

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE

*Il rinnovamento delle relazioni industriali
tra proposte di riforma e bilateralismo*

RICERCHE

Il mobbing nella esperienza comparata

INTERVENTI

*L'iniziativa legislativa sul mercato del lavoro (1991-2001)
Tre anni di Legge Biagi: bilancio e prospettive*

RELAZIONI INDUSTRIALI

La crisi delle relazioni industriali tra prassi e teoria

GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Condotta antisindacale e violazione di accordo collettivo
Dimissioni del lavoratore e tutela dell'investimento formativo della impresa
Trattenute sindacali tra cessione del credito e delegazione di pagamento
Immutabilità della contestazione disciplinare
e idoneità dei nuovi addebiti a ledere il diritto di difesa del lavoratore*

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*Apprendistato professionalizzante nel settore del credito
Contratti di inserimento e disoccupazione femminile
Buone prassi negli strumenti di formazione continua
Modifiche al processo del lavoro e dati sulla litigiosità nazionale*

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

*L'azione delle parti sociali europee verso gli obiettivi di Lisbona
Trasferimento di impresa e contratto collettivo applicabile
Trasferimento d'impresa e trasferimento dei mezzi di produzione*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Brasile - Il diritto di sciopero nei servizi pubblici
Germania - Recenti orientamenti della
giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht
Regno Unito - Lavori occasionali e continuità dell'impiego
Regno Unito - Problemi qualificatori del lavoro tramite agenzia*

Giuffrè Editore **N. 4/XVI - 2006**

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)

SOMMARIO - n. 4/2006

Ricerche: Il rinnovamento delle relazioni industriali tra proposte di riforma e bilateralismo

PAOLO SESTITO <i>Perché e come decentrare la struttura della contrattazione in Italia.</i>	941
PIETRO ICHINO <i>Che cosa non funziona nella centralizzazione del nostro sistema della contrattazione collettiva.</i>	950
ALESSANDRO BRIGNONE <i>La riforma degli assetti contrattuali e la tutela del potere d'acquisto dei salari. Spunti di riflessione per un dibattito sempre aperto.</i>	957
MARIELLA MAGNANI <i>La rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge? Spunti di riflessione.</i>	967
GIUSEPPE COLAVITTI <i>La natura giuridica della rappresentanza sindacale. Un "passo indietro" nel dibattito sull'attuazione dell'articolo 39 della Costituzione.</i>	976
CLARA ENRICO <i>La rappresentanza degli attori sindacali: riflessioni sul caso francese.</i>	993
ANGELO REGINELLI <i>Gli enti bilaterali nella riforma del mercato del lavoro: un primo bilancio.</i>	1002
MARCO LAI <i>Appunti sulla bilateralità.</i>	1020
ANTONIO VALLEBONA <i>Gli enti bilaterali: un seme di speranza da salvaguardare.</i>	1043

Ricerche: Il mobbing nell'esperienza comparata

ALBERTO RUSSO <i>Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparati.</i>	1051
NICOLA GHIRARDI <i>Esperienza e prospettive nel Regno Unito.</i>	1074

Interventi

DOMENICO GAROFALO <i>L'iniziativa legislativa in tema di mercato del lavoro nel decennio 1991-2001.</i>	1087
MICHELE TIRABOSCHI <i>Tre anni di Legge Biagi: bilancio e prospettive.</i>	1097

Relazioni industriali e Risorse umane

BRUCE E. KAUFMAN <i>Il principio essenziale e il teorema fondamentale delle relazioni industriali.</i>	1107
--	------

Osservatorio di giurisprudenza italiana

LISA AMORIELLO <i>Pacta sunt servanda: ancora un caso di condotta antisindacale per violazione di accordo collettivo</i> (nota Trib. Roma 26 maggio 2005) ..	1137
VALENTINA FORTI <i>Il riconoscimento dell'indennità di maternità anche al padre libero professionista affidatario in preadozione di un minore</i> (nota a C. Cost. 11-14 ottobre 2005 n. 385) ..	1139
DANIELE CIRIOLI <i>Limitazioni alla facoltà di recesso del lavoratore e tutela dell'investimento formativo dell'impresa</i> (nota a Cass. 7 settembre 2005 n. 17817) ..	1143
SABRINA MONEGHINI <i>Indennità supplementare per i dirigenti dell'industria e licenziamento adottato dall'impresa in Amministrazione Straordinaria successivamente posta in liquidazione</i> (nota a Cass. 13 luglio 2005 n. 14769) ..	1147
NELLY VASCHELLO <i>Le Sezioni Unite sulle trattenute sindacali, tra cessione del credito e delegazione di pagamento</i> (nota a Cass., sez. un., 21 dicembre 2005 n. 28269) ..	1150
MARINA MOBIGLIA <i>Applicazione del principio della immutabilità della contestazione disciplinare sulla base della concreta idoneità dei nuovi addebiti a ledere il diritto di difesa del lavoratore</i> (nota a Cass. 13 giugno 2005 n. 12644) ..	1156
ANDREA MORONE <i>Gli indici rivelatori dell'interposizione illecita in riferimento all'appalto d'opera</i> (nota a Cass. 19 luglio 2005 n. 15166) ..	1158
<i>Un ulteriore caso di estensione dei «diritti sociali della famiglia» ad opera della Corte Costituzionale</i> (nota a C. Cost. 8-16 giugno 2005 n. 233) ..	1141
<i>Violazione degli obblighi di informazione in caso di trasferimento d'azienda: antisindacalità della condotta e relative conseguenze</i> (nota a Trib. Benevento 26 settembre 2005 n. 3187) ..	1160

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

GIANCARLO DURANTE <i>Apprendistato professionalizzante nel settore del credito: l'attuazione in Molise</i> ..	1165
MAURO PARISI <i>Certificazione dei contratti e ispezione del lavoro. Una riflessione dopo il Protocollo d'intesa del 24 marzo 2006 tra Welfare e Ordine dei Consulenti del lavoro</i> ..	1170
LUISA CORAZZA <i>Contratti di inserimento e disoccupazione femminile. Commento al decreto del Ministro del lavoro 17 novembre 2005</i> ..	1177
STEFANIA COCCETTI, DOMENICO PUTRELLA <i>Buone prassi negli strumenti di formazione continua: il progetto Fiat Auto</i> ..	1181
MAURIZIO QUARTA <i>Flessibilità e lavoro manageriale: le soluzioni offerte dal temporary management</i> ..	1187
GIAMPIERO FALASCA <i>La regolamentazione regionale del mercato del lavoro e dell'apprendistato: il caso della Regione Marche</i> ..	1200
ISABELLA SPANÒ <i>Il nuovo reimpiego "assistito" per i lavoratori ultracuantenni</i> ..	1206

GRAZIANO GAZZARRI <i>Inserimento lavorativo esterno di soggetti detenuti condannati a lunghe pene detentive: l'esperienza del Centro per l'impiego di Volterra</i>	1211
ANTONIO BELSITO <i>Controversie di lavoro e previdenziali: impressioni sui dati Istat concernenti la litigiosità nel territorio nazionale</i>	1213
ALESSANDRO CORVINO <i>Le modifiche al processo del lavoro nel d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40</i>	1219
Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro	
FEDERICA FRANCIOSI <i>Il nuovo piano d'azione delle parti sociali europee per raggiungere gli obiettivi di Lisbona (nota a ETUC, UNICE, UEAPME, CEEP, Work Programme of the European Social Partners 2006-2008, 23 marzo 2006)</i>	1227
ROBERTO COSIO <i>Trasferimento di imprese e contratto collettivo applicabile: le precisazioni della Corte di Giustizia (nota a C. Giust. 9 marzo 2006 in causa C-499/04)</i>	1230
RAFFAELE GAROFALO <i>Trasferimento d'impresa e trasferimento dei mezzi di produzione (nota a C. Giust. 15 dicembre 2005, cause riunite C-232/04 e C-233/04)</i>	1234
Osservatorio internazionale e comparato	
YONE FREDIANI <i>Brasile – L'esercizio del diritto di sciopero nelle attività essenziali e nei servizi pubblici</i>	1243
CLARA ENRICO (a cura di) <i>Francia – Per un dialogo tra le parti sociali efficaci e legittimo: rappresentatività e finanziamento delle organizzazioni professionali e sindacali</i>	1246
RAFFAELLO SANTAGATA <i>Germania – Recenti orientamenti della giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht (2004-2006)</i>	1252
ANNE DAVIES <i>Regno Unito – Lavori occasionali e continuità dell'impiego: riflessioni sul caso Cornwall County Council v. Prater</i>	1264
CHIARA BIZZARRO <i>Regno Unito – Problemi qualificatori del lavoro tramite agenzia</i>	1269

INDICE ANALITICO

Apprendistato

- Decreto ministeriale 10 ottobre 2005 [1170] (con nota di G. DURANTE).
- Interpello 24 marzo 2006, n. 2732, in materia di apprendistato professionalizzante [1166] (con nota di G. DURANTE).
- Delibera della Giunta Regione Molise 19 dicembre 2005 n. 1845 [1168] (con nota di G. DURANTE).
- Accordo di rinnovo del Ccnl per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali 12 febbraio 2005 [1166] (con nota di G. DURANTE).

Brasile

- Legge 28 giugno 1989, n. 7783 – *Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências* [1243] (con nota di Y. FREDIANI).

Certificazione

- Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [1171] – Decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 [1173] – Decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251 [1174] – Legge 23 dicembre 2005, n. 233 (Legge finanziaria 2006) [1171] (con nota di M. PARISI).
- Protocollo d'intesa Ministero del lavoro e delle politiche sociali e Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro in tema di certificazione, 24 marzo 2006 [1170] – Protocollo d'intesa Ministero del lavoro e delle politiche sociali e Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro in tema di interpello, 8 marzo 2006 [1172] (con nota di M. PARISI).

Condotta antisindacale

- Gruppo di imprese – Procedura di mobilità – Accordo collettivo avente ad oggetto la valutazione congiunta con le OO.SS. delle modalità di riallocazione di parte delle eccedenze – Riorganizzazione unilaterale del datore all'interno del gruppo – Sussistenza (Trib. Roma 26 maggio 2005, con nota di L. AMORIELLO) [1137].

Congedi parentali

- Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Disabile – Fratelli o sorelle conviventi – Diritto al congedo straordinario per l'assistenza – Fruizione consentita nel solo caso di scomparsa dei genitori e non anche per inabilità totale degli stessi – Irragionevolezza e lesione del principio di eguaglianza – Illegittimità costituzionale *in parte qua* – D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, art. 42, comma 5 – Costituzione, art. 3 (C. Cost. 8-16 giugno 2005 n. 233) [1141].

- Maternità – Lavoro (tutela del) – Liberi professionisti – Indennità di maternità in caso di minori adottati o in affidamento preadottivo nei primi tre mesi dall'ingresso in famiglia – Limitazione alla madre adottiva, con esclusione del padre adottivo – Ingiustificata disparità di trattamento tra figure genitoriali e fra lavoratori autonomi e lavoratori dipendenti – Violazione del principio di tutela della famiglia e del minore – Illegittimità costituzionale *in parte qua* (C. Cost. 11-14 ottobre 2005 n. 385, con nota di V. FORTI) [1139].

Contratto di inserimento

- Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [1177] – Legge 14 maggio 2005, n. 80 [1179] (con nota di L. CORAZZA).
- Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 17 novembre 2005 [1177] (con nota di L. CORAZZA).
- Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 luglio 2004, n. 31 [1178] (con nota di L. CORAZZA).
- Circolare Inps 16 marzo 2004, n. 51 [1178] – Circolare Inps 19 maggio 2006, n. 74 [1178] (con nota di L. CORAZZA).

Dialogo sociale

- ETUC, UNICE, UEAPME, CEEP, *Work Programme of the European Social Partners 2006-2008*, 23 marzo 2006 [1227] (con nota di F. FRANCIOSI).

Dimissioni

- Limiti convenzionali all'esercizio della facoltà di recesso da parte del lavoratore (es: pattuizione di una garanzia di durata minima del rapporto di lavoro) – Contrarietà a principi o norme dell'ordinamento giuridico – Esclusione – Legittimità Sussistenza – Fattispecie (Cass. 7 settembre 2005 n. 17817, con nota di D. CIRIOLI) [1143].

