resi accessibili a fini di studio e ricerca. Detti elaborati risultano peraltro funzionali alla individuazione delle clausole indisponibili di cui all'art. 78, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, e alla definizione dei codici di buone pratiche e degli indici presuntivi di cui all'art. 84, comma 2 (art. 4, d.m. 14 giugno 2004).

Il decreto ministeriale non precisa le modalità di svolgimento delle attività di certificazione, che saranno dunque determinate dal regolamento interno delle Commissioni stesse nel rispetto delle regole procedurali stabilite dal d.lgs. n. 276/2003. Una volta iscritte nell'Albo, le Commissioni di certificazione universitarie potranno tuttavia operare esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza in conto terzi attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo. Una lettera circolare del 15

febbraio 2005 ha stabilito l'iter formale cui saranno soggette le Università in attesa dell'avvio – oramai imminente – del portale telematico dedicato alla procedura di acquisizione delle domande di iscrizione e della documentazione prescritta. Una successiva nota del 17 febbraio 2005 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 6) ha chiarito, in aderenza con la lettera e la *ratio* del d.lgs. n. 276/2003, che le Università potranno essere abilitate alla certificazione esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo ai sensi dell'art. 66, d.P.R. n. 382/1980. Questo significa che la sede di certificazione universitaria potrà essere autorizzata solo in presenza di specifiche convenzioni in conto terzi, debitamente firmate dal Rettore di Ateneo, dal Preside di Facoltà, dal Direttore di Dipartimento o Istituto ai sensi della organizzazione interna di ciascun Ateneo. Le competenze in materia di certificazione non vengono dunque attribuite alle Università in quanto tali, ma a docenti a tempo pieno di diritto del lavoro che svolgono, in regime di convenzione con soggetti privati, attività di vera e propria consulenza *intra moenia*. Questo significa che, nel promuovere la costituzione di una sede di certificazione, il docente universitario si impegna ad attirare verso la propria struttura universitaria importanti finanziamenti privati, che potranno poi consentire di trattenere giovani studiosi e di indirizzare la ricerca anche verso quei settori che sempre più raramente beneficiano di adeguati finanziamenti pubblici. Nell'ambito dei regimi convenzionali in conto terzi, infatti, una quota rilevante degli introiti viene trattenuta dagli Atenei, per la copertura di costi generali e anche per finanziare assegni di ricerca e le attività del personale amministrativo. Una opportunità, in ogni caso, affinché i docenti universitari di diritto del lavoro possano svolgere attività di consulenza e assistenza al mondo delle imprese, arricchendo la propria sensibilità ed esperienza, senza dover necessariamente abbandonare le aule e gli istituti universitari per la professione. Nulla vieta, peraltro, di integrare la Commissione di certificazione universitaria mediante la partecipazione di professionisti ed operatori della materia irrobustendo ancor di più, in questo modo, il dialogo tra teoria e prassi applicativa. È proprio questa, a ben vedere, la ragione per cui anche le Università sono state incluse nel novero dei soggetti autorizzati alla certificazione.

2.3. Il d.m. 21 luglio 2004 distingue le Commissioni di certificazione costituite presso le Direzioni provinciali del lavoro da quelle istituite presso le Province. Mentre le prime sono infatti composte dal dirigente preposto, che le costituisce mediante decreto e le presiede, da due funzionari addetti, o anche temporaneamente adibiti, al servizio politiche del lavoro, da un rappresentante dell'Inps e da un rappresentante dell'Inail, la Commissione di certificazione presso la Provincia prevede – accanto al Dirigente del Servizio provinciale per l'impiego, che la presiede, tre funzionari del Servizio politiche del lavoro, un rappresentante dell'Inps e un rappresentante dell'Inail – anche due rappresentanti sindacali, nominati dal presidente della Commissione su designazione delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello provinciale e due rappresentanti dei datori di lavoro, nominati dal presidente della commissione su designazione delle organizzazioni comparativamente più rappresentative dei datori di lavoro a livello provinciale. Con questo accorgimento le sedi di certificazione presso le Province potranno garantire con maggiore efficacia una reale attività di consulenza e assistenza alle parti, sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale sia con riferimento alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro.


2.4. Il procedimento di certificazione dei contratti di lavoro è volontario e consegue obbligatoriamente a una istanza scritta comune delle parti del contratto di lavoro.

Ciascuna sede di certificazione determina, all'atto della propria costituzione, le procedure di certificazione in coerenza ai codici di buone pratiche elaborati in sede ministeriale e, soprattutto, nel rispetto dei principi stabiliti dal d.lgs. n. 276/2003. Nel caso di enti bilaterali e Università, l'inizio del procedimento dovrà in ogni caso essere comunicato alla Direzione provinciale del lavoro che provvederà a inoltrare la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti. Con riferimento alle Direzioni provinciali del lavoro e alle Province, l'istanza di certificazione dovrà essere presentata in carta bollo e sottoscritta in originale dalle parti. Sulla base degli atti e documenti presentati, la Commissione verifica la correttezza del contratto scelto dalle parti e, ove si renda necessario, propone eventuali modifiche e integrazioni. È prevista una audizione delle parti avente per oggetto l'assunzione di informazioni sui fatti e sugli elementi dedotti o da dedurre nel contratto di lavoro di cui si chiede la certificazione. Le parti devono presenziare personalmente alla audizione e, solo in caso di comprovate motivazioni, valutate dal presidente della Commissione possono farsi rappresentare da un soggetto appositamente delegato. Il procedimento di certificazione deve in ogni caso concludersi entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della istanza. Al fine di uniformare le prassi presenti sull'intero territorio nazionale il d.lgs. n. 276/2003 prevede che, nei sei mesi dalla entrata in vigore del decreto, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali adotti, con proprio decreto, codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi. Tali codici dovranno recepire, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Come precisato dal dm 21 luglio 2004 in attesa dei codici di buone pratiche, le Commissioni di certificazione possono operare sulla base del proprio regolamento interno.

2.5. Con riferimento alla competenza delle singole sedi di certificazione, nel caso in cui le parti intendano presentare l'istanza di avvio della procedura di certificazione presso le Commissioni istituite in seno alle Direzioni provinciali del lavoro e alle Province le parti stesse dovranno rivolgersi alla Commissione nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore. Nel caso invece in cui le parti intendano presentare l'istanza di avvio della procedura di certificazione alle Commissioni istituite a iniziativa degli enti bilaterali, esse dovranno rivolgersi alle Commissioni costituite dalle rispettive associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro. Nessun limite è invece previsto per la competenza delle Università.

2.6. L'effetto prodotto dall'atto di certificazione è il medesimo, qualunque sia l'organo che ha effettuato la certificazione del contratto. Così, l'atto di certificazione prodotto presso la Commissione istituita in una struttura universitaria o in un ente bilaterale non possiede una minor forza giuridica rispetto a quello prodotto dalla Commissione istituita presso la Direzione provinciale del lavoro o la Provincia. Ai sensi dell'art. 79, d.lgs. n. 276/2003, una volta prodotto da una qualsiasi delle sedi abilitate, l'atto di certificazione produce i suoi effetti fino al momento in cui sia accolto uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili avverso di esso. In particolare, l'atto vincola *medio tempore* non solo le parti stipulanti il contratto oggetto di certificazione, ma anche i terzi che sono tuttavia legittimati attivi a instaurare uno dei rimedi di cui all'art. 80. L'atto di certificazione, in altre parole, ha il potere di conferire al contratto una particolare efficacia e un effetto di certezza che si impone ai terzi e che impedisce loro di mettere in discussione il contenuto dell'atto fino a che non intervenga una sentenza di merito che ne accerti l'invalidità. I soggetti terzi cui la norma si riferisce sono da identificarsi con i soggetti abilitati allo svolgimento dell'attività di vigilanza sulla corretta applica-

zione delle norme in materia di lavoro, quali gli istituti previdenziali, le Agenzie delle Entrate e gli organi periferici del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Questi soggetti, pertanto, in presenza di un contratto regolarmente certificato, potrebbero esercitare soltanto i poteri di accertamento e vigilanza; mentre è da escludere che possano validamente porre in essere atti di autotutela che presuppongano una contestazione della natura del rapporto. Ne consegue che per ottenere il recupero delle contribuzioni eventualmente omesse dal datore di lavoro è comunque necessario o l'annullamento da parte del giudice amministrativo dell'atto che impedisce l'azione di autotutela oppure la modifica ad opera del giudice ordinario della qualificazione originaria del contratto e la condanna del datore di lavoro alla regolarizzazione della posizione previdenziale del lavoratore. Non è tuttavia sostenibile che l'istituto in parola impedirebbe l'accertamento e l'azione degli enti previdenziali, così contravvenendo al principio di buon andamento della P.A. (Sul punto cfr. M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, 2003, 359; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *q. Rivista*, 2004, n. 2, 247). Essi infatti avrebbero ampia possibilità di intervento e potrebbero, al pari degli altri legittimati attivi, anche agire in via cautelare, al fine di ottenere una tutela immediata dei propri diritti. Allo stesso modo, tenuto conto della possibilità di agire in via cautelare, risulta vanificata la critica secondo la quale l'istituto della certificazione produrrebbe effetti positivi per il committente o datore di lavoro il quale non si vedrebbe contestato il contenuto dell'atto fino alla pronuncia di merito.

2.7. In una prospettiva volta a rendere trasparente il mercato del lavoro, in modo da ampliare i servizi per le imprese e le tutele dei lavoratori sul mercato, le sedi di certificazione sono chiamate a svolgere importanti funzioni di consulenza e di assistenza attiva alle parti contrattuali. Questo sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e alla definizione del relativo programma negoziale sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate o verificatesi in sede di attuazione del rapporto di lavoro. Rispetto alle fasi di costituzione del rapporto di lavoro le sedi di certificazione operano dunque non come mero organo burocratico ma piuttosto alla stregua di un sostegno concreto ed effettivo nella valutazione di quelli che sono i diritti disponibili in sede negoziale, e offrono utili informazioni circa lo strumento contrattuale più congruo – e giuridicamente appropriato – per il tipo di prestazione di volta in volta dedotta in contratto. In particolare, la certificazione dei contratti di lavoro dovrebbe contribuire a superare l'asimmetria informativa tra le parti del rapporto a favore del prestatore. Questo profilo è ora chiarito puntualmente dalla circ. Min. lav. n. 48/2004 là dove si precisa che « tale attività si inquadra in un indirizzo del legislatore ben più ampio; vedasi al riguardo, il d.lgs. n. 124/2004 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 17) sulla razionalizzazione delle funzioni ispettive in base al quale le articolazioni periferiche del Ministero assumono sempre di più la funzione, particolarmente qualificata, della promozione e prevenzione della normativa in materia di lavoro e legislazione sociale che si affianca a quella tradizionale di vigilanza. Tale orientamento rappresenta, poi, una valorizzazione di quanto previsto dall'art. 5, comma 1, lett. e), l. n. 30/2003 laddove si parla di “programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione”. Ai sensi del citato art. 81, d.lgs. n. 276/2003, inoltre, l'attività di consulenza e assistenza da parte dell'organo collegiale deve essere “effettiva” e non può esplicarsi in un'attività meramente burocratica; la stessa, pertanto, pur non assumendo un valore giuridico di natura vincolante come è, invece, il compito certificatorio, deve essere finalizzata ad evidenziare sia la esatta qualificazione del rapporto di lavoro che la disponibilità dei diritti eventualmente negoziabili ».

2.8. Sulla certificazione dei rapporti di lavoro cfr., in generale, L. DE ANGELIS, *La*


certificazione dei rapporti di lavoro, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 234 ss.; M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 237-247, nonché i contributi – pubblicati in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro*, ES, Napoli, 2004 – di A. AVONDOLA, *Certificazione e legittimità costituzionale*, 305 ss., L. DE ANGELIS, *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, 295 ss., U. GARGIULO, *Natura ed effetti del negozio certificato*, 321 ss., E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, 277 ss., M. RICCI, *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti*, 329 ss., M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, 343 ss., C. RUSSO, *La certificazione dal Libro Bianco al decreto delegato*, 337 ss. Si vedano inoltre le posizioni assunte da V. SPEZIALE, *Certificazione*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 140 ss.; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 869 ss.; P. TULLINI, *Certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 832 ss.; per una chiave di lettura che muove dalle origini – dottrinali – dell'istituto cfr. M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori « atipici » e la sua tenuta giudiziaria*, relazione Aidlass, 2002, in *LD*, 2003, 101 ss. Tra i primi autori a sostenere la prospettiva della c.d. volontà assistita, su cui poggia concettualmente l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro cfr. A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, I, 479 ss.

Michele Tiraboschi
Professore straordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

3. Dirigenti

I rinnovi dei Ccnl dei dirigenti

Sommario: **3.1.** Accordo Confindustria-Federmanager. – **3.1.1.** Trattamento minimo complessivo di garanzia. – **3.1.2.** Svolgimento del rapporto. – **3.1.3.** Verbali di accordo relativi a Fasi e Previdai. – **3.2.** Accordo Confservizi-Federmanager. – **3.3.** Accordo Confapi-Federmanager. – **3.4.** Riferimenti dottrinali.

3.1. In data 24 novembre 2004 Confindustria e Federmanager hanno sottoscritto l'Accordo ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 46) per il rinnovo del Ccnl datato 23 maggio 2000 (come modificato dall'Accordo del 26 marzo 2003) per i dirigenti di aziende produttrici di beni e servizi.

Il contratto, avente durata quinquennale (1° gennaio 2004 - 31 dicembre 2008), prevede rilevanti novità sia nella sua parte economica che in quella normativa.

3.1.1. Significativo il cambiamento apportato dall'accordo di rinnovo relativamente alla parte retributiva. Con decorrenza dal 24 novembre 2004 – e, con riferimento all'anno 2004, per i dirigenti in servizio o assunti/promossi successivamente alla predetta data – è previsto, in luogo del minimo contrattuale mensile, un *trattamento minimo complessivo di garanzia* (Tmcg) – il cui valore è differenziato in base all'anzianità del dirigente e verrà poi incrementato a far data dal 2007 – quale parametro retributivo annuo lordo con il quale confrontare il trattamento economico annuo complessivamente ricono-

sciuto al dirigente: qualora dal confronto fra il trattamento economico annuo lordo ed il Tmcg – raffronto che dovrà essere compiuto entro il 31 dicembre di ogni anno, ed ai cui fini si prenderanno in considerazione esclusivamente gli elementi retributivi elencati dal comma 3 dell’art. 1 dell’Accordo (minimo contrattuale comprensivo dell’importo ex meccanismo di variazione automatica, importo ex elemento di maggiorazione, aumenti di anzianità, superminimi e/o sovraminimi e/o assegni *ad personam*, nonché tutti gli elementi della retribuzione mensile, anche in natura, corrisposti in forma continuativa o no, ad eccezione dei compensi di importo variabile collegati ad indici e/o risultati concordati individualmente e/o collettivamente, delle gratifiche *una tantum*, nonché dell’importo aggiuntivo per rimborso spese non documentabili) – dovesse risultare un credito a favore del dirigente, tale differenza dovrà essere corrisposta dal datore di lavoro attraverso il pagamento di un importo *una tantum* da erogare a titolo di “adeguamento al trattamento minimo complessivo di garanzia” con la retribuzione afferente il mese di dicembre, spettanza che sarà considerata utile ai fini del t.f.r. Inoltre, a partire dal mese di gennaio dell’anno successivo, il trattamento economico annuo del dirigente, suddiviso per il numero delle mensilità, sarà incrementato dell’importo mensile necessario ad assicurare, su base annua, il conseguimento minimo complessivo di garanzia.

Per i dirigenti assunti, promossi o il cui rapporto di lavoro sia stato risolto in corso d’anno, il Tmcg spettante nell’anno di inizio o cessazione del rapporto di lavoro sarà riproporzionato in relazione ai mesi di servizio prestato nell’anno di riferimento, con corresponsione – se dovuto – del relativo importo *una tantum* utile, nel caso di risoluzione del rapporto di lavoro, anche ai fini dell’eventuale indennità sostitutiva del preavviso.

Il trattamento economico annuo lordo complessivamente spettante al dirigente continuerà ad essere erogato in tredici mensilità ovvero nel maggior numero di mensilità aziendali previsto. A decorrere dal 1° gennaio 2005, inoltre – allo scopo di una semplificazione del prospetto paga – diverse voci retributive (minimo contrattuale comprensivo del meccanismo di variazione automatica, ex elemento di maggiorazione, aumenti di anzianità, superminimi e/o sovraminimi e/o assegni *ad personam*) sono riunite in un’unica voce – denominata *Trattamento Economico Individuale* – che, per i dirigenti assunti o promossi nella qualifica successivamente al 24 novembre 2004, è pari alla differenza tra il trattamento complessivo lordo riconosciuto al dirigente e gli elementi di natura economica eventualmente corrisposti, anche in natura, in forma continuativa o no. Le restanti voci che compongono la retribuzione manterranno invece le attuali descrizioni.

Per quanto concerne la disciplina transitoria, rinviando a quanto le parti hanno concordato in merito all’art. 1 del contratto, ci si limita in questa sede a rilevare, limitatamente alla disciplina degli scatti di anzianità, che ai dirigenti assunti successivamente al 24 novembre 2004 non verrà riconosciuto alcun aumento periodico di anzianità mentre ai dirigenti in forza a tale data bisognerà continuare a riconoscere gli scatti fino al numero massimo di dieci.

Si segnala, infine, la clausola compromissoria di cui all’art. 2 in forza della quale ogni eventuale controversia, plurima o collettiva, relativa all’interpretazione degli aspetti economici introdotti dall’art. 1 sarà esaminata direttamente fra le parti nel corso di apposite riunioni che avranno luogo su richiesta di una delle parti e secondo procedure da definire.

3.1.2. Anche con riferimento alla parte normativa, l’accordo ha previsto modifiche al Ccnl.

Relativamente alle *ferie*, considerato quanto previsto dall’art. 10, d.lgs. n. 66/2003 come

modificato dal d.lgs. n. 213/2004 (📖 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 31), le parti hanno convenuto di integrare l'art. 7, comma 1, del Ccnl – che prevede il diritto, per ogni anno di servizio, ad un periodo di ferie, con decorrenza della retribuzione, non inferiore a 35 giorni – stabilendo che, fermo restando quanto previsto dall'art. 2109 c.c., il predetto periodo di ferie va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del dirigente, nel corso dell'anno di maturazione e per ulteriori due settimane nei 24 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione; qualora eccezionalmente il periodo eccedente le quattro settimane non risulti comunque fruito, in tutto o in parte, entro il primo semestre dell'anno successivo, dovrà essere corrisposta per il periodo non goduto un'indennità pari alla retribuzione spettante da liquidarsi entro il primo mese del secondo semestre di detto anno.

Relativamente a *trasferte e missioni*, a decorrere dal 1° gennaio 2005 l'importo aggiuntivo per il rimborso spese non documentabili – che, ai sensi dell'art. 10, comma 1, del previgente Ccnl, era dovuto al dirigente in trasferta per periodi non inferiori a 12 ore e non superiori a due settimane, per ogni giorno di trasferta, in un importo aggiuntivo parametrato al minimo mensile contrattuale di base – è stabilito in cifra fissa.

Riguardo all'art. 12 (*trattamento di infortunio e malattia da causa di servizio – copertura assicurativa*) le parti hanno disposto la modifica del comma 8, art. 12 del Ccnl, convenendo di fare salve e di considerare sostitutive delle provvidenze già previste dal Ccnl sia per l'infortunio occorso non in occasione di lavoro che per la malattia non professionale, eventuali intese, attuali o future, definite fra azienda e dirigente che prevedano l'assunzione diretta da parte dell'azienda, al verificarsi dei predetti eventi, dell'obbligo del pagamento delle relative indennità, rimanendo in facoltà dell'azienda stessa di assicurare tale obbligo. È stato anche precisato che le erogazioni dovute a seguito di invalidità permanente spettano contestualmente all'esito del riconoscimento dello stato invalidante. Sono stati, inoltre, rideterminati gli importi assicurati dalla polizza prevista per la morte e l'invalidità permanente del dirigente dovuti a cause diverse dall'infortunio comunque determinato e dalla malattia professionale.

Con apposita dichiarazione a verbale, infine, le parti si sono date reciprocamente atto che, relativamente all'ipotesi in cui il rapporto di lavoro prosegua dopo l'avvenuto riconoscimento al dirigente di uno stato di invalidità tale da ridurre in misura superiore ai 2/3 la capacità lavorativa, le disposizioni del Ccnl si interpretano nel senso che la somma assicurata dalla polizza è corrisposta contestualmente all'esito di detto riconoscimento. Al riguardo, si è altresì inteso conferire maggior certezza ai rapporti fra aziende, dirigenti e società assicuratrici – allo scopo di prevenire eventuali contenziosi interpretativi – individuando, ai fini dell'erogazione delle somme previste per gli infortuni, occorsi in occasione di lavoro e non, ed in caso di malattia professionale, l'ente abilitato a fornire il giudizio di invalidità.

In caso di morte del dirigente, i beneficiari delle somme assicurate sono individuati nei soggetti formalmente indicati dallo stesso dirigente, o, in mancanza, ai soggetti di cui all'art. 2122 c.c.

Per quanto concerne la *responsabilità civile e/o penale connessa alla prestazione*, sarà costituito un Gruppo di lavoro paritetico incaricato di fornire alle parti, entro il 30 giugno 2005, ogni utile elemento di valutazione, con particolare riferimento ai costi, all'entità degli interventi ed alla reperibilità delle risorse, ai fini della costituzione di un fondo o di uno strumento contrattuale equivalente.


Lo scopo di tale strumento – con riguardo ai procedimenti civili e penali relativi a fatti direttamente connessi all'esercizio delle funzioni attribuite al dirigente e limitatamente ai casi in cui l'azienda di appartenenza venga a cessare, ovvero sia incorsa in una procedura concorsuale, oppure non sia esperibile, nei confronti della stessa azienda la


procedura esecutiva, in quanto irreperibile, o comunque, detta procedura si sia conclusa negativamente – sarà quello della copertura di ogni spesa per tutti i gradi di giudizio e di ogni responsabilità civile del dirigente verso terzi.

Il Fondo sarà alimentato con uno specifico contributo a carico delle aziende; il Gruppo di lavoro potrà al riguardo proporre alle parti altre forme di finanziamento, alternative o integrative.

3.1.3. L'accordo relativo al Fondo di assistenza sanitaria, oltre a confermare sostanzialmente termini e modalità di versamento dei contributi, ha previsto un graduale aumento della misura dei relativi importi, avviando un percorso di riequilibrio attraverso la progressiva definizione di intese basate sulle proposte formulate da uno specifico gruppo di lavoro paritetico in corso di attivazione. Per i dirigenti in pensione che si iscriveranno a partire dal 1° luglio 2005, la contribuzione sarà differenziata, sulla base di tre diversi scaglioni contributivi, in relazione alla relativa anzianità d'iscrizione al Fondo come dirigente in servizio. Per le aziende per le quali operino forme di assistenza sanitaria sostitutive al Fasi a favore dei soli dirigenti in servizio, sarà stabilito un contributo di solidarietà alternativo e più elevato rispetto a quello previsto dall'attuale Statuto-Regolamento, contributo che si applicherà alle aziende che si iscriveranno a tali forme sostitutive a partire dal 1° gennaio 2006. Ulteriori previsioni dell'accordo concernono infine aspetti gestionali del Fondo, allo scopo di migliorare la copertura sanitaria degli iscritti e di ridefinire termini e modalità di rimborso delle prestazioni. Per quanto attiene al Previdai, i punti salienti dell'accordo di revisione – oltre all'aumento delle quote contributive a carico degli iscritti e delle imprese – riguardano, da un lato, la possibilità per il dirigente di disporre il versamento al fondo, con decorrenza 1° gennaio 2005, a proprio totale carico e con le medesime modalità e gli stessi termini stabiliti per la contribuzione ordinaria, di una aliquota aggiuntiva; dall'altro lato, l'incremento delle quote di t.f.r. destinate al fondo con decorrenza 1° gennaio 2005.

Fondo bilaterale per il sostegno del reddito dei dirigenti involontariamente disoccupati e promozione dell'incontro tra domanda e offerta nei confronti dei dirigenti in stato di disoccupazione o dipendenti da aziende in liquidazione.



L'assoluta novità introdotta dall'accordo – nel quadro di un rafforzamento degli istituti contrattuali che disciplinano la previdenza integrativa, l'assistenza sanitaria e la formazione professionale – è rappresentata dalle tutele per i dirigenti che si dovessero trovare in situazione di disoccupazione e per i quali sono previste due tipologie di interventi: la prima costituita dalla previsione di un fondo bilaterale per il sostegno del reddito ad integrazione del trattamento di disoccupazione spettante per legge; la seconda, che coinvolge i dirigenti ultracinquantenni, basata sulla costituzione, in virtù delle novità introdotte dal d.lgs. n. 276/2003 ( in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), nell'ambito dell'ente bilaterale Fondirigenti, di un'agenzia per l'incontro fra la domanda e l'offerta di lavoro a favore di dirigenti disoccupati o dipendenti da aziende in liquidazione, in modo che gli stessi possano mettere in rete le loro caratteristiche professionali al fine di favorire una rapida ricollocazione. È altresì prevista la possibilità di creare una rete di punti informativi, collegati con la banca dati centrale gestita da Fondirigenti, avvalendosi, nel rispetto di quanto previsto dalle normative vigenti in materia, delle strutture territoriali di Federmanager e di Confindustria.

3.2. In data 21 dicembre 2004 è stato inoltre sottoscritto fra Confservizi e Federmanager l'accordo di rinnovo del Ccnl 15 novembre 2000, come modificato ed integrato con il verbale d'accordo 7 maggio 2003, per i dirigenti delle imprese dei servizi pubblici locali (l'accordo di rinnovo  in *Boll. Adapt*, 2005, n. 3).

Anche tale accordo prevede il parametro retributivo annuo lordo del Tmcg al quale rapportare il trattamento economico annuo: rispetto al contratto sottoscritto con Confindustria, tuttavia, è stata anticipata al 2006, anziché al 2007, l'entrata in vigore del secondo livello di Tmcg; analogamente al contratto Confindustria il raffronto fra le retribuzioni individuali e il Tmcg dovrà essere fatto escludendo le voci retributive che non sono strutturali e permanenti. Sempre in riferimento alla parte economica si segnala, quale elemento caratterizzante il rapporto fra aziende dei pubblici servizi locali e dirigenti, la *retribuzione variabile incentivante*, istituito in forza del quale le aziende attivano, nei confronti di ciascun dirigente, sistemi retributivi incentivanti vincolati al raggiungimento di obiettivi – sia generali (collegati al conseguimento o al miglioramento di risultati economici aziendali correlati al ruolo svolto dal dirigente), sia specifici (collegati al conseguimento o al miglioramento di risultati dell'area o della divisione funzionale cui appartiene il dirigente, del *team* di cui questi è responsabile, nonché dello stesso dirigente) – con conseguente introduzione di trattamenti economici aggiuntivi: la definizione dei criteri e delle modalità di attuazione dei sistemi incentivanti e premianti forma oggetto di consultazione con le RSA o, in mancanza, con la sede Federmanager territorialmente competente; inoltre i casi individuali che facessero emergere una non corretta attuazione di quanto previsto dal contratto, su iniziativa del dirigente interessato potranno divenire oggetto di esame congiunto fra le parti che dovrà concludersi entro sessanta giorni.

Per il resto il rinnovo contrattuale per i dirigenti per le aziende Confservizi è sostanzialmente omogeneo a quello sottoscritto con Confindustria.

Con riferimento al Fondo del sostegno al reddito ed alle iniziative, infine, per favorire l'incontro fra domanda ed offerta di lavoro per i dirigenti disoccupati, vista la specificità del settore, Federmanager e Confservizi si sono riservate di decidere gli impegni da assumere all'esito di un esame congiunto da compiersi entro il giugno 2005.

3.3. Il 24 dicembre 2004 è stato sottoscritto infine l'accordo per il rinnovo del Ccnl 25 luglio 2000 per i dirigenti delle PMI industriali, come modificato dall'accordo del 3 aprile 2003 (Ccnl Confapi-Federmanager,  in *Boll. Adapt*, 2005, n. 3), contratto che decorre dal 1° gennaio 2004 e scadrà il 31 dicembre 2006. Per una sintesi commentata dei principali contenuti dell'accordo – che si discosta parzialmente da quello sottoscritto con Confindustria – si rinvia alla circ. Confapi n. 484/2004/C ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 3). Il modello retributivo basato sul Tmcg è stato ritenuto troppo oneroso e non adatto alle esigenze delle aziende associate, e le parti hanno pertanto preferito negoziare il minimo contrattuale mensile prevedendo altresì un importo *una tantum* a titolo di emolumenti arretrati relativi al 2004, l'aumento del minimo contrattuale a far data dal 1° gennaio 2005 e, in seguito, dal 1° gennaio 2006 e l'abrogazione degli scatti d'anzianità; è stato inoltre stabilito il diritto per il dirigente di pattuire con l'azienda quote variabili della retribuzione collegandola ad obiettivi aziendali concordati e formalizzati.

Il rinnovo ha inoltre consolidato la normativa specifica, introdotta nel 1995 a titolo sperimentale, finalizzata a favorire l'inserimento di figure manageriali nelle PMI mediante la sospensione e/o l'attenuazione di alcuni istituti contrattuali: il tutto limitatamente ai primi 24 mesi di lavoro, dopo di che il dirigente entra nel regime contrattuale ordinario.

Gli altri aspetti del contratto riguardanti il Fasi, la previdenza integrativa, le tutele *ex art. 12* del Ccnl, le tutele in caso di responsabilità civile e penale di cui all'art. 15 e le ferie, ricalcano sostanzialmente le intese raggiunte con Confindustria.

3.4. Per una definizione della categoria dirigenziale cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, § 131. Primi commenti all'accordo

di revisione del Ccnl dirigenti Confindustria in: S. MALANDRINI, *Ccnl Dirigenti industria: indicazioni operative*, in *DPL*, 2005, n. 1; P. DI NUNZIO, *Dirigenti aziende industriali: le novità dell'accordo di rinnovo*, in *GLav*, 2004, n. 49; P. DI NUNZIO, *Dirigenti aziende industriali: integrazioni all'accordo di rinnovo*, in *GLav*, 2005, n. 1.

Alessandro Corvino
Avvocato del Foro di Bergamo

4. Disabili (tutela dei)

I più recenti interventi a tutela dei disabili

Sommario: 4.1. Normativa nazionale. – 4.2. Leggi regionali. – 4.3. Decreti ministeriali. – 4.4. Accordi collettivi e convenzioni. – 4.5. Riferimenti dottrinali.

4.1. Nell'ambito dei recenti provvedimenti legislativi volti alla promozione della occupazione dei disabili merita essere citata la l. n. 4/2004 (📄 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 2), la quale detta regole per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici. Per ciò che interessa in questa sede, la succitata legge predispone facilitazioni per l'accesso ai servizi e strumenti informatici e telematici, in particolare della Pubblica Amministrazione, ma anche dei servizi di pubblica utilità, stabilendo la concessione di contributi pubblici a soggetti privati per l'acquisto di beni e servizi informatici destinati all'utilizzo da parte di lavoratori disabili. Come sottolineato (cfr. L. CAROLLO, *Le novità in materia di telelavoro*, in *DRI*, 2005, n. 1, 266, 270), il legislatore ha previsto che gli stessi contributi siano concessi anche per la predisposizione di postazioni di telelavoro (art. 4, comma 2). Viene poi stabilito che i datori di lavoro pubblici e privati pongano a disposizione del dipendente disabile la strumentazione *hardware* e *software* e la « tecnologia assistiva » (insieme di strumenti che superino o riducano le posizioni di svantaggio), adeguate alla specifica disabilità in relazione alle mansioni effettivamente svolte, e ciò anche nel caso in cui il lavoratore disabile effettui la propria prestazione in telelavoro (art. 4, comma 3).

4.2. È opportuno in questa sede segnalare alcuni rilevanti interventi normativi adottati, rispettivamente, dalla Regione Basilicata, dalla Regione Marche e dalla Regione Toscana, in materia occupazionale e che volgono l'interesse all'inserimento, ma anche alla stabile integrazione nell'ambiente di lavoro dei soggetti disabili.

Il primo di essi, la l.r. n. 20/2004 - Regione Basilicata (📄 in *Boll. Adapt*, 2005, n. 9), in materia di orientamento e formazione professionale dei cittadini disabili, ha lo scopo di prevenire o rimuovere situazioni che ostacolano il loro inserimento sociale e lavorativo. Al fine di perseguire il suddetto obiettivo vengono stipulate apposite convenzioni tra Regione stessa, Province di Potenza e Matera e strutture accreditate per dare attuazione ad attività formative finanziate attraverso il Por o altre tipologie di risorse pubbliche.

Nella seduta del 19 gennaio 2005, n. 218, il Consiglio regionale della Regione Marche ha adottato un provvedimento legislativo (📄 in *Boll. Adapt*, 2005, n. 2) che prevede norme per l'occupazione, la tutela e qualità del lavoro. L'intero Capo III del testo è dedicato all'«Inserimento lavorativo delle persone disabili», all'interno del quale si rilevano norme tese alla promozione dell'inserimento e reinserimento dei disabili, anche attraverso iniziative formative che tengano conto dei fabbisogni professionali emersi dal mercato del lavoro locale ed all'attuazione dell'art. 14, d. lgs. n. 276/2003, disponendo a tal fine la disciplina della validazione delle convenzioni di cui allo stesso articolo (art. 28), nonché, infine, la regolamentazione del Fondo regionale per l'occu-

pazione dei disabili (art. 26). Con riferimento ai criteri per la validazione delle convenzioni l'art. 28 stabilisce che la Giunta, sentite le associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative, determina gli stessi disciplinando, in particolare: a) il coefficiente minimo di calcolo del valore unitario delle commesse che può essere determinato dalle convenzioni di cui all'art. 14, d.lgs. n. 276/2003; b) i limiti quantitativi massimi di copertura della quota d'obbligo da coprire che può essere realizzata attraverso le convenzioni, che tuttavia non può eccedere un quinto del totale; c) le modalità con cui i datori di lavoro potranno aderire alle convenzioni, ferma restando la necessità del parere positivo degli uffici competenti per il collocamento mirato dei disabili, individuati dalle Province.

La l.r. n. 20/2005 - Regione Toscana (📖 in *Boll. Adapt*, 2005, n. 9) apportando modifiche alla l.r. n. 32/2002, prevede anch'essa norme attuative della riforma del mercato del lavoro, tra le quali quelle inerenti la disciplina delle convenzioni sull'inserimento lavorativo dei disabili ex art. 14, d.lgs. n. 276/2003 (art. 8).

Il comma 2 dell'art. 8 prevede che, al fine di favorire l'inserimento lavorativo dei lavoratori disabili, secondo la lettera dell'art. 14, d.lgs. n. 276/2003, la Provincia deve stipulare una convenzione con le associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori più rappresentative a livello territoriale e con le associazioni di rappresentanza, assistenza e tutela delle cooperative di cui all'art. 3, comma 4, lett. b), della l.r. n. 87/1997 (disciplina dei rapporti tra le cooperative sociali e gli enti pubblici che operano in ambito regionale).

4.3. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è intervenuto, nell'ambito delle agevolazioni per le assunzioni di soggetti con disabilità, con dm 12 luglio 2004 (📖 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 35). Tale decreto ha predisposto la ripartizione tra le Regioni e Province autonome del Fondo per il diritto al lavoro dei disabili di cui all'art. 13, comma 4, l. n. 68/1999. La predetta ripartizione è contenuta in apposita tabella allegata al decreto stesso.

Lo stesso dicastero è, inoltre, intervenuto attraverso parere protocollo n. 15/0001920/04 in materia di congedi per lavoratori portatori di handicap e familiari che si occupino dell'assistenza di disabili di cui agli artt. 33 e 42, d.lgs. n. 151/2001. Viene così specificato che i permessi, mensili ed orari, per assistenza a figli minori con handicap, assistenza a familiari disabili e a lavoratori portatori di handicap, ritenuti fino ad ora esclusi dal computo per la maturazione delle ferie e della tredicesima, non decurteranno più tale computo, a prescindere da quanto disposto in sede di contrattazione collettiva. Il Ministero spiega simile soluzione in virtù della normativa sulla parità di trattamento di cui al d.lgs. n. 216/2003.

4.4. Si segnala in ambito territoriale l'Accordo del 22 ottobre 2004 (📖 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 42) tra la Provincia di Milano; Assolombarda; Unione del Commercio, del Turismo, dei Servizi e delle Professioni della Provincia di Milano; Api Milano e Cgil, Cisl, Uil, Confcooperative; la Lega Cooperative. L'Accordo promuove l'assunzione di disabili in relazione al sistema di convenzioni che coinvolgano direttamente le cooperative sociali previsto dall'art. 14, d.lgs. n. 276/2003.

4.5. Sul dm 12 luglio 2004, agevolazioni contributive per l'assunzione di disabili e loro cumulo, si rinvia a B. GALLO, *Incentivi per l'inserimento lavorativo dei disabili*, in *DPL*, 2004, n. 41, 2625 ss. In ordine al collocamento obbligatorio, G. BONATI, *Avviamento al lavoro di disabili e altre categorie protette*, in *GLav*, 2004, n. 12.

In merito all'art. 14, d.lgs. n. 276/2003, si rinvia a S. ROSATO, *Nuove opportunità per l'inclusione per i "diversamente abili": l'art. 14 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 601 ss.

Per un commento della legge della Regione Marche, si propone la lettura di G. FALASCA, *Il nuovo mercato del lavoro nella legge della Regione Marche*, in *GLav*, 2005, n. 6, 10. Sull'inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati, si rinvia a L. DEGAN, P. TIRABOSCHI, *Cooperative sociali e inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *GLav*, n. 4, 36.


Lilli Carollo

*Dottoranda di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*


5. Finanziaria (Legge)

Note alla Legge Finanziaria per il 2005

Sommario: **5.1.** Interventi in materia fiscale. – **5.2.** Altri interventi. – **5.3.** Lavoro e previdenza.

La Legge Finanziaria per il 2005 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 46) ha dettato diverse disposizioni anche nella nostra materia. I settori di intervento che qui ci interessano maggiormente sono quello fiscale, lavoro e previdenza nonché della pubblica amministrazione.

5.1. Riforma dell'Irpef. La parte più attesa e discussa della legge (composta da un unico articolo e da ben 559 commi) era sicuramente l'attuazione del secondo modulo della riforma fiscale. Il Governo è stato delegato con la l. n. 80/2003 ad attuare una riforma del nostro sistema fiscale. Mentre il primo modulo di riforma, riguardante l'introduzione dell'Ires (imposta sul reddito delle società), è stato iniziato nel 2003 con la l. n. 289/2002, con la Legge Finanziaria è stata data parziale attuazione al secondo modulo riguardante la riforma dell'Irpef. Esso riguarda la riduzione delle aliquote e degli scaglioni di reddito, nonché la sostituzione delle detrazioni d'imposta con un sistema di deduzioni. In sostanza la norma ha ridotto da 5 a 3 le aliquote per scaglioni di reddito, introdotto un ulteriore contributo di solidarietà del 4%, sostituito le detrazioni d'imposta per persone fiscalmente a carico con un nuovo sistema di deduzioni chiamato "no tax family area". È rimasto invariato il sistema di deduzioni della cosiddetta "no tax area" previsto dall'art. 11 TUIR.


Subito dopo la pubblicazione della Legge Finanziaria è intervenuta l'Agenzia delle Entrate con la circ. n. 2/2005 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 5), per fornire ai datori di lavoro i primi chiarimenti sull'applicazione delle nuove regole. In particolare è stato chiarito che il nuovo contributo di solidarietà del 4% è stato introdotto con norma autonoma e non inserito nel corpo normativo del TUIR, ma si configura quale ulteriore aliquota e che trovano applicazione le disposizioni in materia di dichiarazione, versamento, accertamento, riscossione e contenzioso, relative alle imposte sui redditi. Rimangono alcuni dubbi su tale interpretazione per quanto riguarda l'applicazione del contributo di solidarietà nel caso di tassazione separata di somme corrisposte a titolo di arretrati di redditi di lavoro dipendente e del t.f.r.

Le nuove deduzioni dal reddito per persone fiscalmente a carico ("no tax family area") hanno sostituito il precedente sistema delle detrazioni d'imposta e adesso operano in riduzione del reddito complessivo. Nell'ambito di queste nuove deduzioni è stata introdotta la possibilità di dedurre le spese sostenute dal contribuente per gli addetti alla propria assistenza personale (badanti), nell'ipotesi di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana. La norma va vista con favore perché tiene

conto delle sempre più attuali problematiche legate al fenomeno dell'invecchiamento della popolazione e del crescente bisogno di assistenza domiciliare. Oltre a chiarire le particolari modalità per la spettanza (per es. la certificazione medica attestante lo stato di non autosufficienza) nella citata circ. n. 2/2005 è stato chiarito che questa nuova deduzione può essere fatta valere dall'interessato solamente in sede di dichiarazione dei redditi.

Interventi sull'Irap. Il mondo delle imprese si aspettava un intervento più consistente per ridurre il peso dell'Irap. Alla fine è arrivato un lieve aumento della deduzione forfetaria di poco peso, una nuova deduzione per le neo assunzioni in soprannumero rispetto alla media occupazionale del periodo d'imposta 2004 e la possibilità di dedurre integralmente i costi del personale addetto a ricerca e sviluppo. Le nuove deduzioni si aggiungono a quelle già in vigore per lavoratori assunti tra gli appartenenti alle categorie protette, gli apprendisti e i lavoratori assunti con contratti di formazione.

La deduzione per i neo assunti è un intervento che segue i criteri e le finalità del credito d'imposta ("bonus assunzioni") introdotto con l'art. 7, l. n. 388/2000, e art. 63, l. n. 289/2002. I relativi criteri di applicazione sono stati delineati dall'Agenzia delle Entrate con la circ. n. 5/2001. L'assunzione deve essere a tempo indeterminato e la deducibilità spetta per un importo annuale non superiore a euro 20.000. Questo limite è raddoppiato nelle aree ammissibili alle deroghe previste dall'art. 87, paragrafo 3, lett. a) e c), del Trattato che istituisce la Comunità Europea, individuate dalla Carta italiana degli aiuti a finalità regionale per il periodo 2000-2006. L'agevolazione è comunque condizionata all'approvazione da parte della Commissione Europea.