Dirigenti

- Licenziamento – Accordo collettivo 16 maggio 1985 per i dirigenti di aziende industriali – Licenziamento di dirigente da parte di impresa in Amministrazione Straordinaria – Licenziamento adottato dopo oltre sei anni dall'inizio dell'Amministrazione Straordinaria, conclusasi con l'accertata impossibilità di proseguire nell'attività produttiva – Diritto del dirigente licenziato all'indennità supplementare – Sussistenza (Cass. 7 settembre 2005 n. 17817, con nota di S. MONEGHINI) [1147].
- Licenziamento – Accordo collettivo 16 maggio 1985 per i dirigenti di aziende industriali – Licenziamento di dirigente da parte di impresa in Amministrazione Straordinaria – Licenziamento adottato dopo oltre sei anni dall'inizio dell'Amministrazione Straordinaria, conclusasi con l'accertata impossibilità di proseguire nell'attività produttiva – Diritto del dirigente licenziato all'indennità supplementare – Sussistenza (Cass. 13 luglio 2005 n. 14769, con nota di S. MONEGHINI) [1147].

Diritti sindacali

- Contributi sindacali – Delega al datore di lavoro per versamento contributi sindacali ad associazione sindacale non firmataria del contratto collettivo – Qualificazione giuridica (cessione del credito) – Rifiuto del datore di procedere al versamento – Condotta antisindacale – Sussistenza (Cass., sez. un., 21 dicembre 2005 n. 28269, con nota di N. VASCHELLO) [1150].

Francia

- RAPHAËL HADAS-LEBEL (a cura di), *Pour un dialogue social efficace et légitime: Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, rapporto presentato al Primo Ministro, maggio 2006 [1246] (con nota di C. ENRICO).

Germania

- Bundesarbeitsgericht, sentenza 18 maggio 2004, 9 AZR 319/03 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza 24 giugno 2004, 6 AZR 383/03 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza 20 luglio 2004, 9 AZR 626/03 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza 12 gennaio 2005, 5 AZR 364/04 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza 23 marzo 2005, 4 AZR 203/04 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza 27 maggio 2005, 6 AZR 129/03 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza 7 luglio 2005, 2 AZR 581/04 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza 31 agosto 2005, 5 AZR 517/04 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza 14 dicembre 2005, 4 AZR 536/04 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza 2 marzo 2006, 8 AZR 124/05 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).
- R. SANTAGATA (a cura di), *Recenti orientamenti della giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht in tema di diritto sindacale (2004-2006)*. Massime e testi integrali delle sentenze, novembre 2006 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).
- R. SANTAGATA (a cura di), *Recenti orientamenti della giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht in tema di rapporto di lavoro (2004-2006)*. Massime e testi integrali delle sentenze, novembre 2006 [1252] (con nota di R. SANTAGATA).

Istruzione e formazione

- MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, ITALIA LAVORO S.P.A. (a cura di), *Progetto Fiat Auto – Formazione per l’Occupabilità. Politiche attive del lavoro e salvaguardie sociali*, Roma, gennaio 2005 [1181] (con nota di S. COCCETTI, D. PUTRELLA).
- MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, ITALIA LAVORO S.P.A., *Progetto Fiat: sempre più lavoratori coinvolti nella formazione*, Roma, 13 ottobre 2005 [1181] (con nota di S. COCCETTI, D. PUTRELLA).
- MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI (a cura di), *Rapporto 2005 sulla formazione continua in Italia*, 2005 [1182] (con nota di S. COCCETTI, D. PUTRELLA).

Lavoro (organizzazione del)

- Disegno di legge presentato il 12 novembre 2004, n. 5421 [1194] (con nota di M. QUARTA).
- Legge Regione Friuli Venezia Giulia 4 marzo 2005, n. 4 [1194] (con nota di M. QUARTA).

Mercato del lavoro

- Legge 29 aprile 1949, n. 264 [1208] (con nota di I. SPANÒ) – Legge 5 agosto 1978, n. 468 [1209] (con nota di I. SPANÒ) – Legge 23 luglio 1991 n. 223 [1207] (con nota di I. SPANÒ) – Legge 17 maggio 1999, n. 144 [1209] (con nota di I. SPANÒ) – Decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297 [1208] (con nota di I. SPANÒ) – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [1200; 1207] (con nota di G. FALASCA e con nota di I. SPANÒ) – Legge 23 agosto 2004, n. 243 [1207] (con nota di I. SPANÒ) – Decreto legge 5 ottobre 2004, n. 249 (convertito con modifiche nella legge 3 dicembre 2004, n. 291) [1208] (con nota di I. SPANÒ) – Decreto legge 6 marzo 2006, n. 68 (convertito con modifiche nella legge 24 marzo 2006, n. 127) [1206] (con nota di I. SPANÒ) – Decreto legge 3 aprile 2006, n. 136 (convertito senza modifiche nella legge 1° giugno 2006, n. 202) [1207] (con nota di I. SPANÒ).
- Legge regionale Marche 25 gennaio 2005, n. 2 [1200] (con nota di G. FALASCA) – Legge regionale Marche 10 febbraio 2006, n. 4 [1201] (con nota di G. FALASCA).
- Delibera Giunta della Regione Marche 1° agosto 2005, n. 976 [1202] (con nota di G. FALASCA) – Delibera della Giunta Regionale delle Marche 27 settembre 2005, n. 1113 [1202] (con nota di G. FALASCA).
- Sentenza della Corte Costituzionale 28 gennaio 2005, n. 50 [1201] (con nota di G. FALASCA).

Processo del lavoro

- Legge 11 agosto 1973, n. 533 [1277] (con nota di A. BELSITO) – Legge 23 marzo 1981, n. 91 [1217] (con nota di A. BELSITO) – Decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 [1215] (con nota di A. BELSITO) – Decreto legislativo 4 novembre 1997, n. 396 [1215] (con nota di A. BELSITO) – Decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51 [1214] (con nota di A. BELSITO) – Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 [1215] (con nota di A. BELSITO) – Decreto legislativo 29 ottobre 1998, n. 387 [1215] (con

nota di A. BELSITO) – Decreto legislativo 3 marzo 2001, n. 165 [1216; 1221] (con nota di A. BELSITO e con nota di A. CORVINO) – Legge 14 febbraio 2003, n. 30 [1218] (con nota di A. BELSITO) – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [1218] (con nota di A. BELSITO) – Decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 [1219] (con nota di A. CORVINO) – Legge 14 maggio 2005, n. 80 [1218] (con nota di A. CORVINO) – Legge 23 dicembre 2005, n. 266 [1218] (con nota di A. BELSITO) – Decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 [1217; 1218] (con nota di A. BELSITO e con nota di A. CORVINO).

- Cassazione 20 marzo 2006 n. 6148 [1120] (con nota di A. CORVINO) – Cassazione 15 marzo 2006 n. 5637 [1120] (con nota di A. CORVINO) – Cassazione 7 marzo 2006 n. 4849 [1120] (con nota di A. CORVINO).
- CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo attuativo della legge delega n. 80/2005*, 15 luglio 2005 [1221] (con nota di A. CORVINO) – CGIL-UFFICIO GIURIDICO (a cura di), *Controversie di lavoro prima dell'art. 420 c.p.c.*, Roma, 7 marzo 2006 [1222] (con nota di A. CORVINO) – ISTAT (a cura di), *Le cause di lavoro, previdenza e assistenza in Italia – anni 2000-2004*, Roma, 16 maggio 2006 [1213] (con nota di A. BELSITO).

Provvedimenti disciplinari

- Principi di specificità della contestazione preventiva dell'addebito e di immutabilità dei fatti contestati – Contenuto – Modificazione della contestazione relativamente a circostanze prive di valore identificativo della fattispecie disciplinare contestata e non idonee a incidere sulla identificazione e gravità della stessa – Compatibilità (Cass. 13 giugno 2005 n. 12644, con nota di M. MOBIGLIA) [1155].

Rapporti interpositori

- Appalto di manodopera – Divieto di interposizione – Configurabilità – Presupposti (Cass. 19 luglio 2005 n. 15166, con nota di A. MORONE) [1158].

Regno Unito

- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *McMeechan v. Secretary of State for Employment*, riferimenti: 1563/1995/B [1269] (con nota di C. BIZZARRO).
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Franks v. Reuters* [2003] EWCA Civ 417 [1269] (con nota di C. BIZZARRO).
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd*, [2004] EWCA Civ 217 [1269] (con nota di C. BIZZARRO).
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Cable & Wireless Plc v. Mr P Muscat*, [2006] EWCA Civ 220 [...] (con nota di C. BIZZARRO).
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Cornwall County Council v. Mrs Margaret Prater*, [2006] EWCA Civ 102 [1264] (con nota di A. DAVIES).
- Employment Appeal Tribunal, *McMeechan v. Secretary of State for Employment*, appeal n. 1006/1993 [1269] (con nota di C. BIZZARRO).
- Employment Appeal Tribunal, *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd*, appeal n. 492/2002/SM [1269] (con nota di C. BIZZARRO).

- Employment Appeal Tribunal, *Cable&Wireless Plc v. Mr P Muscat*, appeal n. 661/2004 [1269] (con nota di C. BIZZARRO).
- C. BIZZARRO, *Recenti orientamenti della Court of Appeal e dell'Employment Appeal Tribunal in tema di lavoro tramite agenzia*. Massime e testi integrali delle sentenze, novembre 2006 [1269] (con nota di C. BIZZARRO).

Trasferimento d'azienda

- Omessa informazione sindacale preventiva – Condotta antisindacale – Sussistenza (Trib. Benevento 26 settembre 2005) [1159].
- Omessa informazione sindacale preventiva – Accertamento della antisindacalità della condotta – Conseguenze – Invalidità del negozio di trasferimento – Esclusione (Trib. Benevento 26 settembre 2005) [1160].
- Direttiva n. 2001/23/CE – Art. 1 – Trasferimento d'impresa – Mantenimento dei diritti dei lavoratori – Ambito di applicazione (C. Giust. 15 dicembre 2005, cause riunite C-232/04 e C-233/04, *Nurten Güney-Görres e Gul Demir c. Securicor Aviation (Germany) Ltd e Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG*, con nota di R. GAROFALO) [1234].
- Trasferimento d'impresе – Direttiva n. 77/187/CEE – Salvaguardia dei diritti dei lavoratori – Contratto collettivo applicabile al cedente ed al lavoratore al momento del trasferimento (C. Giust. 9 marzo 2006 in causa C-499/04, *Hans Werhof c. Freeway traffic GmbH & Co. KG*, con nota di R. COSIO) [1229].

Il rinnovamento delle relazioni industriali tra proposte di riforma e bilateralismo

Perché e come decentrare la struttura della contrattazione in Italia

Paolo Sestito

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** La fragilità degli attuali assetti del sistema contrattuale. – **3.** Perché un sistema più decentrato. – **4.** Come arrivare ad un sistema decentrato.

1. La questione della struttura della contrattazione – del peso relativo del livello nazionale e di quello aziendale – è un eterno tormentone del dibattito sindacale italiano. A guardar bene, le odierne pulsioni e ripulse non sono diverse da quelle di cinquant'anni fa. Così parte del movimento sindacale è attratta dal decentramento – come occasione di rafforzamento della propria funzione di agente contrattuale dei lavoratori, meglio tenendo conto delle multiformi e variegate domande ed opportunità che i diversi mercati locali del lavoro e le diverse situazioni aziendali possono offrire – ed altra parte è timorosa perché teme ne possa discendere un indebolimento della sua funzione di rappresentante dell'intera classe lavoratrice, anche per via delle difficoltà di “entrare” nelle piccolissime imprese italiane. Specularmente, dal lato datoriale, le richieste di flessibilità – e quindi di variegata delle condizioni contrattuali, sul territorio e tra aziende – si contrappongono ai timori di abbandonare uno *status quo* in cui comunque i “padroncini” – asse portante della struttura produttiva italiana – gradiscono l'assenza del sindacato in azienda e le grandi imprese comunque sanno di esser loro a determinare i contenuti dei contratti collettivi nazionali.

Non voglio però qui ripercorrere queste non nuove posizioni, cercando di capirne le origini, anche storiche: del resto non ho particolari competenze nel fare ciò, ché non sono uno storico. Tanto meno intendo perorarne una da un punto di vista politico-istituzionale, che anche non mi compete. Intendo piuttosto brevemente evidenziare come gli assetti disegnati nel 1992-93 non garantiscano un equilibrio stabile a fronte di quelle opposte pulsioni, per poi discutere vantaggi e svantaggi di un maggior decentramento del sistema. Tutto ciò mi servirà come premessa ad una discussione più puntuale delle strade e delle proposte oggi dibattute per pervenire ad un maggior decentramento.

* *Paolo Sestito è Condirettore della Banca d'Italia. Le opinioni qui espresse sono esclusivamente personali e non coinvolgono l'istituzione di appartenenza dell'Autore. Il presente contributo riproduce il testo della relazione presentata dall'Autore al convegno Riformare le relazioni industriali? Luci e ombre del caso italiano, Modena 23-24 febbraio 2006.*

2. Gli accordi di politica dei redditi del 1992-93 furono segnati da una buona dose di provvisorietà e di emergenzialità. Non si tratta di connotati necessariamente negativi. Vi è del resto ampia evidenza del contributo positivo che essi hanno dato nell'evitare un avvitamento della crisi di fiducia del sistema Italia e nel consentire una riduzione dell'inflazione ⁽¹⁾. Per molti versi essi hanno testimoniato come gli assetti italiani delle relazioni industriali, per quanto spesso disordinati e conflittuali, sappiano reagire di fronte alle grandi emergenze.

Al di là della formale provvisorietà iniziale – ché si rimandava ad un successivo accordo poi mai raggiunto – quegli accordi mantenevano un ruolo di pivot al contratto collettivo nazionale di lavoro (Ccnl), ridimensionandolo però quantitativamente e “proceduralizzandolo”, perché si immaginava che l'inflazione programmata facesse da ancora al sistema – di fatto uno strumento di coordinamento – e che la distribuzione degli incrementi di produttività avvenisse essenzialmente al livello decentrato – in una logica partecipativa e non “confrontazionista”. Al di là della confusione spesso generatasi in merito al trattamento dell'inflazione – che a dieci anni dall'abolizione delle indicizzazioni automatiche è alle volte fonte di problemi ⁽²⁾ – quella scelta mediana, di mantenimento d'un ruolo di *pivot* ma ridimensionato del Ccnl, non appare un equilibrio duraturo. Da un lato non si capisce infatti come possano essere distribuiti, a regime, i guadagni di produttività – che negli anni trascorsi sono stati piuttosto contenuti se non nulli ma che a regime si spera siano più consistenti – in quelle situazioni in cui non vi è contrattazione aziendale. Dall'altro, è improbabile che una più significativa estensione della contrattazione aziendale possa aversi fintantoché il Ccnl rimanga un pavimento immodificabile e relativamente elevato. Paradossalmente, interpretando alla lettera il modello previsto dagli accordi del 1992-93 si genererebbero sistematici e crescenti differenziali salariali tra aziende con e senza contrattazione aziendale, differenziali in quanto tali non sostenibili in un mercato integrato. All'atto pratico, la natura partecipativa della contrattazione aziendale effettivamente esistente è poi tutta da dimostrare, perché spesso tale qualificazione è esclusivamente di facciata.

Così il Ccnl finisce col configurarsi come un improprio salario minimo, improprio perché definito a livello settoriale anziché intercategoriale e soprattutto perché troppo dettagliato e pervasivo nelle materie trattate e troppo elevato nei livelli – ché esso si ragguaglia al 65-75 per cento del salario medio effettivo, laddove nei Paesi dove un salario minimo di legge esiste ci si situa tra il 35 e il 55 per cento – al tempo stesso mancando di quell'effettività insita in una norma

⁽¹⁾ Mi limito a segnalare in proposito un mio vecchio lavoro econometrico: S. FABIANI, A. LOCARNO, G. ONETO, P. SESTITO, *Risultati e problemi di un quinquennio di politica dei redditi: una prima valutazione quantitativa*, Banca d'Italia, Roma, Temi di discussione, 1998.

⁽²⁾ Le ricorrenti polemiche sull'inflazione effettiva e sulla (spesso scarsamente credibile) inflazione programmata, dimostrano come non sia ben chiaro che ormai per l'Italia l'ancora nominale è nella politica monetaria europea, non nelle vicende passate dei prezzi interni; la cadenza biennale della contrattazione – ed i ritardi nei rinnovi che a volte (soprattutto nel comparto pubblico) si vengono a determinare – comportano poi il rischio di disallineamenti tra settori (a seconda del momento in cui ciascuno chiude il contratto) e lunghe inerzie negli effetti degli shock inflazionistici.

di legge (ché l'*enforcement* deriva più da una legislazione di sostegno che da vincoli normativi veri e propri ⁽³⁾).

Se il sistema ha finora retto – quantomeno, nel settore privato – è per via dell'accettazione diffusa dell'obiettivo di moderazione salariale – come mezzo per acquistare maggiori margini di crescita dell'occupazione – e della ridotta dimensione dei guadagni di produttività da distribuire. Vi sono però tensioni. Vi è così chi propone di replicare scorciatoie del passato, con il ritorno ad una qualche forma di indicizzazione per evitare la conflittualità dei rinnovi biennali (la stessa motivazione degli accordi Lama-Agnelli sulla scala mobile negli anni Settanta). Vi è chi rinnega la fase di moderazione salariale e, ripescando la tesi del salario come variabile indipendente e trascurando la deludente *performance* della produttività, propugna una stagione di spinte salariali.

Un'opzione minimale, di fronte a queste tensioni, è quella di mantenere lo *status quo*, evitando di aprire discussioni "pericolose". Le tensioni e pulsioni ora descritte però confermano come il sistema disegnato nel 1992-93 non sia un equilibrio stabile, mantenibile a lungo. Ed i segnali non sono solo nelle dichiarazioni di questo o quel leader ma nei dati oggettivi, perché ad esempio sempre più ragguardevoli e diffusi sono i ritardi temporali in fase di rinnovo dei contratti.

3. La letteratura economica ha discusso delle implicazioni della struttura della contrattazione soprattutto sulla base dello schema di Calmfors e Driffill. Senza entrare nei dettagli – di quello schema, dei suoi antecedenti e dei suoi sviluppi successivi – l'idea fondamentale è che la situazione peggiore sia quella d'una contrattazione centralizzata ma settoriale, con agenti contrattuali troppo piccoli per internalizzare gli effetti delle proprie scelte, troppo grandi per sentire la disciplina imposta dal mercato del prodotto alla singola impresa.

Di per sé questo ragionamento non implica però che una contrattazione decentrata sia da preferirsi: anche un sistema accentrato e fortemente coordinato – un regime c.d. corporatista – potrebbe ben funzionare, consentendo utili scambi concertativi. Quanto avvenuto negli anni Novanta del secolo scorso è del resto un vivido esempio di tutto ciò. Inoltre, la questione cruciale non è tanto quella del livello della contrattazione, quanto le modalità operative e la consistenza di quelle forze che consentano, ad un estremo, di porre in essere utili scambi concertativi, all'altro estremo, di disciplinare i comportamenti utilitaristici di corto respiro. Questa precisazione, apparentemente banale, è importante. Concertare a livello nazionale – con tutti i costi anche procedurali che tali pratiche comportano – non ha granché senso se non si ha qualcosa da scambiare e se questi scambi non sono

⁽³⁾ I contratti collettivi di lavoro non valgono *erga omnes* ma sono indirettamente sostenuti dalla legislazione ed adoperati come riferimento dalla magistratura ove questa debba intervenire in caso di controversia. Ciò ne rafforza il ruolo in assenza di contrattazione aziendale (nelle imprese molto piccole) e rende al tempo stesso immodificabile il contratto nazionale da parte della contrattazione decentrata, perché comunque diviene facile opporsi ad una diversa modulazione dello scambio lavoro-salario definita a livello decentrato: una singola organizzazione sindacale contraria (che viene così ad acquisire una sorta di diritto di veto) o anche singoli (gruppi di) lavoratori possono infatti facilmente adire le vie legali contro qualsivoglia deroga al Ccnl, anche qualora la rimodulazione dello stesso non avvenga (globalmente) *in pejus* per i lavoratori.

rilevanti ed in grado di innescare derive positive (o quantomeno prevenire derive negative). Specularmente, la contrattazione di livello aziendale tra un monopolista ed un sindacato aziendale difficilmente può far ottenere risultati positivi alla collettività: privi di remore, magari ideologiche o legate all'inserimento organico del sindacato aziendale in un più ampio movimento sindacale, inefficienze e alti salari saranno tollerati dall'azienda che potrà applicare prezzi elevati (a discapito però dei salari reali della generalità dei lavoratori).

Discutere, qui ed ora, di vantaggi e svantaggi della struttura della contrattazione non può quindi prescindere da considerazioni attinenti altri campi che direttamente nulla hanno a che fare con le relazioni industriali. Se e solo se si intende perseguire una linea di rafforzamento dei processi di liberalizzazione dei mercati del prodotto vi sono vantaggi dall'avere una struttura contrattuale più decentrata⁽⁴⁾. La tesi di una preferibilità di assetti più decentrati riposa perciò in maniera pregnante sull'ipotesi che un po' si debba – per via dei vincoli derivanti dai processi di globalizzazione e dalle previsioni comunitarie – ed un po' si voglia – per via dei guadagni, anche occupazionali, che ne possono discendere – procedere lungo una strada di liberalizzazione.

Essa riposa anche sull'assunto che la funzione di ancoraggio delle grandezze nominali dell'economia non è più esercitata a livello nazionale, per cui ha meno senso adoperare l'inflazione programmata a livello nazionale in tal senso. L'assenza di una banca centrale nazionale riduce la possibilità di scambi virtuosi, di tipo macroeconomico, da realizzare tra autorità di politica economica nazionale e parti sociali⁽⁵⁾. Ciò che quindi era essenziale dieci anni fa, al fine di evitare un avvitamento del cambio della lira, è oggi meno rilevante, perché non vi è più un cambio della moneta nazionale da mantenere.

Beninteso, ciò non significa che l'evoluzione dei salari nominali non sia rilevante, perché anzi l'assenza di un cambio della lira tramuta immediatamente una maggiore inflazione interna in una perdita di competitività e ciò è quanto, nonostante il perdurare d'una certa moderazione salariale, è puntualmente avvenuto nei passati anni. Inoltre, altri scambi concertativi a livello centrale ben potrebbero essere prefigurati con utilità per il Paese, ad esempio tra moderazione salariale e riduzione degli oneri fiscali e contributivi sul lavoro. Nel prossimo paragrafo si immaginerà anzi proprio uno scenario di tale tipo, auspicando uno "scambio" tra maggiore decentramento della contrattazione – con accettazione di differenziali retributivi potenzialmente più ampi e più variabili – e sostegno fiscale ai redditi

⁽⁴⁾ Se viceversa ci si dovesse rassegnare ad avere, come troppo spesso ancora accade in taluni servizi, interventi del bilancio pubblico che *ex-post* ripianino i deficit di aziende concessionarie di servizio in un regime di protezione dalla concorrenza, meglio sarebbe, quanto meno come *second best*, decentrare il meno possibile la contrattazione: meglio sarebbe che le danze venissero condotte sin da subito dal governo nazionale poi chiamato a pagare il conto, sì da mettere in campo altri elementi al tavolo delle trattative e da dialogare, preferibilmente, con le grandi organizzazioni sindacali generaliste, non con tanti sindacati corporativi e irresponsabili.

⁽⁵⁾ Implicitamente si assume anche che scambi concertativi a livello di area euro, al di là dei loro intrinseci meriti e demeriti (ché a quel livello sarebbe alquanto elevata la disomogeneità di situazioni sul territorio, che comunque è sempre stato un inconveniente d'un sistema centralizzato anche in Italia, per via del ritardo endemico delle Regioni del Mezzogiorno), non siano fattibili per via delle differenti tradizioni e strutture organizzative nazionali.

da lavoro più bassi. Pur tuttavia, gli scambi in questione non si configurano come costruzione di un sistema proceduralizzato di contrattazione in cui un qualche tasso di inflazione programmato a livello nazionale possa utilmente fare da ancora del sistema. Molto spesso, inoltre, le azioni e le misure da concertare e che potrebbero aiutare una ripresa dell'economia nazionale sono processi di riforma e non singole misure *una tantum*. La concertazione ha più natura triangolare, tra governo e parti sociali, che di sistema di contrattazione centralizzato. Per molti versi si qualifica più nei termini di un buon clima di relazioni industriali che funga da viatico a quelle misure che come contrattazione dettagliata. Ciascuno deve in altri termini comunque fare il proprio mestiere ed, in particolare, il governo e le pubbliche amministrazioni non possono abdicare al proprio ruolo e limitarsi a recepire quanto emerge dal tavolo di confronto tra le parti sociali. Questo si configura più come cornice per la condivisione delle riforme e per l'ascolto delle istanze dei diversi attori che come centro decisionale.