Diversamente la deduzione per il personale addetto a ricerca e sviluppo non è limitata per importo e durata. È un segnale giusto, ma solo un timido passo per incentivare l'attività di ricerca e sviluppo del nostro sistema produttivo. Per accorciare le distanze rispetto ad altri Paesi, più avanzati in questo settore rispetto al nostro, e per recuperare competitività saranno sicuramente necessari ulteriori sforzi. La norma tuttavia non chiarisce se si riferisce solamente ai costi sostenuti per lavoro dipendente oppure se rientrano anche quelli per lavoratori atipici (lavoratori a progetto, ricercatori con borsa di studio ecc.). In precedenza l'Agenzia delle Entrate ha fornito un'interpretazione estensiva nella circ. n. 22/2004 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 22), con riguardo agli incentivi per il rientro in Italia di ricercatori residenti all'estero previsti dall'art. 3, d.l. n. 269/2003 (vedi anche M. FERRARIS, *Incentivi ai ricercatori e detrazioni per extracomunitari*, in *GLav*, 2004, n. 25).

L'Agenzia delle Entrate durante "Telefisco 2005" ha chiarito che la deduzione spetta sia per l'attività di ricerca di base che per quella applicata. Possiamo definire brevemente la ricerca di base delle imprese come attività a carattere generico e senza obiettivi specifici, che serve per aggiornare gli standard, aumentare le conoscenze e il proprio *know how*. Strumenti tipici sono ricerche di mercato, studi tecnici ecc. La ricerca applicata invece è riferita a un progetto specifico (prodotto oppure processo produttivo). L'esito di tale ricerca può essere positivo ma anche negativo. Lo sviluppo si occupa dell'applicazione pratica dei risultati della ricerca applicata in particolare nei processi produttivi.

La spettanza delle deduzioni è subordinata al rilascio di apposita certificazione da parte del presidente del collegio sindacale (se previsto) oppure da altro professionista abilitato. Questi devono verificare l'effettività dei costi. Sarà sicuramente necessario documentare con idoneo materiale (disegni, formule, *report* ecc.) l'attività del personale attivo in ricerca e sviluppo.

5.2. Proroga dell'agevolazione fiscale per i lavoratori transfrontalieri anche per l'anno 2005. I redditi di lavoro dipendente prestato all'estero in via continuativa e come

oggetto esclusivo del rapporto, in zone di frontiera da soggetti residenti in Italia, non concorrono a formare il reddito complessivo per un importo fino a euro 8.000. Per il reddito eccedente tale limite si applicano le ordinarie disposizioni in materia di tassazione.

Una ulteriore proroga ha interessato i contributi per l'assistenza sanitaria. Anche per l'anno 2005 non concorrono a formare i redditi di lavoro dipendente, fino a un importo non superiore a euro 3.615,20, i contributi previdenziali e assistenziali versati dal datore di lavoro o dal lavoratore ad enti o casse aventi esclusivamente fine assistenziale in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale.

Viene reintrodotta una sanzione penale per i sostituti d'imposta per l'omesso versamento, entro il termine per la presentazione del modello 770, delle ritenute certificate. L'aggiunta del nuovo art. 10-bis al d.lgs. n. 74/2000 prevede la sanzione penale da sei mesi a due anni per l'omesso versamento di ritenute certificate per un importo superiore a euro 50.000 per ciascun periodo d'imposta.

5.3. Ammortizzatori sociali. In attesa della riforma degli ammortizzatori sociali la Legge Finanziaria ha disposto alcune proroghe e modifiche.

Trattamenti di cassa integrazione guadagni straordinaria, di mobilità e di disoccupazione speciale. Il Ministero del lavoro è autorizzato a concedere fino al 31 dicembre, anche in deroga alla vigente normativa, e senza soluzione di continuità, trattamenti di cassa integrazione guadagni straordinaria, di mobilità e di disoccupazione speciale, nel caso di programmi finalizzati alla gestione di crisi occupazionali, anche con riferimento a settori produttivi e ad aree territoriali ovvero miranti al reimpiego di lavoratori coinvolti in detti programmi definiti in specifici accordi in sede governativa intervenuti entro il 30 giugno 2005. La somma stanziata a tal fine è di euro 310 milioni a carico del Fondo per l'occupazione. Sempre nell'ambito di tale limite di spesa il Ministero del lavoro è autorizzato a prorogare i trattamenti concessi nell'anno 2004 ai sensi dell'art. 3, comma 137, l. n. 350/2003, a condizione che i piani di gestione delle eccedenze già definiti in specifici accordi in sede governativa abbiano comportato una riduzione nella misura di almeno il 10% del numero dei destinatari dei trattamenti scaduti al 31 dicembre 2004. La misura dei trattamenti è ridotta del 10% nel caso di prima proroga e del 30% per le proroghe successive.

L'intervento della legge è differenziato e diverso dalla precedente delega generalizzata di cui alla l. n. 350/2003. Esso opera su due piani. Da una parte il Ministero è autorizzato a concedere nuovi trattamenti e dall'altra parte possono essere concesse proroghe a trattamenti concessi nel 2004 ma scaduti. La legge pone però una condizione ben precisa per la seconda ipotesi: i piani delle eccedenze, definiti in sede governativa, devono aver determinato una riduzione di almeno il 10% dei destinatari. Inoltre, una volta concessa la proroga, il trattamento sarà ridotto del 10% rispetto alle misure ordinarie se si tratta di prima proroga e del 30% in caso di proroghe successive alla prima.

Le previsioni della norma dovrebbero valere anche per le imprese del settore commercio (con più di 50 dipendenti e fino a 200 dipendenti), del turismo (con più di 50 dipendenti) e per le imprese di vigilanza (con più di 15 dipendenti). A tal fine dovrà essere emanato apposito decreto ministeriale.

Cassa integrazione guadagni ordinaria per l'indotto nel settore automobilistico. La grave crisi nella quale versa il mercato automobilistico ha avuto i suoi effetti negativi sull'occupazione anche nell'indotto. Già in precedenza il legislatore era intervenuto con la l. n. 289/2002 per consentire a tali imprese di usufruire del trattamento di cassa integrazione guadagni ordinaria per una durata non superiore a ventiquattro mesi consecutivi oppure per più periodi non consecutivi, la durata complessiva dei quali però

non può superare i ventiquattro mesi nell'arco di un triennio. La Legge Finanziaria adesso prevede, per queste imprese, che i periodi di integrazione salariale ordinaria fruiti negli anni 2003 e 2004 non vengano computati ai fini della determinazione del limite massimo di utilizzo previsto dall'art. 6, l. n. 164/1975 (massimo di 12 mesi consecutivi oppure 12 mesi non consecutivi in un biennio) entro il limite di 1.100 unità. *Contratti di solidarietà.* Un'altra importante proroga, fino al 31 dicembre 2005, riguarda la possibilità per le imprese, che non rientrano nell'ambito di applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria, di stipulare contratti di solidarietà difensivi. La proroga riguarda anche i relativi benefici contributivi. A tal fine viene stanziato l'importo di euro 5 milioni a carico del Fondo per l'occupazione. Di conseguenza gli accordi sulla riduzione di orario dovranno essere stipulati entro il 31 dicembre 2005.

Trattamenti speciali di disoccupazione. Con decorrenza 1° gennaio 2006 la disciplina dell'importo massimo integrabile di cui all'art. 1, comma 2, l. n. 427/1980, estesa ai trattamenti ordinari di disoccupazione previsti dall'art. 3, comma 2, d.l. n. 299/1994, trova applicazione anche per i trattamenti speciali di disoccupazione. Rientrano nell'ambito di applicazione della norma i trattamenti speciali di disoccupazione dell'edilizia (i lavoratori licenziati per fine lavori e ammessi al trattamento avranno un massimale più alto) e dell'agricoltura. Il trattamento speciale di disoccupazione del settore agricolo è stato introdotto dall'art. 25, l. n. 457/1972 per gli operai a tempo determinato con almeno 151 giornate di occupazione. Un trattamento speciale di disoccupazione con requisiti ridotti è previsto dalla l. n. 37/1977 a favore degli operai agricoli a tempo determinato, iscritti negli elenchi nominativi per un numero di giornate di lavoro comprese fra 101 e 150.

Lavori socialmente utili. I commi da 262 a 264 della Legge Finanziaria autorizzano il Ministero del lavoro a prorogare fino al 31 dicembre 2005 le convenzioni già stipulate con i comuni per lo svolgimento di attività socialmente utili, di rinnovare gli accordi con le Regioni (con spostamento delle risorse finanziarie) nonché di stipulare nuove convenzioni con i comuni (con meno di 50.000 abitanti) per l'attuazione di misure di politica attiva del lavoro a favore di lavoratori socialmente utili.

Formazione continua. L'art. 118, l. n. 388/2000, ha introdotto la possibilità di istituire, per i vari settori economici, dei fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua. L'intenzione del legislatore è di migliorare la competitività delle imprese e di assicurare maggiori possibilità di impiego e garanzie occupazionali attraverso la promozione della formazione professionale dei lavoratori. I fondi possono finanziare piani formativi aziendali, territoriali, settoriali oppure individuali. L'adesione ai fondi da parte dei datori di lavoro è facoltativa.

Adesione ai fondi e gestione delle risorse. Viene ora modificato il termine per l'adesione ai fondi. A partire dal 2005 le adesioni dovranno avvenire entro il 31 ottobre di ogni anno e avranno decorrenza dal 1° gennaio dell'anno successivo. Le disdette, che in precedenza, come le adesioni, dovevano essere comunicate entro il 30 giugno, adesso non hanno più un termine preciso e potranno essere comunicate in qualsiasi momento. Rimane invariato il sistema di comunicazione all'Inps attraverso il modello DM 10. L'Inps dovrà adesso fornire al Ministero del lavoro e ai fondi i dati dei contributi e la previsione delle risorse disponibili in base alle adesioni pervenute. L'Inps dovrà inoltre disciplinare le modalità di adesione ai fondi e di trasferimento delle risorse agli stessi mediante acconti bimestrali.

Apprendistato. Viene esteso anche all'anno 2005 il finanziamento per le attività formative previsto dall'art. 118, comma 16, l. n. 388/2000, a favore degli apprendisti maggiorenni.

Indennizzo ai commercianti al minuto che cessano definitivamente la loro attività. Tale

indennizzo è stato previsto dall'art. 1, d.lgs. n. 207/1996. La Legge Finanziaria riapre adesso i termini per tutto l'anno 2005 e fino al 31 dicembre 2007. L'art. 72, l. n. 448/2001, prevedeva inizialmente la scadenza dell'agevolazione al 31 dicembre 2004. Possono presentare domanda all'Inps le persone in possesso dei seguenti requisiti: più di 62 (uomini) oppure 57 (donne) anni di età ma non superiore a 65 (uomini) oppure 60 (donne) anni; almeno 5 anni di contributi versati come titolari oppure coadiutori nella gestione previdenziale dei commercianti; cessazione definitiva dell'attività commerciale; riconsegna al comune dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività commerciale al minuto o quella per la somministrazione al pubblico di alimenti o bevande (oppure entrambe); cancellazione dagli appositi registri tenuti presso la camera di commercio (REC, ruolo agenti e rappresentanti di commercio ecc.). Per finanziare l'indennizzo in questione viene prorogata fino al 31 dicembre 2009 l'aliquota aggiuntiva dello 0,09% dovuta alla gestione previdenziale dei commercianti.

Assegno al nucleo familiare. Con l'ultimo comma (559) della Legge Finanziaria viene introdotta una modifica al sistema di pagamento dell'assegno al nucleo familiare. È previsto che a partire dall'anno 2005 l'assegno venga erogato al coniuge dell'avente diritto. Nella stragrande maggioranza dei casi si tratterà della moglie. La norma rinvia però a un decreto del Ministero del lavoro di concerto con il Ministero dell'economia dove saranno regolamentate le disposizioni di attuazione. La norma, che è stata ideata per consentire l'accesso al credito da parte delle casalinghe (vedi *Il Sole 24 Ore* del 14 gennaio 2005), è stata subito criticata da parte dell'Inps che teme oneri aggiuntivi per l'istituto previdenziale nell'ordine di euro 40 milioni. Si ritiene che attualmente la norma non sia ancora in vigore in quanto manca il relativo decreto di attuazione.

Accredito figurativo contributi previdenziali. I commi 239 e 527 della Legge Finanziaria prevedono la riapertura dei termini per l'accredito figurativo dei contributi previdenziali a favore di lavoratori chiamati a svolgere funzioni pubbliche elettive o sindacali e che si trovano in aspettativa non retribuita. La riapertura dei termini riguarda coloro che non hanno presentato la domanda di accredito per i periodi anteriori al 1° gennaio 2003 e che adesso possono presentare la domanda entro il 31 marzo 2005. L'art. 3, d.lgs. n. 564/1996, prevede come termine finale per la presentazione delle domande annuali di accredito figurativo dei contributi previdenziali il 30 settembre.

Gestione previdenziale degli associati in partecipazione. L'art. 43, l. n. 326/2003, aveva introdotto l'obbligo contributivo per questi lavoratori e anche previsto un'apposita gestione previdenziale per loro. Adesso gli associati in partecipazione con apporto di lavoro vengono inseriti nella Gestione separata prevista dall'art. 2, comma 26, l. n. 335/1995. Rimangono aperte alcune questioni pratiche (codici) legate al versamento dei contributi sulle quali dovrà esprimersi ancora l'Inps (cfr. la voce associazione in partecipazione).

Trasmissione telematica del certificato di malattia. La Legge Finanziaria apporta una modifica all'art. 2, l. n. 33/1980, prevedendo, a partire dal 1° giugno 2005, l'invio del certificato medico di malattia del lavoratore all'Inps da parte del medico curante per via telematica. Il lavoratore sarà tenuto a inviare entro due giorni dal relativo rilascio, a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno, il certificato di malattia al proprio datore di lavoro. È esonerato da tale obbligo solamente nel caso in cui il datore di lavoro richieda all'Inps la trasmissione telematica della suddetta attestazione. L'entrata in vigore della disposizione è però ancora legata a un decreto interministeriale nel quale saranno stabilite le modalità tecniche. L'Inps prevede un notevole risparmio di costi con l'invio telematico dei certificati di malattia.

Sequestro, pignoramento e cessione dello stipendio. La Legge Finanziaria estende il trattamento e le limitazioni previste per il sequestro e il pignoramento dello stipendio,

previsto dal d.P.R. n. 180/1950 per i dipendenti pubblici, anche al settore privato. Pertanto a partire dal 1° gennaio 2005 nei confronti dei lavoratori privati non trova più applicazione l'art. 545 c.p.c. ma la speciale disciplina del d.P.R. n. 180/1950. La modifica comporta inoltre la possibilità, sempre per i dipendenti del settore privato, di cedere parte dello stipendio (non più di un quinto) per contrarre prestiti per periodi di cinque o dieci anni. Devono essere osservate precise regole a garanzia del prestito e solamente determinati soggetti possono concedere i prestiti. Mancano ancora istruzioni operative per i datori di lavoro del settore privato. Parlando la norma di salari, stipendi e pensioni, espressioni che sono riferite unicamente ai rapporti di lavoro dipendente, si ritiene che non rientrino nell'ambito di applicazione della norma i rapporti di collaborazione, coordinata e continuativa (a progetto, collaborazioni occasionali ecc.).

Il pubblico impiego. Questo era sicuramente uno dei settori più dibattuti e contrastati durante l'iter di approvazione della Legge Finanziaria. Soprattutto le misure di contenimento della spesa e le conseguenti difficoltà, da parte di molte amministrazioni, di assolvere le proprie funzioni pubbliche, hanno acceso il dibattito.

Rideterminazione delle dotazioni organiche. Al fine di ottimizzare e dare maggiore efficienza all'azione della pubblica amministrazione dovranno essere adottate delle misure per riorganizzare l'attività degli uffici. Le misure saranno mirate ad una rapida e razionale riallocazione del personale e alla ottimizzazione dei compiti direttamente connessi con le attività istituzionali e dei servizi da rendere all'utenza, con significativa riduzione del numero dei dipendenti attualmente applicati in compiti logistico-strumentali e di supporto. Tale rideterminazione dovrà apportare una riduzione non inferiore al 5% della spesa complessiva relativa al numero dei posti in organico di ciascuna amministrazione, tenuto comunque conto del processo di innovazione tecnologica.

Le amministrazioni dovranno provvedere secondo le disposizioni e le modalità previste dai rispettivi ordinamenti. Per quelle amministrazioni che non provvedono entro il 30 aprile 2005 la dotazione organica è fissata sulla base del personale in servizio, riferito a ciascuna qualifica, alla data del 31 dicembre 2004. Finché le amministrazioni non provvedono alla rideterminazione non potranno assumere nuovo personale.

Divieto di assunzione. Per gli anni 2005, 2006 e 2007, alle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, alle agenzie, incluse le agenzie fiscali, agli enti pubblici non economici, agli enti di ricerca e agli enti di cui all'art. 70, comma 4, d.lgs. n. 165/2001, è fatto divieto di procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato ad eccezione delle assunzioni relative alle categorie protette. La legge poi fa salve alcune disposizioni speciali in materia di assunzioni, già pubblicate, e che riguardano soprattutto il settore della protezione civile e della pubblica sicurezza. La legge prevede espressamente la possibilità di ricorrere alle procedure di mobilità, anche intercompartimentale, per una migliore utilizzazione delle risorse umane nella pubblica amministrazione. In materia di flessibilità si segnala inoltre che i comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti, i consorzi di enti locali gerenti servizi di rilevanza industriale, le comunità montane e le unioni di comuni, possono servirsi dell'attività lavorativa di dipendenti a tempo pieno di altre amministrazioni previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza. Viene cioè consentito l'utilizzo del distacco di personale per ovviare a carenze di organico in presenza del divieto di assunzione.

Il legislatore ha previsto però anche una deroga al blocco delle assunzioni in caso di indifferibili esigenze di servizio di particolare rilevanza e urgenza, previo effettivo svolgimento delle procedure di mobilità, nel limite di un contingente complessivo di personale corrispondente ad una spesa annua lorda pari a euro 120 milioni. A tal fine devono essere rispettati i criteri di priorità elencati nel comma 97 della legge. Sono

inoltre esclusi dal divieto di assunzione il comparto scuola, le università nonché gli ordini e i collegi professionali.

Assunzioni con contratto a termine. Per l'anno 2005 è prevista per le amministrazioni la possibilità di avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione, nel limite della spesa media annua sostenuta per le stesse finalità nel triennio 1999-2001.

La Legge Finanziaria prevede poi la proroga di contratti a termine per alcune situazioni particolari (commi da 117 a 119).

Per i contratti di formazione stipulati dalle pubbliche amministrazioni è prevista la conversione in contratti di lavoro a tempo indeterminato entro i limiti e le deroghe previste dalle disposizioni sul divieto di assunzione a tempo indeterminato. I rapporti in corso vengono comunque prorogati fino al 31 dicembre 2005.

Contenzioso in materia di personale delle amministrazioni pubbliche. La Legge Finanziaria interviene anche in materia di contenzioso con il personale per monitorare e limitare gli effetti delle decisioni giurisdizionali. Specialmente nel pubblico impiego, dove esiste un elevato numero di controversie di lavoro, gli effetti delle sentenze possono comportare costi elevati e imprevedibili. A tal fine vengono apportate alcune modifiche al d.lgs. n. 165/2001.


Viene fatto divieto per il triennio 2005-2007 a tutte le amministrazioni pubbliche di adottare provvedimenti per l'estensione di decisioni giurisdizionali aventi forza di giudicato, o comunque divenute esecutive, in materia di personale delle amministrazioni pubbliche. Viene inoltre previsto per le pubbliche amministrazioni l'obbligo di comunicare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia l'esistenza di controversie relative ai rapporti di lavoro dalla cui soccombenza potrebbero derivare oneri aggiuntivi significativamente rilevanti per il numero dei soggetti direttamente o indirettamente interessati o comunque per gli effetti sulla finanza pubblica. Al fine di garantire la corretta interpretazione e l'uniforme applicazione dei contratti collettivi viene data facoltà all'Aran di intervenire nei giudizi innanzi al giudice ordinario aventi ad oggetto controversie relative ai rapporti di lavoro nella pubblica amministrazione. Analoga facoltà di intervenire nei processi, a norma dell'art. 105 c.p.c., è prevista a favore della Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della funzione pubblica d'intesa con il Ministero dell'economia.

Josef Tschöll
Consulente del lavoro in Vipiteno (Bz)

6. Formazione e lavoro (contratto di)

L'epilogo dei contratti di formazione e lavoro (nel settore privato)



Sommario: **6.1.** Legislazione e prassi amministrativa. – **6.2.** Contrattazione collettiva. – **6.3.** Benefici contributivi. – **6.4.** Riferimenti dottrinali.

6.1. A seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 276/2003, il contratto di formazione e lavoro resta in vigore solo per il settore pubblico. Per il settore privato infatti esso è sostituito dalla nuova tipologia del contratto di inserimento. Per la fase transitoria che porterà al completo superamento dei contratti di formazione e lavoro il legislatore della riforma Biagi rinvia, all'art. 86, comma 13, del decreto, alle disposizioni della contrattazione collettiva che si è infatti pronunciata con l'Accordo interconfederale del 13 novembre 2003 (si veda *infra*, *Contrattazione collettiva*). Il d.lgs. n. 251/2004 ( in *Boll. Adapt*,

2004, n. 37), correttivo del decreto di attuazione della riforma Biagi, dispone anch'esso in merito alla sorte dei contratti di formazione e lavoro. L'art. 14 del decreto correttivo aggiunge l'art. 59-bis al decreto di attuazione della riforma Biagi e recepisce in parte l'accordo interconfederale mantenendo la possibilità di stipulare, ma non oltre il 31 ottobre 2004, i contratti di formazione e lavoro il cui progetto formativo fosse stato autorizzato entro il 23 ottobre 2003. Inoltre il legislatore regola con il decreto correttivo anche la gestione degli incentivi economici connessi ai contratti di formazione e lavoro (si veda, *infra*, *Benefici contributivi*). L'Inps ha inoltre emanato la circ. n. 51/2004 (📄 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 9), che regola, accanto alla disciplina del contratto di inserimento (si veda P. TIRABOSCHI, *L'avvio del contratto di inserimento tra contrattazione collettiva e chiarimenti ministeriali*, in *DRI*, 2005, n. 1 234, 238), le modalità operative per la transizione dei contratti di formazione e lavoro recependo anche in tal caso quanto già ipotizzato con l'Accordo interconfederale del 13 novembre 2003.

6.2. In seguito alla abrogazione, per il settore privato, del contratto di formazione e lavoro e al conseguente rinvio, attuato dal legislatore, all'art. 86, comma 13, d.lgs. n. 276/2003, alla contrattazione collettiva per la regolamentazione della fase transitoria, le parti sociali si sono rapidamente attivate in merito al regime transitorio dei contratti di formazione e lavoro con l'Accordo interconfederale del 13 novembre 2003 (📄 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 1). L'Accordo regola la fine dei contratti di formazione e lavoro stabilendo che potranno considerarsi stipulabili solo i contratti di formazione e lavoro approvati o depositati per l'approvazione entro il 23 ottobre 2003, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003. Anche la contrattazione di settore, nei contratti collettivi nazionali firmati nell'ultimo anno ha recepito l'Accordo del 13 novembre 2003, al fine di regolamentare anche negli specifici settori la transizione dei contratti. Si pensi per esempio al Ccnl Socio Sanitario Assistenziale (Cooperative) del 26 maggio 2004 (📄 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 20) o al Ccnl Agricoltura (Quadri ed impiegati) del 27 maggio 2004 (📄 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 19).

6.3. Il legislatore prevede, con il d.lgs. n. 251/2003, che saranno garantiti i benefici economici per i contratti di formazione e lavoro il cui progetto formativo sia stato stipulato successivamente al 23 ottobre 2004 ma solo per un numero pari a 16.000 contratti e solo nel caso in cui il datore di lavoro abbia provveduto a presentare domanda all'Inps entro 30 giorni dalla stipula del contratto. Proprio in merito a tali benefici l'Inps ha diffuso, con messaggio n. 31319/2004 (📄 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 36), le indicazioni in merito alla disciplina transitoria dei contratti di formazione e lavoro precisando altresì che in assenza di una specifica autorizzazione da parte dell'Istituto, i datori di lavoro sono tenuti a versare i contributi per intero. Con il messaggio n. 34188/2004 (📄 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 40), l'Istituto stabilisce le modalità di compilazione e di presentazione delle domande per accedere alle agevolazioni contributive, così come previsto all'art. 14, d.lgs. n. 251/2004: per i contratti di formazione e lavoro stipulati entro il 25 ottobre 2004 le richieste vanno presentate all'Inps entro il 24 novembre 2004; mentre per i contratti di formazione e lavoro stipulati tra il 26 e il 31 ottobre 2004 le richieste vanno presentate all'Inps entro 30 giorni dalla data della stipula ovvero entro il 30 novembre 2004. Di particolare rilevanza anche il più recente messaggio n. 41910/2004 (📄 in *Boll. Adapt*, 2005, n. 1) in cui si individua la graduatoria dei datori di lavoro ammessi – sulla base delle notizie acquisite – ai benefici contributivi dei contratti di formazione e lavoro stipulati successivamente al 23 ottobre 2004, come previsto dall'art. 14, d.lgs. n. 251/2004. Va peraltro ricordato che l'Inps ha riaperto la questione dei contratti di formazione e lavoro. L'istituto infatti, con provvedimenti di avviso alle imprese, ha iniziato nel mese di gennaio 2005 il recupero delle agevolazioni legate ai contratti di formazione e lavoro concesse dal 1995 al 2001,

ma giudicate illegittime e incompatibili con il mercato comune dalla Commissione Europea – si veda in particolare la Decisione dell'11 maggio 1999 e la successiva sentenza del 7 marzo 2002 (entrambe  in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Contratto di formazione-lavoro*). Oggi pare avviato il recupero delle somme suddette anche a conseguenza della recente sentenza C. Giust. 1° aprile 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 12 e a commento F. BASENGHI, *L'obbligo di recupero degli aiuti illegittimi: la posizione dell'Italia*, in *DRI*, 2005, n. 1, 274-276) che ammonisce l'Italia per il mancato recupero dei contributi dei contratti di formazione e lavoro che erano stati precedentemente versati.

6.4. In merito alla disciplina del contratto di formazione e lavoro si veda M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 187; G. LOY, *Formazione e rapporti di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1988; M.B. OLDONI, *Le innovazioni in tema di contratto di formazione e lavoro*, in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro. Commentario alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, Giuffrè, Milano, 275. Per un approfondimento in materia di contratto di formazione e lavoro e disciplina comunitaria della concorrenza – aiuti di Stato – si veda E. MASSI, *I contratti di formazione e lavoro dopo la decisione della Commissione*, in *DPL*, 2000, 1140; G. SANDULLI, *La decisione UE sui Cfl: applicazione ed esiti futuri*, in *GLav*, n. 11, 2000; C. SERRA, *Diritto comunitario della concorrenza e regime italiano di incentivazione economica: una lunga querelle tra Governo italiano e Commissione europea*, in *OGL*, 2002, n. 2; M. TIRABOSCHI, *Aiuti di Stato e contratti di formazione e lavoro nella decisione della Corte di Giustizia del 7 marzo 2002*, in *RIDL*, II, 2002, 435. Per il rapporto tra contratto di inserimento e contratto di formazione e lavoro si veda M. VINCIERI, *Il contratto di inserimento ovvero il “nuovo” cfl? Modelli a confronto*, in *DRI*, 2004, n. 2, 59; L. ZOPPOLI, P. SARACINI, *I contratti a contenuto formativo tra “formazione e lavoro” e “inserimento professionale” progetto*, in *Working paper* dell'Università di Catanzaro, 2004.




Patrizia Tiraboschi
Ricercatore

Adapt – Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »





7. Lavoratori extracomunitari




Note di aggiornamento in materia di lavoratori extracomunitari

Sommario: **7.1.** Flussi di ingresso relativi a cittadini extracomunitari. – **7.2.** Flussi di ingresso relativi ai lavoratori dei nuovi Stati membri dell'Unione Europea. – **7.3.** Novità a livello nazionale relative ai lavoratori extracomunitari. – **7.4.** Normativa regionale. – **7.5.** Documenti e riferimenti dottrinali.


7.1. La disciplina relativa ai lavoratori extracomunitari trova la sua fonte principale nel d.lgs. n. 286/1998 (T.U. in materia di Immigrazione,  in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Extracomunitari (lavoro degli)*) così come modificato dalla l. n. 189/2002 (c.d. Bossi-Fini,  in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Extracomunitari (lavoro degli)*) nel quale il titolo III è dedicato alla disciplina del lavoro. Al Testo Unico si affiancano il relativo regolamento di attuazione (d.P.R. n. 394/1999,  in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Extracomunitari (lavoro degli)*), i decreti di definizione dei flussi di ingresso, e una normativa primaria e secondaria proveniente da varie fonti nazionali e regionali. Il sistema normativo delineato dal T.U. in materia di Immigrazione è caratterizzato dalla rilevanza attribuita al controllo dell'accesso al mercato del lavoro. I decreti-flussi annuali definiscono le quote massime di ingressi consentiti e


vengono emanati tenendo conto delle indicazioni del Ministero del lavoro e delle politiche sociali sull'andamento dell'occupazione, dei tassi di disoccupazione e del numero dei cittadini stranieri iscritti nelle liste di collocamento. Rilevante è altresì il monitoraggio dell'effettiva richiesta di lavoratori suddiviso per regioni e per ambiti provinciali di utenza affidato all'Anagrafe informatizzata istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali (ora SILEN). Un ruolo consultivo e propositivo nella definizione delle quote di accesso al mercato del lavoro è previsto per le regioni e gli enti locali (art. 3, comma 4, e art. 21, comma 4-ter, T.U. Immigrazione). Di importanza fondamentale è inoltre la cooperazione internazionale con gli Stati di provenienza dei lavoratori, con previsioni di favore per i cittadini degli Stati che si impegnano a collaborare attivamente nel controllo dei flussi migratori e restrizioni nelle quote per i cittadini degli Stati che non collaborano adeguatamente. Una via preferenziale è prevista anche per i lavoratori inseriti in progetti approvati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali di istruzione e formazione nei Paesi di origine (art. 23 T.U. Immigrazione). In tal modo si intende promuovere la attivazione di canali virtuosi di collaborazione coi Paesi di provenienza dei flussi migratori, ritenuta una delle forme migliori per un controllo effettivo e non necessariamente restrittivo dei flussi migratori. Norme di favore sono previste poi per i lavoratori di origine italiana (art. 21, comma 1, T.U. Immigrazione) e per i lavoratori stagionali che, dopo aver lavorato regolarmente in Italia negli anni precedenti, hanno fatto regolare ritorno nei Paesi di origine (art. 24 T.U. Immigrazione). Anche in questo caso si intende promuovere un comportamento virtuoso che porti all'effettività della normativa senza ricorso a strumenti costrittivi.





Sulla base di questa normativa, in *GU*, 23 gennaio 2004, n. 18, sono stati pubblicati i due d.P.C.M. emanati in data 19 dicembre 2003 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 3) relativi alla programmazione transitoria dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato per il 2004 dei lavoratori extracomunitari stagionali e non stagionali (*ex art. 3, comma 4, T.U. Immigrazione*). I due decreti e la relativa circ. Min. lav. n. 5/2004 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 3) hanno stabilito con precisione la suddivisione degli ingressi per nazionalità e per ambito del rapporto di lavoro. A modificare la distribuzione delle quote sono poi intervenute la circ. Min. lav. n. 44/2004 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 44) e la circ. Min. lav. n. 37/2004 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 36).



In *GU*, 2 febbraio 2005, n. 26, è stato pubblicato il d.P.C.M. emanato in data 17 dicembre 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4) relativo alla programmazione transitoria dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato per il 2005 dei lavoratori extracomunitari. Viene fissata una quota di 79.500 ingressi complessivi, suddivisi in: 30.000 per lavoro subordinato non stagionale; 2.500 per motivi di lavoro autonomo appartenenti alle categorie specificamente indicate, 200 per lavoratori di origine italiana, 21.800 per lavoro subordinato non stagionale di cui 1.000 dirigenti o personale altamente qualificato e 20.500 per cittadini di Paesi che hanno sottoscritto o stanno per sottoscrivere specifici accordi di cooperazione in materia migratoria, ed infine 25.000 per lavoro stagionale. La circ. Min. lav. 25 gennaio 2005 n. 1, (in *GU*, 2 febbraio 2005, e  in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4) fissa inoltre termine iniziale e modalità di presentazione delle richieste di autorizzazione al lavoro. La circolare è molto specifica sul punto, data l'esperienza del decreto flussi 2004 e relativa circ. Min. lav. n. 5/2004 che non stabilivano nulla in merito, dando adito a grande confusione tra i vari soggetti interessati sulle modalità operative di presentazione delle domande. In data 11 febbraio 2005 è intervenuta in merito anche la circ. Min. lav. n. 6/2005 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 6) che prevede eventualmente il sorteggio per formulare una graduatoria tra le domande pervenute *ex-aequo*, con stessa data e ora.


Fuori dal sistema delle quote di ingresso, all'interno del quale invece rientra il lavoro



autonomo, si situano una serie di figure professionali elencate all'art. 27 T.U. Immigrazione. All'interno di questa elencazione troviamo i dirigenti o personale altamente specializzato di società aventi sede o filiali in Italia, traduttori e interpreti, lettori universitari di scambio o di madre lingua, professori universitari e ricercatori, marittimi, ecc. Tra questi, secondo una norma introdotta dalla l. n. 189/2002, c.d. Legge Bossi-Fini, gli infermieri professionali (cfr. anche la circ. Min. int. del 1° giugno 2004 n. 400/A/2004/472/P/12.214.22,  in *Boll. Adapt*, 2004, n. 21).


Il legislatore non ha invece provveduto a coordinare la normativa del T.U. Immigrazione con le riforme del mercato del lavoro operate negli ultimi anni. Il T.U. Immigrazione si basa su una visione essenzialmente dualistica che riconduce i rapporti di lavoro alle uniche categorie del lavoro autonomo e subordinato. È quindi particolarmente difficile per gli operatori stabilire se le nuove tipologie contrattuali disciplinate con la riforma Biagi – ma la problematica si poneva già precedentemente (cfr. M. TIRABOSCHI, *Extracomunitari e lavoro « atipico »*, in *DRI*, 2001, n. 4, 503) – si possano inserire nelle tipologie riconosciute dal T.U. Immigrazione, oppure ne siano escluse. La questione, peraltro, non è stata toccata neppure dal d.P.R. n. 334/2004 (in *GU*, 10 febbraio 2005, n. 33, e  in *Boll. Adapt*, 2005, n. 6) – Regolamento recante modifiche ed integrazioni al d.P.R. n. 394/1999, in materia di Immigrazione – di attuazione della Legge Bossi-Fini (v. *infra*).


7.2. In *GU*, 22 gennaio 2004, n. 17, è stata pubblicata la l. n. 380/2003 di ratifica ed esecuzione del Trattato di adesione all'Unione Europea tra gli Stati membri dell'Unione Europea e la Repubblica Ceca, la Repubblica di Estonia, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, la Repubblica di Ungheria, la Repubblica di Malta, la Repubblica di Polonia, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca, fatto ad Atene il 16 aprile 2003 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 3). Il Trattato è entrato in vigore dal 1° maggio 2004. A differenza di Cipro e Malta, agli altri Stati di nuova adesione all'Unione Europea non sono applicabili, per il primo biennio, gli articoli da 1 a 6 del regolamento CEE n. 1612/1968 – relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità – ai fini dell'ingresso nel mercato del lavoro italiano così come previsto dal Trattato di adesione e stabilito dal d.P.C.M. 20 aprile 2004 (pubblicato in *GU*, 3 maggio 2004, n. 102, e  in *Boll. Adapt*, 2004, n. 16). Ai cittadini dei Paesi di nuova adesione all'Unione Europea è applicata la normativa per l'ingresso nel mondo del lavoro prevista per i cittadini extracomunitari assicurando, conformemente a quanto previsto dal Trattato di adesione dei nuovi Stati all'UE, un trattamento preferenziale rispetto ai lavoratori provenienti da Paesi terzi e assicurando che le condizioni di accesso non siano più restrittive di quelle esistenti prima della firma del Trattato di adesione. Il d.P.C.M. 20 aprile 2004 stabilisce anche di aumentare le quote di ingresso dei lavoratori dei Paesi di nuova adesione di 20.000 unità. La circ. P.C.M. 28 aprile 2004, la circ. Min. int. 28 aprile 2004 n. 400/C/2004/500/P/10.2.45.1, la circ. Min. lav. n. 14/2004 e la circ. Min. lav. n. 15/2004 ( tutte in *Boll. Adapt*, 2004, n. 16) hanno provveduto a chiarire le procedure per la presentazione e gestione anche telematica delle domande, le procedure per l'accesso al mercato del lavoro, i titoli di ingresso e di soggiorno, oltre a coordinare il decreto del 20 aprile con i decreti flussi 2004 di cui ai d.P.C.M. emanati il 19 dicembre 2003. In merito al trattamento dei cittadini degli Stati che hanno fatto ingresso nell'Unione Europea a partire dal 1° maggio 2004, è da segnalare anche un messaggio Inps del 25 maggio 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 19) sull'applicazione ai cittadini di tali Paesi di: assegno di maternità dello Stato, assegno di base del Comune ed assegno per il secondo nato (o adottato), assegno al nucleo familiare esclusivamente per gli eventi

(nascite, adozioni, affidamenti) successivi al 1° maggio 2004. In materia di cittadini appartenenti agli Stati di nuova adesione all'UE devono essere segnalati inoltre: il d.P.C.M. 8 ottobre 2004 (in *GU*, 16 novembre 2004, n. 269, e  in *Boll. Adapt*, 2004, n. 44) col quale si procede ad un ampliamento delle quote disponibili per i lavoratori provenienti dai Paesi di nuova adesione all'UE di 16.000 e la relativa circ. Min. lav. n. 43/2004 con le disposizioni applicative del d.P.C.M. 8 ottobre 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 44).



In *GU*, 2 febbraio 2005, n. 26, è stato pubblicato il d.P.C.M. 17 dicembre 2004 per la programmazione dei flussi di ingresso dei lavoratori cittadini dei nuovi Stati membri dell'Unione Europea per l'anno 2005 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4). È ammesso l'ingresso di una quota di 79.500 lavoratori senza distinzione della quota per Nazioni e per professioni. La quota è gestita a livello nazionale tramite contatore unico nazionale collocato all'interno del Sistema informativo lavoratori extracomunitari e neocomunitari SILEN. L'applicazione ha incorporato, a decorrere dall'anno 2005, l'Anagrafe annuale per il lavoro subordinato del Ministero del lavoro e delle politiche sociali – SILES (cfr., per l'interconnessione con il SIL e Borsa Lavoro il paragrafo successivo).

7.3. In tema di assegno familiare per i lavoratori extracomunitari regolarizzati con la sanatoria 2002 di cui all'art. 33, l. n. 189/2002, e all'art. 1, d.l. n. 195/2002, convertito con l. n. 222/2002 ( in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Extracomunitari*), è stata emanata la circ. Inps n. 61/2004 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 13) che chiarisce che l'assegno per il nucleo familiare può essere concesso al lavoratore regolarizzato solo per periodi successivi al 9 settembre 2002, ad eccezione di *colf* e badanti per i quali può essere corrisposto anche per periodi precedenti. La diversità di trattamento è motivata sulla base della diversità di imputazione, così come stabilita dalle due leggi sulla sanatoria, dei contributi forfetari versati al momento della regolarizzazione.


In tema di contratti di inserimento lavorativo è da segnalare la circ. Min. lav. n. 31/2004 pubblicata in *GU*, 4 agosto 2004, n. 181 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 30) che chiarisce anche che gli aiuti previsti dal regolamento comunitario n. 2204/2002 possono essere immediatamente concessi, tra le varie categorie di soggetti svantaggiati, anche ai lavoratori extracomunitari.


In data 27 luglio 2004 è stato emanato il d.P.R. n. 242 – Regolamento per la razionalizzazione e la interconnessione delle comunicazioni tra amministrazioni pubbliche in materia di immigrazione (in *GU*, 18 settembre 2004, n. 220, e  in *Boll. Adapt*, 2004, n. 33). Il Regolamento effettua una ricognizione dei diversi sistemi informativi automatizzati già realizzati o in fase di realizzazione presso le pubbliche amministrazioni da utilizzare nelle attività previste da T.U. in materia di Immigrazione (Anagrafe annuale per il lavoro subordinato del Ministero del lavoro e delle politiche sociali – SILES, Sistema Informativo Lavoro e Borsa Lavoro, Archivio informatizzato rete mondiale visti, Anagrafe Tributaria, Archivio anagrafico lavoratori extracomunitari Inps, Archivio dei permessi di soggiorno Ministero dell'interno, Archivio per l'emersione di lavoro irregolare Ministero dell'interno, ecc.) e detta le norme di principio per i collegamenti tra i sistemi informativi. In particolare prevede che l'Anagrafe annuale per il lavoro subordinato del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il Sistema Informativo Lavoro e Borsa Lavoro, e l'Archivio informatizzato rete mondiale visti siano interconnessi in rete per consentire l'attuazione dei procedimenti di cui al T.U. Immigrazione. Per tutti i sistemi informativi e gli archivi elencati è comunque prevista l'interconnessione tra di loro e quelli delle altre pubbliche amministrazioni attraverso i servizi della RUPA (rete unitaria della P.A.) e della rete internazionale della pubblica amministrazione. Il decreto rimanda a decreti successivi la definizione delle regole tecniche e delle norme per l'accesso alle informazioni. Punto di

criticità nella normativa sugli extracomunitari in genere è infatti il grande peso dell'attività burocratica. Se l'interconnessione dei sistemi informatici costituirà, una volta a regime, uno strumento di semplificazione dell'attività amministrativa, rimaneva invece del tutto inattuata la normativa in merito alla creazione di sportelli unici per l'immigrazione (art. 22 T.U. Immigrazione) che dovrebbero essere il tramite privilegiato per le comunicazioni alla P.A.


A tale lacuna normativa ha posto rimedio il d.P.R. n. 334/2004 (in *GU*, 10 febbraio 2005, n. 33, e  in *Boll. Adapt*, 2005, n. 6) – Regolamento recante modifiche ed integrazioni al d.P.R. n. 394/1999, in materia di Immigrazione. Si tratta del c.d. decreto di attuazione della Legge Bossi-Fini, atteso da oltre due anni. Il decreto modifica il regolamento di attuazione del T.U. in materia di Immigrazione e consente così di ridare centralità a questo testo normativo, concentrando in esso una normativa precedentemente dispersa tra molti testi di rilevanza secondaria. In particolare il Regolamento detta disposizioni su istituzione, organizzazione e funzionamento degli sportelli unici presso le Prefetture. Particolare attenzione è data al coordinamento di questa struttura con gli altri enti pubblici interessati (Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Ministero dell'interno, Ministero degli esteri, Ministero delle attività produttive, Questure, Prefetture, Inps, ecc.) tramite procedure che prevedono comunicazioni e trasmissione di informazioni tramite la connessione dei sistemi informativi di cui al d.P.R. n. 242/2004. Ulteriori disposizioni sono date in merito a: visti d'ingresso, ricongiungimento familiare, contratto di lavoro, autorizzazioni al rientro, liste degli stranieri che intendono lavorare in Italia, stipula del contratto di soggiorno per lavoro subordinato, lavoro stagionale ed autonomo, ingresso per studio o ricerca, ecc. In particolare per il lavoro autonomo è previsto un iter complesso – nel quale non è previsto l'intervento dello sportello unico immigrazione – per ottenere il rilascio dell'autorizzazione all'ingresso. Per regolare la fase transitoria legata all'istituzione degli sportelli unici per l'immigrazione è intervenuta la circ. congiunta del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e del Ministero dell'interno del 25 febbraio 2005 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 7).

7.4. All'interno dei provvedimenti previsti dall'art. 3, comma 5, del T.U. in materia di Immigrazione in base al quale « le regioni, le province i comuni e gli altri enti locali adottano i provvedimenti concorrenti al perseguimento dell'obiettivo di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello Stato, con particolare riguardo a quelle inerenti all'alloggio, alla lingua, all'integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana » si devono segnalare due atti legislativi delle Regioni Campania ed Emilia Romagna pubblicati nel 2004.

In data 19 febbraio 2004 è stata emanata la legge della Regione Campania n. 2, (pubblicata sul *BURC*, 23 febbraio n. 8, e  in *Boll. Adapt*, 2004, n. 6), che istituisce in via sperimentale il reddito di cittadinanza e, considerandolo una prestazione relativa ad un diritto sociale fondamentale nell'ambito delle politiche di inclusione e coesione sociale promosse dall'Unione Europea, garantisce un contributo monetario non superiore a 350 euro mensili per i nuclei familiari al di sotto di una certa soglia di reddito all'interno di specifici interventi mirati all'inserimento scolastico, formativo e lavorativo dei singoli componenti.

Il 24 marzo 2004 è stata approvata dal Consiglio della Regione Emilia Romagna la l.r. n. 5 recante norme per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 11). La legge modifica le l.r. n. 14/1990 e n. 2/2003 e si segnala per una visione complessiva del fenomeno immigrazione per gli ambiti di competenza regionali. Si prevede tra l'altro: una programmazione triennale degli interventi, la promozione dell'integrazione sociale attraverso la partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale,

consulenza legale contro le discriminazioni razziali, ripartizione dei compiti tra gli enti locali, sostegno a programmi di istruzione e formazione professionale.

7.5. Documenti editi nel 2004: *Vademecum per l'accesso al lavoro dei cittadini dei nuovi Stati membri nell'Unione europea*, maggio 2004,  in *Boll. Adapt*, 2004, n. 16; XIV Dossier Statistico sull'Immigrazione Caritas/Migrantes; CNEL, *La famiglia nell'immigrazione: condizioni di vita e cultura a confronto*, Documenti, 31; INPS, *Monitoraggio Flussi Migratori in collaborazione con "Dossier Statistico Immigrazione Caritas/Migrantes"*, in *www.inps.it*, dicembre.

Riferimenti dottrinali: N. IOMMI, *Il lavoro domestico degli immigrati: colf e badanti*, in *Gli Stranieri*, 2004, n. 2, 196; G. LUDOVICO, M. MARANDO, *La disciplina del lavoro extracomunitario: la determinazione dei flussi di ingresso*, in *DRI*, 2001, n. 4, 473; G. LUDOVICO, *Il lavoro subordinato dei lavoratori extracomunitari*, in *DRI*, 2001, n. 4, 477; M. MARANDO, *Extracomunitari: la disciplina del lavoro autonomo e i rapporti « speciali »*, in *DRI*, 2001, n. 4, 489; L. PELLICCIA, *Stagionali al secondo ingresso: i requisiti per ottenere la conversione del permesso in lavoro a tempo determinato o indeterminato*, in *Gli Stranieri*, 2004, n. 6, 526; M. TIRABOSCHI, *Extracomunitari e lavoro "atipico"*, in *DRI*, 2001, n. 4, 503; M. VRENNNA, *Le prestazioni economico-assistenziali e gli immigrati extracomunitari*, in *Gli Stranieri*, 2004, n. 1, 1; M. VRENNNA, *Stranieri e professioni*, in *Gli Stranieri*, 2004, n. 4, 318.

Niccolò Persico



Ricercatore

Adapt – Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »

8. Partecipazione

Partecipazione dei lavoratori: costituito il Comitato paritetico per la gestione del fondo speciale

Sommario: **8.1.** Le funzioni. – **8.2.** La composizione del Comitato. – **8.3.** I requisiti richiesti per poter usufruire degli incentivi. – **8.4.** I criteri per la gestione del Fondo, le modalità ed i tempi di erogazione degli incentivi.

8.1. Il 4 novembre 2004, con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (in *GU*, 28 dicembre 2004, n. 303, e  in *Boll. Adapt*, 2005, n. 1), sono state dettate le norme per l'istituzione di un Comitato Paritetico, chiamato a gestire il Fondo speciale per l'incentivazione della partecipazione dei lavoratori nelle imprese, previsto dall'art. 4, commi 112, 113, 114 e 115 della l. n. 350/2003 (Finanziaria 2004) /Sul tema cfr. ora la sentenza della C. Cost. 16 giugno 2005, n. 231,  in *Boll. Adapt*, 2005, n. 23, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 113 e 114, l. n. 350/2003. La questione era stata sollevata con il ricorso presentato dalla Regione Emilia Romagna, per non aver previsto alcuno strumento volto a garantire la leale collaborazione tra Stato e Regioni per quanto riguarda l'istituzione e la gestione del Fondo).

Il provvedimento in esame è un segno finalmente visibile del rilievo fondamentale che il tema del c.d. *power sharing* ha assunto, nel corso degli ultimi anni, nel nostro Paese, in particolare per via dell'impulso in tal senso esercitato dalla Comunità Europea. Esso costituisce poi un importante segnale di innovazione, in quanto, data l'assenza di qualsiasi limitazione sul punto, risulta applicabile indifferentemente ad ogni impresa, a prescindere dal numero degli occupati, ma anche dal settore produttivo o dalla zona geografica di insediamento delle unità produttive.

Secondo l'art. 1 del decreto, il Comitato dovrà sovrintendere e coordinare tutte le attività necessarie alla gestione del Fondo speciale, in particolare stabilendo, con

cadenza annuale, il programma di interventi da finanziare, in modo da assicurare il migliore utilizzo delle risorse assegnate (cfr. art. 3).

Spetta così al Comitato, più in particolare, la definizione delle modalità di selezione degli interventi di sostegno ai programmi predisposti dalle imprese per l'attuazione di accordi sindacali o di statuti societari finalizzati a valorizzare in maniera effettiva (cfr. art. 4, comma 2) la partecipazione dei lavoratori ai risultati e alle scelte di gestione aziendali. Soltanto a seguito di tale attività preliminare il Comitato potrà poi approvare, attraverso apposite procedure di selezione, i singoli programmi da sostenere (con i rispettivi piani finanziari), e disporre di conseguenza l'erogazione dei finanziamenti.


Il decreto stabilisce inoltre che il Comitato dovrà assicurare un costante monitoraggio sull'utilizzo del Fondo speciale, i cui esiti dovranno risultare da una relazione redatta annualmente e trasmessa dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali alle competenti Commissioni parlamentari e al Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro.

Ai fini della finanziabilità dei programmi, poi, l'art. 6 stabilisce che con la locuzione "accordi sindacali" devono intendersi "gli accordi stipulati a livello aziendale dalle rappresentanze sindacali aziendali o unitarie, ovvero stipulati a livello nazionale o territoriale, anche nell'ambito degli enti bilaterali, da organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative, purché riferiti ad imprese nominate o comunque identificabili ai fini dell'attivazione dei programmi partecipativi e delle erogazioni dei relativi incentivi", mentre il riferimento agli "statuti partecipativi" concerne gli "statuti adottati da società di capitali con delibera dei competenti organi".

8.2. Il Comitato è composto da dieci esperti (che rimarranno in carica due anni, e che sono già stati individuati all'interno del decreto), di cui due in rappresentanza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e otto in rappresentanza paritetica delle associazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori maggiormente rappresentative a livello nazionale (cfr. art. 2, comma 1).

Ai fini di garantire l'immediata operatività del decreto, l'art. 9 disciplina poi le attribuzioni patrimoniali spettanti ai componenti il Comitato, stabilendo che, nel caso essi siano estranei alla Pubblica Amministrazione, compete loro il rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio, calcolate secondo i parametri dell'indennità di missione prevista per i dirigenti di prima fascia dell'Amministrazione dello Stato.

Ulteriori e specifiche disposizioni riguardano poi il caso in cui, durante il mandato, uno dei componenti del Comitato venga a cessare dall'incarico: in tale circostanza è prevista la sua sostituzione con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, ma soltanto per il periodo residuo, e naturalmente rispettando il principio della pariteticità. Al Comitato è infine lasciato il compito di eleggere, al proprio interno, un Presidente, oltre che di adottare il proprio regolamento. Sempre rispettando la pariteticità della composizione, esso potrà poi scindersi in più sotto-Comitati, in particolare, si è ipotizzato, al fine di meglio rispondere a specifiche esigenze istruttorie.

8.3. Per poter essere finanziati dal Fondo, i programmi per l'attuazione di accordi sindacali o di statuti societari finalizzati a valorizzare la partecipazione dei lavoratori ai risultati e alle scelte gestionali delle imprese devono essere in primo luogo predisposti in conformità al regolamento CE n. 2157/2001 ed alle direttive n. 2001/86/CE e n. 2002/14/CE (cfr. art. 4, comma 3) inerenti, rispettivamente, l'istituzione dello statuto della Società Europea, il suo completamento per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori e l'istituzione del quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori ( in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *partecipazione alla gestione dell'impresa*).

I programmi che le imprese interessate ad implementare meccanismi partecipativi dovranno sottoporre al Comitato dovrebbero inoltre prevedere, secondo l'art. 5 del decreto, forme di partecipazione strutturata e non meramente finanziaria. A tal fine è stato così

stabilito che dovranno essere preferiti i progetti che favoriscano l'applicazione delle normative comunitarie in materia di Comitati Aziendali Europei, Informazione e Consulazione dei lavoratori, nonché quelli che favoriscano buone pratiche coerenti con la normativa comunitaria in materia di Società Europea (con ciò di fatto duplicando, sia pur soltanto in parte, la già richiamata disposizione di cui all'art. 4, comma 3 del decreto). In considerazione della recente entrata in vigore della riforma del diritto societario, il decreto – cfr. art. 5, comma 1, lett. c) – ha poi statuito la valorizzazione di quei progetti che prevedano la presenza di rappresentanti dei lavoratori nei Consigli di sorveglianza per lo svolgimento dei compiti di cui alla lett. *f-bis*) dell'art. 2409-*terdecies* c.c., ossia per deliberare “in ordine ai piani strategici, industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti”.

La medesima valorizzazione dovrà poi avvenire anche per quei progetti che prevedano la presenza di rappresentanti dei lavoratori negli organi di controllo delle società di cui agli artt. 148 e ss., d.lgs. n. 58/1998 (ossia nel collegio sindacale, nel consiglio di sorveglianza e nel comitato per il controllo sulla gestione).

Di fondamentale rilievo appare poi la disposizione secondo la quale, nell'ambito dei progetti coerenti con i criteri appena indicati, saranno considerati in via preferenziale quelli elaborati e presentati da imprese che aderiscono a programmi istituzionali nazionali di sviluppo della Responsabilità Sociale delle Imprese.

8.4. Nella gestione del Fondo (cfr. art. 4, comma 1), il Comitato è chiamato ad assicurare la trasparenza e la pubblicità delle iniziative e delle procedure di concessione degli incentivi, oltre che a rispettare i principi in materia di non discriminazione e le norme in materia di aiuti di Stato. Esso dovrà inoltre adottare strumenti idonei a garantire la massima diffusione delle incentivazioni e a prevenire inutili duplicazioni nel tempo degli interventi.

Secondo l'art. 7 del decreto, poi, l'erogazione degli incentivi alle imprese che ne abbiano fatto richiesta potrà avvenire soltanto al termine dei programmi finanziati, a saldo delle spese effettivamente sostenute, anche se il Comitato potrà autorizzare, su richiesta degli interessati e previa fideiussione, anticipazioni non superiori al 30% della spesa prevista. Ciò potrà verificarsi, però, unicamente nel caso in cui tali anticipazioni risultino strettamente necessarie per la realizzazione del progetto.

Nella procedura di erogazione degli incentivi viene poi coinvolto anche il Servizio Ispezione del Lavoro territorialmente competente. Le somme concesse potranno infatti essere versate dal Comitato soltanto a seguito e sulla base di una relazione ispettiva finale, attestante l'avvenuta realizzazione del programma, e corredata dagli esiti di un accertamento sulla pertinenza delle spese effettivamente sostenute (cfr. art. 8, comma 1).

Il soggetto titolare dell'incentivo, cui il Servizio Ispezione del Lavoro deve notificare copia della propria relazione contestualmente all'invio della stessa al Comitato, potrà comunque presentare a quest'ultimo proprie eventuali deduzioni, entro il termine di 30 giorni dalla avvenuta notifica (cfr. art. 8, comma 2), nel caso non condivida la relazione ispettiva finale.

In mancanza, il provvedimento del Comitato con il quale, in esito alla predetta procedura, viene liquidato l'incentivo (o non liquidato, si presume, anche se il decreto non lo precisa), costituisce atto definitivo (cfr. art. 8, comma 3).

Per far fronte agli oneri derivanti dagli interventi previsti dal decreto si è fatto riferimento all'autorizzazione di spesa di cui all'art. 4, comma 113, della l. n. 350/2003 (cfr. art. 11), che aveva infatti stabilito, per la gestione del Fondo, una dotazione iniziale di 30 milioni di euro.

L'art. 10 stabilisce infine che le modalità di gestione del Fondo speciale potranno essere

successivamente adeguate mediante altri decreti del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base del recepimento di eventuali accordi interconfederali e di avvisi comuni tra le parti sociali, anche in attuazione degli indirizzi dell'Unione Europea.

Flavia Pasquini
Assegnista di ricerca
Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

9. Previdenza

Il cumulo tra prestazioni d'invalidità e rendita di inabilità permanente

9.1. In data 23 dicembre 2004 il Consiglio dei Ministri ha approvato uno schema di disegno di legge (📖 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 48) che prevede modifiche al regime di cumulo tra pensione d'inabilità e assegno ordinario di invalidità erogati dall'Inps con la rendita da inabilità permanente Inail.

Ai sensi dell'art. 1, comma 43, l. n. 335/1995, infatti, la rendita vitalizia erogata dall'Inail non è cumulabile con le pensioni d'inabilità o con l'assegno d'invalidità a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, liquidati in conseguenza dello stesso evento invalidante.

Il disegno di legge varato dal Consiglio dei Ministri prevede l'abrogazione della norma citata e stabilisce una nuova disciplina in materia di cumulo fra prestazioni d'invalidità Inps e rendita da inabilità permanente Inail.

Per la pensione d'inabilità, liquidata ai sensi dell'art. 2, l. n. 222/1984, e dell'art. 1, comma 15, l. n. 335/1995, in conseguenza di infortunio sul lavoro e malattia professionale, si prevede la possibilità di cumulo con la rendita vitalizia liquidata dall'Inail per lo stesso evento invalidante nella misura corrispondente all'importo calcolato in base all'anzianità contributiva (in caso di liquidazione della pensione con il sistema retributivo) ovvero al montante contributivo (in caso di applicazione del nuovo sistema contributivo, *ex lege* n. 335/1995) effettivamente posseduti e dall'importo dell'integrazione al minimo, ove dovuta.

Per quanto riguarda l'assegno ordinario d'invalidità di cui all'art. 1, l. n. 222/1984, e all'art. 1, comma 14, l. n. 335/1995, liquidato in conseguenza di infortunio sul lavoro o tecnopatìa, per cui è liquidata anche la rendita vitalizia Inail, è cumulabile con la stessa nella misura corrispondente all'importo calcolato sulla base dell'anzianità contributiva effettivamente posseduta, ovvero in base al montante contributivo di cui al citato art. 1, comma 14, l. n. 335/1995.

L'attuale disciplina dell'incumulabilità fra le prestazioni per invalidità Inps e la rendita Inail era stata introdotta dalla l. n. 335/1995 in conseguenza del principio di giustificazione sociale dell'intervento protettivo, che non può contemplare duplicazioni di tutela per lo stesso evento.

Il regime più favorevole in materia di cumulo previsto dal disegno di legge in corso di esame da parte del Parlamento, se può essere giustificato sotto il profilo di una maggior tutela per il lavoratore colpito da entrambi gli eventi invalidanti, sembra andare in controtendenza rispetto agli obiettivi di risparmio della spesa pensionistica, che il Governo, in continuità con le precedenti riforme e con le direttive dell'Unione Europea, sta cercando di perseguire con la riforma delle pensioni, di cui sono in corso di approvazione i decreti attuativi.

Valentina Forti
Dottoranda di ricerca in Legislazione sociale europea
Università degli Studi di Macerata

9. Previdenza (segue)

Note di aggiornamento in materia di Assicurazione generale contro gli infortuni sul lavoro

Sommario: 9.2. Quadro normativo e prassi amministrativa. – 9.3. Soggetti da assicurare all’Inail.

9.2. Il semestre luglio-dicembre 2004 si è concluso con novità di rilievo in materia di assicurazione sugli infortuni sul lavoro e malattie professionali. Tra le più importanti, sono sicuramente da segnalare le disposizioni in materia di riordino dei servizi ispettivi (cfr. R. FORTI, *L’Inail e la riforma dei servizi ispettivi*, in *DRI*, 2005, n. 1), emanate a seguito del d.lgs. n. 124/2004 (📖 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 17), e quelle relative alla nuova disciplina in materia di benefici previdenziali per i lavoratori esposti all’amianto (cfr. V. FORTI, *Novità in tema di benefici previdenziali per i lavoratori esposti all’amianto* in *DRI*, 2005, n. 1, 225-226). Altre novità hanno riguardato chiarimenti sui soggetti assicurabili, quali gli alunni di scuole primarie e medie, l’artigiano di fatto ed i lavoratori a tempo parziale. Infine è stato approvato dal Consiglio dei Ministri un disegno di legge che prevede una nuova disciplina in materia di cumulo fra prestazioni d’invalidità Inps e rendita da inabilità permanente Inail.

9.3. Il 17 novembre 2004 è stata emanata dalla Direzione centrale Prestazioni e Rischi la circ. n. 79 (📖 in *Boll. Adapt*, 2005, n. 6), che introduce l’obbligo assicurativo Inail per gli alunni delle scuole primarie e medie che svolgono lezioni di “alfabetizzazione informatica” e di lingua straniera, con l’ausilio di macchine elettriche, discipline che sono diventate obbligatorie in base al nuovo assetto scolastico dettato dalla l. n. 53/2003 e dal d.lgs. n. 59/2004. Tale obbligo scaturisce dal fatto che tali discipline vengono fatte rientrare nelle esercitazioni pratiche, intese come applicazione sistematica e costante, e cioè non occasionale, dirette all’apprendimento, comprese nelle attività indicate come requisito oggettivo necessario per l’assicurazione Inail. Il riferimento normativo è l’art. 1, comma 28, del T.U. n. 1124/1965, che riguarda lo svolgimento di esperienze ed esercitazioni pratiche svolte da alunni di istituti di istruzione di qualsiasi ordine e grado, anche privati. La questione era stata già affrontata dall’Inail con la circ. n. 28/2003, che però aveva escluso gli alunni di scuole elementari e materne dall’ambito di applicazione del Testo Unico, in quanto non riteneva possibile un’equiparazione fra l’attività ludica svolta dai ragazzi e le esercitazioni pratiche.

Il nuovo ambito di applicazione invece prevede, con decorrenza immediata dalla data della circ. n. 79/2004, che gli studenti di scuola primaria e media possano essere indennizzati in caso di infortuni che accadono nel corso di esperienze tecnico-scientifiche, durante esperienze di lavoro o in occasione di esercitazioni pratiche, che ricomprendono anche le lezioni di “alfabetizzazione informatica” e lingua straniera, svolte con l’ausilio di macchine elettriche.

Rimangono esclusi dalla copertura gli infortuni che non trovano connessione con la specifica attività per la quale ricorre l’obbligo di legge, come ad esempio, gli infortuni *in itinere*.

Sempre riguardo all’obbligo assicurativo è da segnalare la circ. della Direzione centrale rischi 25 novembre 2004, n. 80 (📖 in *Boll. Adapt*, 2005, n. 6) sull’artigiano di fatto. Per quanto riguarda la tutela Inail dell’imprenditore artigiano, è necessario menzionare l’art. 4, comma 1, n. 3, del T.U. n. 1124/1965, che comprende, tra le persone assicurate contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, “gli artigiani che prestano abitualmente opera manuale nelle rispettive imprese”. In relazione a tale disciplina, si era posta la pro-

blematica sulla possibilità di annoverare tra gli artigiani anche coloro che, pur non risultando iscritti all'apposito Albo tenuto dalla Commissione provinciale per l'artigianato, svolgessero di fatto, personalmente ed abitualmente, un'attività "oggettivamente" artigianale.

A seguito della sentenza C. Cost. 13-15 giugno 1989 n. 336, in *GU*, 21 giugno 1989, n. 25, l'orientamento consolidato era che l'iscrizione all'Albo imprese artigiane non avesse efficacia vincolante per gli enti previdenziali, tra cui l'Inail. Pertanto, in base a tale interpretazione, l'obbligo assicurativo Inail per l'artigiano, in mancanza dell'elemento formale dell'iscrizione all'Albo, poteva sussistere quando era accertata la ricorrenza dei requisiti generali di assicurazione di cui agli artt. 1 e 4 del T.U. n. 1124/1965 e dei presupposti sostanziali previsti dalla normativa vigente in tema di impresa artigiana (v. artt. 2-3-4, l. n. 443/1985 e successive modifiche).

Altro problema per la classificazione dell'imprenditore artigiano da parte dell'Inail si è aperto a seguito del d.lgs. n. 38/2000, che ha proceduto ad una sostanziale riforma della normativa in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali, che ha imposto all'Istituto di recepire la classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali ed assistenziali disposta dall'Inps ex art. 49, l. n. 88/1989, astenendosi da autonome valutazioni a riguardo.

Il vincolo derivante dalla riforma, però, opera esclusivamente in riferimento all'inquadramento settoriale indicato nello stesso comma 1 dell'art. 49 menzionato, ed è finalizzato ad individuare la tariffa applicabile per la determinazione del premio assicurativo dovuto dal datore di lavoro per l'assicurazione dei propri dipendenti e del personale assimilato. In relazione ad altri aspetti di propria competenza invece l'Inail può effettuare proprie autonome valutazioni per una corretta applicazione delle disposizioni vigenti in materia di assicurazione antinfortunistica.

Ne consegue che, in tema di artigiano di fatto, tale accertamento rimane di esclusiva competenza dell'Istituto, poiché riguarda l'attività concretamente svolta dallo stesso in quanto tale e non come titolare d'impresa e, per questo, l'inquadramento aziendale viene effettuato direttamente dall'Inail.

Bisogna comunque evidenziare che, in forza del vincolo introdotto dalla riforma del 2000, se l'artigiano di fatto è titolare di un'impresa con dipendenti o altro personale per il quale è dovuto il premio ordinario di assicurazione, l'inquadramento settoriale dell'impresa deve essere effettuato in armonia con la classificazione aziendale disposta dall'Inps. Quindi, se il titolare di un'impresa non artigiana è obbligato all'assicurazione quale artigiano di fatto, verrà istituita per la sua assicurazione una polizza, fermo restando, per la determinazione del premio ordinario, l'inquadramento settoriale dell'impresa nella gestione tariffaria individuata in base alla classificazione Inps.

Un'altra novità in materia di obbligo assicurativo è quella dettata dalla circ. della Direzione centrale rischi 24 agosto 2004 n. 57, riguardante il lavoro a tempo parziale (📖 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 31).

Dopo un *excursus* sulla disciplina prevista in materia dai d.lgs. n. 61/2000, n. 66/2003 e n. 276/2003, si sottolinea che la disciplina previdenziale, nonostante le novità di questi ultimi anni, non sia stata modificata dalle nuove norme. Pertanto, la base imponibile per il calcolo dei premi dovuti per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali dei lavoratori a tempo parziale continua ad essere determinata in base alle istruzioni dettate dalle precedenti circ. Inail n. 36/2003 e n. 8/2004 (📖 in *Boll. Adapt*, 2004, n. 7), che facevano riferimento alla retribuzione convenzionale oraria. Anche per quanto concerne le prestazioni erogabili dall'Inail, si devono conti-

nuare ad applicare le istruzioni previgenti sia per l'indennità temporanea assoluta, sia in caso di rendita.

Roberta Forti
Funzionario Inail
Dottoranda in Legislazione sociale europea
Università degli Studi di Macerata

10. Privacy (diritto alla)

La nuova disciplina della *privacy*

Sommario: **10.1.** Quadro normativo. – **10.2.** Principali modifiche della normativa previgente. – **10.3.** Misure di sicurezza.

10.1. Dopo un lungo percorso normativo, il 1° gennaio 2004 è entrato in vigore il Codice della *privacy*, che regola il diritto alla protezione dei dati personali. Il Codice rappresenta il punto di arrivo del lavoro svolto a seguito della legge delega n. 127/2001 il cui spirito era quello di armonizzare, integrare e coordinare la normativa in materia di *privacy* in un “Unico Testo” effettivamente emanato con il d.lgs. n. 196/2003 (📖 in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Privacy, codice della e diritto alla*).

La legislazione in materia di dati personali diviene così sempre più chiaramente uno strumento di protezione generale dei diritti fondamentali della persona, arricchendo il concetto tradizionale della *privacy*: infatti, il trattamento dei dati personali rientra in una tutela più vasta che trae origine dalla Carta Europea dei Diritti fondamentali per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Il Codice riunisce infatti, in unico contesto, la l. n. 675/1996, i decreti legislativi, i regolamenti e i codici deontologici che si sono succeduti in questi anni armonizzandoli con importanti innovazioni che tengono conto della “giurisprudenza” del Garante.

Il Codice è ispirato all'introduzione di nuove garanzie per i cittadini, alla razionalizzazione delle norme esistenti e alla semplificazione degli adempimenti e introduce alcune nuove disposizioni direttamente connesse al quadro comunitario e internazionale, per aggiornare quanto già contenuto nel d.lgs. n. 171/1998 alle nuove regole della direttiva n. 2002/58/CE completando e perfezionando, così, il recepimento della direttiva n. 95/46/CE (📖 in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Privacy, codice della e diritto alla*).

Struttura del codice. Il Codice è diviso in tre parti: la prima dedicata alle disposizioni generali, riordinate in modo tale da esplicitare tutti gli adempimenti e le regole del trattamento con riferimento ai settori pubblico e privato.

La seconda è la parte dedicata a specifici settori: questa sezione, oltre a disciplinare aspetti in parte inediti quali informazione giuridica, notificazioni di atti giudiziari, dati sui comportamenti debitori, completa anche la disciplina attesa da tempo per il settore degli organismi sanitari e quella dei controlli sui lavoratori.

La terza affronta la materia delle tutele amministrative e giurisdizionali con il consolidamento delle sanzioni amministrative e penali e con le disposizioni relative all'ufficio del Garante.

Il Codice si completa con tre allegati:

Allegato A: contiene i Codici Deontologici, che garantiscono all'interessato che i comportamenti dei sottoscrittori siano conformi alle norme deontologiche, tenendo conto della specificità dei trattamenti nei diversi ambiti. I settori inizialmente interessati sono: l'attività giornalistica, i trattamenti di dati personali a scopi statistici e di ricerca

scientifici, e i trattamenti per scopi storici. Nell'arco del 2004 si sono aggiunti i codici di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi statistici e scientifici (pubblicati in *GU*, 14 agosto 2004, n. 190), e quello per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo riguardanti l'affidabilità e puntualità nei pagamenti (pubblicato in *GU*, 23 dicembre 2004, n. 300, ed entrato in vigore il 1° gennaio 2005).

Allegato B: contiene il disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza, in caso di trattamento con strumenti elettronici.

Allegato C: attiene ai trattamenti non occasionali effettuati in ambito giudiziario o per fini di polizia.

10.2. Nella parte generale del Codice, le definizioni sono state raggruppate tutte nell'art. 4. In alcuni casi la nozione è stata aggiornata tecnicamente alla luce degli interventi normativi intercorsi successivamente alla l. n. 675/1996. È il caso della definizione di "dati giudiziari" prevista nella precedente normativa all'art. 24, l. n. 675/1996. Nel Codice, la definizione è stata rivista a seguito dell'adozione del Testo Unico sul casellario giudiziale. In altri casi il Codice ha svolto un ruolo di chiarificazione dei concetti espressi nella previgente normativa. Nell'art. 4, comma 1, lett. *h*), si chiarisce che gli "incaricati del trattamento" possono essere solo le persone fisiche.

Per quanto riguarda l'individuazione dei diritti dell'interessato, rispetto alla normativa previgente, l'art. 7, comma 1, lett. *e*), attribuisce all'interessato anche il diritto di conoscere i soggetti ai quali i dati possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza. La norma dà attuazione all'art. 12, lett. *a*), della direttiva n. 95/46/CE e completa il quadro dei diritti dell'interessato in ordine al diritto di conoscere, in sede di accesso ai dati, i soggetti a cui tali dati possono essere comunicati. L'art. 7, inoltre, adegua alla predetta direttiva europea la disposizione che prevede il diritto dell'interessato a opporsi al trattamento dei propri dati personali effettuato per finalità di *marketing* o di ricerche di mercato, eliminando in questa sede l'ulteriore riferimento ad essere informato del medesimo trattamento, ridondante rispetto alla direttiva comunitaria e all'obbligo di informativa già previsto a carico del titolare.

Il Codice statuisce che i dati personali sono beni giuridici meritevoli di tutela e, in quanto tali, ne viene determinato il modo di utilizzo e protetta l'integrità.

I dati personali. Si definisce dato personale qualunque informazione relativa a persona fisica o giuridica, identificata o identificabile anche indirettamente.

All'interno della definizione dei dati personali, distinguiamo: i dati sensibili che rivelano l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche e l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale; i dati giudiziari che rivelano i relativi carichi pendenti o la qualità di imputato o di indagato.

Restano invariati i principi da rispettare per il trattamento dei dati personali desumibili dall'art. 11 del Codice: principio di liceità e correttezza del trattamento; principio di finalizzazione del trattamento; principio di correttezza dei dati; principio di pertinenza, completezza e non ridondanza dei dati in rapporto alla finalità del trattamento; principio di conservazione e durata non oltre il necessario in rapporto alle finalità del trattamento; il principio secondo il quale i dati trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento non possono essere utilizzati.

Da qui l'obbligo di garantire la sicurezza e l'integrità dei dati.

10.3. Il Codice ha confermato e aggiornato la disciplina in materia di sicurezza dei dati personali e dei sistemi informatici e telematici introdotti dalla previgente normativa prevedendo l'obbligo di ridurre al minimo i rischi, mediante l'adozione di idonee e

preventive misure di sicurezza (art. 31), e il dovere di adottare in ogni caso le misure minime (art. 33). Si evince che, nel quadro dei più generali obblighi di sicurezza, il titolare deve comunque adottare le misure minime. Diventa opportuno indicare la differenza intercorrente tra “misure idonee di sicurezza” e “misure minime di sicurezza” anche al fine del diverso effetto esimente della responsabilità del titolare.

Le misure di sicurezza idonee sono quelle che il titolare ritiene di adottare a seguito di una valutazione del caso specifico al fine di evitare i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati stessi, di accesso non autorizzato, o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta.

Quanto alle misure minime di sicurezza il quadro normativo è differente rispetto alle disposizioni contenute nel d.P.R. n. 318/1999. Il Codice viene aggiornato e semplificato sulla base dell'esperienza e all'evoluzione tecnologica degli ultimi anni. Si conferma la distinzione tra trattamenti con strumenti elettronici (art. 34) e trattamenti senza l'ausilio di strumenti elettronici (art. 35). Si specifica, che il trattamento dei dati personali con strumenti elettronici è consentito solo se sono adottate le misure minime previste dal disciplinare tecnico contenuto nell'allegato B. All'interno delle misure minime sulla sicurezza, rimane invariato l'onere della redazione di un Documento Programmatico sulla Sicurezza (DPS), ma sono aumentati i soggetti che sono obbligati a redigerlo.

In materia di responsabilità introdotta dall'art. 15 del Codice, in forza del richiamo all'art. 2050 c.c., il soggetto danneggiato dovrà dimostrare l'evento dannoso e il nesso di causalità tra fatto e danno, mentre al titolare spetterà la prova liberatoria. Il titolare del trattamento dovrà, quindi, dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

Per misure idonee a evitare il danno devono intendersi non semplicemente gli adempimenti minimi, che servono solo ad escludere la responsabilità penale, bensì tutti gli accorgimenti previsti da norme legislative o regolamenti che disciplinano la specifica attività. Quindi non si tratterà solo degli accorgimenti previsti dal Codice e nel disciplinare tecnico, ma anche delle prescrizioni impartite dal Garante e dai codici deontologici e di buona condotta.

In materia di responsabilità penale, l'art. 169 del Codice prevede la sanzione penale dell'arresto sino a 2 anni o l'ammenda da diecimila a cinquecentomila euro a chi ometta di adottare le misure minime previste dall'art. 33 del Codice.

Si tratta di un reato omissivo che si perfeziona a prescindere dal verificarsi di un eventuale danno. All'autore del reato, all'atto dell'accertamento, viene impartita una prescrizione che fissa il termine per la regolarizzazione. L'adempimento e il pagamento estinguono il reato.

I termini per l'adozione delle misure minime di sicurezza, di cui agli artt. 33-35, che non sono previste dal d.P.R. n. 318/1999 e l'adeguamento degli strumenti elettronici idonei ad evitare l'incremento dei rischi di cui all'art. 31 sono contenuti nelle disposizioni transitorie del Codice all'art. 180, rispettivamente al comma 1 e 3.

Durante il 2004 tali termini sono stati prorogati per ben 2 volte.

La prima volta con il d.l. n. 158/2004 convertito in legge il 27 luglio 2004, pubblicata in *GU*, 30 luglio 2004, n. 177 che proroga i termini di cui al comma 1, al 31 dicembre del 2004 e, al 31 marzo 2005, i termini di cui al comma 2. La stessa disposizione proroga inoltre il termine iniziale del 30 settembre 2004 al 31 dicembre 2005 in materia di trattamento dei dati sensibili da parte dei soggetti pubblici.

La seconda volta con il d.l. n. 266/2004 che fissa al 30 giugno del 2005 l'adozione delle misure minime di sicurezza e, al 31 marzo 2005, l'adeguamento degli strumenti elettronici previsto dal comma 3 dell'art. 180.

Per completezza, vi è da segnalare, in materia di trattamento illecito dei dati, la modifica evidente apportata dal Codice con l'art. 167. La precedente normativa, anche dopo le modifiche introdotte con il d.lgs. n. 467/2001, all'art. 35, comma 1, l. n. 675/1996, prevedeva nella fattispecie, un reato di pericolo presunto, e una circostanza aggravante solo se dal fatto derivava nocumento. Nella normativa vigente, con la specifica locuzione "se dal fatto deriva nocumento" è stato trasformato il delitto da reato di pericolo presunto a quello di pericolo concreto con un'ulteriore tipizzazione del danno e del profitto. (In tal senso anche la sentenza Cass., sez. pen., 28 maggio 2004 n. 1134).

Gli adempimenti. Un'altra delle principali semplificazioni del Codice, riguarda l'adempimento della notificazione al Garante, ovvero quell'atto con cui un soggetto pubblico o privato rende nota all'Autorità Garante l'esistenza di un'attività di raccolta e di utilizzazione dei dati personali.

Mentre con l'originale impianto della l. n. 675/1996, e le successive modificazioni, dovevano notificare tutti i soggetti non esplicitamente esentati, nel Testo Unico si rovescia l'impostazione e si indicano solo i pochi casi nei quali la notifica va effettuata. Questa dovrà essere effettuata solo in particolari casi di trattamento di dati sensibili (specie se sanitari) con determinate modalità d'uso, ma anche per trattamenti particolarmente a rischio, effettuati con strumenti elettronici, nel campo della profilazione dei consumatori, oppure in relazione a procedure di selezione del personale e ricerche di *marketing*, nonché in ipotesi di utilizzo di informazioni commerciali e relative alla solvibilità.

Il procedimento di notifica, dal 1° gennaio 2004, avviene solo per via telematica, seguendo le indicazioni del Garante riportate nel sito dedicato e utilizzando la firma digitale; ne consegue che la precedente modulistica non può essere utilizzata.

Se si omette la notificazione o la si presenta in ritardo o incompleta il titolare è punito con una sanzione pecuniaria (da diecimila euro a sessantamila euro) e con la pena accessoria della pubblicazione dell'ordinanza che applica la sanzione stessa in uno o più giornali, per intero o per estratto.

Se nelle notificazioni ci sono notizie non veritiere, si rientra nel reato di falsa dichiarazione, delitto punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e salvo che il fatto configuri un reato più grave.

Il Garante potrà individuare, con un proprio provvedimento, nell'ambito dei trattamenti che devono essere notificati, alcuni trattamenti che presentano minori rischi per i diritti degli interessati e che possono pertanto essere esonerati dalla notificazione; potrà, al contrario, anche indicare altri trattamenti al momento non indicati espressamente dalla legge, che dovranno essere notificati.

Rimane invece invariata la normativa in tema di autorizzazioni rilasciate dal Garante a "determinate categorie di titolari" prevista dall'art. 40 del Codice. In *GU*, 14 agosto 2004, n. 190, il Garante ha rilasciato nuove autorizzazioni in sostituzione di quelle in scadenza in materia di trattamento dei dati sensibili.

Per completare il lavoro di sintesi che si è esposto in questa sede, bisogna evidenziare la Relazione del Garante presentata lo scorso 9 febbraio 2005 al Parlamento (*Relazione 2004 - L'attuazione del Codice nel quadro della Costituzione per l'Europa*, [] in *Boll. Adapt*, 2005, n. 6).

La relazione, a differenza degli altri anni, è stata non solo una sintesi del programma svolto ma soprattutto un bilancio dell'attività degli ultimi 4 anni. Infatti, il collegio insediato nel marzo del 2001, quest'anno conclude il suo mandato.

La Relazione è strutturata in due parti: la prima contiene una specifica sui settori in cui incidono le norme del Codice.

La seconda parte evidenzia l'attività del Garante e del suo Ufficio, finalizzata all'attuazione delle norme a protezione dei dati.

Ines Patrizia Rosano
Collaboratore


Adapt – Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »


11. Salute e sicurezza

Prospettive *de jure condendo* in materia di sicurezza sul lavoro

Sommario: **11.1.** Lo schema di decreto legislativo in materia di salute e sicurezza sul lavoro. – **11.2.** Decreti ministeriali. – **11.3.** Riferimenti dottrinali.

11.1. Nel corso degli ultimi mesi l'intero sistema prevenzionistico è stato oggetto di un'opera di revisione e razionalizzazione in ottemperanza alla delega contenuta nell'art. 3, l. n. 229/2003, composta da una serie di criteri direttivi, analoghi a quanto disposto in sede programmatica nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro*, sulla base dei quali, se il Governo non avesse ritirato il progetto di attuazione, si sarebbe dovuto emanare il relativo decreto di attuazione.

Come noto, attualmente la materia della salute e sicurezza sul lavoro, oltre ad essere disciplinata dall'art. 2087 c.c., è altresì regolata da un ampio e complesso apparato di norme composto dai decreti di attuazione della normativa comunitaria (direttiva quadro n. 89/391/CEE e direttive speciali in  www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sicurezza, obbligo di*), *in primis* dal d.lgs. n. 626/1994, e successive modifiche ed integrazioni, oltre che da una serie di disposizioni contenute in diversi decreti, per la maggior parte risalenti agli anni Cinquanta.

A seguito della delega di cui all'art. 3, è stato, pertanto, predisposto uno schema di decreto legislativo ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 44), che, una volta approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri in data 18 novembre 2004, di seguito passato all'esame delle Commissioni parlamentari competenti, oggetto di confronto con Regioni, Enti istituzionali e parti sociali, ha arrestato il suo percorso. Benché, appunto, tale progetto di riforma sia stato interrotto, è opportuno rilevarne le linee essenziali, soprattutto in ragione del fatto che è indiscutibile la permanente necessità di un intervento di revisione e razionalizzazione della materia *de qua*.

Principio cardine su cui il legislatore delegato era stato chiamato ad intervenire riguarda "il riordino, coordinamento, armonizzazione e semplificazione delle disposizioni vigenti per l'adeguamento alle normative comunitarie e alle convenzioni internazionali in materia".

A conferma della assoluta attualità di un intervento riformatore, è interessante considerare che proprio recentemente la stessa Commissione europea si è pronunciata, attraverso la Comunicazione del 5 febbraio 2004 – COM(2004)62 final – rivolta al Parlamento europeo, Consiglio, Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, sullo stato dell'arte dell'applicazione della direttiva quadro n. 89/391/CEE, e delle direttive particolari inerenti ai luoghi di lavoro (n. 89/654/CEE), alle attrezzature di lavoro (n. 89/655/CEE), ai dispositivi di protezione individuale (n. 89/656/CEE), alla movimentazione manuale dei carichi (n. 90/269/CEE), alle attrezzature munite di videoterminali (n. 90/270/CEE). Nel documento la Commissione rileva come, malgrado la normativa europea abbia innalzato i livelli di tutela prevenzionistica all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, siano evidenziate comunque aree in cui l'applicazione della normativa risulta scarsa, e allarmante è perciò lo stato di rischio subito dai

lavoratori. In particolare, l'attenzione deve essere concentrata sulle piccole e medie imprese, sui lavoratori giovani, sui lavoratori con bassa qualifica e su coloro che abbiano contratti di lavoro flessibile, attraverso una reciproca collaborazione tra i diversi attori, istituzionali e non, come i datori di lavoro, i rappresentanti dei lavoratori ed i lavoratori stessi.

Non a caso, si può rilevare che lo schema di decreto oggi ritirato tendeva a conformarsi a quanto disposto normativamente a livello comunitario. Era, infatti, di ispirazione comunitaria, la struttura portante del testo, il quale, *ex art. 3, lett. i)*, conformemente al nuovo assetto istituzionale previsto dall'art. 117 Cost., sanciva i principi fondamentali in materia, nel rispetto della potestà legislativa concorrente con le Regioni e Autonomie locali in materia di "tutela e sicurezza del lavoro" (art. 117, comma 2).