A queste considerazioni di carattere generale, credo se ne debbano aggiungere altre tre, più specifiche e puntuali.

Un primo elemento, fortemente sottolineato nel più recente dibattito italiano e comunque insito nel concetto secondo cui buone relazioni industriali, di tipo partecipativo, possono essere un importante fattore di vantaggio competitivo è quello in base al quale una contrattazione decentrata che non parta dal Ccnl per aggiungere, ma anche per rimodulare (derogando da previsioni salariali, di inquadramento e così via, troppo spesso lontane e incongrue per la specifica realtà aziendale), potrebbe facilitare intese "produttivistiche", oltre ad un miglior soddisfacimento delle esigenze dei lavoratori. In altri termini, una contrattazione il cui baricentro sia più locale ed aziendale favorirebbe lo sviluppo d'un clima cooperativo e la reciproca disponibilità ad investire sul futuro di lavoratori e *management* ⁽⁶⁾. Confesso di non ritenere così importanti le intese produttivistiche "locali" di tale tipo come fattori di accrescimento della produttività, quella produttività che da svariati anni ormai ristagna nel nostro Paese. Anche gli esempi in negativo che spesso vengono in proposito evidenziati – si pensi ai trasporti, in cui relazioni industriali conflittuali creano disservizi e inefficienze endemiche – mi pare che ricordino l'importanza del clima di relazioni industriali ma non necessariamente che questo possa migliorare sol perché la contrattazione viene effettuata a livello aziendale ⁽⁷⁾. Nella letteratura teorica vi sono anzi modelli in cui proprio la contrattazione aziendale, per via della minaccia in essa insita che *ex-post* i lavoratori

⁽⁶⁾ Nella visione di Pietro Ichino (cfr. P. ICHINO, *A che cosa serve il sindacato?*, Mondadori, Milano, 2005), il punto rilevante non è tanto il livello della contrattazione quanto la possibilità di intese, plausibilmente più probabili in azienda che ad un livello più elevato, in cui lavoratori ed impresa sono in *partnerships*, con un salario mediamente più alto ma maggiormente variabile. L'aspetto positivo non risiederebbe tra l'altro nel mero accrescersi di peso di questo tipo di intese, quanto nel consentirle ove i lavoratori (e l'impresa) le trovino profittevoli.

⁽⁷⁾ La questione forse rilevante nelle situazioni di conflittualità endemica ora descritte è il fatto che *management* e sindacato aziendale, anziché confrontarsi anche aspramente facendo ciascuno il proprio mestiere, finiscono spesso col convergere nel cercare di ottenere maggiori risorse dal governo, il cui punto di vista è troppo lontano e troppo distorto da meccanismi e logiche politiche. Il risultato, paradossale, è che decentrare a soggetti poco responsabili – nel senso che poi ad intervenire è la finanza pubblica – aggrava i mali e non li risolve (cfr. *supra*).

si appropriino dei benefici di determinate innovazioni, riduca la propensione a porre in essere queste ultime. Credo perciò si debba distinguere tra opportuna ricerca di un clima di relazioni industriali più favorevole e meno *adversarial* – a tutti i livelli e non esclusivamente a livello aziendale, dove pure spesso tali attitudini si sono già da tempo sviluppate – e decentramento della contrattazione come sistematico fattore di innovazione del sistema produttivo italiano.

Più rilevante, e più attinente al decentramento della contrattazione, mi pare la questione della presenza di una struttura economica che è in Italia fortemente differenziata sul territorio. La presenza di un differenziale salariale nell'economia regolare più in linea con il divario di produttività tra le diverse aree aiuterebbe il Mezzogiorno. Il divario di produttività – ascrivibile ad un complesso di fattori ed eliminabile solo gradualmente e nell'ambito di un processo di *catching-up* da riavviare – oggi è solo parzialmente riflesso nei salari; scarsa occupazione e scarsa produttività spiegano così, in senso contabile, metà ciascuno del divario di prodotto per abitante tra le due macroaree del Paese. Una struttura contrattuale decentrata consentirebbe di riportare in linea le due variabili, non per il tramite di sotterfugi poco efficienti e neppure nell'ambito dell'economia sommersa; un fenomeno, quest'ultimo, che nel Mezzogiorno si estende ben al di là di quell'area di evasione contributiva e fiscale che sarebbe di per sé endemica nel settore dei servizi a più diretto beneficio del consumatore finale e organizzati su scala limitata. Anche quelle intese produttivistiche prima discusse, pur da non enfatizzare più di tanto, è proprio nel Mezzogiorno che sarebbero tra l'altro essenziali per favorire il *catching-up* dell'area, favorendovi la localizzazione e lo sviluppo di siti produttivi d'avanguardia.

A ben vedere, un maggior decentramento sarebbe anche utile nel comparto pubblico ⁽⁸⁾. Qui, l'inadeguatezza delle relazioni industriali deriva sostanzialmente dall'inesistenza d'una "politica del personale" da parte datoriale, che al tavolo contrattuale non esprime particolari obiettivi organizzativi (connessi con il reclutamento del personale, la motivazione e l'incentivazione dello stesso e così via). Questa assenza è rafforzata dalla struttura fortemente centralizzata della contrattazione, in cui l'attore che davvero conta è il governo nazionale, troppo distante da quelle esigenze e che interviene perciò sulla base di logiche politiche generali, di ricerca del consenso o di puro risparmio di spesa *hic et nunc*. Non a caso ne è derivata una sorta di ciclo elettorale dei salari nel pubblico impiego, ché i cordoni della borsa vengono allargati in prossimità di scadenze elettorali per poi essere indiscriminatamente ristretti a fronte delle difficoltà dei conti pubblici. Il nodo fondamentale di nuovo però non è tanto nel decentramento in quanto tale. In assenza di una chiara definizione di un *hard budget constraint*, il decentramento avrebbe anzi un impatto deleterio e non a caso, negli ultimi anni, è proprio negli enti locali e subnazionali che i salari hanno registrato le dinamiche più sostenute, senza alcuno speculare miglioramento qualitativo della compagine lavorativa e della *performance* di questa. Il decentramento dovrebbe consentire di meglio

⁽⁸⁾ A favore d'un decentramento nel comparto pubblico militano anche esigenze di coerenza complessiva, sì da evitare quegli effetti emulativi e di spiazzamento del mercato del lavoro privato insiti nell'assenza di differenziali salariali territoriali da parte del principale datore di lavoro.

recepire le esigenze organizzative differenziate dei singoli enti ed organizzazioni-agenzie del comparto pubblico, superando la logica dello *status* uniforme del funzionario pubblico. Prima del decentramento contrattuale, si dovrebbe perciò definire una politica del personale decentrata. Negli ultimi dieci/quindici anni la mera “contrattualizzazione” del lavoro pubblico ha invece accentuato il ritrarsi dei dirigenti pubblici da una funzione essenziale del *management*, l’esser controparte dei propri dipendenti, e consegnato le politiche del personale pubblico alle organizzazioni sindacali (che ovviamente fanno un altro mestiere).

4. Avendo argomentato come un sistema decentrato di contrattazione sia oggi preferibile, vi è da chiedersi come perseguire un simile obiettivo. Discutere delle diverse opzioni non può peraltro prescindere dalle ragioni in base alle quali si è prima argomentato a favore d’un sistema più decentrato. Se il punto rilevante fosse il decentramento al fine di rafforzare la capacità del movimento sindacale di agire, *in loco*, come agente contrattuale dei lavoratori – una istanza perfettamente legittima e, come detto all’inizio, con una lunga tradizione – pressoché qualsiasi opzione potrebbe fare al caso. Il discorso però cambia se – oltre a tenerne conto delle altrettanto importanti e tradizionali differenti istanze presenti nel movimento sindacale, di tutela dei lavoratori più deboli – il decentramento viene ricercato non di per sé ma per i motivi prima esposti.

In via generale, quattro grandi opzioni alternative sono oggi possibili. In alcuni casi si tratta di opzioni esplicitamente discusse, alle volte addirittura già in parte percorse; in altri casi si tratta di possibilità esistenti e poco dibattute. È però importante esaminarle brevemente tutte per capirne vantaggi e svantaggi specifici.

La prima opzione è quella di favorire, a mezzo di sgravi e facilitazioni fiscali e contributive, la contrattazione aziendale, specie sotto la forma di meccanismi di *gain sharing*. È un’opzione già in parte percorsa, perché già oggi una parte, sia pur ridotta, della retribuzione viene esonerata dalla contribuzione se formalmente posta in essere sotto forma di meccanismi di *gain sharing*. L’evidenza disponibile ci dice che la natura di *gain sharing* di tali componenti della retribuzione è piuttosto dubbia e che tali elementi del salario sono più diffusi tra i lavoratori ad alto reddito. In sostanza, insistere ulteriormente su questa strada, al di là degli oneri per il bilancio pubblico (e per la coerenza del sistema pensionistico, un argomento su cui non si può però qui entrare nei dettagli), rischia di avere forti connotati regressivi, da un punto di vista distributivo, e comunque difficilmente contribuirebbe al diffondersi di intese produttivistiche e di *gain sharing*.

Una seconda opzione è quella di puntare sul comparto pubblico. Si è detto che un decentramento contrattuale nel settore pubblico sarebbe comunque necessario, per evitare incoerenze rispetto ad un ipotetica contrattazione più decentrata nel comparto privato, e intrinsecamente utile perché congruente con modelli organizzativi più duttili e variabili, innovativi rispetto alle rigide categorizzazioni tradizionali del pubblico impiego. Allora, si potrebbe pensare, perché non partire proprio dal pubblico impiego. Non mi risulta che qualcuno lo abbia proposto. Anzi, il *Libro Bianco* prodotto dal governo nell’autunno del 2001, per molti versi accusato di temerarietà (e oggettivamente prodromico, pur se per via di scelte politiche non ascrivibili al documento in quanto tale od ai suoi Autori, di una stagione di sommovimenti nel confronto politico-sindacale) esprimeva una notevole

cautela in proposito. Penso che quella cautela fosse corretta, perché un decentramento irresponsabile – ovvero sia un decentramento in cui in realtà a pagare alla fine sia sempre il governo centrale – sarebbe alquanto deleterio nei risultati della contrattazione e nelle modalità della stessa. L'esempio forse più lampante di tutto ciò, più che nel prima citato andamento in media leggermente più sostenuto delle retribuzioni degli enti locali, è forse nelle vicende contrattuali nel comparto dei trasporti pubblici locali, dove si sono raggiunte vette elevatissime di conflittualità.

Una terza via, oggi molto dibattuta anche grazie ad un agile volume di Pietro Ichino, è quella dell'*opting out*, ovvero sia d'un depotenziamento del Ccnl che perderebbe la sua natura inderogabile. In sostanza si tratterebbe di favorire una sorta di competizione tra organizzazioni sindacali, rimuovendo le restrizioni alla inderogabilità del Ccnl, sì da consentire intese, *in primis* di livello aziendale in senso proprio, che rimodulino il Ccnl, non necessariamente in meglio o in peggio, bensì nel senso di prevedere un'articolazione diversa delle sue molteplici componenti, ad esempio aumentando la quota di salario variabile o prevedendo un periodo iniziale di salario più contenuto a fronte di specifici investimenti. Corollario essenziale di questa opzione è quello di definire le regole della competizione tra organizzazioni sindacali, nel senso di stabilire chi possa contrattare a nome dei lavoratori di un determinato sito produttivo laddove non tutte le organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl concordino sulla sua rimodulazione: la verifica dei consensi andrebbe in questa prospettiva attuata sì democraticamente, ma in una logica "maggioritaria" e non di mera registrazione dei consensi esistenti (in termini di iscritti o di affiliazione ideale). Le diverse organizzazioni sindacali dovrebbero infatti competere non tanto giocando al rialzo nelle richieste da formulare alla controparte, senza però poi assumersi l'onere di "governare" e portare a compimento quelle richieste. Piuttosto, esse dovrebbero competere nel definire proposte interessanti per (la maggioranza de) i lavoratori ed al tempo stesso tali da condurre ad un'intesa con la controparte ⁽⁹⁾. Ciò che convince poco di questa opzione è il suo *focus* essenzialmente aziendale; non si interverrebbe invece altrettanto facilmente sugli aspetti territoriali, a livello territoriale essendo anche più difficile risolvere i problemi di identificazione e misurazione della rappresentanza sindacale, che sono un corollario essenziale di questa direttrice. Ciò rappresenta un limite se si ritiene poco rilevante il vantaggio discendente da quelle intese "produttivistiche" prima discusse – in cui cioè la rimodulazione del Ccnl consenta quei proficui scambi tra le parti oggi impediti da un Ccnl lontano dalle realtà aziendali. Né va sottovalutato il rischio che la competizione tra sindacati, quali che possano essere i suoi vantaggi a lungo andare nel selezionare un sindacalismo "moderno", possa nel frattempo condurre ad un inasprimento della conflittualità.

⁽⁹⁾ Non basterebbe quindi la mera estensione al comparto privato delle norme attualmente vigenti nel comparto pubblico, ove si fotografano i consensi "ideali" ed una soglia di sbarramento, definita congiuntamente sulla base degli iscritti e dei voti periodicamente riportati, per scremare le organizzazioni meno rappresentative e la cui attività è di mero disturbo ai soggetti maggiori.

A parere di chi scrive, sarebbe piuttosto preferibile addivenire ad un'intesa nazionale che esplicitamente trasformi gli attuali Ccnl in una cornice leggera, significativamente più ridotta in termini di livelli salariali. Si tratterebbe di fissare una sorta di salario minimo intercategoriale e poche regole normative contrattuali, eventualmente differenziate tra settori e comparti. Si aprirebbbero così spazi alla contrattazione integrativa decentrata (la cui presenza sia eventualmente, ed entro certi limiti, favorita dalla normativa). Un realistico corollario di quest'ultima direttrice potrebbe essere l'introduzione, concordata tra governo e parti sociali, di schemi di sostegno fiscale e contributivo a favore dei bassi salari. Si noti che la finalità essenziale di questi ultimi è lo stimolo dell'occupazione regolare delle categorie più deboli ⁽¹⁰⁾. La loro introduzione però verrebbe anche incontro al rischio di riduzione delle tutele per i soggetti più deboli eventualmente derivanti dal ridimensionamento degli attuali Ccnl. Questa direttrice consentirebbe perciò di intervenire anche sugli aspetti territoriali, modificando la condizione di *status quo* dell'economia regolare ed abbastanza facilmente consentendo lo sviluppo, nelle piccole imprese in cui la contrattazione aziendale sia poco realistica, di contratti d'area. Né andrebbe considerato un costo aggiuntivo l'eventuale uso di risorse pubbliche al fine di facilitare il passaggio ad un sistema contrattuale più decentrato, ché il sostegno dei redditi netti da lavoro delle figure a più basso salario – di fatto concentrate nel Mezzogiorno – sarebbe per molti versi un indizio comunque auspicabile.

Perché e come decentrare la struttura della contrattazione in Italia – Riassunto. *Rilevate le spinte contrapposte dal lato del movimento sindacale e dal lato dei datori di lavoro in tema di decentramento contrattuale, l'A. esamina gli assetti disegnati nel 1992-93 ed evidenzia come tali spinte, incidendo su di essi, non garantiscano un equilibrio stabile. Sintetizzato, quindi, il quadro teorico di riferimento relativamente alle implicazioni possibili della struttura della contrattazione e illustrati vantaggi e svantaggi di un sistema decentrato, l'A. perviene alla conclusione che un sistema decentrato di contrattazione risulti attualmente preferibile. A fronte dell'analisi condotta, pertanto, l'A. svolge le proprie considerazioni conclusive con riferimento alle proposte formulate per perseguire l'obiettivo di un sistema contrattuale maggiormente decentrato.*

Why and how to decentralise bargaining in Italy (Article in Italian) – Summary. *This paper examines the opposing requirements of the trade-union movement on the one hand and the employers on the other in relation to decentralised bargaining in Italy, providing an overview of the bargaining procedures laid down in 1992-93, and underlining the fact that within this framework the pressures exerted by the two sides give rise to instability. After outlining the theoretical frame of reference concerning bargaining structures, and the advantages and disadvantages of collective bargaining, the author comes to the conclusion that a system of decentralised bargaining is to be preferred. On the basis of the analysis provided, the author examines proposals for achieving the objective of a more decentralised bargaining system.*

⁽¹⁰⁾ Si noti che laddove l'uso di risorse pubbliche qui immaginato avverrebbe a favore (dell'occupazione) di gruppi socio-demografici ed aree territoriali a basso salario, gli interventi di decontribuzione della contrattazione di secondo livello prima discussi ed in parte già oggi esistenti favorirebbero gruppi e situazioni ad alti salari.

Che cosa non funziona nella centralizzazione del nostro sistema della contrattazione collettiva

Pietro Ichino

Sommario: **1.** Il ruolo del sindacato e gli ostacoli del sistema italiano di relazioni industriali – **2.** La derogabilità del contratto collettivo nazionale: le opportunità a livello aziendale. – **3.** *Segue:* le opportunità a livello regionale o di zona. – **4.** Riflessioni conclusive.

1. Alla domanda che ho posto come titolo del mio ultimo libro – *A che cosa serve il sindacato?* ⁽¹⁾ – si può rispondere che il sindacato serve di fatto a molte cose, alcune buone, altre no. Nel nostro contesto attuale, secondo quanto sostengo, la funzione più importante e insostituibile che il sindacato può svolgere è questa: esso può costituire l'intelligenza collettiva che consente ai lavoratori di valutare la qualità della controparte (la sua competenza tecnica, la sua affidabilità sul piano dell'etica industriale e la sua disponibilità a condividere fino in fondo le informazioni di cui dispone), consente di valutare il progetto che essa propone e, se la valutazione è positiva, consente di scommettere su quel progetto, negoziando le condizioni della sua attuazione e la spartizione dei frutti della scommessa, se e quando essa sarà stata vinta. Questo è quello che il sindacato confederale ha fatto in Italia nel 1992 e nel 1993, quando ha valutato positivamente il progetto propostogli dal Governo per portare il Paese a entrare con i primi nel sistema dell'euro; questo è quello che il sindacato confederale fa quotidianamente in molte aziende piccole, medie, ma talora anche grandi (a Melfi nel 1990, per esempio, o all'Alitalia prima dell'ultima gravissima crisi).

Questo, però, è anche quello che talvolta in Italia non è possibile fare, a causa di due ostacoli istituzionali che lo impediscono. Il primo è costituito dal ricorrente dissenso tra i sindacati maggiori. Nel nostro regime attuale di "diritto sindacale transitorio", in assenza di un criterio generale di selezione del possibile agente negoziale, gli atti di autonomia collettiva più impegnativi e innovativi sono possibili da parte di qualsiasi sindacato solo in linea teorica, ma di fatto non lo sono

* *Pietro Ichino è Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Milano. Il presente contributo riproduce il testo della relazione presentata dall'A. al convegno Progettare il futuro delle relazioni industriali. Le buone relazioni industriali per la competitività e lo sviluppo, Modena, 17-18 marzo 2006.*

⁽¹⁾ Si vedano gli interventi di G.P. CELLA, M. RUSCIANO, M. MARTONE, P. SESTITO, C.F. CANAPA, V. FEDELI, G. CAZZOLA, M.R. IORIO, C. STUMPO, in *q. Rivista*, 2006, n. 3.

se non sono condivisi almeno dai tre sindacati confederali maggiori (qualcuno lo considera un bene, in quanto ciò costituisce uno stimolo all'unità sindacale; ma in molte situazioni – oggi troppe, a mio avviso – questo porta a una sostanziale paralisi o comunque all'impossibilità di sperimentare soluzioni innovative). Il secondo ostacolo istituzionale è costituito dalle disposizioni sparse – *in primis* l'articolo 36 dello Statuto dei lavoratori – che in vario modo attribuiscono di fatto una inderogabilità *erga omnes* all'intero complesso di disposizioni contenute nel contratto collettivo nazionale anche in materia di inquadramento professionale, mansioni e orario di lavoro, così impedendo la “scommessa” al livello aziendale su qualsiasi progetto che comporti la sperimentazione di un modello di organizzazione del lavoro e/o di struttura della retribuzione diverso da quello scelto dall'autonomia collettiva al livello centrale.

2. Nel libro propongo l'esempio del progetto della Nissan, che nel 2000 cercava un sito nell'area dell'euro dove insediare stabilimento per la produzione di un suo nuovo modello; e osservo che quel progetto non avrebbe comunque potuto essere sperimentato in Italia, per la sua incompatibilità con il modello di organizzazione del lavoro e di struttura della retribuzione definito dal contratto collettivo dei metalmeccanici. Ciò che la Nissan proponeva, e che la stessa impresa giapponese aveva realizzato da più di un decennio a Sunderland, nell'Inghilterra settentrionale, non era affatto una riduzione degli standard di trattamento dei lavoratori: gli *staff manufacturers* di Sunderland erano allora e sono tuttora pagati mediamente più del doppio dei metalmeccanici italiani. Ciò che la Nissan proponeva era innanzitutto uno stabilimento organizzato secondo i canoni della *c.d. lean production*, radicalmente incompatibili con il sistema dell'inquadramento unico minuziosamente definito dal Ccnl del settore metalmeccanico italiano (rimasto uguale a se stesso, per questo aspetto, negli ultimi 35 anni); in secondo luogo la Nissan proponeva una struttura della retribuzione nella quale la parte fissa era inferiore rispetto ai minimi tabellari di quel nostro contratto nazionale, per lasciare più largo spazio a una parte di retribuzione suscettibile di variare in relazione alle performance aziendali e di reparto; suscettibile di variare, altresì, in funzione del *rating* individuale, determinato mediante una particolare procedura tendente a valorizzare al massimo la professionalità di ciascun lavoratore e la qualità della sua prestazione (valutate l'una e l'altra secondo parametri diversi, ma non certo in sé “peggiori”, rispetto a quelli fissati, ancora una volta, dal nostro Ccnl). Niente a che vedere, dunque, con il lavoro “usa e getta” o con i *bad jobs* cui solitamente ci riferiamo quando parliamo di lavoro “sotto-standard”: puntare sul progetto della Nissan avrebbe, sì, comportato un contratto aziendale in deroga rispetto al contratto nazionale di settore, ma una deroga mirata a sperimentare una innovazione organizzativa che da più di un decennio stava dando oltre Manica risultati ottimi sul piano del trattamento dei lavoratori.

I critici di questa mia tesi mi rimproverano di ipotizzare un regime nel quale sia consentito all'autonomia collettiva di derogare, al livello aziendale o regionale, rispetto allo standard retributivo fissato col minimo tabellare nazionale, che corrisponderebbe sostanzialmente a una soglia di povertà. Essi non si chiedono come possa accadere che nel mondo intero centinaia di milioni di lavoratori stiano meglio rispetto ai lavoratori italiani, in termini di retribuzione oraria, ferie e altri

aspetti del trattamento, pur praticando modelli di organizzazione del lavoro e di struttura delle retribuzioni che in Italia sarebbero considerati come altrettante “deroghe *in peius*” ai nostri contratti collettivi.

L’innovazione costituisce il fattore essenziale di aumento della produttività del lavoro e quindi della sua redditività per chi lo svolge. E innovazione non significa soltanto nuove macchine, ma anche nuove professionalità, nuove strutture di impresa, nuove forme di organizzazione del lavoro, nuovi sistemi retributivi, che talvolta sono incompatibili con i modelli definiti dai nostri contratti collettivi nazionali. Per questo aspetto il contratto dei metalmeccanici è fermo alla prima metà degli anni Settanta, cioè a quando non esistevano ancora né i personal computer né Internet; ma se pure il suo contenuto in materia di organizzazione del lavoro fosse maggiormente sensibile al trascorrere del tempo, esso non potrebbe mai – con i suoi rinnovi triennali o quadriennali e con il suo applicarsi a una grande varietà di settori, dalla meccanica tradizionale all’aerospaziale, dalle fonderie alle case di software – essere sufficientemente pronto ad adattarsi alle infinite possibili innovazioni nell’organizzazione del lavoro, che oggi si presentano nel panorama internazionale con un ritmo sempre più intenso. In molti casi – quello della *lean production* è solo uno dei più macroscopici – la sperimentazione richiederebbe una possibilità di deroga al modello organizzativo previsto dal contratto nazionale, che oggi è, se non vietata, certo fortemente penalizzata nel nostro ordinamento.

La difficoltà di discostarsi dal modello fissato dal contratto nazionale, che caratterizza in concreto il nostro sistema di relazioni industriali, costituisce una delle cause dell’incapacità del nostro Paese di intercettare gli investimenti nel mercato globale dei capitali. Non la sola causa, certo: essa si aggiunge al difetto diffuso delle nostre *civic attitudes*, al difetto delle infrastrutture, al maggior costo dei servizi alle imprese, al cattivo funzionamento dell’amministrazione pubblica; ma, poiché oggi siamo il fanalino di coda in Europa per capacità di attirare gli investimenti stranieri, non possiamo permetterci di non agire su tutti i fattori di debolezza del nostro sistema, quindi anche su quello di cui stiamo qui discutendo.