Tra le novità che sarebbero state introdotte dallo schema di decreto legislativo ora ritirato, poteva considerarsi di notevole importanza l'ampliamento del campo di applicazione soggettivo, in virtù dei criteri di delega di cui all'art. 3, cit., lett. *f)* e lett. *g)*, che rispondeva ad orientamenti giurisprudenziali consolidati da oramai un decennio e all'esigenza di garantire la tutela prevenzionistica, ove applicabile, alle tipologie contrattuali di cui al d.lgs. n. 276/2003.

Venivano, difatti, ricompresi nel raggio di tutela tutti i lavoratori, dipendenti pubblici o privati, anche con contratto di lavoro speciale o a tempo determinato; anche le attività svolte nella modalità di telelavoro, indipendentemente dalla qualificazione del rapporto, erano garantite da particolari tutele, quali, innanzitutto, l'applicazione delle norme a garanzia delle prestazioni in cui si faccia uso di videoterminali; ai telelavoratori spettava, inoltre, la consegna di dispositivi di protezione individuale, e di attrezzature di lavoro conformi alle norme di cui al Titolo III, qualora fosse il datore di lavoro, anche tramite terzi, a fornirle.

Con una previsione non concordante con quanto disposto dall'art. 66, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, che garantiva l'applicazione del d.lgs. n. 626/1994 ai collaboratori coordinati e continuativi nella modalità a progetto, ove svolgessero l'attività presso i locali del committente, l'art. 3, comma 5, dello schema di decreto ritirato, disponeva che i collaboratori coordinati e continuativi, anche nella modalità a progetto, avrebbero goduto della tutela limitata di cui all'art. 10, schema di decreto attuativo, tra cui, ad esempio, ricevere dal committente "dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività", art. 10, comma 1, lett. *b)*.

Diversamente, i lavoratori autonomi ed i componenti dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c., avrebbero dovuto, *ex art. 9*, munirsi degli appropriati dispositivi di protezione individuale, nonché sottoporsi a sorveglianza sanitaria, ove ne fosse previsto l'obbligo.


Infine, i lavoratori a domicilio di cui alla l. n. 877/1973 e coloro ai quali si applica il contratto collettivo dei proprietari di fabbricati sarebbero stati titolari del diritto di informazione e del diritto di formazione di cui agli artt. 28 e 29 dello schema di decreto. Sarebbero rimasti perciò fuori dal raggio di tutela i lavoratori domestici di cui alla l. n. 339/1958 e coloro che svolgono piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresa l'assistenza domiciliare ai bambini, alle persone ammalate o portatrici di handicap, e l'insegnamento privato supplementare (art. 70, lett. *a)* e *b)*, d.lgs. n. 276/2003).

Altro punto che merita considerazione è che il legislatore, nell'opera di riordino e razionalizzazione della materia prevenzionistica, al momento arrestata, considerando la complessità della materia, come si è detto, costituita oltretutto da una serie di norme risalenti agli anni Cinquanta, ha optato per un sistema che evitasse la delegificazione

della materia attraverso il rinvio a atti regolamentari. Così sono state ricondotte una serie di disposizioni a “norme di buona tecnica” alla pari di quelle emanate da organismi nazionali, europei ed internazionali, quali Cen, Cenelec, Iso, Iec, Uni, Cei. Altresì, nello schema di decreto legislativo si riscontrava l'intenzione di promuovere le “buone prassi”, ossia procedure e metodi organizzativi per ridurre i rischi, che “orientino la condotta dei datori di lavoro, dei lavoratori, e di tutti i soggetti interessati”, come richiesto d'altra parte in sede di delega dall'art. 3, lett. *h*).


Tra i soggetti promotori di buone pratiche erano compresi gli Enti bilaterali, “organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative”, art. 5, lett. *n*), schema di decreto legislativo ritirato, ai quali era dato particolare rilievo dal testo normativo, in quanto promotori peraltro della programmazione di attività formative a fini prevenzionistici, di sviluppo di azioni inerenti la salute e la sicurezza sul lavoro e di ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento. Oltre a ciò, ai medesimi Enti era attribuita la funzione di organi di prima istanza in merito a controversie sorte sulla applicazione dei diritti di rappresentanza, informazione e formazione previsti dalle norme vigenti in materia (art. 27, comma 2).


Occorre aggiungere, poi, che nell'ottica di semplificazione degli adempimenti, con riferimento in particolare alle piccole imprese, lo schema citato affidava agli Enti bilaterali poteri certificatori circa la conformità della normativa prevenzionistica delle aziende di dimensioni limitate (fino a 100 dipendenti), qualora il datore di lavoro ne faccia richiesta (art. 27, comma 4).

Altra peculiare novità concerneva la regolamentazione del potere dispositivo in capo all'organo di vigilanza, e cioè la legittimità di impartire una disposizione in luogo di una sanzione penale, dando modo al destinatario di adempiere entro un termine stabilito. È d'obbligo sottolineare che simile attività dispositiva poteva essere esercitata con esclusivo riferimento agli adempimenti tecnici riportati nello schema di decreto, e perciò “norme di buona tecnica” e “buone prassi”, in modo tale che l'organo di vigilanza, soggetto quanto mai esperto nel riconoscere gli standard tecnici raggiunti in ciascun settore produttivo, potesse disporre, per l'appunto, “le soluzioni costruttive ed organizzative più idonee” ed “assicurare il miglior livello di tutela antinfortunistica” (in tal senso si esprime la Relazione tecnica di accompagnamento dello schema di decreto legislativo,  in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Sicurezza, obbligo di*).

Di conseguenza era stabilito che per tutte le restanti norme che incidono direttamente sulle condizioni di sicurezza era confermata la sanzione penale.

11.2. Nel corso del precedente anno sono intervenuti due decreti ministeriali in materia di salute e sicurezza che si ritiene opportuno segnalare, l'uno in materia di agenti chimici, l'altro relativo alla denuncia obbligatoria di malattie professionali.

Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ed il Ministero della salute, con il dm 26 febbraio 2004 (in *GU*, 10 marzo 2004, serie gen., n. 58, e  in *Boll. Adapt*, 2004, n. 9) hanno definito una prima lista dei valori limite indicativi di esposizione professionale agli agenti chimici. La predetta lista, contenuta in allegato al testo, tiene conto dei valori fissati dalla Commissione dell'Unione europea e deve considerarsi sostitutiva dell'allegato VIII-ter del d.lgs. n. 626/1994.

Con il secondo provvedimento, dm 27 aprile 2004 (in *GU*, 10 giugno 2004, serie gen., n. 134, e  in *Boll. Adapt*, 2004, n. 22), il Ministero del lavoro e delle politiche sociali fornisce, sostituendo quello precedente contenuto nel dm 18 aprile 1973, l'elenco delle malattie che devono essere denunciate obbligatoriamente alla sede Inail. Il suddetto elenco è suddiviso in tre liste, a seconda del grado di probabilità che la malattia sia di origine lavorativa (il testo in *ISL*, 2004, n. 9).

11.3. In ordine allo schema di decreto legislativo in materia di salute e sicurezza sul lavoro, attuativo dell'art. 3, l. n. 229/2003, di recente dal Governo, si rinvia a M. TIRABOSCHI, *Verso un Testo unico della normativa in materia di salute e sicurezza del lavoro*, in *GLav*, 2004, n. 48. Sulla ripartizione di competenze tra Stato e Regioni in materia di salute e sicurezza, con riferimento alla predisposizione del nuovo testo normativo, M. NICOLINI, *Il Testo unico sulla sicurezza e l'equivoco raccordo tra legislazioni statale e regionale*, in *ISL*, 2004, n. 2, 82 ss. Sullo stesso argomento ed in particolare sui criteri di delega di cui all'art. 3, l. n. 229/2003, si vedano M. LEPORE, A. ANTONUCCI, *Le prospettive di un Testo Unico di sicurezza alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *DRI*, 2003, n. 2, 191; M. LAI, *Il nuovo "codice" sulla sicurezza sul lavoro*, in *DRI*, 2003, n. 2, 200.

Sulla Comunicazione della Commissione europea 5 febbraio 2004, vedi M. ALBANESE, *Dalla UE una comunicazione che fotografa l'applicazione delle direttive sulla sicurezza*, in *Ambiente&Sicurezza*, 2004, n. 6, 34 ss.

In ordine alla salute e sicurezza dei lavoratori nei contratti di lavoro di cui al d.lgs. n. 276/2003, si vedano A. TAMPIERI, *Brevi riflessioni sugli obblighi di sicurezza nella riforma del mercato del lavoro*, in *DL*, novembre-dicembre 2003, 827; M. LAI, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, in *DPL*, 2003, n. 36, 2427 ss.; M. LAI, *Più flessibilità e meno sicurezza nei nuovi contratti di lavoro?*, in *ISL*, 2004, n. 8; in particolare, per i contratti di collaborazione a progetto, P. SOPRANI, *La tutela del collaboratore a progetto*, in *Ambiente&Sicurezza*, 2003, n. 20, 35; sempre sullo stesso argomento, a seguito della circ. Min. lav. interpretativa n. 1/2004 sulle collaborazioni coordinate e continuative nella modalità a progetto, P. SOPRANI, *Con la circolare n. 1/2004 indicazioni dal Ministero del Lavoro sui contratti e la tutela dei collaboratori "a progetto"*, in *Ambiente&Sicurezza*, 2004, n. 2, 92 ss.; sulle tutele garantite nella somministrazione di lavoro, L. CAROLLO, *Somministrazione di lavoro e profili prevenzionistici*, in *DRI*, n. 2, 2004, 342; con riferimento, invece, alla sicurezza nel contratto di lavoro a tempo parziale, soprattutto a seguito della circ. Min. lav. interpretativa n. 9/2004, M. GALLO, *Contratti part-time: bene i chiarimenti ma rimane il "rischio sicurezza"*, in *Ambiente&Sicurezza*, 2004, n. 8.

Per un'analisi giurisprudenziale su aspetti di particolare interesse in materia prevenzionistica si propone la lettura di L. FANTINI, *Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro: orientamenti giurisprudenziali*, in *DRI*, 2004, n. 1, 131.

Mentre per l'adozione del dm 26 febbraio 2004, si propone la lettura di M. DEL NEVO, *Le malattie di origine lavorativa a denuncia obbligatoria: nuovo elenco*, in *ISL*, 2004, n. 9, 521.


Lilli Carollo

Dottoranda di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

12. Somministrazione

La somministrazione di lavoro alla luce della circolare ministeriale n. 7 del 2005

Sommario: **12.1.** Somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta, le ipotesi di nullità del contratto di somministrazione. – **12.2.** Le condizioni di ricorso alla somministrazione. – **12.3.** L'instaurazione del rapporto di lavoro. – **12.4.** I divieti di ricorso alla somministrazione. – **12.5.** L'esecuzione del rapporto di lavoro e la ripartizione fra somministratore e utilizzatore della posizione del datore di lavoro. – **12.6.** La risoluzione del rapporto di lavoro. – **12.7.** Riferimenti dottrinali.

12.1. La circ. Min. lav. n. 7 del 22 febbraio 2005 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 7) illustra la disciplina della somministrazione di lavoro contenuta nel d.lgs. n. 276/2003 e contiene alcuni chiarimenti necessari per la sua applicazione. La circolare muove da una premessa generale relativa al contesto normativo entro cui considerare la somministrazione di lavoro. Viene infatti chiarito che la disciplina della somministrazione, di carattere sperimentale, è contestuale alla abrogazione tanto della l. n. 1369/1960 (sul divieto di interposizione) quanto agli artt. dall'1 all'11 della l. n. 196/1997 (in materia di fornitura di lavoro temporaneo).

La specificazione circa la abrogazione della l. n. 1369/1960 e della l. n. 196/1997 deve essere letta con riferimento all'ultimo paragrafo della circolare relativo al regime sanzionatorio della somministrazione di lavoro. Elemento caratterizzante della disciplina di cui alla l. n. 1369/1960 era, infatti, la automatica imputazione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore della prestazione lavorativa in caso di violazione del precetto normativo. Analogamente, l'art. 10 della l. n. 196/1997 rinviava espressamente proprio alla l. n. 1369/1960 nell'ipotesi di violazione della disciplina in materia di fornitura di lavoro temporaneo, con riferimento alle ipotesi di somministrazione non autorizzata ovvero di somministrazione fuori dai limiti di legge nonché con riferimento al mancato rispetto della forma scritta del contratto di fornitura ovvero del contratto di lavoro.

L'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003 prevede ora, in caso di « somministrazione irregolare » per la violazione delle condizioni e dei limiti di ricorso alla somministrazione, che sia il lavoratore ad avere la facoltà di agire in giudizio per ottenere la costituzione del rapporto direttamente alle dipendenze dell'utilizzatore. Viceversa, come chiarito proprio dalla circ. n. 7/2005, la imputazione automatica del rapporto in capo all'utilizzatore si verifica nel solo caso di « somministrazione fraudolenta », e cioè nell'ipotesi di nullità del contratto di somministrazione per mancanza di forma scritta, ovvero perché concluso per eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo.

La circolare si segnala, sul punto, per due ulteriori profili.

In primo luogo sono esplicitate le singole ipotesi in cui si verifica la somministrazione irregolare: la violazione sia delle condizioni e dei limiti di cui all'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, che delle condizioni e dei limiti di cui all'art. 21, comma 1, lett. dalla *a)* alla *e)*. In secondo luogo si precisano gli effetti derivanti dalla qualificazione della somministrazione come irregolare. Il lavoratore irregolarmente somministrato godrà infatti di tutte le tutele del lavoro in somministrazione, in particolare, quindi, avrà diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello dei lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore e potrà agire per la soddisfazione del credito retributivo anche direttamente nei confronti dell'utilizzatore responsabile in solido con il somministratore (cfr. B. SANNINO, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel rapporto di lavoro: il principio di parità di trattamento economico e normativo e la disciplina applicabile*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il regime giuridico delle esternalizzazioni dopo la riforma*

Biagi. Somministrazione di lavoro, appalto, distacco e trasferimento di azienda, Giuffrè, Milano, 2005).

La circolare aggiunge, inoltre, che, così come è espressamente previsto per la somministrazione irregolare, anche alle ipotesi di somministrazione nulla deve ritenersi applicabile la disposizione in base alla quale tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto, che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione, dal debito corrispondente e fino a concorrenza della somma effettivamente pagata e tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione.

12.2. Con riferimento ad eventuali limiti di carattere soggettivo al ricorso alla somministrazione di lavoro la circ. n. 7/2005 precisa che l'utilizzatore può essere anche un privato o una pubblica amministrazione – in questo caso, però, solo a tempo determinato (cfr. sull'uso della somministrazione nelle Pubbliche Amministrazioni F. VERBARO, *Il fenomeno delle esternalizzazioni nella Pubblica Amministrazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il regime giuridico delle esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione di lavoro, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, cit., e, ivi, sul limite di ricorso alla somministrazione di lavoro nella Pubblica Amministrazione, vedi anche H. BONURA, *Somministrazione di lavoro e appalti nella Pubblica Amministrazione: il quadro normativo*) – mentre con riferimento al somministratore richiama il regime delle autorizzazioni previsto per i soggetti legittimati alla somministrazione a seguito della iscrizione all'albo delle agenzie per il lavoro.

Con particolare riferimento a questi ultimi sono indicati, in concreto, quali siano gli estremi del provvedimento di autorizzazione da inserire sia in tutte le comunicazioni dirette ai terzi sia nel contratto di somministrazione.

Relativamente alle tipologie di ricorso alla somministrazione (a tempo determinato e indeterminato) sono specificatamente analizzate le singole condizioni che consentono il ricorso alla somministrazione di lavoro.

La somministrazione a tempo determinato è possibile per soddisfare esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive, anche riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore.

La circolare dedica una attenzione specifica alla esplicazione della nozione di esigenze « tecniche, produttive, organizzative o sostitutive » recependo l'interpretazione già accolta nella circ. n. 41/2002 in materia di contratto a termine (📄 in www.csmb.uni-mo.it, indice A-Z, voce *Lavoro a termine, o a tempo determinato*).

La somministrazione a tempo indeterminato è consentita ove ricorrano le singole ipotesi previste dalla legge (non ulteriormente specificate in sede di circolare) mentre, di contro, è precisato che « l'attività di somministrazione a tempo indeterminato si estende a tutte le professionalità necessarie per la gestione dell'attività o del servizio indicato dal legislatore ». Ciò comporta che sia possibile somministrare a tempo indeterminato tutti i lavoratori che siano necessari per la realizzazione dell'attività in somministrazione senza alcun nesso di causalità fra mansioni eseguite e attività che consente il ricorso alla somministrazione. La circolare, inoltre, ricorda il rinvio alla contrattazione collettiva, di livello nazionale o territoriale, quanto alla individuazione di ulteriori ipotesi di ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato.

Con riferimento alla valutazione, in sede giurisdizionale, delle condizioni di ricorso alla somministrazione di lavoro è precisato che l'eventuale valutazione dell'effettiva sussistenza delle ragioni invocate non può incidere il merito delle scelte datoriali così come risultanti dal contratto di somministrazione. In altre parole il giudice potrà verificare la

reale sussistenza della condizione invocata nel contratto per ricorrere alla somministrazione, ma non sindacare la legittimità della scelta del datore di lavoro.

Con riferimento ai settori dell'edilizia e dell'agricoltura viene sottolineata l'assenza di una disciplina speciale e il richiamo alle norme transitorie quanto alla perdurante efficacia dei contratti collettivi di settore conclusi in attuazione della l. n. 196/1997.

12.3. Nell'ambito della somministrazione a tempo indeterminato il somministratore può instaurare il rapporto di lavoro attraverso le diverse tipologie di contratto previste dall'ordinamento nel rispetto dei relativi requisiti di forma e di contenuto.

Con riferimento alla somministrazione a tempo determinato la circolare in esame precisa che la somministrazione può essere eseguita sia con lavoratori assunti a tempo determinato (in questo caso la valutazione della sussistenza delle condizioni legittimanti l'apposizione del termine al contratto di lavoro potrà intervenire sia con riferimento all'utilizzatore che con riferimento al somministratore) sia con lavoratori assunti a tempo indeterminato. È di contro esclusa la compatibilità con il contratto di inserimento o di lavoro intermittente anche se si applica, in quanto compatibile, a queste tipologie di contratto la disciplina del contratto a tempo determinato.

Particolare importanza pratica riveste la analisi della disciplina dei rinnovi e delle proroghe del contratto a termine concluso nell'ambito di una somministrazione di lavoro a tempo determinato.

La circolare aggiunge che nell'ipotesi di contratti a termine nell'ambito di una somministrazione a tempo determinato, la stessa agenzia di somministrazione può concludere anche senza soluzione di continuità più contratti a termine con lo stesso lavoratore. Il rinnovo del contratto a termine, però, non potrà essere giustificato dall'invio in missione del lavoratore presso lo stesso somministratore e per la stessa attività con riferimento alla quale sono già esauriti i termini di proroga. La proroga deve, poi, essere in ogni caso giustificata dal permanere della esigenza che ha concretizzato la condizione di ricorso alla somministrazione di lavoro così come risulta dal contratto di somministrazione.

12.4. La circolare richiama i divieti al ricorso alla somministrazione per la sostituzione di lavoratori in sciopero e da parte di imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi del d.lgs. n. 626/1994. La somministrazione è altresì vietata in unità produttive coinvolte, nei sei mesi precedenti, in procedure di riduzione d'orario o di sospensione dell'attività con integrazione salariale ovvero di licenziamento collettivo. In questo caso la circolare precisa che gli accordi collettivi legittimati a derogare a questo divieto sono sia gli accordi aziendali di gestione delle procedure sia accordi aziendali raggiunti a questo fine ma stipulati con le medesime modalità. La circolare chiarisce che il divieto di somministrare lavoratori in aziende interessate da procedure di riduzione del personale non opera se il ricorso alla somministrazione è effettuato per ragioni sostitutive.

L'art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003 attribuisce alla contrattazione collettiva la facoltà dell'individuazione di limiti di ricorso all'istituto, anche in misura non uniforme, in conformità alla disciplina di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001. Trovano quindi applicazione i commi 7 e 8 di tale articolo, ma la circolare ritiene in via interpretativa che l'esclusione non si applichi alla disposizione avente ad oggetto la stipulazione di contratti di lavoro a conclusione di un periodo di tirocinio o di *stage*.

12.5. Il lavoratore in somministrazione esegue la prestazione sotto le direttive ed il controllo dell'utilizzatore e nell'interesse di quest'ultimo. Il lavoratore è quindi inserito nell'organico dell'utilizzatore. Da questa prospettiva, chiarisce la circolare, i lavoratori in somministrazione possono essere considerati ai fini della valutazione della consi-

stenza organizzativa dell'imprenditore ad esempio, per provare un requisito di carattere tecnico nell'ambito di una procedura selettiva per appalti pubblici.

Dalla stessa prospettiva durante l'esecuzione del lavoro in somministrazione il potere direttivo, organizzativo e di controllo è attribuito all'utilizzatore che può quindi mutare, fermi i limiti di cui all'art. 2103 c.c., le mansioni assegnate al lavoratore al momento dell'invio in missione (con l'onere di darne immediata comunicazione scritta al somministratore consegnandone una copia al lavoratore) e inviare a sua volta il lavoratore in somministrazione a svolgere la prestazione in appalto o in distacco.

Con riferimento allo statuto giuridico del lavoratore in somministrazione la circolare illustra il principio di parità di trattamento economico e normativo e la previsione circa la natura solidale dell'obbligazione retributiva e contributiva in capo a somministratore e utilizzatore. In particolare, poi, sono esaminati i profili di tutela della salute e sicurezza del lavoratore come ripartiti fra somministratore e utilizzatore ai sensi dell'art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276/2003.

I lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono la prestazione lavorativa presso un utilizzatore. In questo periodo percepiscono una indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi nei quali il lavoratore stesso rimane in attesa di assegnazione. Il dm 10 marzo 2004 ha stabilito che la misura minima della indennità mensile di disponibilità, determinata dai contratti collettivi, pari a 350,00 euro mensili (con divisore orario pari a 173). Nel periodo di disponibilità il lavoratore può essere chiamato dal somministratore a svolgere la prestazione di lavoro anche presso lo stesso somministratore con conseguente proporzionale riduzione della indennità di disponibilità. Con l'occasione si precisa anche che, di contro, l'esecuzione della somministrazione non può intervenire attraverso l'invio in missione di dipendenti c.d. diretti del somministratore.

12.6. La circolare ricorda che alle ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi, già previste dall'ordinamento, si aggiunge quella introdotta dal d.lgs. n. 276/2003 per l'ipotesi di fine lavori connessa alla somministrazione. In questo caso si applica la disciplina generale in materia di licenziamenti individuali.

Con riferimento all'applicazione della nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento si precisa che « non può coincidere con il venir meno del contratto di somministrazione, essendo configurabile solo allorquando risulti l'impossibilità di avviare ad altra missione il lavoratore, tenuto conto anche dell'infruttuoso decorso di un congruo periodo in disponibilità ». La circolare aggiunge che dalla peculiarità del rapporto in somministrazione – e segnatamente dal consenso del lavoratore al momento della stipulazione del contratto di lavoro ad essere assegnato alle mansioni di volta in volta necessarie con riferimento alla singola somministrazione – l'assegnazione del lavoratore troverà come limite esterno la coerenza delle mansioni con il patrimonio professionale del lavoratore e la compatibilità delle medesime con l'inquadramento contrattuale presso il somministratore.

Nel caso in cui, poi, sussista un giustificato motivo oggettivo di licenziamento troveranno applicazione le tutele di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 276/2003 (cfr. sul punto la nota di G. BOCCHIERI e M. TIRABOSCHI che segue), sia sotto il profilo della integrazione del reddito – art. 12, comma 2, lett. a) – sia sotto il profilo delle iniziative di qualificazione e riqualificazione professionale – art. 12, comma 2, lett. d).

12.7. Sulla disciplina della fornitura di lavoro altrui, anche al fine di un confronto con la fattispecie della somministrazione, cfr. i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1997, cui *adde*, per una analisi della

medesima disciplina in chiave internazionale e comparata, e da una prospettiva di riconsiderazione sistematica della materia, M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999. Con riferimento alla disciplina attuale della somministrazione di lavoro cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 257, e M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 205-229, e da una prospettiva critica della nuova regolamentazione, P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, 2004, 91-164. Per un ulteriore approfondimento dei singoli profili di regolamentazione cfr., altresì, i contributi raccolti in *DRI*, 2004, n. 2, ed in particolare V. SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, e L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla « tipizzazione » del contratto di somministrazione*. Con riferimento all'inquadramento della somministrazione irregolare, per una ricostruzione diversa da quella accolta dalla circolare ministeriale in commento, M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, 156-170; F. BASENGHI, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 303-310, e F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 409 ss., ma *contra*, dalla medesima prospettiva di interpretazione accolta in circolare, cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, § 118, e, da una impostazione ricostruttiva parzialmente diversa, P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit.

12. Somministrazione (segue)


Somministrazione di lavoro: accordo sui fondi per la formazione e l'integrazione del reddito

Sommario: **12.8.** Somministrazione e flessibilità. – **12.9.** Il fondo bilaterale della somministrazione. – **12.10.** Gli accordi del 2 febbraio 2005.


12.8. L'esperienza del lavoro temporaneo in Italia ha costituito un esempio di buona flessibilità. A dispetto dello scetticismo che, per lungo tempo, ha ritardato l'introduzione della fattispecie del lavoro intermittente tramite agenzia nel nostro ordinamento, si è infatti evidenziato come esso si sia presto tradotto in un modello virtuoso di flessibilità « normata »: un modo di lavorare certamente atipico, ma che ha permesso a moltissime persone di accedere rapidamente a una occupazione stabile e di qualità (cfr. i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1997, e ivi, in particolare, per il concetto di flessibilità normata, il saggio di T. TREU, *Politiche del lavoro e strumenti di promozione dell'occupazione: il caso italiano in una prospettiva europea*; per un confronto fra flessibilità c.d. buona e flessibilità c.d. cattiva, con riferimento rispettivamente al lavoro interinale e al lavoro a progetto, cfr. l'analisi condotta da A. ACCORNERO, *Nuovi lavori e rappresentanza*, in *DRI*, 2005, n. 1, § 1).

12.9. Proprio da questa prospettiva si segnala come per il decollo del lavoro interinale sia stata decisiva la realizzazione di un fondo bilaterale, finanziato con un contributo del 4% della retribuzione corrisposta ai lavoratori in somministrazione, che ha consentito

di attivare importanti misure di orientamento, formazione e riqualificazione professionale (per una analisi della esperienza sin qui sviluppata sul fondo bilaterale della somministrazione cfr. G. BOCCHIERI, *Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, 607 ss.). Una esperienza che si è rivelata vantaggiosa non solo per i lavoratori, ma anche per le aziende che hanno potuto avvalersi di personale temporaneo mediamente più competente e qualificato di quello altrimenti direttamente reperibile sul mercato del lavoro. Esito questo che trova riscontro nel fatto che al termine di ogni missione, circa un terzo dei lavoratori flessibili è stato poi assunto dall'impresa utilizzatrice.


Secondo una recente ricerca condotta per conto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali emerge inequivocabilmente che « un lavoratore avviato ad una missione di lavoro interinale può ragionevolmente attendersi che la sua probabilità di conseguire una occupazione permanente circa un anno e mezzo dopo la missione stessa raddoppi, rispetto al caso di non avviamento, passando approssimativamente dal 14 per cento al 28 per cento ». Non solo. Ma « a circa il 51 per cento dei lavoratori interinali viene prospettata la possibilità di essere assunti direttamente dall'impresa utilizzatrice al termine della missione. Per il 32 per cento di tali soggetti, questa prospettiva diventa realtà. Tuttavia, anche il 20 per cento di coloro ai quali nessuna assunzione è stata prospettata risulta poi assunto dall'impresa utilizzatrice » (cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia – Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Ed. Plus, Università di Pisa, 2003, qui 57-59, ora  in www.csm-b.unimo.it, indice A-Z, voce *Somministrazione*). Tanto più che nel mutato contesto regolatorio scaturito dalla riforma Biagi il vecchio interinale diviene uno dei canali privilegiati attraverso cui assecondare la specializzazione produttiva e l'organizzazione del lavoro in *outsourcing* propria della nuova economia.

La somministrazione non è infatti né un mero equivalente del contratto a termine né una sorta di prova lunga. Si tratta piuttosto di una ipotesi di specializzazione organizzativa e gestionale, che opera sì sul versante della flessibilità occupazionale ma anche, se non soprattutto, su quello della modernizzazione dell'apparato produttivo mediante modelli di integrazione contrattuale tra imprese coordinati da operatori polifunzionali e altamente qualificati, quali sono appunto le nuove agenzie del lavoro (cfr. M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, in *q. Fascicolo*). Operatori esperti in risorse umane e per i quali è decisivo, nella tanto auspicata prospettiva di innalzamento della dotazione di capitale umano del nostro Paese, avvalersi di un apposito fondo per la formazione.

Un fondo che, per raggiungere pienamente i suoi obiettivi, deve però poter garantire anche la continuità delle occasioni di impiego, nonché concorrere alla emersione del lavoro non regolare anche attraverso iniziative di contrasto agli appalti illeciti e a tutte le forme improprie di esternalizzazione. È pertanto positivo che le parti sociali, con le intese raggiunte il 2 febbraio 2005 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4), abbiano inteso confermarne la operatività della nuova disciplina.


12.10. Con gli accordi sindacali del 2 febbraio 2005 si completa dunque, molto opportunamente, il quadro regolatorio della somministrazione di lavoro per la parte relativa al nuovo sistema di tutele relative al mercato (e non più solo, secondo la classica configurazione, al rapporto di lavoro).

Dopo più di un anno dalla entrata in vigore della riforma Biagi, pienamente operative sia le nuove autorizzazioni che l'albo informatico delle Agenzie per il lavoro, le parti sociali hanno infine dato attuazione all'art. 12 dello stesso d.lgs. n. 276/2003. Nell'iter che ha portato al raggiungimento dell'accordo non si può peraltro trascurare la forte

sollecitazione di parte ministeriale. La nota del 1° dicembre 2004 del Ministro del lavoro e delle politiche sociali ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 47) aveva infatti ribadito la necessità dell'adeguamento dello statuto di Forma.Temp. – il fondo per la formazione costituito in attuazione della l. n. 196/1997 fra le parti stipulanti il Ccnl delle agenzie di lavoro temporaneo – alla mutata disciplina ovvero la costituzione di un altro fondo per la gestione dei contributi dei lavoratori in somministrazione con contratto a tempo determinato ma anche dei lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato. Si sottolineava in quella sede come i lavoratori a tempo indeterminato, infatti, sarebbero rimasti, in assenza di un accordo siffatto, sostanzialmente privi di tutela senza considerare l'urgenza che la contribuzione obbligatoria sulle retribuzioni di questa categoria di lavoratori fosse effettivamente messa a loro disposizione così come accade per i lavoratori a tempo determinato, senza soluzione di continuità alcuna e anche nella fase di passaggio dal lavoro temporaneo alla somministrazione di lavoro. Peraltro le parti sociali hanno dato effettiva attuazione all'art. 12 in esame attraverso due accordi in vero fra loro molto articolati.


Con un primo accordo unitario (sottoscritto fra tutte le organizzazioni sindacali dei lavoratori), le parti hanno innanzitutto concordato di dare attuazione all'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, e di imputare al Fondo denominato Forma.Temp. la competenza per lo svolgimento di tutte le attività previste dalla norma in questione.

A tal fine si è provveduto, contestualmente alla firma dell'accordo, ad effettuare le modifiche dello statuto e del regolamento necessarie per l'adeguamento alla nuova disciplina non solo e soprattutto dell'oggetto dell'attività di Forma.Temp. ma anche dei riferimenti normativi e della terminologia ora in uso.

Le parti firmatarie hanno anche concordato che gli interventi e le misure degli interventi formativi e di carattere previdenziale saranno attuate secondo gli accordi finora stipulati per la categoria dei lavoratori temporanei (accordo del 23 settembre 2002) così come deriva dall'applicazione dell'accordo del 27 ottobre 2003 in virtù del quale l'ambito di applicazione del Ccnl imprese fornitrici di lavoro temporaneo è stato esteso alla somministrazione a tempo determinato ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 1).

L'accordo in esame si segnala poi per aver esteso l'ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro per la categoria delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo ai lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato. Resta peraltro escluso l'obbligo per le Agenzie di somministrazione di versare a Ebitemp (Ente Bilaterale istituito dall'art. 7 del Ccnl per la categoria delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo del 23 settembre 2002) la quota dello 0,20% delle retribuzioni imponibili corrisposte ai lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato.

Con il medesimo accordo, poi, le parti stipulanti si danno reciprocamente atto che la attuazione delle misure previste a tutela dei lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato avverrà mediante la promozione da parte di Ailt, Apla, Confiterim, Alai-Cisl e Cpo-Uil attraverso la costituzione di un apposito e distinto fondo, nell'ambito di un accordo quadro siglato solo da queste associazioni.

Questo accordo, senza la sottoscrizione quindi della Nidil-Cgil, è stato effettivamente siglato lo stesso 2 febbraio 2005 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4).

Tra le varie opzioni possibili (l'art. 12, comma 4, prevede il versamento dei contributi previsti ai commi 1 e 2 dello stesso art. 12, a un fondo bilaterale appositamente costituito, anche nell'ente bilaterale, di modo che le parti avrebbero potuto scegliere di far rimettere i fondi relativi ai lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato o ad Ebitemp oppure allo stesso Forma.Temp., seppure nell'ambito di gestioni separate) la attuazione delle misure di tutela previste per i lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato avviene attraverso la costitu-

zione di un apposito e distinto fondo, dotato di personalità giuridica ai sensi dell'art. 12 c.c. con procedimento per il riconoscimento rientrante nelle competenze del Ministro del lavoro e delle politiche sociali ai sensi dell'art. 2, comma 1, della l. 12 gennaio 1991, n. 13. Non solo. Le parti hanno anche già predisposto lo statuto del fondo e hanno specificato che lo stesso non ha scopo di lucro, opera in un quadro di relazioni sindacali coerenti con gli obiettivi di sviluppo e di qualificazione produttiva e occupazionale del settore nonché, nel contesto delle politiche stabilite nell'accordo quadro del 2 febbraio 2005, anche in regime di « accreditamento » con le Regioni. Oltre al contributo del 4% versato dalle Agenzie il fondo si avvale di eventuali finanziamenti pubblici e privati ovvero di eventuali proventi derivanti da iniziative sociali. Ad esclusione del Collegio dei Sindaci, gli organi del fondo sono paritetici tra le associazioni datoriali e le organizzazioni sindacali firmatarie dell'accordo. L'art. 12, comma 2, dispone che le risorse del fondo sono destinate a iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato in caso di fine lavori; a iniziative comuni finalizzate a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti; a iniziative per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati anche in regime di accreditamento con le Regioni ed, infine, alla promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale (cfr. G. BOCCHIERI, *Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, cit., qui 612-613).

Già da questo regime di destinazione delle risorse, si comprende come il sistema della bilateralità sia incentivato e coinvolto nella definizione di un articolato e innovativo sistema di tutele dei lavoratori (sulle tutele dei lavoratori in somministrazione, sul mercato e nel rapporto di lavoro, per l'impostazione del problema, cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, qui 347-404, cui *adde*, ora, per una più ampia prospettiva di analisi delle prospettive di valorizzazione del capitale umano nell'ambito dei processi di esternalizzazione, M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, cit.). Se, da un lato, vengono, infatti, confermate le finalità già assegnate alla formazione del lavoratore temporaneo e quelle della promozione dell'emersione del lavoro irregolare, dall'altra, sono state attribuite ora altre funzioni di tutela, in particolare, la garanzia della continuità del reddito del lavoratore in somministrazione a tempo indeterminato che viene così ad integrare le funzioni già specificatamente assolte dall'istituto dell'indennità di disponibilità (*supra* § 12.6.). Ed, invero, proprio a queste finalità le parti sociali hanno destinato la parte più cospicua della contribuzione prevista dal comma 2 dell'art. 12. Il 2,5% del contributo obbligatorio, al netto dei costi di gestione del fondo, è infatti destinato ad iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato in caso di fine lavori. La restante parte è così ripartita: 0,1% ad iniziative comuni finalizzate a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti; 0,1% ad iniziative per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati anche in regime di accreditamento con le Regioni; 1,3% alla promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale.

Per assicurare poi la tempestività e la continuità della tutela dei lavoratori l'accordo ha anche previsto che il regolamento del fondo avrebbe dovuto essere predisposto entro sessanta giorni dalla data di costituzione del fondo e con il vincolo della sostenibilità finanziaria complessiva del sistema.

In tema di iniziative finalizzate a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti, è stata, altresì, prevista la promozione di un rapporto annuale avente ad oggetto lo studio dell'utilizzo della somministrazione, oltre alla raccolta, allo studio e all'elaborazione di indici presuntivi in materia di interposizione illecita ed appalti genuini. Queste iniziative sono realizzate nell'ambito della promozione del monitoraggio e della valutazione delle politiche del lavoro nel settore della somministrazione. Nella predetta misura dello 0,1%, il fondo di cui al comma 2 dell'art. 12 è destinato anche a promuovere iniziative per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati. A tal fine, entro sessanta giorni dalla costituzione del fondo, sarà predisposto un apposito regolamento che potrà prevedere che queste iniziative siano realizzate in regime di accreditamento con le Regioni in attuazione di quanto previsto dall'art. 7 del d.lgs. n. 276/2003 e secondo le relative norme regionali. Questa previsione dell'art. 12, comma 2, non esclude ma anzi conferma che le agenzie di lavoro possano destinare i propri fondi per l'inserimento di lavoratori svantaggiati nell'ambito di operatività delle misure previste dall'art. 13, al fine di predisporre piani individuali di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro (sulla disciplina di cui all'art. 13, v. *infra* § 12.12. e ss.).

Infine, in tema di iniziative per la promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale dei lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato, l'accordo prevede che tali iniziative siano promosse secondo le tipologie formative della formazione continua e della formazione professionale e con particolare riferimento alle esigenze di qualificazione o riqualificazione in caso di fine dei lavori connessi alla somministrazione.

Gianni Bocchieri
Direttore Affari legali
Adecco

Michele Tiraboschi
Professore straordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

12. Somministrazione (segue)

Lavoratori svantaggiati e somministrazione di lavoro. Prime attuazioni dell'art. 13, d.lgs. n. 276/2003

Sommario: 12.11. Quadro normativo. – 12.12. Le prime sperimentazioni a livello regionale. – 12.13. La sentenza della C. Cost. n. 50 e le attuali prospettive di regolamentazione. – 12.14. Riferimenti dottrinali.

12.11. L'art. 13 del d.lgs. n. 276/2003 introduce nell'ordinamento italiano (sulla scorta dell'esperienza tedesca delle agenzie di *personal service*) un sistema di misure specifiche volte a perseguire l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori svantaggiati attraverso politiche attive o di *workfare*. In particolare, le misure in esame si articolano su incentivi rivolti alle agenzie di somministrazione affinché « prendano in carico » lavoratori appartenenti ai gruppi svantaggiati secondo una prospettiva di responsabilizzare gli operatori privati autorizzati coerente con un modello di regolamentazione del mercato di lavoro improntato alla cooperazione-competizione fra operatori pubblici e privati.


Gli incentivi previsti dall'art. 13 sono due fra loro pacificamente cumulabili. Il primo, di

natura economica e applicabile ai lavoratori che percepiscono un sussidio pubblico, consiste nella possibilità di erogare al prestatore di lavoro il compenso dovuto al netto del trattamento previdenziale, del sussidio o della relativa indennità – art. 13, comma 1, lett. b). Il secondo, di natura mista e applicabile unicamente alle fasce deboli del mercato del lavoro, consiste invece nella possibilità di applicare, in caso di « presa in carico » del lavoratore, un trattamento economico e normativo in deroga ai principi che disciplinano la somministrazione di lavoro e segnatamente al principio di parità di trattamento economico e normativo – art. 13, comma 1, lett. a).

Questi benefici risultano applicabili ove l'agenzia di somministrazione assuma il lavoratore per almeno sei mesi e previa la elaborazione di un piano individuale di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro, con interventi formativi idonei e il coinvolgimento di un tutore con adeguate competenze e professionalità.

A fronte di tali indicazioni di quadro contenute nel d.lgs. n. 276/2003 l'attuazione dell'art. 13 era, di contro, rimessa dalla formulazione previgente della norma, ad una emananda regolamentazione regionale.

Nelle more dell'intervento regionale, peraltro, la regolamentazione di cui all'art. 13 disponeva anche un regime transitorio volto a rendere immediatamente operativi gli incentivi in esame ove sia stipulata una convenzione tra una o più agenzie di somministrazione di lavoro autorizzate (anche per il tramite delle associazioni di categoria) e i Comuni, le Province o le Regioni stesse e con l'ausilio delle agenzie tecniche strumentali del Ministero del lavoro (art. 13, comma 6, d.lgs. n. 276/2003).

12.12. La prima sperimentazione degli strumenti previsti dall'art. 13, d.lgs. n. 276/2003, anticipa di qualche settimana l'entrata in vigore della riforma Biagi nell'ambito della iniziativa, avviata il 14 luglio 2003, ad opera del Comune di Milano. Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, peraltro, si è registrata una significativa inerzia nella attuazione della disposizione in esame sia sul piano della regolamentazione regionale sia su quello della sperimentazione transitoria mediante convenzioni. Una inerzia che può in certa misura essere ricondotta ad alcuni pretesi dubbi – rivelatisi poi infondati (*infra*, § 12.13.) – sulla legittimità della norma in commento rispetto al quadro di ripartizione di competenze fra Stato e Regioni accolto dalla Carta costituzionale. Solo di recente, quindi, si sono registrate le prime intese di livello regionale in attuazione del regime di regolamentazione transitorio previsto dal comma 6 dell'art. 13, ora abrogato. Il 2 e il 3 febbraio 2005 in Puglia e Abruzzo sono state infatti intraprese le prime sperimentazioni di ampia portata su scala regionale. Le convenzioni (entrambe  in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4) sono state sino a ora siglate tra tutte le associazioni di categoria delle agenzie per il lavoro, Ailt, Apl e Confinterim e, rispettivamente, dalla Regione Puglia e dalla Regione Abruzzo. Entrambe sono state stipulate con l'assistenza tecnica dell'agenzia strumentale del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Italia Lavoro, sulla base di un protocollo di intesa precedentemente siglato proprio fra Italia Lavoro e le stesse associazioni di categoria delle agenzie di somministrazione. In tale protocollo di intesa erano stati, infatti, definiti i requisiti minimi in merito al piano individuale di inserimento o reinserimento lavorativo predisposto dall'agenzia per il lavoro, agli interventi formativi idonei a garantire l'adeguamento delle competenze professionali e la valorizzazione delle attitudini del lavoratore nel contesto lavorativo di riferimento, le competenze e professionalità del *tutor*.