3. L’inderogabilità di fatto degli standard fissati dal contratto collettivo nazionale non pone problemi seri soltanto nella fascia alta del tessuto produttivo (quella dove il modello di organizzazione del lavoro definito dal contratto collettivo può costituire ostacolo all’innovazione), bensì anche nella fascia bassa; e in particolare nel Sud del Paese, dove le aziende non reggono il costo degli standard fissati al livello nazionale. È del tutto legittimo scegliere la strategia fondata sulla centralizzazione rigida della contrattazione collettiva; ma se si sceglie questa strada occorre seguirla con rigore fino in fondo. Ciò che in Italia oggi non si fa e forse non è neppure possibile fare.

La logica della strategia centralistica – che nella seconda metà del secolo scorso ha caratterizzato esperienze molto importanti e positive, come quella svedese e quella tedesco-occidentale – consiste in questo: fissato uno standard minimo nazionale di trattamento, se ne impone il rispetto rigoroso a tutti, accettando che questo porti alla chiusura delle aziende meno produttive, incapaci di reggerne il carico, e che i loro dipendenti, debitamente accompagnati da servizi efficienti di assistenza nel mercato, migrino verso le aziende più produttive; ciò farà sì che il

lavoro di questi ultimi venga meglio valorizzato e che essi conseguano uno standard di trattamento migliore.

Applicare col necessario rigore questa strategia in Italia, oggi, significherebbe sopprimere almeno un terzo dei posti di lavoro del Sud e far sì che i lavoratori interessati migrino verso aziende del Centro-Nord. Poiché in realtà non accettiamo questa conseguenza, noi tolleriamo di fatto che lo standard nazionale venga largamente disapplicato, ci rassegniamo all'esistenza di un vasto settore di economia sommersa. E non si dica che questa tolleranza è dovuta a incapacità dei servizi di polizia di stanare le imprese inadempienti. Qualche tempo fa, in un incontro con una commissione di inchiesta sulla criminalità organizzata e l'economia illegale il prefetto di Reggio Calabria ebbe a dire che sarebbe molto facile individuare e reprimere il lavoro nero confrontando i tabulati dei consumi elettrici, o anche soltanto le pagine gialle del telefono, con i tabulati dell'Inps e dell'Erario; se non lo si fa è solo perché si preferisce non farlo, per non provocare sconvolgimenti sul piano politico e su quello sociale. Questo significa, in altre parole, che, a torto o a ragione, riteniamo la strategia della contrattazione centralizzata non suscettibile di essere perseguita fino in fondo; e scegliamo di tollerare la peggiore delle deroghe al contratto collettivo nazionale e alla legge stessa: il lavoro nero, diffusamente governato dalla mafia e dalla camorra.

Delle due l'una, dunque: o decidiamo senza por tempo in mezzo di compiere l'operazione indicata dal prefetto di Reggio Calabria, oppure consentiamo che gli standard negoziati al livello nazionale vengano adattati dalla contrattazione regionale al fine di renderne davvero esigibile il rispetto, nel quadro di una politica in cui la carota della riduzione del costo del lavoro si coniughi con la minaccia effettiva del bastone delle sanzioni (quel bastone che oggi noi consideriamo invece eccessivo usare). Sarà deroga *in peius*, certo, ma almeno non sarà una deroga decisa unilateralmente dalla parte peggiore degli imprenditori e dalle cosche, bensì una deroga governata dalla contrattazione collettiva alla luce del sole, magari nel quadro di una concertazione tripartita volta al ripristino della legalità e allo sviluppo del Mezzogiorno, nella quale i pubblici poteri si impegnino a fare la loro parte sul piano della polizia economica e del miglioramento delle infrastrutture, con la prospettiva di un graduale riallineamento futuro degli standard regionali a quello nazionale.

All'incirca gli stessi problemi si pongono anche in Germania, dove, come da noi, il sistema della contrattazione collettiva è per sua tradizione fortemente centralizzato. Ma il sistema tedesco, a differenza del nostro, reagisce, si muove alla ricerca di nuovi assetti. Dagli anni Novanta, ormai, nella R.F.T. accade con frequenza sempre maggiore – nonostante l'apparente divieto posto da una legge sulle relazioni sindacali del 1972 – che un accordo aziendale deroghi agli standard di categoria in materia di retribuzione o di orario, per adattarli a circostanze particolari che lo richiedono; o addirittura che siano i contratti collettivi di categoria a demanare alla contrattazione aziendale questa facoltà con clausole “di apertura”, o “di uscita”. Poiché sulla validità di queste pattuizioni si sono registrati orientamenti contrastanti dei giudici del lavoro, ultimamente i cristiano-democratici e i liberal-democratici hanno presentato in Parlamento due disegni di legge tendenti ad ampliare gli spazi nei quali la contrattazione aziendale può derogare a quella di categoria. Da oltre un decennio, poi, la differenziazione degli standard tra

Ovest ed Est ex-comunista è praticata sulla base di una precisa scelta compiuta dal sindacato al livello nazionale, in funzione dello sviluppo delle zone più arretrate. Rispetto alla Germania, l'Italia avrebbe un vantaggio: da noi la legge sulla contrattazione collettiva, pur prevista dalla Costituzione, non è mai stata emanata; l'assetto attuale del sistema della contrattazione è sancito da un accordo collettivo, il "protocollo Giugni" del 1993, che sindacati e imprenditori potrebbero cambiare in tutto o in parte senza chiedere il permesso né ai giudici né al legislatore, aprendo nuovi e più sicuri spazi per una differenziazione regionale transitoria degli standard in funzione dello sviluppo del Mezzogiorno.

Contro questa prospettiva viene spesso agitato lo slogan "no alle gabbie salariali". Ma le "gabbie salariali" abolite alla fine degli anni Sessanta erano tutta un'altra cosa: allora erano i contratti nazionali a fissare i minimi tabellari differenziati per 14 "zone" del Paese, dando per scontata e non superabile l'inferiorità economica del Mezzogiorno; ciò di cui oggi si deve discutere è invece la possibilità di una deroga regionale allo standard nazionale finalizzata al ripristino della legalità e a un graduale riallineamento nell'arco di un certo numero di anni. Non una "gabbia" contrattuale, bensì, proprio al contrario, un modo efficace per uscire dalla gabbia attuale dell'illegalità diffusa e dell'ineffettività della contrattazione collettiva.

Un'altra obiezione che viene mossa a questa proposta è che a) i salari contrattuali nel Mezzogiorno sono già oggi mediamente inferiori a quelli del Centro-Nord per effetto dell'assenza della contrattazione di secondo livello; e che comunque b) non basterebbe neppure una riduzione del 20 o del 30 per cento dei minimi attuali per indurre l'economia sommersa a riemergere. È facile replicare che: a) per un verso, anche nel Centro-Nord la contrattazione di secondo livello copre soltanto una parte del tessuto produttivo, per altro verso al Sud il costo della vita è mediamente inferiore rispetto al Centro-Nord; b) una riduzione del 20 o del 30 per cento dei minimi attuali non basterebbe certo per indurre l'economia sommersa a riemergere in un quadro come l'attuale di sostanziale rinuncia degli organi ispettivi ad agire incisivamente, ma se quella riduzione fosse accompagnata dal preannuncio della relativamente facile operazione di "setaccio" di cui parlava il prefetto di Reggio Calabria, l'uso congiunto del bastone e della carota sarebbe probabilmente molto efficace. D'altra parte, se fossimo convinti che anche una riduzione del 30 per cento, combinata con l'attivazione di quel severo setaccio, produrrebbe una perdita eccessiva di posti di lavoro, se cioè ritenessimo che dovessero essere lasciate in vita anche aziende incapaci di sopravvivere rispettando uno standard così ridotto, logica vorrebbe che disponessimo una riduzione ancora maggiore.

Se vogliamo voltar pagina, comunque, non basta un mutamento nella cultura dominante del nostro movimento sindacale: occorre anche una cornice di regole chiare sulla contrattazione collettiva e la rappresentanza sindacale, che consenta di compiere una scelta di questo genere anche al livello di un'intera regione e – perché no? – anche nonostante l'eventuale dissenso di una parte del movimento sindacale, se minoritaria. Questo, oggi, è possibile solo in linea teorica: sul piano pratico, proprio l'assenza di quella cornice rende quella scelta impraticabile, oppure praticabile soltanto in via eccezionale, col consenso di tutti, in zone circo-

scritte e con gli alti costi di transazione propri dei “patti territoriali” o dei “contratti d’area”.

4. Quello che propongo non è affatto di fare a meno del contratto nazionale, e neppure di ridurre gli standard di trattamento che esso garantisce per lasciare maggiore spazio alla contrattazione di secondo livello. Propongo soltanto di consentire che – al livello regionale, di zona o aziendale – un sindacato serio, radicato almeno in un certo numero di regioni e sorretto dalla maggioranza dei lavoratori interessati possa negoziare anche in deroga al contratto nazionale. In questo modo, nei due terzi del nostro tessuto produttivo che attualmente non conoscono la contrattazione di secondo livello il contratto nazionale conserverebbe per intero la sua attuale funzione ed efficacia, come rete di sicurezza nazionale; ma il sindacato non precluderebbe a se stesso l’abilitazione a compiere in periferia le scelte alternative che le circostanze possono richiedere.

Un assetto di questo genere, certo, presuppone un sistema che consenta, nel caso di dissenso insanabile tra sindacati, la selezione della coalizione abilitata a negoziare anche in deroga al contratto nazionale. Questa è una parte essenziale della cornice di regole necessaria. E qui si può prospettare ogni genere di “filtro”, dal più blando al più severo. Quello del radicamento dell’agente negoziale in un numero minimo di regioni a me sembra, per un verso, costituire una garanzia sufficiente contro il rischio del sindacato aziendalista, per altro verso un vincolo compatibile con un possibile pluralismo di strategie sindacali per lo sviluppo del Mezzogiorno e la lotta al lavoro nero: nella nuova cornice di regole mi sembra opportuno consentire che, se le confederazioni maggiori manterranno la propria attuale scelta contraria alla differenziazione degli standard, esse si trovino a doversi confrontare con un nuovo sindacalismo del Sud portatore di una strategia diversa. Se invece non si vuole consentire questo possibile confronto, basterà stabilire un filtro più restrittivo, fino al limite estremo dell’imposizione del nulla osta centrale per la deroga in periferia (è la scelta compiuta nel maggio scorso in sede di rinnovo del contratto nazionale per il settore chimico; dove non è, peraltro, prevista la possibilità di deroga periferica negoziata da una parte soltanto delle associazioni firmatarie del contratto nazionale). Ma il negare in radice la possibilità stessa della deroga mi sembra una scelta che può essere compiuta soltanto da un sindacato che ha paura anche di se stesso: un sindacato che, quindi, rinuncia a svolgere in periferia il ruolo di intelligenza collettiva dei lavoratori, di cui ho detto all’inizio.

Su di un punto concordo con i miei critici. La derogabilità del contratto collettivo nazionale non consente soltanto alle articolazioni periferiche del sindacato confederale di adattare intelligentemente gli standard in relazione a circostanze o progetti particolari: consente anche lo sviluppo di un sindacalismo ispirato a idee e modelli radicalmente diversi rispetto a quelli coltivati dal sindacato confederale così come noi oggi lo conosciamo. Capisco che questa prospettiva non piaccia per nulla alla dirigenza attuale delle nostre confederazioni maggiori; ma ritengo anche che il pluralismo sindacale garantito dal primo comma dell’articolo 39 della Costituzione non possa considerarsi compiutamente attuato se alle idee e modelli diversi non si dà lo spazio necessario perché possano effettivamente competere tra loro. E credo che le stesse nostre confederazioni maggiori avrebbero mol-

to da guadagnare dallo stimolo al rinnovamento che per esse deriverebbe dalla possibilità di questa competizione.