La convenzione della Regione Puglia riguarda la realizzazione di un intervento sperimentale denominato Agenzia polifunzionale di servizi per il lavoro e finalizzato all'inserimento lavorativo di 1.500 lavoratori, tra cui 1.350 lavoratori in mobilità provenienti dalle ex Case di Cura Riunite (Ccr) e 130 lavoratori socialmente utili che rientrano nel bacino di cui al comma 1 dell'art. 2, del d.lgs. n. 81/2000 (soggetti

impegnati in progetti di lavori socialmente utili che abbiano effettivamente maturato dodici mesi di permanenza in tali attività nel periodo dal 1° gennaio 1998 al 31 dicembre 1999) della Regione Puglia e residenti in Provincia di Bari.

L'analoga convenzione della Regione Abruzzo ha un ambito sperimentale molto più ampio. I destinatari sono tutti i giovani di età compresa tra i 18 e i 30 anni appartenenti alla categoria di lavoratori svantaggiati di cui al d.lgs. n. 276/2003, art. 2, comma 1, lett. k). Rientrano nella sperimentazione i lavoratori individuati nel bacino residuale (al 28 febbraio 2005) dei fuoriusciti dalla lista di mobilità nel corso dell'anno 2003 e che hanno partecipato al « Programma sperimentale diretto ai lavoratori fuoriusciti dalla lista di mobilità nel corso dell'anno 2003 approvato con delibera di Giunta n. 498/2004, nonché quelli fuoriusciti dalla lista di mobilità nell'anno 2004 ». Tra i lavoratori che usufruiscono di misure assistenziali, sono destinatari della convenzione i lavoratori rientranti nel bacino regionale ASU (*Assegno di utilizzo per prestazioni in attività socialmente utili*) non stabilizzati alla data del 28 febbraio 2005 e i lavoratori iscritti nella lista di mobilità ai sensi della l. n. 223/1991 e percettori della relativa indennità.


12.13. A fronte di queste, seppur rilevanti, ma ancora isolate sperimentazioni, si segnala un rilevante elemento di novità che ha sostanzialmente modificato il quadro normativo previgente. La sentenza della C. Cost. 28 gennaio 2005 n. 50 (📖 in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4) nel decidere sui ricorsi regionali proposti avverso alcune norme del d.lgs. n. 276/2003 ha anche chiarito i principi costituzionali che regolamentano, con riferimento alla materia regolata dall'art. 13, la ripartizione di competenze fra Stato e Regioni. La sentenza n. 50/2005 ha infatti precisato che « le disposizioni impugnate dell'art. 13 disciplinano deroghe al regime generale del contratto di inserimento qualora i soggetti da inserire siano lavoratori svantaggiati. Riguardo ad esse si può osservare che, essendo la finalità quella di favorire l'inserimento nel mondo del lavoro di tali soggetti, gli strumenti usati attengono anche al regime retributivo e quindi all'ordinamento civile, oppure a diritti previdenziali e dunque a materie di competenza esclusiva statale » (corsivo mio). Inoltre, a fronte di una pretesa incostituzionalità della disposizione relativa alla possibilità di attuare la sperimentazione in via transitoria tramite convenzione, la Corte Costituzionale ha ulteriormente precisato che « a parte il rilievo che non può essere una legge ordinaria a modificare l'assetto costituzionale del riparto delle competenze legislative, le norme impugnate hanno ad oggetto la disciplina di strutture e misure idonee a favorire l'inserimento dei soggetti svantaggiati che attengono al regime privatistico o previdenziale, sicché non è a queste misure che può riferirsi il rinvio ad una futura legislazione regionale. In considerazione delle materie – ordinamento civile e previdenza – cui ineriscono le misure già stabilite, la disciplina transitoria non comporta alcuna lesione delle sfere di competenza regionale » (corsivo mio).

Il Governo ha pertanto annunciato un provvedimento modificativo della attuale formulazione dell'art. 13 conforme alle indicazioni provenienti dalla Consulta.

L'intervento in esame si colloca ora nel quadro della legge n. 80/2005 (📖 in *Boll. Adapt*, 2005, n. 19) di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (📖 in *Boll. Adapt*, 2005, n. 10) nell'ambito del c.d. Pacchetto competitività – « Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale ».

La legge di conversione, nell'ambito delle modifiche al d.lgs. n. 276/2003, dispone infatti la abrogazione del comma 6 dell'art. 13, sopra analizzato. Viene, conseguentemente meno, tanto il rinvio alla regolamentazione regionale, quanto alla attuazione degli incentivi, quanto la previsione, in via transitoria, di un regime transitorio di sperimentazione della norma attraverso specifiche convenzioni. Non muta, invece, la disciplina sostanziale e, in particolare, permane la possibilità per le agenzie di operare in deroga

al principio di parità di trattamento. Restano peraltro confermati gli obblighi relativi alla stipulazione con il lavoratore di un contratto di lavoro di almeno sei mesi e l'obbligo di predisporre un piano individuale di inserimento o reinserimento del lavoratore nel mercato del lavoro con anche idonei interventi formativi e il coinvolgimento di un *tutor* con adeguate competenze e professionalità.

12.14. Con riferimento all'art. 13, d.lgs. n. 276/2003, per l'impostazione del problema cfr. M. TIRABOSCHI, *Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, spec. § 2. Sull'art. 13 cfr. C. TIMELLINI, *La tutela per i lavoratori svantaggiati. Commento agli artt. 13 e 14*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, spec. 135-145; A. BELLAVISTA, *L'incentivazione del raccordo pubblico e privato*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 8085; M. TIRABOSCHI, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico-privato: le agenzie sociali per il lavoro*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 314-323. Sulla funzione di core-sponsabilizzazione degli operatori privati autorizzati – e segnatamente le agenzie di somministrazione di lavoro – cfr. G. BOCCHIERI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 169-191. In merito alla c.d. “presa in carico” di lavoratori appartenenti ai gruppi svantaggiati cfr. R. GIORGETTI, S. TRAPANI, *Un possibile modello sperimentale di Agenzia Sociale sul territorio*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 199-206. Sulla cumulabilità degli incentivi previsti dall'art. 13, e per una dettagliata ricostruzione della relativa disciplina cfr. la circ. Min. lav. n. 41/2004 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 45). Sulla esperienza pilota del Comune di Milano, cfr. L. DEGAN, P. TIRABOSCHI, *Le forme sperimentali di raccordo tra pubblico e privato: l'articolo 13 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 592-600. Sulla esperienza tedesca delle agenzie di *personal service*, vedi S. SPATTINI, *Un esempio di buona prassi dall'Europa: le agenzie tedesche di personal service*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, cit., 181-197, e ivi anche, con riferimento alla proposta di direttiva europea in materia di somministrazione di lavoro, M. COLUCCI, *Verso una regolamentazione europea della somministrazione di lavoro temporaneo*, 171-180. Sulla individuazione, a livello internazionale, di misure pragmatiche di raccordo tra operatori pubblici e privati del mercato del lavoro, cfr. E. SALSÌ, *Pubblico e privato nella gestione del collocamento: la convenzione Oil n. 181/1997*, in *DRI*, 1998, n. 2, cui *adde*, più recentemente, i contributi di P. SESTITO, R. BLANPAIN e P. OLIVELLI, raccolti in C. SERRA (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o reregolazione*, Giuffrè, Milano, 2005. Sulle competenze attribuite dalla Costituzione alle Regioni e la critica all'art. 13, cfr. G. FALASCA, A. MORRONE, *Incentivi contributivi per la somministrazione di lavoratori svantaggiati e la normativa comunitaria sugli aiuti di Stato*, in *Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata*, 2004, qui 1181-1182, ma *contra* secondo una linea argomentativa confermata ora dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 50 depositata il 28 gennaio 2005, cfr. M. TIRABOSCHI, *Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema*, cit., qui spec. § 3.


Michele Tiraboschi

Professore straordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

13. Terziario

Il rinnovo del contratto del terziario

Sommario: **13.1.** Lo scenario normativo di riferimento. – **13.2.** Il ruolo delle organizzazioni sindacali e la bilateralità. – **13.3.** Gli istituti contrattuali di categoria. – **13.4.** La flessibilità del lavoro. – **13.5.** I contratti a contenuto formativo. – **13.6.** La parte economica del contratto.

13.1. Il rinnovo del Ccnl Terziario (del 2 luglio 2004,  in *Boll. Adapt*, 2004, n. 25) ha proceduto di pari passo con l'iter della riforma Biagi.

Infatti, la scadenza del contratto, datata al 31 dicembre 2002, si colloca esattamente al centro di quel processo riformatore del mercato del lavoro avviato il 3 ottobre del 2001 con la presentazione del *Libro Bianco* e concluso il 24 ottobre 2003, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276, nel bel mezzo della trattativa per il rinnovo.

Ciò in un quadro macroeconomico che ha visto una quasi totale assenza di crescita in tutti i Paesi OCSE.

La naturale differenza di vedute sul nuovo impianto della riforma del lavoro ha ulteriormente complicato il percorso che le parti hanno seguito per concludere positivamente il negoziato.

In questo contesto, l'intesa contrattuale del Terziario, rappresenta il primo grande contratto collettivo che, successivamente all'entrata in vigore delle nuove norme di legge in materia di mercato del lavoro, si è mostrato capace di cogliere l'obiettivo di rendere compatibili le esigenze di flessibilità delle aziende con le istanze dei lavoratori. D'altra parte, anche nei momenti di maggiore difficoltà della trattativa le parti hanno sempre agito nella consapevolezza che le relazioni sindacali e la contrattazione collettiva rappresentano un insostituibile strumento di regolazione dei rapporti di lavoro e di prevenzione del conflitto. In altre parole una sede nella quale si può gestire una *governance* costruttiva per il migliore funzionamento della società e dell'economia.

Tale fattore accentua la valenza organizzativa che la contrattazione acquisisce in qualità di cabina di regia ove le parti sociali risultano artefici delle regole, assumendosene la responsabilità.

Inoltre, per poter essere anche strumento di competitività e di rilancio economico è fondamentale che entrambe le parti rappresentate dai soggetti stipulanti si riconoscano in essa.

In questo quadro, emerge con tutta evidenza l'impegnativo compito delle parti sociali nel saper coniugare una maggiore coesione sociale con una maggiore competitività delle imprese.

13.2. Per i motivi sopra esposti, il tema collocato al centro del confronto è stato quello del ruolo stesso delle organizzazioni sindacali di lavoratori e datori di lavoro e della contrattazione collettiva.

La Legge Biagi ha contribuito, infatti, in maniera sostanziale a porre in rilievo la valenza anche organizzativa oggi ricoperta dalla contrattazione collettiva.

È con la l. n. 30 che, per la prima volta, si fa riferimento sia alle organizzazioni sindacali che alle "organizzazioni datoriali comparativamente più rappresentative". Il decreto attuativo n. 276/2003 fornisce, inoltre, la definizione di "enti bilaterali" quali "organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro".

Con il rinnovo del 2 luglio del 2004, quindi, le parti hanno provveduto già nella Premessa generale a richiamare il valore della nuova funzione riconosciuta alla con-

trattazione procedendo, innanzitutto, a riconoscersi reciprocamente nel proprio ruolo di “organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative”. Hanno, inoltre, sottolineato la valenza del Contratto Nazionale, il quale “deve essere considerato un complesso unitario e inscindibile che si inserisce nel contesto legislativo vigente quale trattamento nel suo insieme inderogabile”.

Viene sottolineata, sempre nella Premessa generale al contratto, la necessità di un consolidamento della Bilateralità, nella “logica del servizio alle imprese e ai lavoratori”. Nel settore terziario e nel turismo, d'altra parte, la contrattazione dagli anni Novanta e Duemila aveva già impresso una forte accelerazione allo sviluppo della bilateralità, prestando negli anni una particolare attenzione agli aspetti collegati alla logica del servizio verso le imprese ed i lavoratori.

Sono una conferma in questa direzione la creazione di istituti quali Quas (in materia di assistenza sanitaria) e Quadrifor (in materia di permanenza), mirati alla categoria dei quadri, che grande rilievo hanno nel settore del Terziario e rappresentano una risposta qualificante, sostenuta con risorse interne al sistema, alle esigenze di crescita del settore. L'evoluzione legislativa ha poi fatto registrare, negli stessi anni, il riconoscimento di un ruolo forte di prospettiva alle strutture paritetiche costituite dalle parti sociali sul versante delle iniziative formative e degli strumenti di *welfare*, sospingendo ad attivare strumenti di promanazione bilaterale per avviare la previdenza complementare (FONTE) e la formazione continua (FOR.TE).

L'iniziativa sulla assistenza integrativa per tutti i lavoratori, introdotta con l'ultimo rinnovo, rappresenta una naturale evoluzione di questa impostazione che si basa anche sulla messa a punto di un vero e proprio “*welfare* contrattuale”.

13.3. Queste nuove iniziative espresse attraverso gli istituti contrattuali di categoria in materia di assistenza, previdenza e formazione, costituiscono un momento di qualità del contratto che, senza introdurre gravosi oneri sulle aziende, migliora la visibilità del settore e lo pone all'avanguardia in una società che sempre più spesso è chiamata a coniugare la competitività delle aziende con un lavoro migliore e di migliore qualità. La previdenza complementare e l'assistenza integrativa sono oggi materie di grande attualità in uno scenario europeo e internazionale caratterizzato da sistemi di protezione sociale che devono rispondere in modo sempre più adeguato, sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo, alle crescenti aspettative ed esigenze delle società moderne.

La legislazione italiana tende a favorire la diffusione di un sistema di *welfare* che si affianchi a quello pubblico passando attraverso la contrattazione collettiva. E le parti sociali, tramite la contrattazione collettiva, sono chiamate a svolgere un ruolo di garante delle necessità sociali dei lavoratori e delle imprese, facendosi carico di assicurare, nel tempo, gli equilibri retributivi concordati per i rispettivi settori economici.

13.4. Il nuovo contratto del Terziario della distribuzione e dei servizi rappresenta, inoltre, un risultato importante perché contiene il riconoscimento da parte delle imprese e dei lavoratori del settore che la flessibilità è un dato strutturale irrinunciabile per la competitività del sistema Paese: uno strumento che può e deve essere governato per evitare che si traduca in precarietà.

I grandi temi dei contratti a termine, del part-time e del *job-sharing*, del nuovo apprendistato e del contratto di inserimento hanno, pertanto, trovato una giusta collocazione in un contesto che non può fare a meno del potenziale di crescita connesso allo sviluppo di questi istituti.

In particolare, riguardo ai contratti a termine non è stata intaccata l'impostazione della legge che li ricollega a motivi di ordine tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo. Il part-time è stato regolamentato in tutti i suoi aspetti ivi compresa la più ampia

ammissibilità del lavoro supplementare, precedentemente delimitato entro un tetto di ore annuo. Anche le clausole flessibili ed elastiche sono state previste in maniera immediatamente gestibile.

Con l'accordo si è, quindi, inteso rispondere in modo strutturale e non episodico alle reali esigenze di flessibilità delle aziende, coniugando competitività e coesione sociale e fornendo una risposta di pronto impiego, basata sul consenso, per supportare i processi di cambiamento in atto.

Al secondo livello di contrattazione è stata, invece, demandata la possibilità di "tarare" più puntualmente le risposte alle esigenze del territorio.

Allo stesso modo, hanno trovato adeguato spazio i temi connessi con la qualità del lavoro quali le molestie sessuali, il *mobbing*, le pari opportunità nonché le altre disposizioni, introdotte dalla più recente legislazione, in materia di assenze e congedi per gravi motivi, per maternità, per formazione e simili.

13.5. Al centro del rinnovo del Terziario, è stata considerata prioritaria la tutela e la crescita dei livelli occupazionali.

Ciò è naturale per un settore che ha sempre creato posti di lavoro, ma attualmente risente della stagnazione della domanda interna.

Considerato anche che le aziende non possono contare più sui Cfl, le Parti hanno disciplinato il contratto di inserimento, attuando la legge e l'accordo interconfederale del febbraio 2004 ed hanno condiviso l'opportunità di utilizzare il Ccnl per rendere disponibile una forma di apprendistato, che è stata chiamata convenzionalmente "professionalizzante".

Un tentativo, quindi, di accompagnare, nel rispetto della normativa vigente, la transizione dalla disciplina preesistente a quella prevista dalla riforma del mercato del lavoro. Per mesi le Parti si sono confrontate per individuare soluzioni compensative in assenza di immediata operatività dell'unico strumento che consente l'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro attraverso modalità formative.

La riforma dell'apprendistato delineata dal d.lgs. n. 276/2003 rappresenta un progetto ambizioso per realizzare l'alternanza formazione/lavoro.

Ma da una parte le imprese hanno sottolineato la necessità di avere certezze per programmare le politiche del personale e per definire percorsi formativi, dall'altra i lavoratori non possono fare a meno di nuove opportunità occupazionali.

In definitiva, il rinnovo contrattuale ha adeguato il precedente accordo che disciplinava l'apprendistato in maniera restrittiva anche rispetto alla l. n. 196/1997.

Ci si è, quindi, mossi nei limiti del d.lgs. n. 276 che conferma, in via transitoria, la vigenza della precedente legge.

Ovviamente, il confronto con il sindacato ha consentito anche di mettere a punto gli strumenti per presidiare, in prospettiva, il nuovo apprendistato.

Con i parametri individuati per quanto riguarda le procedure di conformità, le Parti non hanno inteso sostituirsi alle Regioni, ma individuare modalità applicative in una corretta logica di bilateralità. Un meccanismo che rappresenta una tutela che le parti stipulanti hanno voluto affidare agli Enti Bilaterali per garantire imprese e lavoratori circa un'applicazione corretta delle disposizioni di legge e di contratto.

Va ricordato che le Parti sociali dei nostri settori hanno una storia di relazioni sindacali improntate alla gestione condivisa dei problemi ed all'individuazione di soluzioni innovative.

Lo spirito con cui è stato concordato il percorso per attivare l'apprendistato è, quindi, lo stesso che nell'arco degli ultimi anni ci ha portato a definire con anticipo modelli contrattuali innovativi quali il part-time nel 1983 e il *job-sharing* nel 1999.

D'altro canto, le intese che si stanno raggiungendo a livello regionale per la realizza-

zione dell'apprendistato professionalizzante attuano l'art. 49, d.lgs. n. 276/2003, mostrandosi attente alle impostazioni suggerite dalla contrattazione collettiva.

Una potenzialità inespressa è, invece, la funzione certificatoria tendente a ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro.

In questo senso si tratta di una rinuncia fatta a priori dalle organizzazioni sindacali, all'esercizio di un ruolo di controllo delle parti che avrebbe potuto consentire di cogliere le opportunità legate ai nuovi lavori.

Non a caso, la costituzione delle Commissioni di certificazione in seno alle Direzioni provinciali del lavoro sta attribuendo ad altri soggetti un ruolo che dovrebbe essere svolto, in primo luogo, dalle stesse Parti sociali interessate.

13.6. Il rinnovo del contratto si pone anche, per così dire, come "laboratorio" verso la riforma delle relazioni sindacali.

La durata quadriennale del contratto e degli aumenti basati sull'inflazione reale, per il pregresso, e su quella ipotizzata, per il futuro, garantisce la possibilità per le aziende di trarre nel lungo periodo le prospettive di crescita e di contenere al di sotto delle possibili rivendicazioni sindacali gli aumenti economici.

Il superamento del rinnovo biennale e la durata quadriennale, realizzati attraverso la gestione concordata dei tassi di inflazione, rappresentano un'importante novità rispetto al passato. In questo modo, il contratto pone le premesse anche per una eventuale rivisitazione degli assetti contrattuali e del Protocollo del 1993.

Luigi De Romanis
Responsabile settore sindacale
Confcommercio

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Competitività

- *in generale (1.1.)*

Convergenza

- *in generale (2.1.)*

Dialogo sociale

- *ruolo delle parti sociali e risultati (3.1.)*

Insolvenza del datore di lavoro

- *nozione di "retribuzione" ai fini della direttiva n. 80/987/CEE (4.1.)*

Libera circolazione delle persone

- *eleggibilità alle rappresentanze dei lavoratori (5.1.)*

Libera prestazione di servizi

- *lavoratori distaccati in altro Stato membro (6.1.; 6.2.)*

Licenziamenti collettivi

- *inadempimento e nozione (7.1.; 7.2.)*

Orario di lavoro

- *autotrasportatori autonomi (8.1.; 8.2.)*

Previdenza

- *clausola di residenza (9.1.)*

Riconoscimento delle qualifiche

- *riconoscimento abilitazione (10.1.)*
- *titoli di istruzione secondaria superiore (10.2.)*

Salute e sicurezza

- *in generale (11.2.; 11.3.)*
- *movimentazione carichi (11.1.)*

Strategia di Lisbona

- *attuazione strategia di Lisbona (12.1.)*

Trasferimento d'azienda


- *mantenimento dei diritti del lavoro (13.1.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » all'indirizzo www.csmb.unimo.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.


1. Competitività

1.1. SEC(2004)1397 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 46).

Rapporto sulla competitività in Europa 2004, 25 novembre 2004.

A partire dalla risoluzione del Consiglio delle industrie del 1994, questa è la ottava edizione della relazione della Commissione sulla competitività in Europa. Nell'ambito del *Rapporto* in esame la competitività è intesa come il mezzo di sostegno della crescita degli standard di vita nazionali. Il tema principale affrontato dal *Rapporto* è costituito dall'impatto delle politiche pubbliche sull'andamento economico. I primi tre capitoli della relazione forniscono un esame dei profili relativi al ruolo della azione pubblica nella crescita della produttività e al ruolo svolto dai finanziamenti pubblici nel miglioramento dei settori della ricerca e sviluppo e del settore della sanità. Il quarto capitolo riguarda i recenti sviluppi nel settore automobilistico europeo considerato come il settore chiave nella struttura industriale europea con un significativo livello di regolamentazione statale. Il capitolo finale, il quinto, affronta, in fine, il problema della crescente integrazione della Cina nell'economia mondiale e delle conseguenti implicazioni per l'economia europea con particolare riguardo ai nuovi Paesi membri quali, attualmente, maggiori concorrenti degli esportatori cinesi.

2. Convergenza

2.1. COM(2004)690 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 40).

Relazione della Commissione sulla convergenza 2004, 10 ottobre 2004.

La *Relazione* illustra la situazione relativa ai progressi registrati dagli « Stati membri con deroga » sotto il profilo della compatibilità della legislazione nazionale con il Trattato e del raggiungimento di un alto grado di convergenza sostenibile. In generale le relazioni sulla convergenza devono essere presentate almeno una volta ogni due anni ovvero possono essere presentate da uno degli « Stati membri con deroga » su sua richiesta. La *Relazione* comprende i rapporti relativi gli undici « Stati membri con deroga » (Repubblica ceca, Estonia, Cipro, Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Polonia, Slovenia, Slovacchia e Svezia) e offre così l'opportunità di valutare per la prima volta anche se nei Paesi recentemente ammessi nella UE sussistano le condizioni necessarie per l'adozione dell'euro: una delle condizioni essenziali, infatti, per entrare a far parte dell'area dell'euro consiste nel rimuovere le incompatibilità esistenti nelle legislazioni nazionali.

La *Relazione* esplicita altresì i parametri adottati per la valutazione dei progressi compiuti dai singoli Paesi e i relativi criteri applicativi.


Il parametro relativo alla stabilità dei prezzi è valutato con riferimento al tasso medio d'inflazione che, osservato per tutto l'anno anteriore al momento dell'esame, non deve superare di più di 1,5 punti percentuali quello dei tre Stati membri che hanno conseguito i migliori risultati in termini di stabilità dei prezzi. Nell'agosto 2004 il valore di riferimento era pari al 2,4% e i tre Stati membri con i migliori risultati erano Finlandia, Danimarca e Svezia e il parametro appare soddisfatto da parte di cinque degli Stati esaminati nella *Relazione* (Repubblica ceca, Estonia, Cipro, Lituania e Svezia). Il parametro relativo alla situazione della finanza pubblica è legato alle

decisioni adottate nel quadro della procedura per i disavanzi eccessivi *ex art.* 104 del Trattato. Attualmente, peraltro, cinque degli undici Stati membri esaminati (Estonia, Lettonia, Lituania, Slovenia e Svezia) appaiono soddisfare questo parametro nel momento in cui non sono sottoposti alla decisione del Consiglio ai sensi dell'art. 104, § 6 del Trattato.

Il parametro relativo al tasso di cambio richiede il rispetto dei normali margini di fluttuazione stabiliti dal meccanismo di cambio (ERM II) senza gravi tensioni e per almeno due anni. Il 28 giugno 2004, la corona estone, il litas lituano e il tolar sloveno sono entrati a far parte dell'ERM II mentre restano esclusi corona ceca, fiorino ungherese, lira sterlina cipriota, lats lettone, lira maltese, zloty polacco, corona slovacca e corona svedese. Sebbene le tre monete che fanno parte dell'ERM II dal 28 giugno 2004 siano rimaste stabili nei confronti dell'euro, nessuno dei Paesi esaminati ha fatto parte dell'ERM II per il periodo richiesto e conseguentemente il parametro in esame non appare soddisfatto da nessuno degli undici Paesi cui la *Relazione* si riferisce.


Il parametro relativo ai tassi di interesse a lungo termine viene valutato sulla base di un tasso di interesse nominale che, osservato in media nell'arco di un anno anteriore all'esame, non supera di oltre 2 punti percentuali quello dei tre Stati membri che hanno conseguito i migliori risultati in termini di stabilità dei prezzi. Nell'agosto 2004 il valore di riferimento era pari al 6,4%. I tassi di interesse a lungo termine erano inferiori al valore di riferimento nella Repubblica ceca, a Cipro, in Lettonia, in Lituania, a Malta, in Slovenia, in Slovacchia e in Svezia, conseguentemente questi otto Paesi soddisfano il parametro in esame relativo al tasso di interesse mentre per l'Estonia, Paese in cui non esistono obbligazioni a lungo termine emesse dallo Stato o titoli comparabili, non si può peraltro concludere nel senso di ritenere il parametro non soddisfatto.

3. Dialogo sociale

3.1. COM(2004)577 ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 35).

Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata - Rafforzare il contributo del dialogo sociale europeo, 12 agosto 2004.

Dialogo sociale e qualità delle relazioni industriali: un ruolo centrale nel modello sociale europeo

Come noto il dialogo sociale e la qualità delle relazioni industriali sono al centro del modello sociale europeo quale metodo privilegiato a tutti i livelli – comunitario, nazionale e locale – per la promozione della modernizzazione e del cambiamento all'interno della Unione Europea e per il sostegno alla Strategia Europea per la occupazione (cfr., al riguardo, Comunicazione della Commissione Europea, *Il dialogo sociale europeo: forza di modernizzazione e cambiamento*, Bruxelles, 26 giugno 2002, COM(2002)341,  reperibile all'indirizzo www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Dialogo sociale*, e già *Comunicazione della Commissione delle Comunità Europee sull'andamento e sul futuro del dialogo sociale a livello comunitario*, Bruxelles, 18 settembre 1996, COM(1996)448, e *Adattare e promuovere il dialogo sociale a livello comunitario*, COM(1998)322).

L'inserimento di un apposito articolo sul dialogo sociale nella Parte I del nuovo Trattato costituzionale – ove vengono definiti gli obiettivi, i valori e le regole fondamentali in materia di diritti fondamentali (cfr. *supra*) e vita democratica – porta

ora a compimento e rafforza un processo di valorizzazione del ruolo delle parti sociali avviato con l'Atto Unico Europeo (cfr. M. BIAGI, *Le relazioni industriali nell'Unione Europea*, in G.P. CELLA, T. TREU, *Le nuove relazioni industriali*, Il Mulino, Bologna, 1998, § 2). L'art. I-47 del Trattato costituzionale afferma, infatti, che « l'Unione europea riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali a livello dell'Unione, tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali; facilita il dialogo tra tali parti, nel rispetto della loro autonomia (...) ».

Come evidenzia ora la Commissione nella Comunicazione su *Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata – Rafforzare il contributo del dialogo sociale europeo*, dalla sua nascita nel 1985, il dialogo sociale a livello europeo ha conseguito risultati importanti. In termini quantitativi si contano, allo stato attuale, oltre 40 testi congiunti sottoscritti dalle parti sociali a livello intersettoriale e circa 300 a livello settoriale a cui si deve aggiungere una pluralità di progetti transnazionali che di volta in volta si traducono in seminari, tavole rotonde, scambio di buone prassi, produzione di strumenti operativi come manuali, opuscoli ecc.

Il riconoscimento del metodo delle relazioni sociali come lo strumento più efficace per anticipare e gestire, attraverso il negoziato collettivo, le mutazioni industriali e tecnologiche ed il progresso sociale, ha così progressivamente dato luogo ad una varietà di metodologie e strumenti di azione. Questi includono una combinazione di atti legislativi, negoziati tra le parti sociali, atti che sono espressione della responsabilità sociale delle imprese ovvero della attuazione a tutti i livelli della Strategia Europea per la occupazione, politiche strutturali mediante i fondi comunitari, programmi di azione comunitari, misure di *mainstreaming*, ecc. Soprattutto gli « avvisi comuni » indirizzati alle istituzioni comunitarie, che sono gli atti più rilevanti a livello quantitativo, hanno assunto una notevole importanza nell'ambito del processo decisionale a livello europeo, consentendo di identificare con precisione i punti di equilibrio tra le parti sociali su tematiche oggetto di intervento nell'ambito delle competenze del Trattato CE.

Ma è soprattutto a livello qualitativo che si registrano significativi progressi rispetto alle fragili e frammentarie esperienze avviate nel corso del decennio passato. I testi c.d. di nuova generazione riflettono infatti una maggiore autonomia delle parti sociali e una più rilevante capacità di coordinamento del sistema di relazioni industriali dal livello comunitario ai livelli nazionali.

Nell'esperienza del dialogo sociale a livello europeo, un'importanza centrale assumono gli accordi sottoscritti nell'ambito delle procedure di cui all'art. 139(2) del Trattato. A questo riguardo è possibile distinguere tra due tipologie di accordi. Ad una prima categoria sono ascrivibili gli accordi implementati attraverso una decisione del Consiglio, come nel caso degli accordi sui congedi parentali del 1995, sul part-time del 1997, sul lavoro a tempo determinato del 1999 o, a livello settoriale, l'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare del 1998 ovvero l'accordo sull'orario di lavoro dei c.d. lavoratori mobili del 2004. Ad una seconda categoria possono essere ricondotti invece gli accordi autonomi, implementati attraverso procedure e pratiche specifiche instaurate tra parti sociali a livello nazionale e singoli Stati membri, come nel caso dell'accordo del 2002 sul telelavoro ovvero, a livello settoriale, l'accordo sulla licenza europea per gli autisti che realizzano un servizio di interoperabilità sui confini del 2004. L'attuazione della prima tipologia di accordi è monitorata dalla Commissione mentre per la seconda tipologia implementazione e monitoraggio sono competenza delle parti sociali.


Con riferimento al dialogo sociale europeo possono essere evidenziati tre macro-obiettivi: 1) il coordinamento dei negoziati collettivi nazionali e settoriali, tenendo conto delle loro interdipendenze nell'ambito della zona dell'euro e della necessità di

tracciare delle linee guida di negoziato, in particolare sulle politiche salariali, a partire da indicatori comuni sull'inflazione, la produttività, i profitti, gli obiettivi dell'occupazione e delle condizioni di lavoro; 2) il negoziato sui diritti transnazionali e soprannazionali, per assicurare una base minima attraverso una armonizzazione verso l'alto delle situazioni nazionali; 3) il negoziato a livello settoriale e territoriale sulle conseguenze della integrazione economica e monetaria e dell'allargamento, in modo da consentire di valorizzare le enormi potenzialità di tale integrazione in termini di creazione di occupazione di qualità e di (un) miglioramento della organizzazione del lavoro. Tali obiettivi si rinvergono all'interno di tutti gli spazi in cui il dialogo sociale trova esplicazione: lo spazio interprofessionale, quello settoriale, quello delle imprese transnazionali e quello delle regioni transfrontaliere.

Michele Tiraboschi

*Professore straordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

4. Insolvenza del datore di lavoro


4.1. C. Giust. 16 dicembre 2004 in causa C-520/03, Olaso Valero ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 3).

Politica sociale - Tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro - Direttiva n. 80/987/CEE - Campo di applicazione - Nozione di "diritti" - Nozione di "retribuzione" - Indennità dovuta in caso di licenziamento irregolare.

Il Giudice comunitario torna sul tema delle spettanze indennitarie dovute in conseguenza di un licenziamento illegittimo e, segnatamente, sul problema della loro comprensione nella accezione di "retribuzione" assistita dalle garanzie previste per i casi di insolvenza del datore di lavoro. La questione – come è noto – era già stata esaminata in modo specifico, con riferimento all'ordinamento spagnolo, da C. Giust. 12 dicembre 2002 in causa C-442/00, Rodríguez Caballero. Nel caso di specie, un dipendente si duole del diniego del Fogasa ("Fondo de Garantía Salarial") al pagamento degli importi a lui dovuti dal proprio ex datore di lavoro sulla scorta di un accordo conciliativo con il quale è stata riconosciuta la irregolarità del licenziamento disposto nei suoi confronti. Tali somme comprendono sia i c.d. *salarios de tramitación* – una sorta di spettanza commisurata alle retribuzioni percepiendo *medio tempore* tra il licenziamento e la sentenza, ovvero il reperimento di una nuova occupazione – nonché un'indennità ulteriore, sempre dovuta a fronte della illegittimità del recesso. Il rifiuto del Fondo di Garanzia si radica sulla natura strettamente privatistica dell'accordo posto a titolo della spettanza, come pure sulla prospettata impossibilità di ricondurre quest'ultima alla nozione di retribuzione *stricto sensu* intesa. Su quest'ultima questione, la Corte – in coerenza con i propri precedenti – rimette la questione al giudice spagnolo, al quale spetta "stabilire se il termine 'retribuzione', come definito dal diritto nazionale, includa le indennità per licenziamento irregolare". Se ciò accade, le suddette indennità rientrano nella direttiva n. 80/987, nella redazione anteriore a quella risultante dalla direttiva n. 2002/74, la quale ultima pare aver risolto gran parte dei dubbi interpretativi, imponendo agli Stati l'adozione di "misure necessarie affinché gli organismi di garanzia assicurino (...) il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro, comprese le indennità dovute ai lavoratori a seguito dello scioglimento del rapporto di lavoro, se previste dal diritto nazionale". In ogni caso, il favore della Corte verso l'adozione di una interpretazione sensibilmente

comprensiva della nozione in predicato è confortata dall'osservazione secondo la quale "il fatto che la direttiva 80/1987 ricollegli il pagamento della retribuzione a periodi di riferimento non esclude la sua applicazione ad indennità per licenziamento irregolare. Tale constatazione è corroborata dall'art. 3 di tale direttiva che, pur mantenendo il collegamento a periodi siffatti, si riferisce espressamente alle indennità per lo scioglimento del rapporto di lavoro". Anche sulla seconda questione la Corte fa appello ai propri precedenti e, precisamente, alla citata sentenza Rodríguez Caballero. Già in quella sede il giudice comunitario aveva rilevato come nel novero dei diritti fondamentali figuri (...) il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione e come "detto principio imponga di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che una differenza di trattamento non sia obiettivamente giustificata" (C. Giust. 12 luglio 2001 in causa C-189/01, Jippes; C. Giust. 23 novembre 1999 in causa C-149/96, Portogallo c. Consiglio). Orbene, dalla istruttoria compiuta è emerso che secondo la normativa spagnola, "tutti i lavoratori licenziati illegittimamente versano nella stessa situazione nel senso che hanno diritto a *salarios de tramitación*". Tuttavia, in caso di insolvenza del datore di lavoro, la disciplina nazionale "riserva ai lavoratori licenziati un trattamento diverso, in quanto il diritto al pagamento, da parte del Fogasa, delle spettanze relative ai *salarios de tramitación* è riconosciuto solo per quelle che siano state stabilite con decisione giudiziaria". Osserva quindi la Corte come il diverso trattamento riservato dalla normativa spagnola ai lavoratori in questione – nei limiti in cui diritti relativi alle indennità per licenziamento irregolare sono presi a carico dal Fogasa solo quando sono riconosciuti da una sentenza o da una decisione amministrativa – possa venire ammesso soltanto nell'ipotesi in cui tale disparità di trattamento sia obiettivamente giustificata. Ma la sussistenza di detta ipotesi pare esclusa, non trovando alcuna valida prospettazione e, precisamente, non potendo fondarsi sulla formulazione dell'art. 10 della direttiva in questione, la quale pure consentirebbe agli Stati membri di adottare "misure necessarie per evitare abusi". La Corte rileva infatti come il Fogasa disponga di garanzie sufficienti per essere in grado di evitare frodi di qualsiasi tipo e, in particolare, quelle compiute attraverso possibili accordi elusivi intercorrenti tra datore di lavoro e dipendente a danno del Fondo di Garanzia, atteso che quest'ultimo può, in ogni caso, con decisione motivata, negare il pagamento richiesto ove ritenga che la conciliazione abbia natura fraudolenta. L'ovvia conclusione vuole quindi che risulti ingiustificata ogni disparità tra i crediti salariali ordinari ed i crediti indennitari da licenziamento illegittimo accordati mediante una decisione giudiziaria, come pure tra questi ultimi ed i crediti indennitari riconosciuti a seguito di un procedimento di conciliazione, al fine di escludere questi ultimi dall'ambito di applicazione della direttiva.

5. Libera circolazione delle persone

5.1. C. Giust. 16 settembre 2004 in causa C-465/01, Commissione c. Repubblica d'Austria ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 35).

Inadempimento di uno Stato - Libera circolazione dei lavoratori - Cittadini dell'Unione o dello Spazio Economico Europeo - Cittadini di Paesi terzi legati alla Comunità da un accordo - Eleggibilità alle camere del lavoro e ai consigli di fabbrica - Divieto di discriminazioni per quanto riguarda le condizioni di lavoro.

La questione sottoposta alla Corte di Giustizia prende avvio da un ricorso – presentato dalla Commissione delle Comunità Europee – contro la Repubblica d'Austria, per una

violazione delle disposizioni di cui all'art. 39 del Trattato CE e art. 8 del regolamento (CEE) del Consiglio n. 1612/1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio n. 2434/1992). In particolare, la Repubblica d'Austria, nel regolamentare le procedure di elezione dei membri delle Camere del lavoro, avrebbe operato una discriminazione nei confronti dei cittadini di altri Stati membri o facenti parte dello Spazio Economico Europeo, limitando l'elettorato attivo – ai sensi dell'art. 21 dell'*Arbeiterkammergesetz* (la legge austriaca che regola le camere del lavoro) – ai soli cittadini austriaci, che siano in possesso dei seguenti requisiti, nel giorno delle elezioni: abbiano compiuto il 19° anno di età; negli ultimi cinque anni abbiano avuto in Austria per almeno due anni complessivi un rapporto di lavoro o di impiego che dà titolo all'iscrizione alla camera, ed a prescindere dal requisito dell'età elettorale non siano esclusi dall'eleggibilità nel *Nationalrat* (Camera bassa del Parlamento). Proprio su quest'ultimo punto nasce la contestazione, in quanto ai sensi dell'art. 26, n. 4, del *Bundesverfassungsgesetz* (legge costituzionale federale): « Possono essere eletti tutti gli uomini e le donne in possesso della cittadinanza austriaca alla data all'uopo prevista e che abbiano compiuto il 19° anno di età anteriormente al 1° gennaio dell'anno delle elezioni ».

L'accesso all'elettorato attivo nelle Camere del lavoro spetta quindi ai soli cittadini austriaci e non anche ad altri lavoratori comunitari, che pur prestino attività nel territorio austriaco.

La Commissione Europea, prima di iniziare il procedimento presso la Corte di Giustizia Europea, aveva comunicato le sue riserve sulla normativa austriaca con lettera del 9 luglio 1999, a cui il Governo austriaco aveva risposto riconoscendo l'incompatibilità della sua normativa con gli obblighi ad esso derivanti dal diritto comunitario relativamente ai lavoratori cittadini di altri Stati membri dell'Unione o dello Spazio Economico Europeo. Pur tuttavia, il Governo austriaco – anche in seguito all'invio di un parere motivato nel dicembre 2000 da parte della Commissione Europea – non aveva provveduto a modificare la normativa oggetto di controversia.

In sede di giudizio, il Governo austriaco motiva il suo mancato intervento, in quanto ritiene escluse dal campo di applicazione dell'art. 39 CE e del regolamento n. 1612/1968 le Camere del lavoro austriache, in quanto enti di diritto pubblico che partecipano in maniera significativa all'esercizio del potere pubblico. Lo stesso art. 39 CE infatti – se ai primi due commi prevede la libera circolazione dei lavoratori nell'ambito della Comunità Europea e il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro – al comma 4 stabilisce come le disposizioni dell'art. 39 non siano applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione.


La Corte – che già si era espressa in passato su una questione analoga (sentenze 4 luglio 1991 causa C-213/90, ASTI, e 18 maggio 1994 causa C-118/92, Commissione/Lussemburgo, ASTI II) – aveva ritenuto violato il divieto di discriminazioni a causa della cittadinanza, enunciato dagli artt. 39 CE e 8, n. 1, del regolamento n. 1612/1968, nel caso in cui una normativa nazionale neghi ai lavoratori cittadini di altri Stati membri il diritto di eleggibilità alle elezioni ad organismi, quali le camere professionali, cui gli interessati sono obbligatoriamente iscritti e devono versare un contributo e che sono incaricate della tutela nonché della rappresentanza degli interessi dei lavoratori, pur esercitando inoltre una funzione consultiva in ambito legislativo.

Nella sentenza qui annotata ritiene pertanto fondate le censure della Commissione delle Comunità Europee, in quanto “la mancata applicazione delle norme sancite dall'art. 39 CE alle attività che implicano una partecipazione all'esercizio di poteri pubblici costituisce una deroga ad una libertà fondamentale che, pertanto, deve essere

interpretata in modo tale da limitarne la portata a quanto strettamente necessario per salvaguardare gli interessi che gli Stati membri possono tutelare. Ne consegue che la deroga medesima non può giustificare che uno Stato membro subordini, in termini generali, qualsiasi partecipazione ad un ente di diritto pubblico, quali le camere del lavoro austriache, ad un requisito di cittadinanza. Tale deroga consente unicamente di escludere, eventualmente, i lavoratori stranieri da talune specifiche attività dell'organismo di cui trattasi che implicino effettivamente, di per sé, una partecipazione diretta a pubblici poteri" (punto 39).

Quindi, la Repubblica d'Austria ha violato le disposizioni di cui all'art. 39 CE e art. 8, regolamento n. 1612/1968 "avendo negato il diritto all'eleggibilità in seno ai consigli di fabbrica e all'assemblea plenaria delle camere degli operai e degli impiegati ai lavoratori cittadini di un Paese terzo con il quale la Comunità ha concluso un accordo che prevede il divieto di discriminazioni riguardo alle condizioni di lavoro nei confronti dei detti lavoratori che esercitano regolarmente una professione in uno Stato membro".


6. Libera prestazione di servizi

6.1. C. Giust. 21 ottobre 2004 in causa C-445/03, Commissione c. Granducato di Lussemburgo
( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 8).

Inadempimento di uno Stato - Libera prestazione dei servizi - Condizioni imposte dallo Stato membro ospitante alle imprese che distaccano sul suo territorio lavoratori dipendenti cittadini di Stati terzi.

Il caso in questione concerne una presunta violazione degli obblighi di cui all'art. 49 Trattato CE, ai sensi del quale deve essere eliminata qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ed altresì soppressa qualsiasi restrizione, anche qualora si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, se sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno interessanti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, ove fornisce legittimamente servizi analoghi. La violazione sarebbe sorta a partire da una disposizione del regolamento granducale 12 maggio 1972, che disciplina le condizioni di accesso al lavoro nel Granducato di Lussemburgo per cittadini stranieri (a tale regolamento fanno eccezione i cittadini di Stati membri dell'Unione Europea o di uno Stato aderente allo Spazio Economico Europeo). La normativa prevede che "nessuno straniero può svolgere un'attività lavorativa, manuale o intellettuale, nel territorio lussemburghese senza essere a ciò autorizzato in conformità di quanto disposto dal presente regolamento". Il regolamento prevede il rilascio o di un permesso individuale di lavoro o di un'autorizzazione collettiva di lavoro, il cui rilascio è in ogni caso subordinato all'esistenza di un contratto a tempo indeterminato e al fatto che il rapporto di lavoro abbia avuto inizio almeno sei mesi prima presso lo stesso prestatore di servizi. Inoltre, impone al prestatore di servizi la presentazione di una garanzia bancaria pari a 1.487 euro. La Commissione non contesta il regolamento in sé, quanto la disposizione che equipara i cittadini stranieri non UE o non SEE ai lavoratori distaccati da imprese comunitarie, con ciò creando una situazione di discriminazione a danno delle imprese prestatrici di servizi. Il Granducato di Lussemburgo sostiene che tali restrizioni alla libera prestazione dei servizi appaiano giustificate da un obiettivo d'interesse generale. La Corte di Giustizia non ritiene però che sussistano motivazioni sufficienti a supporto delle tesi dell'interesse generale, in quanto le disposizioni di cui al regolamento granducale possono – nella loro rigidità – scoraggiare la

libera prestazione dei servizi tramite il distacco di lavoratori cittadini di uno Stato terzo. Quanto al distacco di lavoratori di uno Stato terzo da parte di un'impresa comunitaria prestatrice di servizi, la Corte ha già dichiarato che una normativa nazionale che subordini al rilascio di un'autorizzazione amministrativa l'esercizio di talune prestazioni di servizi sul territorio nazionale da parte di un'impresa avente sede in un altro Stato membro costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE (v. sentenza 9 agosto 1994, causa C 43/93, Vander Elst, in *Racc.*, I 3803, punto 15). Pertanto, conclude accogliendo il ricorso della Commissione delle Comunità Europee in quanto "Il Granducato di Lussemburgo, imponendo ai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro che desiderino distaccare sul suo territorio lavoratori cittadini di uno Stato terzo l'obbligo di ottenere permessi di lavoro individuali il cui rilascio è subordinato a considerazioni relative al mercato del lavoro, ovvero l'obbligo di ottenere un'autorizzazione di lavoro collettiva concessa solo in casi eccezionali e a condizione che i lavoratori interessati siano legati alla loro impresa di origine da almeno sei mesi prima dell'inizio del loro distacco mediante contratti di lavoro a tempo indeterminato, e imponendo a tali prestatori di servizi l'obbligo di fornire una garanzia bancaria, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in virtù dell'art. 49 CE".

6.2. C. Giust. 12 ottobre 2004 in causa C-60/03, Wolff & Muller GmbH ( in *Boll. Adapt.*, 2005, n. 8).

Art. 49 CE - Restrizioni alla libera prestazione dei servizi - Imprese del settore edile - Subappalto - Obbligo per un'impresa di rendersi garante per la retribuzione minima dei lavoratori alle dipendenze di un subappaltatore.

“Non vi è necessariamente una contraddizione tra, da un lato, l'obiettivo di preservare la concorrenza leale e, dall'altro, quello di garantire la tutela dei lavoratori”. Sembra essere questo, in estrema sintesi, il principio desumibile dalla decisione in questione. La vicenda *de qua* riguarda la pretesa azionata dal dipendente di una impresa portoghese subappaltatrice impegnato in un cantiere berlinese gestito da una impresa tedesca subappaltante. Il lavoratore, in particolare, invocava l'applicazione del regime di solidarietà passiva che coinvolge subappaltante e subappaltatrice relativamente al pagamento di un salario minimo ai lavoratori di quest'ultima. Nell'ambito del procedimento avviato dal dipendente nei confronti dell'impresa tedesca, chiamata a rispondere, quale debitore in solido, delle retribuzioni maturate, il giudice *a quo* dubita della conformità di detto regime rispetto al diritto comunitario, segnatamente ove si tenga in conto che “lo scopo della regola della responsabilità in qualità di garante è quello di rendere più difficile l'attribuzione di incarichi a subappaltatori provenienti dai Paesi cosiddetti ‘a basso salario’, per dare pertanto impulso al mercato del lavoro tedesco, promuovere l'esistenza economica delle piccole e medie imprese in Germania e contrastare la disoccupazione in tale Stato membro”. Beninteso, il giudice remittente è ben consapevole della strumentalità di detta disciplina rispetto alle esigenze protettive dei lavoratori – segnatamente di quelli distaccati ai sensi della direttiva n. 96/71 – ma egli non può esimersi dal rilevare come queste esigenze possano essere frustrate in considerazione del fatto che per i dipendenti stranieri distaccati “in pratica sarebbe sovente difficile far valere i loro diritti salariali di fronte ai giudici tedeschi contro l'impresa che risponde come garante: il distacco spesso avviene solo per pochi mesi in vista di un determinato progetto edile, i lavoratori di regola non padroneggiano la lingua tedesca e non conoscono la normativa tedesca. L'azione legale dinanzi ad un giudice tedesco per attivare le istanze di questi ultimi, fondate sulla responsabilità in

qualità di garante, presenterebbe quindi rilevanti difficoltà”. La posizione assunta dalla Corte muove dall’analisi dell’art. 49 CE, il quale impone “non solo l’eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, quando sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi” (C. Giust. 24 gennaio 2002 in causa C-164/99, Portugaia Construções). D’altro canto – rileva la Corte – l’applicazione delle normative nazionali dello Stato membro ospitante ai prestatori di servizi “può vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le prestazioni di servizi da parte di persone o imprese stabilite in altri Stati membri, in quanto essa comporta spese nonché oneri amministrativi ed economici supplementari”. Ciò, tuttavia, sembra essere un effetto comunque coerente con l’ordinamento comunitario, atteso che ben può il legislatore nazionale dettare una disciplina interna utile a prevenire fenomeni di concorrenza sleale da parte delle imprese che retribuiscono i loro dipendenti a un livello inferiore rispetto a quello corrispondente al salario minimo.

7. Licenziamenti collettivi

7.1. C. Giust. 9 dicembre 2004 in causa C-19/02, Hlozek ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 48).

Art. 141 CE - Direttiva n. 75/117/CEE - Direttiva n. 76/207/CEE - Direttiva n. 86/378/CEE - Politica sociale - Lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile - Parità di retribuzione - Nozione - Sussidio di transizione (*Überbrückungsgeld*) previsto da un accordo d’impresa - Accordo sociale concluso in occasione di un’operazione di ristrutturazione dell’impresa - Prestazione concessa ai lavoratori che abbiano raggiunto una determinata età al momento del loro licenziamento - Erogazione della prestazione a partire da un’età diversa in base al sesso dei lavoratori licenziati - Considerazione dell’età pensionabile stabilita con legge dal diritto nazionale, diversa in base al sesso.

La controversia in esame trae origine dal rifiuto di una importante società austriaca di concedere ad un proprio dipendente, licenziato nell’ambito di un processo di ristrutturazione aziendale, un “sussidio di transizione” (*Überbrückungsgeld*) previsto da un accordo d’impresa (c.d. Accordo sociale: *Sozialplan*), in conformità alla legislazione austriaca sul lavoro (ArbVG), secondo la quale, appunto, mediante accordo aziendale è possibile attenuare le conseguenze pregiudizievoli per i lavoratori derivanti da una trasformazione o riconversione dell’impresa.


Nella specie, l’Accordo sociale prevedeva, distintamente, una “indennità di licenziamento volontaria” a favore dei lavoratori che non avessero ancora compiuto i 55 anni (se uomini) e i 50 anni (se donne), ed un sussidio di transizione a favore dei dipendenti che avessero superato tali limiti, pur non essendo ancora in possesso dei requisiti pensionistici.

Il ricorrente, che all’epoca aveva 54 anni, aveva osservato nel ricorso che, se fosse stato una donna, avrebbe beneficiato del sussidio di transizione previsto dall’accordo aziendale, economicamente più favorevole rispetto all’indennità di licenziamento volontaria. Egli sosteneva, quindi, che la disciplina contenuta nell’accordo aziendale fosse da ritenersi illecita e nulla in base al diritto nazionale e a quello comunitario, in quanto prevedeva, per accedere al beneficio economico, un’età diversa per gli uomini e per le

donne; di conseguenza il ricorrente lamentava di essere vittima di una discriminazione basata sul sesso.

La Corte di Giustizia, dopo aver risolto in senso positivo una questione pregiudiziale relativa alla possibilità di fare rientrare il sussidio di transizione e l'indennità di licenziamento nella nozione di retribuzione, in quanto corrisposti dopo la cessazione del rapporto di lavoro (analogamente C. Giust. 17 maggio 1990 in causa C-262/88, Barber; C. Giust. 9 febbraio 1999 causa C-167/97, Seymour-Smith e Perez, sul punto cfr. anche C. Giust. 16 dicembre 2004 in causa C. 520/03 Olaso Valero, che precede nella voce *Insolvenza del datore di lavoro*), nega tuttavia che nel caso in esame sussista una violazione del principio di parità di trattamento.

Infatti il lavoratore di sesso maschile compreso fra i 50 e i 54 anni, che, in base all'accordo sociale, non ha diritto al sussidio di transizione, non è comparabile ad una lavoratrice nella stessa fascia di età quanto a rischio di disoccupazione; e ciò in quanto la legislazione austriaca, come quella di molti altri Paesi, contiene una differenziazione di età tra uomini e donne per l'accesso al trattamento pensionistico (v. ad esempio C. Giust. 30 aprile 2004 in causa C-172/02, Bourgard). Dunque non è presente un requisito essenziale – quello della comparabilità tra le due situazioni – perché si possa parlare di violazione del divieto di discriminazioni (C. Giust. 13 febbraio 1996 causa C-342/93, Gillespie; C. Giust. 13 dicembre 2001 causa C-206/00, Mouflin).

7.2. C. Giust. 12 ottobre 2004 in causa C-55/02, Commissione c. Repubblica portoghese ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 8).

Inadempimento di uno Stato - Artt. 1, 6 e 7 della direttiva n. 98/59/CE - Nozione di "licenziamento collettivo" - Regime di licenziamenti per assimilazione - Trasposizione incompleta.

La Corte di Giustizia torna sulla nozione di licenziamento collettivo, scrutinando, nel caso di specie, la disciplina portoghese. Quest'ultima ha adottato una nozione che – pur rispettosa delle indicazioni comunitarie quanto ai criteri di ordine quantitativo/temporali – qualifica come collettivo, sul piano causale, la cessazione del rapporto intervenuta per iniziativa del datore di lavoro e “fondata sulla chiusura definitiva dell'impresa, di una o più sezioni della stessa o su una riduzione del personale per ragioni di natura strutturale, tecnologica o congiunturale”. E' evidente, su questi presupposti, lo scarto nozionale con la definizione recepita nella direttiva comunitaria – secondo la quale “per licenziamento collettivo si intende ogni licenziamento effettuato da un datore di lavoro per uno o più motivi non inerenti la persona del lavoratore” (art. 1, comma 1, lett. a), della direttiva n. 98/59) – scarto nozionale che, ad avviso della Commissione, impedirebbe di comprendere nel fuoco del regime dedicato alcune particolari ipotesi di risoluzione del rapporto di lavoro non riferibili alla “persona del lavoratore” ma, ciò nonostante, nemmeno integranti le motivazioni di ordine “strutturale, tecnologico o congiunturale”. In altri termini, la Commissione contesta al Governo portoghese l'assunzione di una nozione di licenziamento collettivo imperfetta e, quindi, inidonea ad assicurare la messa in atto dell'impianto garantistico dettato per questa figura.


Le ipotesi non comprese nella nozione assunta dal sistema portoghese riguarderebbero – ad avviso della Commissione – i licenziamenti dovuti a *vis maior* (“espropriazione, incendio o altri casi di forza maggiore”), rispetto ai quali i dipendenti interessati non potrebbero invocare le tutele, prima di tutto procedurali, previste dalla direttiva. La Corte condivide, nel complesso, gli argomenti della Commissione. In primo luogo, essa

sottolinea come la direttiva, pur non contenendo una propria ed espressa nozione di licenziamento, non svolga *in parte qua* alcun rinvio ai singoli regimi nazionali, diversamente da quanto non accada rispetto ad altri istituti (ad esempio, nel corpo della medesima direttiva, a proposito della nozione di “rappresentanti dei lavoratori”). A ciò si aggiunga che la direttiva esprime a più riprese l’esigenza di una armonizzazione degli ordinamenti nazionali, con il fine di assicurare “una protezione di analoga natura dei diritti dei lavoratori nei vari Stati membri e promuovere il ravvicinamento degli oneri che le dette norme di tutela comportano per le imprese della Comunità” (C. Giust. 8 giugno 1994 in causa C-383/92, Commissione c. Regno Unito). Da qui l’affermazione secondo la quale “dalle esigenze tanto dell’applicazione uniforme del diritto comunitario quanto del principio d’uguaglianza discende che una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell’intera Comunità, ad un’interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa” (C. Giust. 19 settembre 2000 in causa C-287/98, Linster; C. Giust. 11 marzo 2003 in causa C-40/01, Ansul).

Si perviene, in questo modo, alla enucleazione di una nozione tutta comunitaria di “licenziamento collettivo”, che deve essere interpretata in modo da comprendere “qualsiasi cessazione del contratto di lavoro non voluta dal lavoratore e, quindi, senza il suo consenso”. Detta nozione non esige, d’altro canto, che le cause sottese alla cessazione del rapporto lavorativo corrispondano alla volontà del datore di lavoro. Anche a queste ipotesi di cessazione del rapporto deve riconoscersi l’attitudine a confluire nella figura di “licenziamento collettivo” di formazione comunitaria, atteso che, per contro, “gli obiettivi perseguiti dalla direttiva risulterebbero raggiunti solo parzialmente se la cessazione del contratto di lavoro non dipendente dalla volontà del datore di lavoro fosse esclusa dal regime della direttiva stessa”. Da qui, in conclusione, la censura rivolta al governo portoghese, venuto meno, seppur in parte, ai propri obblighi.


Corre nondimeno ricordare che anche nel nostro ordinamento si sono confrontati orientamenti diversi relativamente all’estensione delle tutele di cui alla l. n. 223/1991 e, precisamente, in merito alla necessità di comprendere nel novero dei “licenziamenti” di cui all’art. 24 della stessa legge anche altre ipotesi solutorie, quali le dimissioni o le stesse risoluzioni consensuali, e ciò – si noti – proprio sulla scorta di una lettura della fonte nazionale coerente con le indicazioni comunitarie. Così, a favore di letture di segno estensivo o comprensivo cfr. Pret. Milano 7 agosto 1996, in *RCDL*, 1996, 941; Pret. Milano 13 aprile 1996, *ivi*, 1996, 952. Più recentemente, in senso contrario, si veda però Cass. 6 novembre 2001 n. 13714, in *RIDL*, 2002, II, 613.

8. Orario di lavoro

8.1. C. Giust. 5 ottobre 2004 in cause da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e altri ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 8).

Politica sociale - Protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori - Direttiva n. 93/104/CE - Ambito di applicazione - Operatori del soccorso che accompagnano le ambulanze nell’ambito di un servizio di soccorso organizzato dal *Deutsches Rotes Kreuz* - Portata della nozione di “trasporti stradali” - Durata massima dell’orario lavorativo settimanale - Principio - Effetto diretto - Deroghe - Presupposti.

Nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte di Giustizia, alcuni dipendenti della Croce Rossa Tedesca (sezione di Waldshut) si rivolgono al giudice nazionale tedesco, chiedendo il pagamento degli straordinari effettuati oltre le 48 ore settimanali, nel periodo compreso tra il giugno 2000 ed il marzo 2001. Il giudice tedesco – data la connessione delle tematiche sottopostegli con il diritto comunitario ed, in particolare, con la normativa emergente dal combinato disposto della direttiva quadro n. 89/391/CEE e della direttiva particolare n. 93/104/CE – individua quattro questioni pregiudiziali che ritiene di rimettere alla Corte di Giustizia, sospendendo il processo. La prima questione consiste nel quesito se l'attività dei ricorrenti - vale a dire l'attività di operatori che accompagnano un'ambulanza o un veicolo di intervento medico d'urgenza, nell'ambito di un servizio di soccorso organizzato dalla Croce Rossa – rientri oppure no nel campo di applicazione delle due direttive citate. A questo proposito, la Corte statuisce che l'attività in questione rientra nel campo di applicazione delle due direttive n. 89/391/CEE e n. 93/104/CE. Con la seconda questione, il giudice del rinvio chiede se il servizio di soccorso terrestre sia riconducibile al settore dei trasporti stradali, per cui la normativa comunitaria sancisce un regime derogatorio, con riguardo alla disciplina dell'orario di lavoro. La Corte, al riguardo, afferma che il servizio in esame non è configurabile quale “trasporto stradale”, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva n. 93/104/CE. La terza questione, poi, riguarda il problema se, in ipotesi di mancata applicazione dell'orario settimanale di 48 ore in media, sia necessario il consenso esplicito ed univoco del lavoratore oppure se sia sufficiente un generico riferimento del contratto individuale di lavoro ad un contratto collettivo che permette il superamento dell'orario settimanale di 48 ore. La Corte afferma che l'art. 18, n. 1, lett. b), *sub i*), primo alinea della direttiva n. 93/104/CE va interpretato nel senso di richiedere un consenso esplicito ed univoco. Con la quarta questione, infine, il giudice si chiede se l'art. 6 della direttiva n. 93/104/CE sia sufficientemente preciso perché un singolo ricorrente possa farlo valere direttamente davanti al giudice nazionale, anche in caso di eventuale non corretta trasposizione della direttiva. La Corte, al riguardo, dopo avere sancito l'immediata operatività della norma, dispone che “il giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva, deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito”.

8.2. C. Giust. 9 settembre 2004 nelle cause riunite C-184/02 e C-223/02, Regno di Spagna e Repubblica di Finlandia ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 33).

Art. 230 CE - Richiesta di annullamento - Direttiva n. 2002/15/CE - Organizzazione dell'orario di lavoro degli autotrasportatori - Autotrasportatori autonomi - Fondamento giuridico - Libero esercizio di una professione - Principio della parità di trattamento - Proporzionalità - Obbligo di motivazione.

La decisione in questione ha origine dalla richiesta del Regno di Spagna e della Repubblica di Finlandia di annullamento della direttiva n. 2002/15/CE, sull'organizzazione dell'orario di lavoro delle persone che effettuano operazioni mobili di autotrasporto, con riferimento, in particolare, alla posizione degli autotrasportatori autonomi. La materia dell'orario di lavoro nel settore dei trasporti stradali era stata originariamente esclusa dalla nota direttiva n. 93/104/CE sull'orario di lavoro, per esservi in seguito ricompresa prima mediante la direttiva n. 2000/34/CE (che tuttavia non riguar-

dava i lavoratori mobili) e poi per effetto della direttiva impugnata in questa controversia (n. 2002/15/CE).

La Finlandia, in particolare, sostiene che la direttiva in questione, disciplinando non solo l'orario di guida, ma anche quello di lavoro complessivo, travalicherebbe gli obiettivi di sicurezza stradale e di riavvicinamento delle condizioni di concorrenza di cui all'art. 71 Trattato CE (ora art. III-133/134, sez. 7, della Costituzione europea). Si configurerebbe quindi un eccesso di potere, non essendo la Comunità abilitata, per le suddette ragioni, a disciplinare l'orario di lavoro degli autotrasportatori autonomi.

Replica la Corte che l'obiettivo della sicurezza stradale viene pienamente realizzato dalla direttiva in esame, in quanto sono note le implicazioni che un'eccessiva durata del lavoro – a maggior ragione se svolto in orario notturno, secondo le prescrizioni di cui all'art. 7 della direttiva – può avere sulla salute del lavoratore e sulla capacità di recupero delle energie psicofisiche del medesimo (in argomento C. Giust. 9 giugno 1994 causa C-394/92, Michielsen e GTS; C. Giust. 18 gennaio 2001 causa C-297/99, Skills Motor Coaches e altri). La Spagna aveva invece sostenuto che l'inclusione degli autotrasportatori autonomi, accanto ai subordinati, nell'ambito di applicazione della direttiva avrebbe costituito una inammissibile lesione del principio della libera iniziativa privata, impedendo agli interessati di dedicare tutte le loro forze al successo della attività imprenditoriale.

La Corte precisa tuttavia che, pur essendo principio generale del diritto comunitario la garanzia del libero esercizio dell'attività lavorativa e di impresa (C. Giust. 10 gennaio 1992 causa C-177/90, Kuehn), tale libertà non è una prerogativa assoluta, dovendo essere rivolta a finalità sociali; eventuali restrizioni sono quindi consentite se rispondono ad un obiettivo di interesse generale (C. Giust. 28 aprile 1998 causa C-200/96, Metronome Musik).

Infine, replicando ad una censura mossa dalla Spagna, la Corte sostiene che la direttiva impugnata non viola il principio della parità di trattamento, nella specie fra lavoratori autonomi e subordinati. Infatti il legislatore comunitario mostra di essersi attenuto al principio di parità di trattamento, nel senso della necessità di trattare situazioni diverse in modo differente; infatti la direttiva si limita a regolamentare una parte degli aspetti dell'orario di lavoro (il trasporto stradale) per i lavoratori autonomi, mentre per i lavoratori subordinati disciplina anche i periodi di lavoro diversi dalla guida del veicolo (ad es. i tempi di attesa o lo svolgimento di altri servizi).

La Corte conclude quindi per il rigetto dei ricorsi, sulla base della riassuntiva (e sintetica) constatazione che la direttiva impugnata “corrisponde ad una equilibrata presa di posizione in considerazione dell'obiettivo della sicurezza stradale, da un lato, e delle peculiarità dello *status* di lavoratore autonomo (...) dall'altro”.

9. Previdenza

9.1. C. Giust. 8 luglio 2004 in cause C-502/01 e C-31/02, Silke Gaumain ( in *Boll. Adapt.*, 2004, n. 27).

Previdenza sociale - Libera circolazione dei lavoratori - Trattato CE - Regolamento (CEE) n. 1408/1971 - Prestazioni a copertura del rischio di non autosufficienza - Versamento da parte dell'assicurazione contro la non autosufficienza dei contributi per la pensione di vecchiaia del terzo che assiste la persona non autosufficiente.

Inefficacia delle clausole di residenza nelle tutele previdenziali a favore di cittadini comunitari che svolgano assistenza domiciliare – volontaria o retribuita – in altri Stati dell'Unione. Il caso tedesco

Nelle cause riunite C-502/01 e C-31/02 viene affrontata una questione interpretativa

legata al campo di applicazione della normativa tedesca in materia di fondo per la non autosufficienza. In particolare, in entrambi i casi, due lavoratrici che prestavano cure a domicilio – l'una al proprio figlio disabile e l'altra ad altro soggetto non autosufficiente per il quale non sussisteva alcun vincolo di parentela – vedono negato il diritto al versamento di contributi per la pensione di vecchiaia, in relazione ad un presunto difetto di residenza sollevato dai tribunali tedeschi.

La normativa in questione – introdotta nel gennaio 1995 – ha quale finalità principale l'assistenza, anche economica, di soggetti che si trovino in stato di non autosufficienza, e che pertanto si trovino nella condizione di dover ricorrere anche all'aiuto di terzi per compiere azioni della vita quotidiana (igiene personale, alimentazione, mobilità, cura dell'abitazione, ecc.). Ogni soggetto coperto da assicurazione contro la malattia è tenuto al versamento dei contributi destinati al finanziamento del fondo per la non autosufficienza. Le erogazioni previste a carico del fondo possono consistere sia in prestazioni in natura, attraverso l'assistenza fornita da enti riconosciuti, sia in denaro, con un assegno mensile, denominato « assegno di non autosufficienza », il quale consente al soggetto beneficiario di poter accedere a forme di assistenza domiciliare (come l'assistenza domiciliare di una badante) a sua scelta. Nel secondo caso, a determinate condizioni, oltre al sostegno economico vero e proprio, l'assicurazione contro la non autosufficienza, può dar origine anche alla copertura contributiva per prestazioni pensionistiche (di vecchiaia e di invalidità), nonché all'assicurazione contro gli infortuni del terzo che assiste l'assicurato. Ed è proprio sull'aspetto previdenziale che ha origine la questione.

Nel primo caso – Gaumain-Cerri – una cittadina tedesca e il marito francese, entrambi residenti in territorio francese, lavorano a tempo parziale come lavoratori frontalieri in un'impresa con sede in Germania. Essi versano regolarmente i contributi a sostegno dell'assicurazione tedesca contro la non autosufficienza e beneficiano dell'assegno di non autosufficienza per il loro figlio disabile, del quale si prendono personalmente cura. In ragione dell'attività di assistenza domiciliare svolta dai coniugi Gaumain Cerri, essi richiedono il versamento dei contributi pensionistici per questa attività, che seppur svolta a titolo volontario, ritengono far rientrare nel campo di applicazione della legge tedesca. Gli enti previdenziali interessati dalla questione rifiutano diversamente di concedere tale diritto per due ordini di motivi: il primo legato alla residenza dei coniugi, che non è in territorio tedesco bensì francese; e il secondo in quanto l'attività di assistenza da loro svolta non avendo il carattere della professionalità non attribuirebbe loro nemmeno la qualità di lavoratori destinatari delle disposizioni del regolamento n. 1408/1971.

Il secondo caso riguarda invece una cittadina tedesca, la sig.ra Barth, che però ha residenza in Belgio e che assiste – in Germania – un dipendente pubblico tedesco in pensione. La sua retribuzione è finanziata attraverso l'assegno per la non autosufficienza percepito dalla persona da lei assistita. Anche per quest'ultimo caso le prestazioni pensionistiche vengono rifiutate sia in ragione della residenza della sig.ra Barth che della mancanza di carattere professionale della sua prestazione.

Le questioni possono quindi essere ricondotte essenzialmente a due ordini di motivi: il primo legato alle limitazioni delle leggi nazionali in ragione della residenza dei soggetti interessati, vietate dal diritto comunitario – e il secondo legato invece al concetto di lavoratore subordinato, entrambi disciplinati dal regolamento CEE n. 1408/1971 (sull'argomento si legga L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2003, 90; S. BORELLI, *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, in *LD*, 2001, 627).

Sulla prima questione, la Corte afferma come “dall'art. 19, nn. 1, lett. b), e 2, del


regolamento n. 1408/71 risulta che i familiari di un lavoratore che risiedono nel territorio di uno Stato membro diverso dallo Stato membro competente devono poter beneficiare, in tale Stato membro di residenza, delle prestazioni in denaro dell'assicurazione malattia erogate dall'istituzione competente dell'altro Stato membro in base alle disposizioni della legislazione che essa applica, a meno che essi abbiano diritto alle stesse prestazioni in forza della legislazione dello Stato nel cui territorio risiedono. Pertanto, il versamento dei contributi per la pensione di vecchiaia per conto del terzo che assiste una persona non autosufficiente che risiede in Francia e che è un familiare di un lavoratore coperto dall'assicurazione tedesca contro la non autosufficienza deve essere garantito dall'istituzione tedesca competente in base alla legislazione tedesca sull'assicurazione contro la non autosufficienza, come se le detta persona non autosufficiente risiedesse in Germania, salvo il caso che quest'ultima abbia diritto ad una prestazione equivalente in forza della legislazione francese" (punto 28 sentenza C-502/01, C-31/02). Sul carattere di subordinazione del lavoro svolto dagli attori coinvolti, rileva inoltre come "una prestazione quale il versamento, da parte dell'ente per l'assicurazione contro la non autosufficienza, dei contributi per la pensione di vecchiaia del terzo che fornisce cure domiciliari ad una persona non autosufficiente, nelle condizioni di cui alle cause principali, costituisce una prestazione di malattia a beneficio della persona non autosufficiente soggetta al regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, come modificato e aggiornato dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118/97".

Su entrambe le questioni quindi, la Corte conferma l'inefficacia della cosiddette clausole di residenza, che cedono di fronte ai diritti derivanti dallo *status* di cittadino comunitario, i quali consentono di ottenere il medesimo trattamento giuridico dei cittadini di altro Stato membro in cui ci si trova ad operare (in particolare, sentenza 11 luglio 2002, causa C-224/98, D'Hoop, in *Racc.*, I-6191, punto 28). (Per un commento alla sentenza si veda anche A. MAZZIOTTI, *Contribuzione previdenziale per coloro che assistono persone non autosufficienti*, in *RGL*, 2004, n. 3, 671. Più in generale R. FOGLIA, *L'applicazione giurisprudenziale del regolamento CEE n. 1408/71*, in *DL*, 1999, I, 198; M. LUZZANA, *Nozione comunitaria di lavoratore subordinato e rinvio alla normativa degli stati membri*, in *OGL*, 1999, III, 79).

Barbara Maiani

Dottore di ricerca in Diritto sindacale e del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

10. Riconoscimento delle qualifiche

10.1. C. Giust. 7 ottobre 2004 in causa C-255/01, Panagiotis Markopoulos e altri ( in *Boll. Adapt*, 2004., n. 48).

Domanda di pronuncia pregiudiziale - Ottava direttiva n. 84/253/CEE - Artt. 11 e 15 - Abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili - Possibilità di abilitare persone che non hanno superato un esame di idoneità professionale - Condizioni per abilitare cittadini di altri Stati membri.

Riconoscimento dell'abilitazione ad esercitare l'attività del controllo di legge dei documenti contabili ai professionisti già abilitati in un altro Stato membro

La Corte rende pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 Trattato CE sull'interpre-

tazione degli artt. 11 e 15 dell'ottava direttiva del Consiglio 10 aprile 1984, n. 84/253/CEE, basata sull'art. 54, § 3, lett. g), del Trattato, relativa all'abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili (in *GUCE*, 12 maggio 1984, L 126, 20). La domanda, in particolare, è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. Markopoulos e altri, da una parte, e l'Ypourgos Anaptyxis (Ministero dello sviluppo) nonché il Soma Orkoton Elegkton dall'altra, nella quale sono intervenuti il sig. Samothrakis e altri e il sig. Panagiotidis. Tale domanda verteva sulla decisione dell'Ordine di iscrivere nel proprio registro 60 candidati, tra cui i detti intervenienti nella causa principale, senza far loro affrontare un esame di idoneità professionale come previsto dall'art. 4 dell'ottava direttiva. Premesso che l'art. 15 dell'ottava direttiva è rivolto a tutti gli Stati membri e che, pertanto, l'esercizio della facoltà ivi prevista è limitato solo dalle condizioni contenute in tale articolo, la facoltà in questione riguarda esclusivamente « i professionisti che non siano stati abilitati mediante atto individuale delle autorità competenti, ma che abbiano le qualifiche necessarie per effettuare in tale Stato membro il controllo di legge dei documenti di cui all'articolo 1, paragrafo 1, e che di fatto abbiano esercitato tale attività [sino ad un anno dopo l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 30, paragrafo 2] ». Pertanto, se una persona soddisfa le dette condizioni, essa può beneficiare di un'abilitazione in applicazione della facoltà concessa dall'art. 15 dell'ottava direttiva, senza che sia necessario valutare se il regime nazionale precedente l'adozione dell'ottava direttiva prevedesse o meno l'obbligo di superare un esame per una categoria particolare di professionisti. Ora, poiché ai sensi dell'art. 15 dell'ottava direttiva ci si può avvalere della facoltà prevista da tale articolo « [s]ino ad un anno dopo l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 30, paragrafo 2 » e poiché ai sensi dell'art. 30, n. 2, della direttiva gli Stati membri « possono prevedere che le disposizioni di cui al paragrafo 1 si applichino soltanto a decorrere dal 1° gennaio 1990 », l'art. 15 della stessa direttiva produce l'effetto di permettere ad uno Stato membro di avvalersi della facoltà ivi prevista fino ad un anno dopo la data di applicazione delle disposizioni nazionali che recepiscono l'ottava direttiva, data che non dovrebbe, in ogni caso, essere successiva al 1° gennaio 1990. Si osserva che l'effetto del combinato disposto degli artt. 15 e 30 dell'ottava direttiva è di conseguire un equilibrio tra, da una parte, l'obiettivo finale della direttiva, e cioè la realizzazione di una disciplina comunitaria armonizzata, e, dall'altra, la legittima tutela dei professionisti che già esercitavano l'attività in questione, concedendo agli Stati membri un periodo di un anno per adottare disposizioni transitorie a favore di tali professionisti. Ciò posto, va osservato, innanzi tutto, che l'art. 11 dell'ottava direttiva riguarda sostanzialmente la determinazione, da parte dell'autorità competente dello Stato membro ospitante, dell'equivalenza delle « qualifiche » delle persone che hanno conseguito una parte o la totalità di tali qualifiche in un altro Stato membro. Orbene, il termine « qualifiche » non viene definito nell'ottava direttiva. In tale contesto, non si può ritenere che le qualifiche ai sensi dell'art. 11 della detta direttiva corrispondano ognuna ai distinti requisiti prescritti dall'art. 4 di tale direttiva, il quale include il superamento di un esame di idoneità professionale. Al contrario, il ricorso al detto termine consente alle competenti autorità dello Stato membro ospitante di valutare complessivamente le qualità dell'interessato, valutazione che, peraltro, non li obbliga ad esigere che quest'ultimo abbia superato l'esame di idoneità professionale di tale Stato o che abbia superato siffatto esame in un altro Stato membro. Occorre inoltre precisare che la determinazione dell'equivalenza di cui all'art. 11 della detta direttiva si fonda su di una valutazione di fatto e non su di una constatazione formale dell'equivalenza di una determinata qualifica. Al riguardo, del resto, va specificato che è la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, n. 89/48/CEE, relativa ad un sistema

generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni (in *GUCE*, 24 gennaio 1989, L 19, 16), che verte sul riconoscimento delle abilitazioni ottenute ai fini dell'esercizio di una professione regolamentata in un altro Stato membro. Tuttavia, nonostante tale direttiva fosse applicabile all'epoca dei fatti della causa principale, la questione posta dal giudice del rinvio riguarda l'interpretazione dell'ottava direttiva, la cui adozione è precedente a quella della direttiva n. 89/48. Inoltre, il dodicesimo 'considerando' dell'ottava direttiva indica chiaramente che essa non riguarda il « riconoscimento delle abilitazioni per [il] controllo [dei documenti contabili] rilasciate ai cittadini degli altri Stati membri » che, secondo tale 'considerando', sarà regolato successivamente. Peraltro, la Corte ricorda che ai sensi dell'art. 52 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 43 CE) obbliga lo Stato membro al quale è stata presentata la domanda di autorizzazione all'esercizio di una professione il cui accesso è, secondo la normativa nazionale, subordinato al possesso di un diploma o di una qualifica professionale a prendere in considerazione i diplomi, i certificati e gli altri titoli che l'interessato ha acquisito ai fini dell'esercizio della medesima professione in un altro Stato membro, procedendo ad un raffronto tra le competenze attestata da questi diplomi e le cognizioni e le qualifiche richieste dalle norme nazionali (v. sentenze 7 maggio 1991, causa C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Racc.*, I-2357, punto 16; 16 maggio 2002, causa C-232/99, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.*, I-4235, punto 21, e 13 novembre 2003, causa C-313/01, *Morgenbesser*, in *Racc.*, I-0000, punto 57). Così ragionando, se a seguito di questo esame comparativo si arriva alla constatazione che le conoscenze e le qualifiche attestate dal diploma straniero corrispondono a quelle richieste dalle disposizioni nazionali, lo Stato membro sarà tenuto ad ammettere che questo diploma soddisfi le condizioni fissate da dette disposizioni (sentenza *Vlassopoulou*, cit., punto 19). Se invece emerge che la corrispondenza tra le dette conoscenze e qualifiche e quelle richieste dalle disposizioni nazionali è solo parziale, lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere che l'interessato dimostri di aver maturato le conoscenze e le qualifiche mancanti. In tal caso spetterà alle autorità nazionali competenti valutare se le conoscenze acquisite nello Stato membro ospitante nel contesto di un ciclo di studi ovvero anche di un'esperienza pratica siano valide ai fini dell'accertamento del possesso delle conoscenze mancanti (sentenza *Vlassopoulou*, cit., punto 20). In conclusione, pertanto, la Corte risolve la seconda questione nel senso che l'art. 11 dell'ottava direttiva consente allo Stato membro ospitante di concedere l'abilitazione ad esercitare l'attività del controllo di legge dei documenti contabili ai professionisti già abilitati in un altro Stato membro, senza sottoporli ad un esame di idoneità professionale, se le autorità competenti del detto Stato membro ospitante considerano le loro qualifiche equivalenti a quelle richieste dalla normativa nazionale del loro Stato, conformemente alla detta direttiva.

Caterina Timellini

*Dottore di ricerca in Diritto sindacale e del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

10.2. C. Giust. 1° luglio 2004 in causa C-65/03, Commissione c. Regno del Belgio ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 27).

Inadempimento di uno Stato - Artt. 12 CE, 149 CE e 150 CE - Diploma di insegnamento secondario ottenuto in un altro Stato membro - Accesso all'insegnamento superiore.

Riconoscimento dei titoli di istruzione superiore

La Corte si pronuncia in ordine ad un ricorso inteso a far dichiarare che il Regno del


Belgio è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza degli artt. 12 CE, 149 CE e 150 CE, in quanto non avrebbe adottato i provvedimenti necessari per assicurare che i titolari di diplomi di insegnamento secondario conseguiti in altri Stati membri possano accedere all'insegnamento superiore organizzato dalla Comunità francese del Belgio alle stesse condizioni dei titolari del certificato di insegnamento secondario superiore (CESS). Il Governo belga, per contro, riteneva, con l'adozione dei due decreti 3 aprile 2003 di modifica dei decreti del 1971 e del 1999, di avere adottato i provvedimenti necessari per assicurare che i titolari di diplomi di insegnamento secondario conseguiti in altri Stati membri potessero accedere all'insegnamento superiore organizzato dalla Comunità francese alle stesse condizioni dei titolari del CESS. La Corte, richiamando un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, ha ricordato che l'esistenza di un inadempimento dev'essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presenta alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, mentre non si può tenere conto dei mutamenti successivi (v., in particolare, sentenze 30 gennaio 2002, causa C-103/00, Commissione c. Grecia, in *Racc.*, I-1147, punto 23, e 20 novembre 2003, causa C-296/01, Commissione c. Francia, in *Racc.*, I-0000, punto 43). Pertanto, poiché nella fattispecie il decreto 3 aprile 2003 che modifica il decreto del 1971 è intervenuto solo dopo la scadenza del termine stabilito nel parere motivato, questo provvedimento non può essere preso in considerazione dalla Corte nell'ambito dell'esame del ricorso proposto.

A questo punto, dato che le condizioni di accesso alla formazione professionale rientrano nel campo di applicazione del Trattato (v. anche sentenze 2 febbraio 1988 causa 24/86, *Blaizot*, in *Racc.*, 379, punto 11; 27 settembre 1988 causa C. 42/87, Commissione c. Belgio, in *Racc.*, 5445, punto 7, e 7 luglio 1992, causa C-295/90, Parlamento c. Consiglio, in *Racc.*, I-4193, punto 15), si richiama l'art. 149, n. 2, secondo alinea CE, il quale prevede esplicitamente che l'azione della Comunità sia intesa a favorire la mobilità degli studenti e degli insegnanti, promuovendo, in particolare, il riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio. Inoltre, un'altra norma rilevante è l'art. 150, n. 2, terzo alinea, CE, la quale stabilisce che l'azione della Comunità è intesa a facilitare l'accesso alla formazione professionale e a favorire la mobilità degli istruttori e delle persone in formazione, in particolare dei giovani. Ora, ricordando che la giurisprudenza della Corte ha più volte sancito il principio di parità di trattamento, ai sensi del quale il divieto di ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità consacrato dall'art. 12, n. 1, CE è specifica espressione, la Corte ha precisato che tale norma vieta non soltanto le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, produca in pratica lo stesso risultato (v., in particolare, sentenze 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione c. Italia, in *Racc.*, 4035, punto 8, e 16 gennaio 2003, causa C-388/01, Commissione c. Italia, in *Racc.*, I-721, punto 13), è evidente che la normativa di cui trattasi opera principalmente in danno dei cittadini di altri Stati membri, in quanto svantaggia i titolari di diplomi di insegnamento secondario conseguiti in uno Stato membro diverso dal Belgio, in quanto essi non possono accedere all'insegnamento superiore organizzato dalla Comunità francese alle stesse condizioni dei titolari del CESS o del diploma lussemburghese equivalente. In conclusione, pertanto, la Corte, nella pronuncia in oggetto, ritiene che il Regno del Belgio sia venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza del combinato disposto dell'art. 12 CE e degli artt. 149 CE e 150 CE.

Caterina Timellini


*Dottore di ricerca in Diritto sindacale e del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

11. Salute e sicurezza

11.1. C. Giust. 16 dicembre 2004 in causa C-358/03, Commissione c. Repubblica d'Austria ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 3).

Inadempimento di uno Stato - Tutela dei lavoratori - Sicurezza e salute dei lavoratori - Movimentazione manuale di carichi che comporta rischi per i lavoratori.