Che cosa non funziona nella centralizzazione del nostro sistema della contrattazione collettiva. – Riassunto. *L'A., identificata la funzione fondamentale del sindacato quale l'intelligenza collettiva che consente ai lavoratori di valutare la qualità della controparte in relazione al progetto che propone, alle condizioni per realizzarlo e alla ripartizione dei frutti della «scommessa» comune, rileva come il sindacato italiano, nel rivestire a pieno tale ruolo, incontra due ostacoli istituzionali: il ricorrente dissenso tra i sindacati maggiori in un contesto in cui manca un criterio generale di selezione del possibile agente negoziale, le disposizioni che attribuiscono di fatto una inderogabilità erga omnes al complesso intero delle disposizioni contenute nel contratto collettivo nazionale. L'A., privilegiando nell'analisi questo secondo profilo, lo esplicita con riferimento alle opportunità che, in mancanza, potrebbero essere realizzate a livello di contrattazione aziendale, sul piano della innovazione organizzativa e quindi della produttività del lavoro, della redditività per chi lo esegue e quale fattore necessario per attrarre investimenti nel mercato globale dei capitali, e a livello di contrattazione territoriale con particolare riferimento alla situazione del Mezzogiorno e del lavoro nero. L'A. sottolinea come un assetto quale quello prospettato presuppone, in caso di dissenso tra sindacati, un sistema di selezione della coalizione abilitata a negoziare in deroga al contratto nazionale e rileva, in conclusione, come la derogabilità del contratto collettivo nazionale consentirebbe, coerentemente, tuttavia, con il modello di pluralismo sindacale garantito dall'art. 39, comma 1, Cost., lo sviluppo di un sindacalismo ispirato a idee e modelli diversi da quelli tradizionali delle confederazioni maggiori le quali potrebbero però trovare in questo fenomeno un possibile fattore di rinnovamento.*

The prospects for decentralised collective bargaining: moving beyond the obstacles in the Italian industrial relations system (Article in Italian) – Summary. *This paper argues that the fundamental role of the trade union is to act as the collective consciousness to enable employees to assess the response of employers to their proposals, and notes that in performing this function Italian trade unions have to deal with two institutional obstacles: the recurrent lack of consensus between the leading trade unions in a context in which there is no general criterion for the selection of the bargaining agent, and the provisions that assign an inderogable erga omnes or extension role to national collective agreements. The author places particular emphasis on this erga omnes role, and argues that its removal would make it possible to strengthen company-level collective bargaining, resulting in organisational innovation and an increase in labour productivity and profitability, considered to be essential for attracting investment in global capital markets. In addition this would strengthen territorial bargaining, with particular reference to the Mezzogiorno and black market labour. The author underlines the fact that a scenario of this kind, in the event of disagreement between the unions, there would be a need for a system for selecting the union(s) entitled to act as the bargaining agent in derogation of the national agreement. Finally, the author points out that providing for derogation from the national collective agreement would make it possible, in compliance with the principle of trade union pluralism laid down by Article 39(1) of the Italian Constitution, to develop a trade union movement inspired by ideas and models distinct from those traditionally adopted by the major confederations, which would benefit from the renewal arising from such a reform.*

La riforma degli assetti contrattuali e la tutela del potere d'acquisto dei salari. Spunti di riflessione per un dibattito sempre aperto

Alessandro Brignone

Sommario: **1.** Posizione del problema. – **2.** La riforma della contrattazione e la difesa del potere d'acquisto dei salari: il tema nella posizione delle parti sociali e della dottrina. – **3.** In particolare: il recupero del potere d'acquisto dei salari; le proposte avanzate dalla dottrina. – **4.** Appunti per la riforma degli assetti contrattuali e per l'adozione di misure strutturali di incremento del potere d'acquisto delle retribuzioni: la riforma degli assetti contrattuali. – **5.** *Segue:* le misure per l'incremento del potere d'acquisto delle retribuzioni. – **5.1.** Interventi contributivi sul costo del lavoro e misure retributive accessorie. – **5.2.** Interventi fiscali sul costo del lavoro. – **6.** Alcune considerazioni conclusive.

1. La discussione sul tema della tutela del potere di acquisto dei salari dei lavoratori dipendenti, dopo una quiescenza durata alcuni anni, è ripresa con rinnovato vigore, almeno a partire dall'estate del 2004. Essa, tuttavia, si è arricchita di un profilo a lungo trascurato, almeno da parte di alcuni osservatori, relativo alla necessità di coniugare la distribuzione di un maggior reddito ai lavoratori con la riforma degli assetti della contrattazione collettiva.

Per fare ordine, o almeno tentare di farlo, nella vasta congerie di proposte, di idee o di semplici suggestioni che si sono moltiplicate nel corso dell'ultimo anno, può essere utile riprendere l'analisi della questione della riforma degli assetti contrattuali e, più in generale, della riforma delle relazioni industriali, svolgendo alcune riflessioni, sia sui termini del dibattito, che in una chiave prospettica e di proposta ⁽¹⁾.

In particolare, può essere utile verificare: a) se e come il modello di contrattazione collettiva scaturente dal Protocollo del 23 luglio 1993 sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e

* *Alessandro Brignone è Professore a contratto di Diritto del lavoro presso l'Università di Siena.*

⁽¹⁾ Un ampio dibattito sul tema oggetto di questo contributo si è svolto di recente nell'ambito del Convegno dal titolo *Riformare le relazioni industriali? Luci e ombre del caso italiano*, organizzato il 23 e 24 febbraio presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia dalla Fondazione Marco Biagi e da Adapt – Associazione per gli studi internazionali e comparati sul diritto del lavoro e delle relazioni industriali. Vedi i contributi di P. SESTITO, *Perché e come decentrare la struttura della contrattazione in Italia*, e di M. MAGNANI, *La rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge? Spunti di riflessione*, raccolti in *q. Fascicolo*, in questa sezione.

sul sostegno al sistema produttivo, sia (o sia considerato) ancora idoneo al raggiungimento degli obiettivi per i quali era stato preordinato; così come può essere utile verificare: b) se sussistano le condizioni, non tanto economiche, quanto politico-sindacali, per un più ampio riconoscimento ai lavoratori di quote di reddito collegate a parametri di produttività o redditività concordate in un secondo livello di negoziazione collettiva.

Ma sembra utile anche accertare: c) se possano essere congegnati strumenti che, al di là della riforma della struttura della contrattazione, consentano un aumento netto del potere d'acquisto dei lavoratori, senza un incremento dei costi per le imprese.

2. Sul primo tema, conviene preliminarmente ricordare che, alla data in cui si scrive, non esistono proposte organiche e formali, né da parte sindacale né da parte delle organizzazioni datoriali, compresa Confindustria ⁽²⁾, rivolte alle controparti, per una riforma del secondo capitolo del Protocollo citato, dedicato agli assetti della contrattazione collettiva (ma non vi sono proposte formali neppure per il primo capitolo, ossia quello ove è stabilita la regola dell'aggancio al tasso di inflazione programmata per l'adeguamento delle retribuzioni).

Le organizzazioni sindacali, con toni e contenuti diversi, hanno sostenuto, con enfasi crescente dal 2002 e fino ai primi mesi del 2006, la necessità di rivedere il Protocollo del 1993 a causa dell'incapacità delle regole in esso stabilite di garantire una dinamica delle retribuzioni dei lavoratori dipendenti pari a quella dell'inflazione reale, con l'esito di un assottigliamento progressivo del potere d'acquisto delle retribuzioni stesse ⁽³⁾.

In estrema sintesi e trascurando alcune sfumature interne alle medesime Confederazioni maggiori, sembra di poter affermare che, mentre la Cgil appare propensa ad una riforma *interna* del Protocollo, con ritocchi limitati al parametro di aggiornamento delle retribuzioni (e con abbandono, quindi, del *tasso di inflazione programmata* a favore di un *tasso di inflazione atteso, tendenziale o concertato*), Cisl e Uil abbiano accolto la diversa posizione di considerare sostanzialmente superata l'esperienza del Protocollo stesso e puntino all'affermazione di un maggior ruolo della contrattazione territoriale per la distribuzione di quote di retribuzione collegate alla produttività.

Anche Cgil, d'altra parte, ha più volte ribadito di recente la propria intenzione di studiare regole che consentano, in ogni caso, la distribuzione di quote reddito collegate al parametro della produttività, ma senza optare risolutamente per una specifica soluzione ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Quella che viene attualmente definita la proposta Confindustria consiste in un paio di spunti sul tema della riforma degli assetti contrattuali, contenuti in un documento, assai articolato, dedicato più in generale ai temi economici emergenti nella attuale difficile stagione.

⁽³⁾ Le proposte della Cgil, come è detto alla nota seguente, della Cisl e della Uil sono state presentate in occasione dei rispettivi ultimi Congressi: i testi possono essere letti in *Boll. Adapt*, 2006, n. 10, su *Riformare le relazioni industriali? Luci e ombre del caso italiano*. Il *Bollettino Adapt* può essere consultato sul sito del Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi", www.csmb.unimo.it.

⁽⁴⁾ In occasione del XV Congresso, nella Tesi congressuale n. 8, relativa alle *Politiche contrattuali*, la Cgil ha ribadito, da un lato, la propria opinione circa la centralità del contratto nazionale e, dall'altro, che

Per quanto riguarda il fronte imprenditoriale, da un lato non può che osservarsi una imbarazzata latitanza delle organizzazioni diverse da Confindustria, mentre quest'ultima, attraverso dichiarazioni di suoi esponenti di vertice, ha reiteratamente riconosciuto che esiste un *problema retributivo* in Italia, ma che esso deve essere risolto senza cesure con l'attuale assetto delle regole sulla contrattazione collettiva, cui si riconosce il merito di aver consentito di traghettare l'economia del Paese da una inflazione a due numeri agli attuali tassi, sostanzialmente in linea con la media europea ⁽⁵⁾. Una sola significativa eccezione è data dal recente accordo nel settore artigiano, per il quale si è congegnato un sistema negoziale che affida alla contrattazione territoriale un ruolo centrale su temi rilevanti come quelli della distribuzione di quote di produttività e del recupero dei differenziali di inflazione ⁽⁶⁾. Ma si tratta di un sistema fortemente condizionato dalla struttura dimensionale di un settore dove abbondano le imprese individuali e senza dipendenti.

La letteratura sui temi della contrattazione collettiva, dei suoi assetti, delle esigenze di riforma, nonché – ancor prima – sul suo inquadramento giuridico è, invece, sconfinata. Alcuni importanti contributi sono poi giunti anche da documenti di sintesi e di proposta, predisposti su iniziativa di governi che si sono succeduti negli ultimi anni (si allude alla relazione finale della cd. Commissione Giugni, sui primi anni di esperienza del Protocollo del 1993 ⁽⁷⁾, e al *Libro Bianco* del 2001 ⁽⁸⁾).

In estrema sintesi, le conclusioni cui si è giunti, per la parte propositiva, possono essere così schematizzate:

- *Ipotesi conservativa tradizionale*: discende dai risultati della *Commissione Giugni*, appena richiamata. Essa prevede: la conferma dei due livelli negoziali (nazionale di categoria e aziendale/territoriale); l'estensione della contrattazione territoriale a livelli anche (parzialmente) estranei alla tradizione sindacale italiana (regionale, provinciale, di distretto); il rafforzamento della differenziazione funzionale del contratto di secondo livello (con intervento su orari, inquadramento, flessibilità organizzativa, ecc.) e la previsione in esso di erogazioni retributive per obiettivi; la previsione, infine, delle cd. *clausole di uscita*, per la deroga ad opera dei contratti di secondo livello, di norme di rango nazionale, entro limiti da esse stesse stabiliti.

- *Il Libro Bianco del 2001*: si tratta del manifesto programmatico in materia di lavoro del Governo Berlusconi. Redatto da un gruppo di lavoro coordinato da

la contrattazione debba essere "estesa e riqualificata", anche a livello territoriale, laddove non giunga o non riesca a giungere quella aziendale.

⁽⁵⁾ L'ex Presidente della Confindustria Luigi Abete, in un intervento svolto nell'ambito della Consulta dei presidenti dell'ottobre 2006, ma anche in altre occasioni, ha sostenuto risolutamente – alla luce delle proposte avanzate in quel momento – la sua contrarietà ad interventi sul Protocollo del 1993.

⁽⁶⁾ Accordo 14 febbraio 2006, che attua una precedente intesa del 2004, firmato da Confartigianato, Cna, Clai, Casartigiani e Cgil, Cisl e Uil. Su questa intesa, si veda A. TAMPIERI, *Accordo nel settore artigiano per assetti contrattuali ed enti bilaterali*, in *GLav*, 2006, n. 9, 96.

⁽⁷⁾ Il documento finale della Commissione può essere letto in *Boll. Adapt*, 2006, n. 10, cit.