Con la decisione in questione la Corte di Giustizia emette una condanna nei confronti della Repubblica d'Austria, per non avere provveduto a recepire – nel Land della Carinzia – la direttiva n. 90/269/CEE, relativa alla movimentazione manuale dei carichi. La Commissione, in particolare, nel 2002 formula il proprio parere motivato in cui invita l'Austria (entrata a far parte della Comunità il 1° gennaio 1995) ad adeguarsi alla direttiva, con riferimento alla tutela degli agenti al servizio del Land e dei comuni della Carinzia, nonché con riferimento alla tutela dei lavoratori negli stabilimenti agricoli e del settore silvicolo del Burgenland. Scaduto il termine indicato, la Commissione non ritenendo esaustive le repliche del Governo austriaco, propone il ricorso alla Corte. In sede processuale, la Corte accerta che la censura avanzata dalla Commissione è fondata per la Carinzia, ma non per il Burgenland e dunque in riferimento a quest'ultimo respinge il ricorso della Commissione medesima. L'iter decisionale della Corte si articola, in buona sostanza, in due passaggi. Innanzi tutto – conformandosi alla giurisprudenza costante – si ribadisce che l'inadempimento di uno Stato membro prende corpo a partire dalla scadenza del termine indicato nel parere motivato della Commissione. In secondo luogo – premesso che il governo austriaco, in fase difensiva, a propria discolpa, evidenzia alla Corte che il diritto costituzionale austriaco vieta allo Stato federale di adottare provvedimenti di recepimento in luogo di un Land e che, dunque, soltanto una sentenza della Corte medesima potrebbe legittimare lo Stato federale a provvedere all'inadempimento di un Land – i giudici, in ossequio alla giurisprudenza consolidata in materia, riaffermano che uno Stato membro è libero di ripartire al proprio interno le modalità di trasposizione delle direttive comunitarie, ma lo Stato è in primo piano il solo soggetto responsabile per gli eventuali inadempimenti.

11.2. C. Giust. 14 settembre 2004 in causa C-168/03, Commissione c. Regno di Spagna ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 33).

Inadempimento di uno Stato - Direttive n. 89/655/CEE e n. 95/63/CE - Trasposizione difettosa - Periodo di adattamento supplementare.

Con riferimento alla trasposizione della direttiva n. 89/655/CEE, quella in esame costituisce, invero, la seconda sentenza di condanna della Corte di Giustizia nei confronti della Spagna, dopo quella del 26 settembre 1996 causa C-79/95 (Commissione c. Spagna). Nella fattispecie in questione, dopo la citata condanna del 1996, la Spagna adotta il r.d. n. 1215/1997, che fissa requisiti minimi di sicurezza e salute in materia di uso di attrezzature di lavoro. Orbene, il n. 1 della disposizione transitoria unica di tale regio decreto introduce un periodo di adattamento supplementare per le attrezzature messe a disposizione dei lavoratori anteriormente all'entrata in vigore del regio decreto medesimo (ossia alla data del 27 agosto 1997). Tuttavia, mentre nel comma 1 di tale norma si richiama implicitamente l'allegato I della direttiva n. 89/655/CEE, come risulta modificato dalla direttiva n. 95/63/CE, nei commi successivi – che introducono un

regime derogatorio di adattamento della durata (addirittura) di cinque anni – non si fa alcun riferimento alla direttiva comunitaria. Pertanto la Corte statuisce che il regio decreto realizza una trasposizione imprecisa della direttiva n. 89/655/CEE, così come modificata dalla direttiva n. 95/63/CE e pertanto condanna la Spagna. E' da annotare che nelle more del giudizio (iniziato l'11 aprile 2003), il periodo di adattamento supplementare previsto dalla norma censurata si è cronologicamente esaurito e pertanto in sede procedimentale il Governo spagnolo evidenzia che la Commissione non ha più interesse alla prosecuzione del giudizio. La Corte di Giustizia, tuttavia, richiama la propria costante giurisprudenza secondo cui un inadempimento viene ad esistenza a partire dalla scadenza del termine fissato nel proprio parere motivato dalla Commissione, per cui la Corte non può prendere in considerazione modifiche che di fatto sono sopravvenute dopo tale termine. Inoltre la Corte precisa che anche qualora l'inadempimento venga meno dopo tale termine, l'interesse alla prosecuzione del giudizio permane, in quanto vi può essere interesse nell'accertamento di una responsabilità dello Stato membro nei confronti di coloro che facciano valere diritti in conseguenza di tale inadempimento.

11.3. C. Giust. 13 luglio 2004 in causa C-82/03, Commissione c. Repubblica Italiana ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 28).

Inadempimento di uno Stato - Art. 10 CE - Collaborazione con le istituzioni comunitarie - Omessa trasmissione di informazioni alla Commissione.

Nel caso in esame, un operatore economico denuncia alla Commissione delle Comunità Europee l'avvenuta violazione – in un impianto di depurazione di acque reflue, situato in un comune italiano – di alcune prescrizioni attinenti alla sicurezza dei lavoratori, stabilite nella direttiva del Consiglio 30 novembre 1989, n. 89/655/CEE, che introduce requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso delle attrezzature di lavoro. Tale direttiva – recepita dall'Italia con il d.lgs. n. 626/1994, titolo III (in argomento, cfr. L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997) – è stata successivamente modificata dalla direttiva n. 95/63/CEE, attuata nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 359/1999. In particolare, nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte, il denunciante lamenta la mancata applicazione di alcuni punti dell'allegato I della direttiva n. 89/655/CEE. A seguito di tale denuncia, la Commissione invita per due volte l'Italia a fornire le informazioni necessarie per potere compiere le valutazioni del caso. Stante il silenzio della Repubblica italiana, la Commissione propone ricorso alla Corte di Giustizia, che, all'esito del procedimento, qualifica il comportamento omissivo dell'Italia come una violazione dell'art. 10 del Trattato, il quale ultimo impone agli Stati membri, da un lato, di adottare “tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità” e, da altro lato, in via generale, di facilitare la Comunità nell'adempimento dei propri compiti.

12. Strategia di Lisbona

12.1. Facing the challenge. The Lisbon Strategy for growth and employment ( in *Boll. Adapt*, 2004, n. 41).

Rapporto del gruppo di alto livello presieduto da Wim Kok, 3 novembre 2004.

Verso una migliore attuazione della strategia di Lisbona

Il gruppo di alto livello presieduto da Wim Kok, istituito dalla Commissione Europea per contribuire alla revisione a medio termine della strategia di Lisbona e individuare iniziative e misure per il raggiungimento degli obiettivi di tale strategia, ha presentato il 3 novembre alla Commissione e al Consiglio Europei, le proprie conclusioni attraverso il rapporto *Facing the Challenge* su cui si predispongono le proposte per la revisione a medio termine dell'agenda di Lisbona che saranno presentate al Consiglio Europeo di primavera nel marzo 2005.

Il rapporto mette in evidenza come l'Unione Europea e i suoi Stati membri abbiano rallentato il conseguimento degli obiettivi fissati della strategia di Lisbona, oltre che per la congiuntura economica sfavorevole, anche per la scarsa determinazione nell'attuare gli obiettivi stessi. Il risultato deludente nella attuazione degli obiettivi definiti può essere spiegato dalla densità del programma d'azione, dal coordinamento insufficiente e delle priorità contrastanti, ma in particolare si deve attribuire lo scarso risultato all'assenza di un'azione politica determinata.

Da tale rapporto risulta che l'Europa deve far fronte alle due enormi sfide rappresentate da un costante aumento della competizione globale e da un sempre più rapido invecchiamento della popolazione, salvaguardando e rafforzando il modello proprio dell'economia e della società europee: pur rimanendo infatti validi i tre pilastri della strategia di Lisbona – finalizzati al raggiungimento di un'economia dinamica e competitiva fondata sulla conoscenza, di una maggiore coesione sociale che trova fondamento in maggiori e migliori possibilità occupazionali, e di un nuovo impegno nei confronti della salvaguardia ambientale – la priorità attuale riguarda il tasso di crescita economica dell'Europa e l'incremento dei livelli occupazionali. La realizzazione di queste priorità richiede un impegno e un'azione comuni delle istituzioni europee e degli Stati membri.

Il rapporto suggerisce l'adozione da parte degli Stati membri di nuove ed urgenti misure in relazione alle seguenti aree strategiche:

- Società della conoscenza: aumentare la capacità di attrazione dell'Europa per ricercatori e scienziati, facendo della R&S una priorità comunitaria e promovendo l'uso dell'ICT;
- Mercato interno: completare il mercato interno per consentire la libera circolazione dei beni e dei capitali e prendere rapidamente le misure necessarie per creare un mercato unico dei servizi.
- Contesto commerciale: ridurre l'onere amministrativo globale; migliorare la qualità della legislazione; agevolare il rapido avviamento delle nuove imprese; creare un contesto più favorevole alle imprese.
- Mercato del lavoro: rendere operative le raccomandazioni della *Task Force* per l'impiego in Europa, definire strategie per la formazione permanente e l'invecchiamento attivo; sostenere i partenariati per la crescita e l'occupazione.
- Sviluppo sostenibile: favorire l'eco-innovazione attraverso la formulazione di politiche industriali ed economiche che, con attenzione costante all'impatto sull'ambiente circostante, promuovano il concetto di eco-efficienza.

Benché gli Stati membri abbiano fatto progressi in alcuni di questi ambiti, il rapporto li ammonisce in quanto l'impegno e le azioni messe in campo non sono sufficienti. Ogni Stato membro deve elaborare delle politiche nazionali adeguate alle proprie esigenze, tenendo in considerazione gli orientamenti europei, così come insieme gli Stati devono concertare in modo migliore la loro azione comune considerando gli obiettivi della strategia di Lisbona come priorità.

Allo stesso modo, il rapporto Kok ammonisce anche la Commissione Europea a riferire in modo chiaro e preciso dei risultati positivi e negativi ottenuti da ciascuno Stato membro.

Per sostenere l'impegno degli Stati membri nel raggiungimento degli obiettivi, viene suggerita una maggiore compatibilità tra le politiche e i partecipanti, un maggior coinvolgimento dei parlamenti nazionali e delle parti sociali nella definizione delle politiche e delle azioni e una comunicazione più chiara degli obiettivi fissati e dei risultati ottenuti.

Per affrontare la sfida della realizzazione degli obiettivi fissati dalla strategia di Lisbona, il gruppo di alto livello ha definito alcune raccomandazioni (v. capitolo 3). In particolare propone che:

- il Consiglio Europeo rilanci e guidi il processo di attuazione della strategia di Lisbona, dedicando particolare attenzione alla valutazione dei progressi compiuti verso la realizzazione degli obiettivi della strategia di Lisbona;
- il Consiglio Europeo della primavera 2005 inviti il Consiglio ad adottare entro il luglio 2005 gli Indirizzi di massima per le politiche economiche e gli Orientamenti in materia di occupazione, che devono riflettere pienamente gli obiettivi specifici della crescita e dell'occupazione;
- i Capi di Stato e di Governo si impegnino ad attuare le riforme concordate;
- gli Stati membri elaborino programmi nazionali caratterizzati da misure concrete e coinvolgano i parlamenti nazionali, le parti sociali e i cittadini;
- la Commissione Europea compia un monitoraggio dei progressi compiuti, riferisca in merito a questo processo, attraverso per esempio la redazione e la pubblicazione di una classifica annuale degli Stati membri in funzione degli indicatori e degli obiettivi principali, per realizzare una maggiore pressione sugli Stati;
- il Parlamento Europeo dia un contributo costruttivo alla verifica dei risultati ottenuti, per esempio attraverso la creazione di una commissione permanente che si occupi della strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione;
- le parti sociali europee si assumano le proprie responsabilità e partecipino attivamente all'attuazione della strategia di Lisbona.

Perché il modello sociale europeo sia sostenibile, il gruppo di alto livello ritiene quindi necessario un forte e costante impegno politico, un deciso incremento degli sforzi attuati dagli Stati membri e dalla Commissione Europea nella realizzazione del cambiamento. Si ritiene necessario intervenire anche sul metodo di coordinamento aperto, risultato deludente, utilizzando in modo migliore gli indicatori e diffondendo ampiamente i risultati, in modo tale che il giudizio dell'opinione pubblica eserciti pressione nei confronti degli Stati membri per l'attuazione degli obiettivi. Viene ulteriormente sottolineata l'esigenza della ricerca di un consenso sociale al cambiamento, attraverso il coinvolgimento delle parti sociali europee, nonché la sensibilizzazione dei cittadini verso la necessità del processo. In particolare, il gruppo di alto livello considera imprescindibile una adeguata attività informativa e di comunicazione nei confronti di ogni cittadino europeo per fare comprendere la rilevanza e l'urgenza della strategia di Lisbona e dei suoi obiettivi.

Le conclusioni della relazione del gruppo di alto livello evidenziano che la promozione della crescita economica e dell'occupazione non richiedono delle misure indiscriminate, ma piuttosto un pacchetto equilibrato di riforme, che siano correttamente impostate e strutturate. In particolare, però, viene ulteriormente sottolineata la necessità dell'impegno dei Governi e una ferma volontà politica per la realizzazione delle misure che consentano l'attuazione della strategia di Lisbona, per la sostenibilità del modello sociale europeo, altrimenti destinato al fallimento.

Silvia Spattini

Assegnista di ricerca

*Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

Problemi e prospettive del metodo di coordinamento aperto nell'Europa del post-allargamento

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Il metodo del coordinamento aperto e i suoi limiti. – **3.** Quando l'obiettivo di una maggiore occupazione chiama in causa la riforma delle pensioni. – **4.** Il monitoraggio della strategia di Lisbona. – **5.** Lo *streamlining*. – **6.** I rischi e le opportunità del post-allargamento. – **7.** Il rapporto Kok. – **8.** Come alzare la sfida. – **9.** Più Europa per riformare un modello sociale insostenibile.

1. Tante sono le novità che hanno coinvolto l'Unione Europea nel corso del 2004: dall'allargamento a 25 Paesi alla sottoscrizione della nuova Carta costituzionale. Ma il clamore suscitato dalla svolta di carattere istituzionale non è in grado di compensare – ad avviso di chi scrive – il limite di fondo dell'attuale fase del dibattito e della politica europea: i passi indietro sul terreno dell'integrazione economico-finanziaria. Tale processo non viene in evidenza solamente se si considera lo spostamento dei poteri di sorveglianza anti-deficit dalla Commissione ai Consigli dei capi di Stato o di Governo e dei ministri, ma soprattutto se si pensa che le regole del patto di stabilità sono entrate in crisi ed è in corso un difficile negoziato per un nuovo assetto più compatibile con le esigenze politiche degli Stati. Il futuro del Continente è legato ad una questione di fondo: come rendere compatibile il c.d. modello sociale europeo (un mercato del lavoro molto regolamentato e poco flessibile, un'alta pressione fiscale intorno al 40-45%, una struttura della spesa pubblica che assorbe circa la metà del prodotto, sistemi di *welfare* che assorbono più di un quarto del Pil) con le sfide della globalizzazione, vincendo la sindrome del declino che da troppi anni sembra essere l'angusta prospettiva di un'Europa ostinata a vivere al di sopra delle proprie possibilità. Gli Stati non hanno mai voluto "mettere in comune" (e quindi sottrarre all'esclusività decisionale di ciascun Paese) le delicate materie attinenti alle politiche sociali e del lavoro. Ma si tratta, ormai, della classica foglia di fico, perché basta la sorveglianza multilaterale sulle politiche di bilancio da parte di Ecofin, nel quadro degli obiettivi del patto di stabilità, a portare in un circuito europeo anche le politiche sociali. Quando gli Stati devono rispondere direttamente del saldo tra entrate ed uscite ad un'istituzione comune che tutti li rappresenta e li valuta, diventa facile per essa entrare nel merito delle dinamiche degli addendi, pur essendo questi ultimi affidati all'esclusiva competenza degli ordinamenti statuali. Non a caso, da anni, la Commissione Europea non perde occasione per sollecitare incisive riforme sociali ogniqualevolta si trova alle prese con situazioni critiche sul versante dei saldi e dei loro rapporti con i parametri di Maastricht. Aver quindi riportato nella Costituzione (ecco dove sta il passo indietro), nell'ambito della sede politica del Consiglio, la valutazione dei provvedimenti da suggerire ai Paesi che non riescono a rispettare quanto rimane del patto di stabilità, rappresenta il tentativo di riconsegnare alla sovranità statale ogni possibile intervento nel campo delle politiche sociali, per gestire le quali continuerà ad operare, al massimo, il c.d. metodo di coordinamento aperto ovvero quella procedura di monitoraggio multilaterale che, da Lisbona 2000 in poi, ha consentito all'Unione di occuparsi in sede comune – sulla base di un impegno di carattere politico e volontario e secondo il principio della sussidiarietà – di questioni che i trattati riservano alle prerogative statali, gelosamente custodite a tutela delle rispettive agguerrite opinioni pubbliche.

2. Per affrontare il tema dell'*Open Method of Coordination* (OMC) bisogna risalire alle decisioni prese nel Consiglio Europeo di Lisbona (marzo 2000), quando l'Unione – ormai avviato in maniera irreversibile il processo dell'euro – si pose il problema di promuovere una nuova fase caratterizzata dalla sfida impegnativa di trasformare l'Europa nella "economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del

mondo”, “rendendo compatibili, anzi complementari, la possibilità di uno sviluppo sostenibile, l’aumento dell’occupazione con nuovi e migliori posti di lavoro, la coesione sociale e la lotta alla povertà”. Insomma, il vecchio Continente doveva diventare la “terra del latte e del miele”, dove “tutto si tiene”: il nuovo e il vecchio, la sfida della globalizzazione e la conservazione del tradizionale modello sociale. In sostanza, l’Unione – preoccupata del fatto che l’accresciuta integrazione e la maggiore mobilità dei fattori produttivi e dei capitali potesse generare una spirale di *dumping* sociale, mettendo a disposizione dei processi di delocalizzazione sistemi di *welfare* nazionali meno onerosi – decise a Lisbona di introdurre un limite inferiore ad ogni possibile “corsa al ribasso”, mediante l’individuazione di un “livello minimo di garanzie”. In pratica, anziché allineare i sistemi dell’Unione con standard compatibili, la Comunità scelse di alzare il livello dell’asta per tutti. Si ebbe, dunque, una sorta di eterogenesi dei fini. Nessuno si chiese quale modello di solidarietà fosse sostenibile dall’economia, ma ci si avventurò lungo il percorso opposto, col proposito di assicurare uno sviluppo qualitativo e quantitativo in grado di tollerare coperture ampie ed onerose di protezione sociale. A voler spiegare, con ragionamenti semplici, la svolta di Lisbona 2000 si potrebbe portare l’esempio di una famiglia che, accortasi di avere un tenore di vita a rischio di bancarotta, non si pone il problema di ridurre le spese, ma si ripromette di guadagnare di più. E’ questo un atteggiamento lodevole, foriero di innovazione e progresso, immagine di ottimismo: ma se l’operazione non riesce che cosa succede? Questa è la domanda a cui la vecchia Europa non ha ancora saputo rispondere. Certo, l’Unione non avrebbe potuto occuparsi altrimenti (e in modo più pregnante) dei temi del *welfare*, visto che gli Stati non sono affatto disponibili ad affidare deleghe sovranazionali in materia. Ma è facile intuire che una procedura sostanzialmente affidata ad una prassi di *moral suasion* non può essere molto efficace (soprattutto in un contesto in cui – dopo la Carta – il primato sul monitoraggio e sulla verifica della politica economica finisce più saldamente nelle mani del Consiglio e quindi dei Governi nazionali). Ma in che cosa consiste il metodo del coordinamento aperto? Vi sono, innanzi tutto, dei “punti cardinali”, indicati nell’Agenda Sociale Europea, in direzione dei quali devono essere rivolti gli impegni dei Paesi membri allo scopo di dare attuazione agli obiettivi di Lisbona. Tali priorità riguardano: a) il miglioramento quantitativo e qualitativo dell’occupazione; b) lo sviluppo di un nuovo equilibrio fra flessibilità e sicurezza; c) la lotta contro tutte le forme di esclusione e di discriminazione per favorire l’integrazione sociale; d) la promozione della parità di genere; e) il rafforzamento del capitolo sociale in vista dell’allargamento ad Est. Il Consiglio Europeo di Laeken del 2001 fissò le cinque aree di azione dell’OMC: occupazione, innovazione e ricerca, riforme economiche, coesione sociale, sviluppo sostenibile e ambiente. Ne è derivata una lista di ben 35 indici strutturali in ragione di sette per ogni area d’azione. Quanto alla procedura, “i meccanismi di attuazione consistono nella definizione di obiettivi specifici per la trasposizione nelle politiche nazionali di orientamenti comunitari, nell’adozione di un insieme di indicatori quantitativi per la valutazione dei risultati raggiunti, nella costante e periodica attività di verifica, monitoraggio e confronto tra tutti i Paesi”. Per rafforzare la componente sociale venne istituito il Comitato di protezione sociale (*Social Protection Committee* ovvero SPC), quale organo tecnico del Consiglio al pari dei Comitati di politica economica (EPC) e dell’occupazione (EMCO). Fissati, dunque, gli indicatori comuni, gli Stati provvedono a redigere periodicamente un Piano nazionale d’azione o NAP (*National action plan*) in cui devono essere indicati i risultati raggiunti, i programmi e le iniziative future nonché le “buone pratiche” messe in atto e da assumere. I NAP vengono poi esaminati e discussi in una *peer review* e danno luogo ad un rapporto congiunto (*Joint Report*) tra Consiglio e Commissione solitamente portato

all'approvazione finale nella riunione del Consiglio di primavera. Si è cominciato con il processo sull'inclusione sociale che ha già dato luogo a due rapporti congiunti (al secondo è pervenuto il contributo dei 10 nuovi Paesi). Il netto privilegio conferito alla problematica della lotta all'esclusione è coerente con l'impostazione che è alla base dell'approccio dell'Unione alle politiche sociali: è la logica del "livello minimo di garanzie" che non risponde solo ad una concezione inclusiva delle politiche di *welfare*, ma all'angoscia degli Stati caratterizzati da un migliore standard di protezione di dover rinunciare a qualche prerogativa per reggere un'eventuale concorrenza spuria, giocata sul terreno della pressione fiscale e del grado di assistenza. Il meccanismo dei NAP si basa su quanto avviene fin dal 1997 (il c.d. processo di Lussemburgo del dicembre del 1997) in tema di occupazione e di mercato del lavoro, dopo l'adozione della Strategia Europea dell'occupazione (SEO). Ma in questa materia (che è pur sempre parte del trattato di Amsterdam del 1997) gli organi comunitari hanno maggiori poteri d'indirizzo (tanto che si esprimono mediante direttive) proprio a causa della maggiore contiguità con le problematiche della concorrenza e della libera circolazione (che sono i "fondamentali" dell'Unione). Nel 2000, a metà percorso è stata fatta una valutazione dell'esperienza acquisita e la SEO è stata ri-orientata tenendo conto delle Conclusioni del Consiglio Europeo di Lisbona. Nel 2002 la SEO è stata oggetto di valutazione complessiva da parte dell'Unione e degli Stati membri. Una Comunicazione della Commissione ha sintetizzato i risultati, considerati largamente positivi. L'andamento del mercato del lavoro nell'Unione è sensibilmente migliorato, con la creazione di oltre 10 milioni di nuovi posti di lavoro dal 1997 (6 milioni dei quali occupati da donne), la riduzione del numero dei disoccupati di 4 milioni di unità, ed il contestuale ulteriore incremento della popolazione attiva di 5 milioni di persone. Certo, sarebbe arduo sostenere che la maggiore dinamica occupazionale sia stata prodotta solo dal coordinamento comunitario, ma non sembra completamente avulso dalla realtà far notare che, laddove le funzioni di coordinamento sono più forti, anche i risultati diventano migliori. Dall'Europa è venuta una spinta forte alla liberalizzazione del mercato del lavoro e dei servizi per l'impiego, senza la quale in Italia, probabilmente, saremmo ancora al collocamento pubblico obbligatorio, magari numerico, e l'ordinamento considererebbe illegittime quelle forme di flessibilità che hanno permesso, negli ultimi anni (dal "pacchetto Treu" alla Legge Biagi), una maggior dinamica dell'occupazione.

3. Lisbona 2000 è considerata un caposaldo della politica europea soprattutto per l'assunzione di obiettivi circostanziati sul terreno dell'occupazione. In sostanza, la UE si è proposta di realizzare, entro il 2010, un tasso d'occupazione medio pari al 70%, con particolare riferimento all'occupazione femminile (60%) e a quella dei lavoratori anziani (50%). In tale contesto, nella scheda n. 1 vengono indicati pure i punti di partenza e i *target* che il nostro Paese si è dato a metà percorso nel NAP occupazione del 2002 (obiettivi confermati anche nell'ultimo NAP in considerazione della difficile congiuntura economica).

Scheda 1: Obiettivi della Unione Europea da raggiungere entro il 2010 (Consiglio di Lisbona 2000)
(Tra parentesi i rispettivi tassi "di partenza" relativi all'Italia)

Tasso di occupazione: 70% (54,6%)

Tasso di occupazione femminile: 60% (41%)

Tasso di occupazione degli anziani (55-64 anni): 50% (28%)

Obiettivi del Piano nazionale d'azione per l'occupazione del Governo italiano (giugno 2002).
Target quantitativi intermedi per il 2005

Tasso di occupazione generale: 58,5% (+ 4 punti)
Tasso di occupazione delle donne: 46% (+5 punti)
Tasso di occupazione degli anziani: 40% (+12 punti)

Il collegamento tra gli obiettivi riguardanti l'occupazione e quelli di nuove politiche sociali – riguardanti settori diversi (e più forti) rispetto a quelli della lotta all'emarginazione – si è avuto nel Consiglio di Barcellona nel marzo del 2002, quando si è indicata l'esigenza di adottare politiche di prolungamento della vita attiva dei lavoratori più anziani (in età compresa tra i 55 e i 64 anni) allo scopo di arrivare, entro il 2010, ad un'età media effettiva di pensionamento più alta di cinque anni. Così il cerchio tendeva a chiudersi: le politiche di *welfare state*, che sono tanta parte del sistema di vita europeo, avrebbero dovuto accompagnare un progetto di piena occupazione: le prime essendo in correlazione con il secondo, nel senso che un sistema pensionistico equilibrato è la condizione prioritaria per promuovere un'efficace politica del lavoro, non solo perché ciò consentirebbe una riconversione di importanti risorse ad iniziative di *welfare to work*, ma anche e soprattutto perché ne risulterebbe invertita la rincorsa all'incremento del costo del lavoro che è uno dei principali motivi dell'esistenza (soprattutto in Italia, ma non solo) di due distinti mercati del lavoro (ricondotti all'immagine degli *insiders* e degli *outsiders*), caratterizzati da condizioni di protezione sociale differenti. Si decideva, così, tra tanti “mal di pancia” e preoccupazioni degli *establishment* dei singoli Stati, di applicare sperimentalmente il Metodo di coordinamento aperto al tema delicatissimo delle pensioni. Dopo una laboriosa procedura, nasceva nel 2003 il “Rapporto Congiunto in materia di pensioni adeguate e sostenibili”, costruito su 11 obiettivi comuni a livello europeo (vedi la Scheda 2) che tenevano insieme – vera e propria quadratura del cerchio – le problematiche dell'adeguatezza dei trattamenti (la cultura fondamentalmente socialdemocratica e *pro-labour* della UE non avrebbe mai consentito una diversa scala di priorità) e della sostenibilità e modernizzazione dei sistemi e degli ordinamenti.

Scheda 2: Obiettivi del *Joint Report* in materia di pensioni.

A - Adeguatezza delle pensioni

- 1) prevenire l'esclusione sociale;
- 2) consentire il mantenimento di un tenore di vita adeguato;
- 3) promuovere la solidarietà.

B - Sostenibilità finanziaria dei sistemi pensionistici

- 1) aumentare i livelli d'occupazione;
- 2) prolungare la vita lavorativa e posticipare il pensionamento secondo le indicazioni del vertice di Barcellona;
- 3) riformare i sistemi pensionistici in un contesto di solidità della finanza pubblica;
- 4) realizzare un corretto equilibrio tra prestazioni e contributi, tenendo presente l'esigenza primaria di ridurre il costo del lavoro allo scopo di favorire lo sviluppo dell'occupazione;
- 5) garantire che i sistemi pensionistici a capitalizzazione siano adeguati e finanziariamente solidi.

C - Modernizzazione dei sistemi pensionistici in risposta al mutamento delle esigenze dell'economia, della società e delle persone

- 1) adeguarsi a modelli occupazionali e professionali più flessibili;
 - 2) realizzare una maggior eguaglianza tra uomini e donne;
 - 3) qualificare e migliorare la trasparenza dei sistemi;
 - 4) predisporre strumenti efficaci di protezione (pubblica e privata) dei lavoratori atipici.
-

Il rapporto congiunto sulle pensioni è molto puntuale sul piano dell'analisi. La UE sottolinea con forza la sfida dell'invecchiamento, che consisterà in una notevole accelerazione del fenomeno nei prossimi decenni, dovuta a tre fattori principali: 1) l'età del pensionamento della generazione del *boom* demografico; 2) il costante aumento della speranza di vita; 3) il calo della fertilità dopo gli anni Settanta. Il primo di questi fattori (il solo che prendono di mira le politiche di riordino degli Stati) creerà uno squilibrio demografico temporaneo, mentre gli effetti degli altri due fattori saranno costanti. La loro combinazione porrà una notevole sfida finanziaria – prosegua il rapporto – ai sistemi pensionistici nei prossimi decenni, quando il numero dei pensionati aumenterà rapidamente a fronte di una diminuzione della popolazione in età lavorativa. Sulla base delle attuali politiche previdenziali dei Quindici (ma la prospettiva non cambia, come vedremo, dopo l'allargamento) vi è quindi un chiaro rischio di insostenibilità delle finanze pubbliche in almeno la metà degli Stati membri. Si prevede che nel 2050 gli europei vivranno almeno 4-5 anni più a lungo. Attualmente, la speranza di vita a 65 anni è di 15,5 anni per gli uomini e di 19,5 per le donne (nel caso italiano le aspettative sono ancora più lunghe: si pensi che nell'ultimo decennio l'attesa di vita è aumentata di 2,2 anni per le donne e di 2,8 per gli uomini). Con un prolungamento di 5 anni gli oneri per fornire il medesimo livello di pensioni aumenteranno del 25-30%. Inoltre, se nel 2000 gli ultrasessantacinquenni rappresentavano circa un quarto della popolazione in età lavorativa, nel 2050 sfioreranno il 50%, mentre l'indice di dipendenza (il rapporto tra anziani e popolazione in età di lavoro) si avvicinerà ai due terzi. I modelli di solidarietà "pesante", ereditati dal passato, sono spesso inadeguati – ecco l'invito alla loro modernizzazione – a far fronte alla gerarchia odierna dei bisogni e a garantire l'esercizio dei nuovi diritti sociali e non favoriscono, ma impediscono la crescita dell'occupazione. Già nel 1993 il rapporto Delors notava che "il livello elevato degli oneri sociali si pone come ostacolo all'occupazione ed esercita un effetto dissuasivo, incoraggiando la sostituzione del capitale al lavoro e favorendo l'economia parallela, incidendo particolarmente sull'occupazione delle piccole e medie industrie e, infine, incentivando la delocalizzazione degli investimenti e delle attività". Vi è poi da tenere segnatamente conto dei disincentivi all'occupazione regolare dei più anziani e di quelli alla mobilità del lavoro che possono derivare da regole di sistemi previdenziali che favoriscano il pensionamento anticipato o inibiscano la mobilità, specie a fine carriera. Ma la questione dell'età pensionabile (come "madre di tutte le riforme") ricompare ad ogni piè sospinto. "Vale la pena di notare – scrive sempre il rapporto – che l'età media di pensionamento era più alta negli anni Sessanta rispetto ad oggi, anche se a quell'epoca la speranza di vita a 65 anni era molto più bassa e lo stato di salute dei sessantacinquenni era meno buono rispetto ad oggi e alla situazione attesa nei prossimi decenni. Una risposta politica ovvia all'aumento della speranza di vita – osserva ancora – sarebbe l'innalzamento dell'età pensionabile, affinché l'equilibrio tra gli anni lavorativi e quelli del pensionamento rimanga invariato. In questo modo sarebbe possibile mantenere le pensioni a livelli adeguati senza dover aumentare le aliquote di contribuzione o di imposizione per finanziare i regimi pensionistici". Il prolungamento della vita attiva, quindi, non sarebbe solo una risposta ai problemi del mercato del lavoro ("gli Stati membri con l'età media di quiescenza più bassa sono anche quelli che presentano tassi d'occupazione più bassi") e alle questioni dell'equilibrio dei sistemi ("se si potesse innalzare di un anno l'età di pensionamento effettiva senza aumentare i diritti a pensione maturati, l'atteso incremento della spesa pensionistica risulterebbe ridotto dello 0,6-1% del Pil. Ciò significa che aumentando di un solo anno l'età di pensionamento effettiva si assorbirebbe il 20% circa dell'incremento atteso della spesa pensionistica nel 2050"), ma darebbe un contributo significativo a correggere il rischio

della inadeguatezza dei trattamenti (“l’invecchiamento della popolazione può compromettere anche la capacità dei sistemi pensionistici di conseguire i loro obiettivi sociali, in particolare di fornire un reddito equo ed adeguato agli anziani e prevenire la povertà nella vecchiaia”). Si pensi – su questo delicato versante – che nella UE a Quindici il 38% delle famiglie vive prevalentemente di trasferimenti sociali (di cui la quota largamente maggioritaria – circa il 70% – sono pensioni).

Se l’analisi contenuta nel rapporto è rigorosa, le terapie indicate sono più lasche (e soprattutto sono lasciate alla buona volontà degli Stati): si parla di incentivi a proseguire il lavoro, di forme flessibili di pensionamento e di una serie di altre misure in sé corrette (giacché non esistono solo le regole di natura obbligatoria), ma tali da evidenziare un certo imbarazzo a sfidare apertamente le opinioni pubbliche dei Paesi membri e soprattutto le potenti lobby degli interessi costituiti, a partire dai sindacati che si qualificano sempre più come organizzazioni di pensionati e pensionandi.

Non è un caso – chiunque lo può notare – che nei documenti dei vari Comitati dell’Unione è difficile veder citato il Consiglio di Barcellona 2002 (quando si affrontò apertamente il nodo dell’età effettiva di pensionamento), mentre non si perde occasione per osannare la strategia di Lisbona 2000.

4. Ogni anno, in vista del Consiglio Europeo di primavera, la Commissione predispone un rapporto sullo stato di avanzamento della strategia di Lisbona. Le considerazioni più interessanti riguardano il percorso per raggiungere i *target* individuati per il tasso d’occupazione sia generale che quello relativo agli anziani e alle donne. Il tasso globale, secondo l’ultimo rapporto, s’è stabilito al 64,3% nel 2002 contro il 62,5% del 1999. “Malgrado – continua il rapporto a pagina 9 della versione in lingua francese – un progresso di 1,8 punti in tre anni, l’obiettivo intermedio del 67% nel 2005 non potrà essere conseguito per l’insieme dell’Unione. Ciò nondimeno, l’obiettivo fissato al 70% nel 2010 rimane realizzabile se la ripresa economica permetterà di registrare tassi elevati come quelli ottenuti alla fine degli anni Novanta”. Migliori le considerazioni riguardanti il lavoro femminile. “Il tasso d’impiego delle donne cresce più rapidamente del tasso medio generale, recuperando così leggermente un ritardo strutturale molto importante. Così, questo tasso è progredito di 2,7 punti in tre anni per stabilirsi al 55,6% nel 2002. L’obiettivo del 60% nel 2010 è dunque realistico”. Dolenti le note per l’altro *target* settoriale, quello del tasso d’occupazione degli anziani. “L’evoluzione del tasso d’impiego dei lavoratori in età compresa tra 55 e 64 anni è in effetti preoccupante. Anche se esso è cresciuto di 3 punti dal 1999, salendo al 40,1% nel 2002, sarebbero necessari sette milioni di occupati in più in questa categoria di lavoratori per conseguire l’obiettivo del 50% nel 2010”. Per inciso, vale la pena di ricordare, a fini interni, che nell’indicazione dei “punti positivi” (si veda a pagina 68) attinenti all’Italia sono compresi il “piano della riforma delle pensioni a medio termine annunciato nell’autunno del 2003”, le “misure prese in vista di aumentare la flessibilità del mercato del lavoro”, la “messa in opera di una riforma del sistema d’insegnamento ai livelli primario e secondario e l’innalzamento del livello d’istruzione dei giovani (1999-2003)”.

5. Nei mesi scorsi, all’interno degli apparati europei che si occupano di politiche sociali, si è parlato a lungo di *streamlining* (una specie di *perestrojka made in Europa*). L’argomento ha dato vita a un dibattito molto acceso (sia pure con i toni felpati delle euroburocrazie), vista la rilevanza del problema. Si è trattato, infatti, di organizzare e ricomprendere in un solo rapporto congiunto e unificato – di periodicità triennale con aggiornamenti annuali – tutte le problematiche di carattere sociale (pensioni, inclusione, sanità e cure *long term*) di cui si occupa l’Unione Europea nell’ambito del metodo del coordinamento aperto. Una scelta ragionevole, destinata a dare maggiore visibilità alla dimensione sociale europea. Ma i pareri contrari erano molti. E’ stata la

presidenza italiana – nel vertice informale dei ministri di Varese, all’inizio di luglio del 2003 – a sbloccare la situazione. Le riserve erano dettate dalla maggiore sistematicità che in questo modo avrebbe avuto il *Joint Report* sulle pensioni, per il quale, dopo la prima stesura dello scorso anno, non si erano ancora decise né la procedura da seguire in futuro né la “stabilizzazione” di un metodo di sorveglianza multilaterale sulla previdenza. Purtroppo, la discussione (di carattere tecnico ed operativo) nelle istituzioni europee non è sempre orientata all’innovazione. Succede spesso che nelle riunioni tecniche a cui partecipano i funzionari ministeriali si esprimano posizioni più arretrate di quelle emerse negli incontri di carattere politico. Per fortuna, grazie alla Commissione, si compie qualche passo in avanti. Ma con molta fatica. Per capire come si lavora a Bruxelles basti pensare alla vicenda dello studio sul prolungamento della vita attiva – un eufemismo per non parlare esplicitamente di posticipo della pensione – che la Commissione, d’intesa con il SPC, ha portato a termine, coinvolgendo gli Stati membri attraverso le risposte ad un questionario molto articolato teso ad evidenziare le politiche attive del lavoro e previdenziali a promozione di una più lunga vita attiva. Dopo mesi di lavoro, con risultati molto validi sul piano dell’analisi e della rappresentazione delle diverse situazioni, il prosieguo dell’iniziativa è consistita nell’indicazione, da parte della Commissione, di svolgere degli *workshops* nazionali, aperti a tutti i soggetti interessati, al fine di sensibilizzarli al problema.

6. Molte sono le incognite aperte nell’Unione a 25. Ma in numero maggiore possono divenire le opportunità, soprattutto per quanto attiene alle politiche di *welfare*. Le nuove sono Nazioni molto dinamiche: dal 1989 ad oggi hanno compiuto passi da gigante, non solo nello smantellamento della bardature stataliste e nell’avvio di forme di economia di mercato, ma anche nel risanamento dei conti pubblici e nel varo di importanti riforme sociali e del lavoro. Per quanto riguarda le finanze pubbliche, discrete (in rapporto al Pil) sono le performance del debito, mentre talvolta vi sono problemi in merito al dato del deficit annuo (che stenta a rimanere entro il limite del 3%, come richiesto per entrare nel club dell’euro). Le principali differenze riguardano non solo i livelli di vita e le condizioni di lavoro, ma soprattutto i modelli di *welfare*, destinati a divenire uno dei terreni più delicati dell’integrazione sociale ed economica dell’Europa a 25. I nuovi Paesi mettono in evidenza caratteristiche strutturali analoghe a quelle dei Quindici. Innanzi tutto, un basso indice di fecondità, con un calo accentuato negli ultimi dieci anni: si va dall’1,14 della Repubblica Ceca all’1,29 della Polonia a fronte dell’1,47 dell’Unione dei Quindici. Anche il dato della speranza di vita alla nascita, nello stesso arco di tempo, si è evoluto, in parecchie Nazioni, in termini analoghi a quelli dei Paesi occidentali. Diverso è il caso della speranza di vita a 65 anni che, in un certo numero dei nuovi Paesi, rimane inferiore alla media degli altri, a prova della persistenza di inadeguate strutture sanitarie, di stili di vita non corretti e di larghe fasce di indigenza. Anche nei Dieci la ripartizione delle spese sociali in rapporto al Pil mostra che le pensioni (insieme alla sanità) rappresentano una delle voci di maggior peso finanziario, sia pure in un quadro ampio, ragguagliato alle condizioni generali dei diversi Paesi e alla natura dei sistemi (si va dal 7,3% del Pil della Lituania al 13,5% della Polonia e al 14,5% della Slovenia). Gli interventi in materia di assistenza sociale e di tutela della disoccupazione sono, invece, assai modesti. Inoltre, i Dieci dovrebbero destinare annualmente quote di Pil comprese tra l’1,2% e l’1,6% per adeguare i loro apparati agli standard ambientali dell’Unione. Ecco perché una strategia tendenzialmente comune e coordinata per tutti i 25 Paesi, riferita all’insieme delle politiche del *welfare* e del lavoro, sarebbe opportuna, per evitare situazioni incontrollate di *dumping* sociale e per promuovere sistemi di protezione tanto sostenibili quanto tendenzialmente adeguati. L’altra faccia del *welfare* è data dal costo del lavoro (che nei Dieci è

inferiore ad un terzo di quello medio dei Quindici), in vista sia della prospettiva di ulteriori delocalizzazioni di attività produttive nei Paesi nuovi, alla ricerca di manodopera a buon mercato e meno tutelata, sia della questione della mobilità di quei lavoratori verso Ovest (le stime più accreditate dell'impatto migratorio, derivante dall'allargamento, prefigurano un flusso di circa 400 mila persone in più all'anno). Oggi, nell'area della UE a 15 vi sono circa 20 milioni di stranieri, il 57% dei quali proviene dagli stessi Paesi dell'Unione. Si stima che i lavoratori siano all'incirca 8,5 milioni. Già in precedenza era assai consistente la quota di arrivi dai Paesi dell'Est. Come è noto, è previsto un periodo transitorio (di due anni, rinnovabile due volte per un tempo massimo di sette anni) prima della completa liberalizzazione dei flussi provenienti dai Paesi nuovi entrati. Per altro, l'immigrazione di oggi (una problematica, che insieme a quella delle politiche familiari, ha avuto un notevole impulso ad opera della presidenza irlandese) è molto più fluida e dinamica di quella di un secolo fa, quando "partivano i bastimenti per terre assai lontane" e gli emigranti non tornavano più indietro, ma rimanevano nel luogo in cui erano approdati. Lo sviluppo delle comunicazioni e del trasporto a dimensione planetaria e a prezzi relativamente bassi, consente, adesso, maggiori opportunità di muoversi in diversi Paesi, di rientrare in patria e di emigrare di nuovo, anche per periodi limitati. Su base volontaria, tuttavia, i Paesi potranno non avvalersi del regime di transizione e riconoscere da subito il diritto alla mobilità. Il dispositivo di transizione ha due difetti. In primo luogo, può distorcere la distribuzione geografica degli immigrati concentrandoli verso le Nazioni che non pongono restrizioni (sia pure temporanee) all'accesso. In secondo luogo, proprio questa distorsione nei flussi rischia di mettere in moto meccanismi di concorrenza al ribasso fra gli attuali Paesi della UE. Sarebbe bene, allora, andare a regime al più presto. Si tenga conto, infatti, che spesso la spinta agli investimenti all'estero deriva dalle difficoltà di trovare manodopera in patria. Avere a disposizione, quindi, dei concittadini (neo)comunitari, disposti a venire in Italia, potrebbe essere un vantaggio. Tanto più che, su base volontaria, i Paesi potranno non avvalersi del regime di transizione e riconoscere il diritto alla mobilità da subito o in tempi più ravvicinati. C'è poi la questione della ripartizione dei fondi strutturali e di coesione sociale. I nuovi Paesi assorbiranno una quota di trasferimenti destinati in precedenza ai Paesi membri. Grecia, Portogallo e Spagna, in particolare, vedranno peggiorare la loro posizione nei confronti del bilancio UE. Quanto all'Italia, ad allargamento compiuto (con l'ingresso di Bulgaria e Romania), solo la Calabria continuerà ad avere i requisiti (un reddito pro capite inferiore al 75% di quello medio dell'Unione) indispensabili per avere accesso ai fondi strutturali.

7. Il rapporto di monitoraggio sull'avanzamento del processo di Lisbona, per il periodo in cui è stato redatto (tra la fine del 2003 e i primi mesi del 2004) risentiva evidentemente della speranza che la tanto attesa ripresa economica fosse alle porte. Purtroppo le cose non sono andate in questa maniera. Il vecchio Continente continua a crescere la metà degli Usa e di circa un terzo rispetto ai tassi delle grandi Nazioni asiatiche emergenti. Anzi, le rilevazioni più recenti descrivono Eurolandia in frenata: rispetto al Pil, dal + 2,4% della prima metà del 2004 si è passati al + 1,2% del terzo trimestre. Tra i Paesi più importanti solo l'Italia ha mantenuto le posizioni (se così si può dire di un + 0,4%). Francia e Germania, invece, hanno dovuto accontentarsi di un modesto + 0,1%. Si spiega così il tono più preoccupato e, nello stesso tempo, più organicamente propositivo del rapporto del novembre 2004 "Alzare la sfida, la strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione" redatto dal "gruppo di alto livello" (l'Italia era rappresentata da Luigi Paganetto) coordinato da Wim Kok (nella primavera scorsa la stesura preliminare era messianicamente intitolata "Jobs, jobs, jobs"). In sostanza, si tratta di un'ampia rimessa a punto della strategia di Lisbona per elevare i tassi di sviluppo e

d'impiego, allo scopo di sostenere la coesione sociale. Orgogliosamente, il rapporto prende le distanze dal modello americano affermando che la strategia di Lisbona non è un tentativo d'imitare gli Stati Uniti, ma punta a realizzare "la visione che l'Europa ha di ciò che essa vuole essere e di ciò che vuole conservare", tenuto conto del rafforzamento della concorrenza mondiale, dell'invecchiamento della popolazione e dell'allargamento della UE a 25 Paesi. Salvo poi dover riconoscere le migliori performance dell'economia americana, eccezion fatta per la speranza di vita, i tassi di mortalità infantile, la disuguaglianza dei redditi e la povertà, dove l'Europa registra dei risultati migliori degli Usa. Diverso è il discorso riguardante la produttività del lavoro, che tende, in Europa, a salire meno di quella degli Stati Uniti. Nel corso del periodo compreso tra il 1996 e il 2003, il tasso di crescita della produttività della UE-15 è stata in media dell'1,4% contro il 2,2% degli Usa. Ma l'Europa è altrettanto consapevole di dover affrontare, nel contesto della concorrenza internazionale, la duplice sfida lanciata, da un lato, dall'Asia (dall'India e dalla Cina in particolare) e dagli Stati Uniti, dall'altro. Si pensi al problema delle materie prime (compreso il petrolio) per le quali, diversamente dagli anni Settanta, la crisi si determina sul versante dell'offerta rispetto alla capacità di far fronte alla domanda. E sarà sempre peggio. In Cina vi sono attualmente nove automobili per ogni mille abitanti, mentre in Europa sono all'incirca 750. E' facile immaginare le conseguenze sul fabbisogno petrolifero quando in quell'immenso Paese si svilupperà un inteso processo di motorizzazione privata. Persino gli Stati dell'allargamento, osservati dai Quindici con sospetto per l'incombente minaccia di *dumping* sociale, inducono visibili preoccupazioni. Si dice, infatti, nel rapporto Kok che l'allargamento ha accentuato le disuguaglianze e i problemi di coesione all'interno della UE. Basti pensare che la popolazione della Comunità è aumentata del 20% mentre il Pil solo del 5%: il che si è tradotto in una caduta della produzione per abitante del 12,5% nell'Unione a 25. Il numero di persone che vivono in zone in cui la produzione per abitante è inferiore al 75% di quella dell'Unione è passata da 73 milioni a 123 milioni. Tuttavia, si fa osservare che la crescita della produzione e della produttività nei dieci nuovi Paesi è stata superiore negli ultimi 5 anni a quella degli Usa. Così, rimpiazzando tecnologie divenute obsolete, questi Paesi si apprestano al salto di una generazione sul piano delle capacità tecnologiche. Nello stesso tempo si fa notare, con preoccupazione, che la loro fiscalità vantaggiosa e i loro salari poco elevati attirano gli investimenti provenienti dal resto dell'Europa, con il rischio di crescenti frizioni.

8. Che fare? Le proposte avanzate dalla *task force* di Wim Kok sono molto articolate e suggestive; vanno dall'indicazione del potenziamento della ricerca (solo due Paesi destinano più del 3% del Pil) e della tecnologia (specie nel campo delle telecomunicazioni), dei processi formativi (nell'ottica dell'economia della conoscenza), del rafforzamento del mercato interno (la Commissione stima che, grazie al mercato interno, dopo 10 anni il Pil europeo è superiore di 1,8 punti rispetto a quello che sarebbe stato in sua assenza, mentre sono stati creati 2,5 milioni di posti aggiuntivi). Così, l'economia torna ad occupare una posizione preminente nel dibattito europeo, tanto che al rapporto è stata rivolta, in alcuni ambienti, la critica di aver sottovalutato la "dimensione sociale". Vengono individuati cinque grandi ambiti di priorità "nei quali l'Unione e i diversi Stati membri devono progredire per contribuire ad assicurare il dinamismo economico di ciascuno, da una parte, e il vigore dell'insieme dell'economia europea, che sia d'aiuto a ciascun Stato membro, dall'altra parte". Oltre al già ricordato completamento del mercato interno, si propone la realizzazione della società della conoscenza, la promozione della concorrenza, comprendendovi anche i servizi e la finanza, la predisposizione di un ambiente favorevole alle imprese, la creazione di un mercato del lavoro flessibile e fondato sull'integrazione. Come si vede, le indicazioni, ancorché

generiche, sono assai ambiziose. E queste caratteristiche non vengono superate dalla lunga serie di “raccomandazioni chiave” di cui è corredato il rapporto. Per dare un’idea di come siano costruite tali raccomandazioni ne citiamo alcune. La prima, in materia di sviluppo della conoscenza: “Gli Stati membri, in stretta cooperazione con i partner sociali, dovrebbero adottare, entro il 2005, delle strategie nazionali per l’educazione e la formazione lungo tutta la vita, al fine di far fronte alla evoluzione tecnologica rapida, di aumentare la partecipazione al mercato del lavoro, di ridurre la disoccupazione e di permettere alle persone di lavorare più a lungo”. Per quanto riguarda le risorse: “Il budget della UE dovrebbe, nella misura del possibile, essere revisionato al fine di rispecchiare le strategie di Lisbona. Una parte di questa revisione dovrebbe consistere in un’analisi delle possibilità di introdurre degli incentivi di bilancio aventi lo scopo di incoraggiare gli Stati membri a realizzare gli obiettivi di Lisbona”. Relativamente al metodo della “sorveglianza multilaterale”: “Al Consiglio europeo di primavera, la Commissione europea dovrebbe presentare, nella maniera più pubblica possibile, una classificazione annuale dei progressi compiuti dagli Stati membri sotto la voce della realizzazione dei quattordici indicatori e degli obiettivi chiave di Lisbona. I Paesi che hanno ottenuto dei buoni risultati dovrebbero essere elogiati mentre quelli le cui performance sono mediocri dovrebbero essere biasimati”. Con riferimento alla comunicazione: “Le comunicazioni e la strategia della comunicazione della Commissione europea dovrebbero essere riviste e, all’occorrenza, riformate per raggiungere il livello di qualità il più elevato possibile”. Interessante, per la sua carica di soggettivismo, è anche il “fervorino” conclusivo: “Le misure che proponiamo richiedono, nel nostro sistema democratico europeo, una determinazione politica continua. In fin dei conti, gran parte della strategia di Lisbona dipende dai progressi compiuti nelle capitali nazionali. Nessuna procedura o metodo europeo – prosegue il rapporto – può mutare questa semplice verità. I Governi e in particolare i loro responsabili non possono sottrarsi alle loro responsabilità fondamentali. Ne va della prosperità futura del modello europeo”.


9. Così, oltre ad alcuni puntuali ed accorati inviti agli Stati membri (che in fondo segnalano l’impotenza dell’Unione nei confronti dei Governi nazionali), gli strumenti a disposizione per alzare il tono della sfida restano quelli, invero modesti, forniti dal metodo del coordinamento aperto (i processi di concertazione politica fondata sui *National action plans* e sulla c.d. sorveglianza multilaterale, i cui limiti sono agevolmente comprensibili, anche se si è proceduto ad un’importante ristrutturazione ed unificazione dei *reports* di carattere sociale). Tutto ciò non basta. Non sembra più sufficiente ribadire in continuazione il primato del “modello sociale europeo” (che è poi solamente, con differenze, il modello di solidarietà dell’Europa del Nord e continentale) senza chiedersi se esso sia sostenibile o meno. Gli obiettivi dell’adeguatezza dei trattamenti, della sostenibilità dei sistemi e della loro modernizzazione che sono parte integrante della giaculatoria che l’Unione è solita declinare quando affronta le questioni del *welfare*, non sono di per sé conciliabili in nome di un’astratta e volontaristica presa di posizione politica. Nel mondo moderno, nelle economie sviluppate la difesa delle prerogative acquisite non passa soltanto dalle norme e dagli ordinamenti, ma anche e soprattutto dalla capacità di assicurare un contesto di crescita e sviluppo che sappia conciliare le esigenze di competizione con l’intelaiatura di un qualificato standard di diritti. E’ una ricerca questa che si muove lungo un crinale angusto, sospeso tra il declino e il progresso. La domanda inquietante – che assilla gli europei e alla quale essi continuano a fornire risposte più improntate all’ottimismo della volontà che al pessimismo dell’intelligenza – è sempre la stessa. Il modello sociale europeo di cui tanto siamo fieri è una malattia cronica con la quale è necessario convivere, contenen-

done il più possibile gli effetti invalidanti oppure è una risorsa, un punto di forza da far valere nella battaglia della globalizzazione? E' possibile che abbiano un futuro solido dei Paesi i cui apparati pubblici drenano ed impiegano la metà del prodotto? L'Europa non è politicamente in grado di cambiare radicalmente i propri standard di vita, ma non può nemmeno continuare a vivere al di sopra delle possibilità consentite, come accade ora. Occorre trovare un equilibrio possibile mediante le riforme economiche, sociali e del lavoro, con un occhio attento ad una più equa allocazione delle risorse tra le generazioni attuali e quelle che verranno. Ecco perché anche nel campo delle politiche sociali, la ricerca si sposta immediatamente sul dibattito aperto a proposito della revisione (auspicabilmente in senso più rigoroso) del patto di stabilità. Guai a pensare ad un allentamento dei vincoli. Va rimosso, invece, il limite strutturale del patto: quello di vigilare sui saldi lasciando agli Stati piena libertà sulla determinazione degli addendi in entrata e in uscita. I singoli Paesi possono, infatti, avere un'elevata pressione fiscale (quella della Svezia è il doppio di quella degli Usa) oppure tagliare le spese: l'importante è restare all'interno del tetto del 3%. Rispetto al deficit, l'esperienza ha dimostrato, tuttavia, che quando gli Stati non sono più riusciti a tenere sotto controllo gli addendi (per la difficoltà di realizzare le riforme fiscali, sociali e del mercato del lavoro) i vincoli sui saldi sono stati sottoposti a pressioni fortissime, fino a correre il rischio di non tenere. Per poter rilanciare veramente la strategia di Lisbona 2000 sarebbe necessario andare oltre il principio della sussidiarietà e il metodo del coordinamento aperto. L'Unione deve acquisire poteri decisionali anche in materia di riforme, estendendo ad esse, *mutatis mutandis*, la logica del trattato di Maastricht (con obiettivi da conseguire e sanzioni da erogare in caso di violazione degli stessi). Inoltre, in un'ottica di redistribuzione delle risorse (ben oltre l'eccessivo protezionismo nei confronti dell'agricoltura) l'Unione deve poter disporre di fondi – come ha timidamente adombrato anche il rapporto Kok – per lo sviluppo da destinare ad interventi anticiclici nei momenti di congiuntura sfavorevole, quando gli Stati sono indotti a “tirare i remi in barca”. La realtà è che il processo di Lisbona 2000 – proprio perché la sua realizzazione era affidata alla buona volontà degli Stati – ha subito un'importante battuta d'arresto in conseguenza delle difficoltà economiche. Non si tratta, allora, di distribuire “felicitazioni” e “biasimi” ai Paesi più o meno virtuosi, ma di assegnare obiettivi e comminare sanzioni in caso di violazioni accertate. E' necessaria, dunque, “più Europa” se si vuole una più qualificata politica sociale. Ma i sistemi di *welfare* vanno riformati anche attraverso il “vincolo esterno” della Unione. La “dimensione sociale” non può essere una variabile indipendente, dotata di vita propria a prescindere dall'economia. Ecco perché la sostenibilità dei modelli di sicurezza sociale emerge come un obiettivo oggettivamente prioritario.

Giuliano Cazzola
Economista

Componente del Social Protection Committee dell'Unione Europea

13. Trasferimento d'azienda

13.1. C. Giust. 11 novembre 2004 in causa C-425/02, Delahaye ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 8).

Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di un'impresa allo Stato - Possibilità, per lo Stato, di imporre le norme di diritto pubblico - Riduzione dell'importo della retribuzione.

Tema di elettivo interesse del giudice comunitario, quello della tutela dei dipendenti interessati da un trasferimento d'azienda viene affrontato dalla Corte con esiti coerenti con gli orientamenti sedimentati in materia. La vicenda trattata riguarda la legittimità del mutato trattamento economico riservato ad una lavoratrice che, originariamente in forza presso una associazione di natura privatistica, era divenuta dipendente pubblica a seguito della cessione allo Stato lussemburghese dell'attività svolta da detta associazione. Segnatamente, l'associazione cedente si occupava della promozione e dell'attuazione di attività formative destinate a migliorare la situazione sociale e lavorativa di persone in cerca di lavoro e di disoccupati al fine di consentire il loro inserimento o reinserimento professionale. Le risorse di detta associazione erano costituite essenzialmente da sussidi, donazioni e legati. A quanto consta, l'attività svolta dall'associazione era stata ceduta al Ministro della pubblica istruzione, della formazione professionale e delle attività sportive ed era stata esercitata – successivamente alla traslazione – in forma di servizio pubblico amministrativo. Corre nondimeno rilevare che il passaggio della lavoratrice alle dipendenze dello Stato era avvenuto con formale soluzione di continuità del rapporto di lavoro: con i dipendenti dell'associazione cedente erano state convenute la risoluzione degli originari legami contrattuali in essere e la contestuale stipulazione di autonomi e distinti contratti di lavoro. Relativamente alla posizione della dipendente, ciò ha dato ingresso a trattamenti deteriori rispetto a quelli fruiti in precedenza – peraltro non previsti da alcun contratto collettivo – dal momento che il nuovo regime retributivo non ha preso in considerazione l'anzianità di servizio maturata fino alla cessione. Da qui la questione posta alla cognizione della Corte: se lo Stato lussemburghese, tenuto all'osservanza della sua normativa interna e di diritto pubblico, possa imporre ai lavoratori reimpiegati in occasione del trasferimento un nuovo assetto della loro situazione retributiva – il quale darebbe adito eventualmente ad un procedimento di risoluzione del rapporto di lavoro per iniziativa del lavoratore, alle condizioni previste dalla direttiva – ovvero se, al contrario, il principio della continuazione del contratto imponga allo Stato di mantenere, in spregio alla propria normativa, la retribuzione che risulta dal contratto originario. Affrontata e risolta in modo agevole la questione della configurabilità come “economica” dell'attività svolta dall'associazione – in linea con i propri precedenti (C. Giust. 19 maggio 1992 in causa C-29/91, Redmond Stichting, in materia di attività di aiuto ai tossicomani; C. Giust. 10 dicembre 1998 in cause riunite C-173/96 e C-247/96, Hidalgo e altri, in materia di aiuto a domicilio; C. Giust. 26 settembre 2000 in causa C-175/99, Mayeur, in materia di promozione e sviluppo di attività) – la Corte riconosce applicabile la direttiva n. 77/187, con conseguente affermazione del principio che imputa al cessionario l'iniziativa in caso di recesso del dipendente motivato dalla intervenuta modifica sostanziale delle condizioni di lavoro, conformemente all'art. 4, n. 2, della direttiva stessa. In altri termini, secondo la Corte la direttiva non pare precludere al cessionario, laddove soggetto pubblico, la possibilità di costituire *ex novo* un rapporto di lavoro autonomo rispetto a quello precedente; essa, invece, preclude che il trattamento del dipendente interessato possa essere determinato senza tenere in conto l'anzianità di questo, “se le norme nazionali che disciplinano la situazione dei dipendenti dello Stato prendono in considerazione l'anzianità del dipendente dello Stato per il calcolo della sua retribuzione”. Ove, per contro, ciò accada, risulta riferibile al datore di lavoro ogni responsabilità relativa all'eventuale recesso del dipendente.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Germania (1)

– *contrattazione collettiva (orientamenti della)*

Spagna (2)





– *contrattazione collettiva (orientamenti della)*

Nota per la lettura dell'Osservatorio internazionale e comparato

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » all'indirizzo www.csmb.unimo.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Germania

- 1.1.** Accordo General Motors Europe Management e General Motors European Employees Forum, 8 dicembre 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 8).
- 1.2.** Accordi Volkswagen-IG Metall (sindacato settore metalmeccanico) su retribuzione e sicurezza del lavoro, novembre 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 8).
- 1.3.** Accordo della DaimlerChrysler, 28 luglio 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 8).
- 1.4.** Accordo fra gruppo Siemens e IG Metal (sindacato settore metalmeccanico). 23-24, giugno 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 8).

(1.1.-1.4.) Recenti linee di tendenza della contrattazione collettiva nel settore automobilistico

Sommario: **1.** Gli accordi Volkswagen sui tagli ai costi e sulla sicurezza del lavoro. – **1.1.** I profili retributivi. – **1.2.** Il nuovo sistema dei *bonus*. – **1.3.** Il nuovo accordo quadro sulle retribuzioni. – **1.4.** La flessibilità dell'orario. – **1.5.** La salvaguardia dell'occupazione. – **2.** L'accordo Siemens ed il dibattito sull'orario di lavoro. – **3.** L'accordo per la riduzione dei costi di DaimlerChrysler. – **4.** L'accordo per la ristrutturazione e la riduzione dei costi di General Motors.

1. Volkswagen, una delle più importanti aziende tedesche che operano nel settore metalmeccanico, non è coperta da una contrattazione collettiva di settore, ma negozia i propri accordi a livello aziendale. Così, nel novembre 2004, dopo una lunga serie di scioperi, cui hanno partecipato circa 100.000 lavoratori, ed un susseguirsi di incontri preparatori, il sindacato ha sottoscritto con l'azienda un nuovo pacchetto di accordi su retribuzione e sicurezza del lavoro (cfr. il commento di H. DRIBBUSCH, *Agreements on cost-cutting and job security signed at Volkswagen*, in www.eurofound.eu.int/2004/11/feature/de0411203f.html, 2004). Il compromesso raggiunto dall'IG Metall (il sindacato dei lavoratori del settore) con Volkswagen include alcune concessioni, come il congelamento delle retribuzioni fino al 2007, in cambio dell'impegno, da parte dell'azienda, di salvaguardare i livelli occupazionali fino al 2011 e di operare ulteriori investimenti per assicurare il futuro dell'impresa. L'accordo, apparentemente « in perdita », è stato raggiunto con una altissima percentuale di voti favorevoli all'interno della stessa commissione di negoziazione del sindacato, in quanto si è ritenuto che esso, nonostante i compromessi resisi necessari in termini soprattutto retributivi, consentirà di garantire una sicura prospettiva di sviluppo degli impianti produttivi coinvolti, e di conseguenza delle rispettive regioni. Si ritiene inoltre che esso consentirà per Volkswagen un risparmio sul costo del lavoro pari ad un miliardo di euro l'anno.

L'accordo in esame deve poi essere osservato tenendo presente anche i recenti accordi di tenore del tutto simile, conclusi da Siemens (*infra*, § 2) e da DaimlerChrysler (*infra*, § 3). Quello dell'impresa automobilistica tedesca è comunque un caso speciale, non solo in quanto essa è la più importante società del Paese che negozia i propri accordi collettivi, ma anche per la cultura di co-determinazione sottesa a tale iniziativa, posto che lo Stato della Bassa Sassonia figura ancora fra i suoi azionisti.

Quanto ai contenuti dell'accordo, essi si giustificano in quanto, fin dall'inizio delle negoziazioni, era risultato evidente che, a causa della minaccia dell'azienda di trasferire la produzione in altri Paesi, IG Metall si era posto come priorità la salvaguardia dell'occupazione, piuttosto che l'ottenimento di aumenti retributivi. Nondimeno, le

concessioni sono state considerevoli. In particolare, l'accettazione di un sistema retributivo futuro a doppio binario è agli antipodi rispetto ad alcuni tra i principi sindacali tradizionali, come quello della parità retributiva, senza considerare che, in prospettiva, il compromesso abbasserà notevolmente gli attuali livelli retributivi. D'altra parte, come avvenuto anche in DaimlerChrysler, i sindacati sono riusciti ad ottenere dall'impresa la promessa di futuri investimenti e di un mantenimento dell'occupazione nel lungo periodo.

Tra gli aspetti di maggior interesse dell'accordo si evidenziano:

1.1. L'accordo prevede che non ci siano aumenti retributivi per i 28 mesi corrispondenti alla propria durata (dal 1° ottobre 2004 al 31 gennaio 2007) e che, nel marzo 2005, i lavoratori a tempo pieno ricevano 1.000 euro (ai lavoratori ad orario ridotto verrà corrisposta a rate una somma proporzionata al loro orario di lavoro) come compensazione parziale per la mancanza di aumenti retributivi nei 28 mesi concordati. Gli apprendisti, invece, non riceveranno alcuna attribuzione economica. In una dichiarazione separata, il consiglio di amministrazione Volkswagen ha poi annunciato che i suoi membri non riceveranno alcun aumento retributivo fino al 2007.

1.2. Le parti si sono accordate anche su un nuovo sistema di *bonus*, che sarà attivato nel novembre 2005. Il *bonus* annuale sarà collegato ai risultati della società e sarà negoziato ogni anno tra *management* e comitati aziendali. Sarà costituito da un pagamento anticipato, pari a 1.191 euro (per i lavoratori a tempo pieno), che verrà corrisposto nel novembre di ogni anno indipendentemente dalle performance finanziarie dell'azienda, e da un secondo pagamento da effettuarsi nel maggio dell'anno seguente, che terrà conto della differenza eventualmente esistente tra l'anticipo ed il *bonus* di fatto concordato per quell'anno.

1.3. Le parti si sono poi impegnate a concludere un nuovo accordo quadro retributivo che farà convergere operai ed impiegati in un unico sistema di classificazione, all'interno del quale verranno collocati tutti i dipendenti assunti prima del 31 dicembre 2004. Ci sarà inoltre un nuovo sistema di classificazione retributiva per tutti i lavoratori e gli apprendisti assunti successivamente a tale data, che però dovrebbe attestarsi tra il 10% ed il 20% al di sotto dei livelli di salario correnti. Anche la retribuzione degli apprendisti verrà diminuita, ma in cambio il sindacato ha ottenuto la stipula di 185 contratti di apprendistato in più.

1.4. L'attuale conteggio dell'orario di lavoro individuale è stato esteso, attraverso l'accordo in esame, ed il nuovo limite massimo di ore a debito e a credito è stato fissato a 400 (in precedenza erano 200). Lo straordinario viene pagato se si eccedono le 40 ore di lavoro a settimana, ma se esso è richiesto da lavoratori che avevano già accantonato 400 ore, sarà pagato per ogni ora lavorata oltre le 35 a settimana.

1.5. Al fine di salvaguardare l'occupazione nei sei impianti tedeschi Volkswagen, le parti hanno concluso un accordo collettivo «per il futuro» (*Zukunftstarifvertrag*), in cui l'azienda si impegna a salvaguardare un livello di 99.000 lavoratori più un numero convenuto di apprendisti fino al 31 dicembre 2011. Per mantenere questo livello di occupazione i lavoratori potranno essere "affittati" ad altre società all'interno del gruppo Volkswagen. La società si è anche impegnata, nei prossimi anni, ad effettuare una serie di investimenti a favore dei sei impianti produttivi tedeschi. I dettagli di questi investimenti saranno contenuti all'interno di accordi da concludersi, a livello di singolo impianto, da parte dei comitati aziendali competenti. In ogni caso, l'accordo collettivo "per il futuro" contiene una "clausola di revisione". Nell'eventualità in cui intervengano modifiche considerevoli della situazione economica che, secondo l'azienda, comportino l'impossibilità di tenere fede all'accordo, le parti dovranno intraprendere una consultazione ed un processo di mediazione. Se questo processo non condurrà, poi, ad un

nuovo accordo, quello precedente potrà essere annullato con un preavviso di tre mesi entro il 30 giugno o il 31 dicembre di ogni anno.

2. Nel giugno 2004, il sindacato tedesco dei metalmeccanici (IG Metall) ha raggiunto un accordo con il gruppo Siemens per aumentare l'orario di lavoro settimanale da 35 a 40 ore presso due impianti produttivi di telefonia mobile, senza un corrispettivo aumento della retribuzione per i lavoratori coinvolti (cfr. il commento di L. FUNK, *Siemens deal launches debate on longer working hours*, in www.eiro.eurofound.eu.int/2004/07/feature/de0407106f.html, 2004). Anche tale accordo, così come quello sottoscritto da DaimlerChrysler (*infra*, § 3), costituisce un tentativo di prevenire l'« esportazione » del lavoro dalla Germania. Nel marzo 2004, infatti, la direzione Siemens aveva annunciato la propria intenzione, se i sindacati non avessero aderito alle proposte di riduzione del costo del lavoro, di trasferire almeno 2.000 posti di lavoro in Ungheria, dove i costi di produzione sono del 30% inferiori rispetto alla Germania, a causa dei salari significativamente più bassi. Sebbene ambo le parti abbiano cercato di minimizzare il significato dell'accordo, si è aperto un acceso dibattito sul fatto che in Germania stia emergendo una sorta di « contrattazione delle concessioni ». Pare infatti che altre 50 società tedesche abbiano concluso accordi del genere per migliorare la competitività, e altrettante stiano cercando di intraprendere la medesima strada (come ad esempio Bosch, Opel e Continental). La decisione dell'IG Metall di accettare un orario più lungo per i lavoratori dei due impianti coinvolti è tra l'altro sintomo di un notevole cambiamento nelle politiche che avevano costituito l'asse centrale dell'approccio di questo sindacato fin dal 1984, quando erano state istituite le 35 ore a settimana a seguito di uno sciopero protrattosi per ben sette settimane. L'accordo Siemens, in particolare, prevede che, dal 1° ottobre 2004, per i lavoratori a tempo pieno, la media delle ore di lavoro settimanale si attesti dalle attuali 35 a 40 complessive. Questo comporterà, per l'impresa, la capacità di adattare l'orario di lavoro alla domanda, consentendo di aumentare la produzione quando gli ordinativi crescono e, al contrario, di diminuire il numero di ore lavorate quando vi è minore richiesta di prodotti. Per le cinque ore aumentate sulla media settimanale non è previsto alcun pagamento supplementare. Inoltre, le altre gratifiche, compresa quella natalizia, che attualmente corrispondono a circa una mensilità di retribuzione, saranno sostituite da un pagamento annuale basato sui risultati dell'impresa, il cui ammontare massimo sarà pari al 45% di una mensilità. In cambio, la direzione ha garantito di non trasferire posti di lavoro nei prossimi due anni e ha promesso di investire 30 milioni di euro in più nello sviluppo degli stabilimenti coinvolti.

3. Una situazione simile a quella manifestatasi in Siemens si è presentata presso DaimlerChrysler, produttrice di veicoli tedesco-statunitense. La società aveva avvertito della possibilità di « tagliare » 6.000 lavoratori nella Germania meridionale e di spostare la produzione della nuova Mercedes classe C a Bremen, dove i costi di produzione sono inferiori, o in Sud Africa, se i sindacati non avessero accettato risparmi sui costi annuali pari a 500 milioni di euro. Dopo una serie di scioperi e di incontri della direzione con i sindacati dei lavoratori si è giunti, il 28 luglio 2004, ad un accordo (cfr. il commento di L. FUNK, *Cost-cutting deal signed at DaimlerChrysler*, in www.eiro.eurofound.eu.int/2004/08/inbrief/de0408102n.html, 2004) che permetterà di salvare i 6.000 posti di lavoro in questione fino al 2012, in cambio di alcune reciproche concessioni tra cui rientrano anche aumenti programmati delle retribuzioni ed un graduale aumento dell'orario di lavoro a 39 ore settimanali. Gli stessi membri della direzione contribuiranno al risparmio sui costi rinunciando a parte delle loro retribuzioni.

4. Nel dicembre 2004, la direzione ed il comitato aziendale europeo di General Motors Europe hanno concluso un accordo quadro europeo per la ristrutturazione e la riduzione dei costi, che comporta la perdita di circa 12.000 posti di lavoro all'interno

degli stabilimenti europei della società automobilistica (cfr. il commento di H. DRIBBUSCH, *Agreement on restructuring and cost-cutting at GM Germany*, in www.eiro.eurofound.eu.int/2004/12/feature/de0412202f.html, 2004). Posto che circa 9.500 di questi posti di lavoro saranno tagliati nelle sedi tedesche di Adam Opel AG, controllata tedesca di General Motors, si è reso necessario un accordo tra la direzione Opel e i comitati aziendali, che in particolare punta ad evitare i licenziamenti attraverso la predisposizione di programmi per il pensionamento anticipato, processi di *outsourcing* ed il trasferimento volontario di circa 6.500 lavoratori alle c.d. agenzie di trasferimento (*Beschäftigungsgesellschaft*). L'accordo è soltanto un primo passo nel processo di ristrutturazione societaria, in quanto molti temi saranno oggetto di negoziazione nei prossimi mesi, come ad esempio il futuro degli stabilimenti produttivi e le decisioni sul luogo in cui saranno prodotti i futuri modelli.

Quanto agli aspetti già definiti, va sottolineato che all'interno delle c.d. agenzie di trasferimento i lavoratori potranno ricevere un ulteriore addestramento per un periodo massimo di 12 mesi, che li agevolerà nella possibilità di trovare un nuovo lavoro. Essi riceveranno il 100% del loro precedente salario per un periodo corrispondente al periodo di preavviso, mentre, durante i mesi rimanenti, riceveranno l'85% del loro precedente salario netto. Se non risulterà possibile reimpiegare tali lavoratori nell'arco di 12 mesi, essi entreranno poi nello stato di disoccupazione con conseguente diritto ai relativi sussidi.


A quanto risulta, tutti i partecipanti alle negoziazioni dell'accordo Opel hanno dichiarato che l'accordo costituisce, però, soltanto il primo passo nel processo di ristrutturazione della società, e che seguiranno ulteriori negoziazioni, le quali comporteranno anche l'analisi di temi quali la retribuzione ed il tempo di lavoro per la forza lavoro mantenuta in organico. Il che, in virtù delle esperienze intraprese nel corso del 2004 dalla contrattazione collettiva in Germania, fa pensare che le negoziazioni in questione seguiranno l'esempio degli altri recenti accordi sul costo del lavoro, quali quelli stipulati da DaimlerChrysler, Volkswagen e Siemens.

Flavia Pasquini

Assegnista di ricerca

Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi »
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

2. Spagna

2.1. *Convenio Colectivo de la empresa Michelin España-Portugal, S.A. para los centros de trabajo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid y Vitoria-Gasteiz*, 10 giugno 2004 ( in *Boll. Adapt*, 2005, n. 18).

Il contratto collettivo triennale per le unità produttive spagnole della Michelin

Sommario: **2.1.** Relazioni industriali e ristrutturazioni aziendali “in casa” Michelin: il contesto spagnolo nel quadro europeo. – **2.2.** L'accordo aziendale del 10 giugno 2004: le principali direttrici. – **2.3.** *Segue:* la stabilizzazione dei rapporti di lavoro. – **2.4.** *Segue:* qualità del lavoro e *benefits* sociali.

2.1. La Michelin, gruppo francese specializzato nella produzione di componenti per auto, ha concluso il 10 giugno 2004 un accordo aziendale che riguarda quattro delle

unità produttive presenti sul territorio spagnolo: circa 10.000 lavoratori con esclusione del personale dirigenziale.

Prima di passare all'analisi degli elementi più significativi dell'accordo in commento, è opportuno procedere ad una breve ricognizione della presenza di Michelin in Spagna e del contesto organizzativo in cui si trova ad operare.

La multinazionale francese dispone sul territorio iberico di quattro unità produttive, tutte situate nel nord del Paese (Paesi Baschi e Castiglia). Ad esse si aggiungono un'unità di collaudo (in Almeria), un ufficio commerciale e finanziario (nel centro di Madrid) e, infine, tre centri di distribuzione, tutti situati nel sud della Spagna.

Recentemente, la Michelin è stata protagonista di un importante processo di ristrutturazione aziendale – annunciato nel 1999 – finalizzato a ridurre, nell'arco di tre anni, il personale impiegato sul territorio europeo di circa 7.500 unità (senza eccezione, dunque, per gli stabilimenti iberici). Naturalmente, questa politica aziendale ha incontrato l'opposizione delle organizzazioni sindacali, sfociata in numerose proteste e manifestazioni di dissenso, che richiedendo specifici momenti di consultazione, e che ha diluito nel tempo il processo di riorganizzazione.

Di conseguenza, in Spagna, specificamente nel febbraio 2003, le questioni legate alla ristrutturazione aziendale sono confluite in una pianificazione concordata con le organizzazioni sindacali (c.d. *competitiveness plan*). E ciò, in effetti, si spiega in ragione del fatto che quel processo ha comportato riduzioni di personale e riallocazione dello stesso per circa 1.300 unità. Percorrendo tale via, la società è riuscita a programmare il suo ridimensionamento privilegiando soluzioni più *soft* e soprattutto negoziate con i rappresentanti dei lavoratori e, quindi, escludendo il ricorso a massicce riduzioni collettive del personale.

2.2. L'accordo in commento costituisce un'applicazione delle linee strategiche dell'intesa del 2003. Infatti, è alla luce di quanto sinora esposto che vanno interpretate le previsioni sottoscritte dalla compagine sindacale sin e dal *management* aziendale nel giugno 2004.

Pertanto, stante la rilevante presenza di Michelin in Spagna, sia da un punto di vista economico sia in termini di capitale umano, il settore sviluppo della società (*Michelin Development*) sarà protagonista, in *partnership* con le autorità delle regioni interessate, dell'implementazione del nuovo accordo triennale che favorirà un bilanciamento delle contrapposte esigenze, mantenendo gli attuali livelli occupazionali e al contempo incrementando le occasioni di lavoro (cfr. *Three-year agreement concluded at Michelin*, in *EIRR*, marzo 2005, n. 374).

2.3. Tale orientamento viene confermato, innanzitutto, dalle previsioni adottate in materia di contratti di lavoro le quali, muovendosi in molteplici direzioni, sono finalizzate ad un temperamento tra le esigenze di competitività e di dinamismo dell'impresa – reclamate dal mercato con sempre maggiore insistenza – e le istanze di stabilità del posto di lavoro invocate dai lavoratori.

L'accordo, infatti, ha limitato il ricorso a tipologie contrattuali a termine per fronteggiare le variabili condizioni di mercato inerenti a incrementi produttivi e picchi di lavoro. Di conseguenza, il contratto a tempo determinato, nella specie del *contratos de obra o servicio*, è previsto solo nell'ipotesi in cui le prestazioni rese siano riconducibili alla realizzazione di un progetto o ad una fase di lavoro. Inoltre, la durata di questi contratti non potrà essere superiore ai 12 mesi prorogabili sino a 18.

Sempre in materia di tipologie contrattuali, le parti sociali hanno concordato che, decorso il primo anno di vigenza dell'accordo e compatibilmente alle disponibilità di ciascuno stabilimento, si procederà alla trasformazione a tempo indeterminato di circa 80 contratti a termine.

Ancora in una prospettiva di stabilizzazione dei rapporti di lavoro, l'accordo prevede la regolarizzazione dell'orario per i contratti a tempo indeterminato; misura, questa, molto incisiva, tenuto conto che il 30% degli stessi attualmente prevede la variabilità dell'orario di lavoro.

Inoltre, l'intesa apporta delle modifiche ai cosiddetti *contratos temporales de relevo*. Questo tipo contrattuale non si rinviene, in senso stretto, nell'ordinamento giuridico italiano e si sostanzia in un contratto a tempo parziale finalizzato alla copertura della posizione di lavoro di un dipendente che ha maturato i requisiti pensionistici, a sua volta collocato in *part-time*. Tale contratto verrà progressivamente eliminato in quanto le parti sociali, intervenute sul punto, hanno previsto la sua trasformazione in contratto a tempo indeterminato ad orario variabile.

La società, in ogni caso, si riserva la possibilità di introdurre tipologie di lavoro ad orario ridotto, modulato o flessibile nell'eventualità che esigenze organizzative e produttive ne rendessero necessario il ricorso. Infine, e concludendo sul punto, le parti hanno concordato l'istituzione di una Commissione bilaterale per il lavoro che assume il compito di monitorare all'interno dell'azienda tutti i cambiamenti riguardanti le tipologie contrattuali e l'efficacia delle misure implementate.

2.4. Accanto alla disciplina tracciata in materia di contratti di lavoro, ulteriori istituti regolati riguardano l'orario di lavoro, il trattamento retributivo nonché la previsione di taluni interventi di carattere sociale.

L'obiettivo di mantenere gli attuali livelli occupazionali viene perseguito, quindi, anche attraverso una riduzione dell'orario di lavoro, la quale verrà attuata gradualmente e comporterà, al termine del biennio 2005/2006, una riduzione, su base annua, di circa otto ore (con il passaggio da 1.736 a 1.728 ore). Per quanto concerne, invece, il lavoro straordinario e il lavoro festivo, le parti sociali individuano nel riposo compensativo la forma normale di ristoro per le prestazioni effettuate.

Sul versante retributivo, l'intesa introduce un incremento salariale del 2,5% che verrà erogato annualmente per tutta la durata dell'accordo (triennio 2004/2006). Detto incremento è stato calcolato in base all'attuale indice di inflazione (nella misura massima dello 0,5%), fermo restando che, a garanzia della sua congruità, è stato previsto un meccanismo di adeguamento dei salari al reale costo della vita. In altre parole, l'aumento del tasso di inflazione determina delle ricadute sul costo dei salari: infatti, qualora la variazione in aumento superasse la soglia del 2%, la parte datoriale provvederebbe a compensare i salari dei lavoratori con un ulteriore incremento retributivo da corrispondere ai propri dipendenti a fine anno.

Sempre con riguardo al trattamento retributivo, l'intesa ha provveduto a pianificare le indennità relative al lavoro festivo e notturno, stabilendo consistenti incrementi delle stesse, che ammontano, rispettivamente, al +2,5% e al +5% e che decorreranno a partire dal corrente anno.

Il contratto collettivo disciplina, inoltre, un nuovo sistema di *bonus* in tema di anzianità di servizio, che saranno erogati a ciascun lavoratore con più di due anni di anzianità alle dipendenze della società; accanto ad esso la previsione che introduce supplementi retributivi e indennità aggiuntive correlate all'andamento produttivo dell'azienda.

A conclusione dell'analisi, si ritiene opportuno sinteticamente segnalare una serie di previsioni riguardanti alcuni *benefits* sociali. Si tratta di sussidi, finanziamenti o forme assicurative finalizzate ad assistere il lavoratore o la propria famiglia. Nello specifico vanno, quindi, sottolineati: un'indennità di viaggio di 0,053 euro per km, il cui importo verrà aumentato del 2% nel biennio 2005/2006; il rimborso integrale delle spese scolastiche sopportate dai lavoratori con figli disabili; la corresponsione sin dal primo giorno del trattamento di malattia, sia per infortuni sul lavoro sia per infortuni disgiunti

dall'occasione di lavoro; una forma di finanziamento per l'acquisto o la costruzione della prima casa di abitazione; la stipulazione in favore di tutti i dipendenti dell'assicurazione sulla vita; il mantenimento del trattamento economico e normativo nel caso di trasferimento volontario del lavoratore ad altro stabilimento.

Ovviamente, considerato che l'accordo si inserisce nel contesto di un processo di ristrutturazione aziendale, non potevano mancare disposizioni in materia di formazione professionale. In particolare, è stata prevista l'istituzione di una Commissione bilaterale che vigili sulla concreta applicazione delle previsioni in materia di formazione continua disciplinate dall'accordo quadro nazionale (*Acuerdo nacional de formación continua*, Forcem).

La multinazionale, inoltre, offre un importante contributo in ambito ecologico, in particolare riducendo l'impatto ambientale derivante dalla presenza di stabilimenti produttivi sul territorio. Tale operazione è stata compiuta attraverso la creazione di un piano d'azione (la cui realizzazione e vigilanza è affidata alla Commissione salute e sicurezza) volto alla tutela del territorio circostante e fondato su un sistema di monitoraggio delle emissioni e del livello di inquinamento delle acque nonché sulla ricerca di sistemi alternativi per il rifornimento energetico e sulla graduale sostituzione dei materiali impiegati.

Anna Maria Montrone
Dottoranda di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