⁽⁸⁾ Il *Libro Bianco* del Ministero del lavoro si trova sul sito del Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi", www.csmb.unimo.it, in indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

Marco Biagi, esso propone l'assegnazione al contratto nazionale della natura di *accordo quadro* con funzione, per gli aspetti retributivi, di salvaguardia del potere d'acquisto e di fissazione di standard minimi comuni, con effetti su una quota del salario assai ridotta rispetto al totale attuale (il 50-60 per cento); la previsione di una durata diversa dall'attuale (doppia, ossia quattro anni?); la sottrazione a tale livello della possibilità di aumentare i minimi in funzione della produttività di settore; la prefigurazione di un ruolo eventualmente sostitutivo della contrattazione nazionale per quella regionale; il rafforzamento della contrattazione decentrata per rendere più flessibile la struttura della retribuzione, senza effetti di sommatoria con quella nazionale; l'impossibilità per la contrattazione decentrata di prevedere minimi inferiori a quelli stabiliti a livello nazionale; in sostanza, la previsione di un unico contratto che fissa la retribuzione, in alternativa quello nazionale o quello decentrato; a ciò si aggiunga la previsione della derogabilità individuale delle norme di legge o di contratto collettivo, sia pur in presenza di condizioni predeterminate;

- *Ipotesi della integrazione decentrata ex post*: è stata sostenuta da *istanze categoriali di parte sindacale* e da alcuni autorevoli scrittori ⁽⁹⁾. La proposta, che ha numerose varianti, prevede, nel suo nucleo essenziale, il depotenziamento della contrattazione nazionale attraverso l'abolizione del rinnovo economico biennale e la sua sostituzione con un meccanismo di adeguamento delle retribuzioni *a posteriori*, da parte del contratto aziendale, in linea di principio, o da parte del contratto nazionale o territoriale, in assenza del primo. In queste seconde ipotesi (adeguamento *ex post* ad opera del contratto nazionale o, meglio, territoriale), sarebbe di competenza dei rispettivi momenti di intervento della contrattazione la definizione di adeguamenti retributivi fondati su incrementi medi di produttività calcolati a livello territoriale. Il meccanismo, è utile ripeterlo, si applicherebbe ai soli lavoratori non interessati dagli incrementi pattuiti in sede di contrattazione aziendale.

3. Alcuni tra i più autorevoli economisti, unitamente alle proposte sulla riforma degli assetti della contrattazione collettiva, hanno, poi, espresso opinioni in ordine alle misure che possono essere assunte per il recupero di potere d'acquisto dei salari o, comunque, per l'aumento del reddito dei lavoratori dipendenti. Senza pretese di esaustività, esse possono essere sintetizzate come segue:

- previsione di sgravi fiscali e contributivi sui salari più bassi, per stimolare la domanda e l'offerta e per favorire un clima di maggior fiducia ⁽¹⁰⁾;
- fiscalizzazione di oneri sociali progressiva in funzione del livello dei salari, con copertura ottenuta aumentando il prelievo sulle rendite finanziarie, e distribuzione ai lavoratori delle risorse così liberate ⁽¹¹⁾;

⁽⁹⁾ L. BELLARDI, *Le relazioni industriali in transizione: nodi critici e ipotesi di riforma*, in *q. Rivista*, 2003, n. 3, 362.

⁽¹⁰⁾ T. BOERI, *Incrementi possibili nelle aziende esportatrici*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 settembre 2004.

⁽¹¹⁾ P. ONOFRI, *È ora di differenziare l'inflazione programmata*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 settembre 2004. Il disegno di legge finanziaria per il 2007 ha previsto un aumento significativo dell'aliquota impositiva sulle rendite finanziarie, per sostenere i costi della riduzione del cuneo fiscale.

- diminuzione netta del prelievo fiscale sui redditi più bassi, pur scontando l'incertezza dell'esito favorevole dell'operazione sulla propensione al consumo delle famiglie ⁽¹²⁾;

- restituzione del *fiscal drag* e fiscalizzazione degli oneri sociali per i redditi più bassi ⁽¹³⁾.

Unanimemente, poi, vi è un richiamo alla necessità di prevedere forme di retribuzione (variabile) collegata agli incrementi di produttività (aziendale e talvolta territoriale), sia pur con l'avvertenza che essi sembrano da anni latitare nel nostro Paese.

Più prudente, salvo quale eccezione, appare la dottrina giuslavorista, che – tuttavia – ha ampiamente e da tempo riconosciuto, sulla scorta della messe di ricerche che hanno indagato negli anni l'andamento, la qualità e la quantità della contrattazione decentrata, che le misure previste dalla legislazione nazionale per incentivare forme di retribuzione variabili sono modeste e inefficaci ⁽¹⁴⁾, e che, in ogni caso, la quota di retribuzione distribuita dai contratti di secondo livello, con l'ovvia eccezione dei settori che si fondano tradizionalmente su di essa, è – di solito – estremamente limitata.

L'eccezione di cui si diceva poco sopra è costituita dalla proposta di chi, con un approccio anche provocatorio, ha sostenuto la necessità di superare il principio dell'inderogabilità del contratto collettivo nazionale, con conferimento alla contrattazione decentrata della prerogativa di *adattare* la disciplina dei rapporti di lavoro anche al contesto economico e sociale del territorio, sia per consentire alle imprese di *avvicinarsi* progressivamente agli standard fissati dal contratto nazionale, uscendo dal sommerso, sia – ed è il profilo di maggior interesse – per consentire l'avvio di nuove attività produttive ⁽¹⁵⁾.

4. All'attuale assetto della contrattazione collettiva e al meccanismo di adeguamento delle retribuzioni prefigurati dal Protocollo del 1993 – fondato sul parametro dell'inflazione programmata – si contesta, come si è accennato sopra, l'incapacità di superare la stagione dell'emergenza – in cui, al contrario, essi si rivelarono decisivi, per una esigenza inderogabile di moderazione salariale volta a contrastare la fluviale inflazione di quegli anni – e di consentire, nell'attuale fase, alla dinamica di crescita del costo della vita di essere accompagnata da un pari incremento dei redditi dei lavoratori dipendenti o ad essi equiparati.

⁽¹²⁾ L. PAGANETTO, *Gli aumenti non bastano a rilanciare la domanda*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 settembre 2004. Ancora il disegno di legge finanziaria per il 2007, nel ripartire tra imprese e lavoratori i benefici della diminuzione del c.d. cuneo fiscale, ha previsto a favore di questi ultimi proprio una diminuzione dell'imposta sul reddito delle persone fisiche.

⁽¹³⁾ C. DELL'ARINGA, *Più occupazione e lotta al "terziario protetto"*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 settembre 2004.

⁽¹⁴⁾ L. ZOPPOLI, *La struttura della contrattazione collettiva: aspetti definitivi e teorici, profili storici e questioni di macroregolazione*, in *Atti del Seminario di Pontignano*, 1998. V. anche, ID., *La ricerca di un nuovo equilibrio tra contrattazione nazionale e contrattazione integrativa*, in *Aran Newsletter*, 2002, n. 6. Cfr. anche L. BELLARDI, *op. cit.*

⁽¹⁵⁾ P. ICHINO, *A che cosa serve il sindacato*, Mondadori, Milano, 2006.

Per ovviare a tale situazione, come si è visto, le proposte avanzate in questi ultimi anni si muovono in due direzioni opposte ⁽¹⁶⁾: da un lato, vi è l'istanza (o, più semplicemente, la proposta) di riformare la struttura della contrattazione assegnando maggior ruolo *concorrente* (ma senza duplicazioni) alla contrattazione decentrata, in particolare di livello territoriale, e affidando ad essa il ruolo di distribuire gli incrementi collegati alla produttività; dall'altro vi è la proposta di semplificare la struttura della contrattazione, assegnando ad un unico livello, tendenzialmente decentrato, il ruolo di stabilire la retribuzione e riconoscendo al contratto nazionale una semplice funzione di garanzia di livelli minimi di trattamento economico, inferiori a quelli attualmente di sua pertinenza (si tratta, osservata da un punto di vista diverso, della proposta contenuta nel *Libro Bianco* del Ministero del lavoro del 2001, di cui si è dato sinteticamente conto poco sopra).

Mentre non sembra vi siano le condizioni per dar seguito alla seconda opzione, maggiori spazi di manovra offrono le ipotesi *conservative*, che si muovono cioè nell'ambito della traccia contenuta nel Protocollo del 1993. Rinunziando, almeno in questa sede, al sostegno argomentativo di quanto segue, una riforma del Protocollo, può essere affrontata – ad avviso di chi scrive – ipotizzando:

- la sostituzione del tasso di inflazione programmata con il *tasso di inflazione attesa* (o *tendenziale*); esso, che in linea di principio può essere pari al tasso di inflazione programmata – se indicato in termini realistici – consentirebbe di adeguare le retribuzioni tenendo conto, in sede di aspettativa, non della sola programmazione delle azioni di politica economica da parte del Governo ma anche di una serie di indici macroeconomici eteronomi; nel caso vi fossero le condizioni sindacali, il *tasso di inflazione* potrebbe essere *concertato* in un accordo tri-laterale da concludere ogni anno in occasione della sessione primaverile di confronto che prelude alla predisposizione del documento di programmazione economica e finanziaria, che dovrebbe recepirlo senza modifiche;
- l'applicazione puntuale del criterio della *comparazione del tasso di inflazione atteso* (o, secondo l'attuale terminologia, programmato) con l'*inflazione reale* intervenuta nel periodo precedente e la previsione di correttivi, in aumento o diminuzione, collegati oggettivamente all'andamento economico del settore di riferimento (fatturato, redditività), all'inflazione importata, ecc.;
- l'incentivazione della contrattazione di secondo livello, mediante il riconoscimento alle erogazioni collegate ai risultati dell'impresa (o su base territoriale) di uno speciale regime di incentivazione, in termini di esenzione contributiva e fiscale (si veda il paragrafo seguente) applicabile sull'intera somma corrisposta ai lavoratori (e, quindi, superando gli attuali limiti previsti dalla legge);
- la previsione, in caso di accoglimento dell'ipotesi di cui al punto precedente, di un meccanismo sperimentale di adesione volontaria delle imprese a forme di contrattazione territoriale, anche *sub* o *sovra* provinciale, che prevedano eventuali incrementi retributivi fondati su parametri locali di redditività (e non solo di pro-

⁽¹⁶⁾ Come si vedrà, si tratta sempre di ipotesi che incidono sulla struttura della negoziazione ma anche sul connesso, spinosissimo, tema della rappresentanza degli attori sindacali.

duttività) per settore economico, negoziati annualmente dalle associazioni territoriali aderenti alle confederazioni comparativamente più rappresentative.

Questo schema consente, da un lato, di non smarrire l'esperienza positiva della definizione previsionale del tasso di inflazione cui agganciare l'adeguamento delle retribuzioni ai fini della tutela del loro potere d'acquisto (con anche un ritorno allo spirito del Protocollo stesso, nella parte in cui si prevede l'applicazione del principio della comparazione tra inflazione prevista e inflazione reale) e, dall'altro, di incentivare assai maggiormente di quanto accaduto finora, la contrattazione volta alla redistribuzione di una quota parte dei risultati dell'impresa. Al tempo stesso, attraverso l'*adesione* delle imprese – su base volontaria, poiché alternative non sono neppure concepibili – al contratto territoriale si può ottenere un effetto redistributivo anche nelle realtà di piccole e medie dimensioni senza contrattazione aziendale, cui si ricollega un pacchetto di agevolazioni e incentivi che rende appetibile lo *scambio*.

5. Accanto e in collegamento ai *ritocchi* alle regole sulla contrattazione (ma, a dire il vero, anche a prescindere da tali *ritocchi*), è possibile congegnare alcune misure aventi effetti sul potere d'acquisto delle retribuzioni dei lavoratori dipendenti, ben più incisive dei modesti esiti derivanti dagli interventi sull'Irpef adottati dal Governo in carica e da quello precedente. Esse potrebbero intervenire sul c.d. *cuneo fiscale* nonché sul costo del lavoro, ma nel secondo caso limitatamente alle somme erogate in conseguenza degli accordi di secondo livello.

Anche in questo caso, si rinvia ad altra sede, per ovvi motivi di spazio in relazione allo scopo della presente nota, l'inquadramento giuridico degli istituti proposti.

5.1. Per quanto riguarda le misure sul costo del lavoro o misure accessorie, in estrema sintesi, si potrebbe prevedere quanto segue:

- superamento, come sopra accennato, dell'attuale sistema di agevolazione contributiva delle quote di retribuzione erogate a seguito degli accordi di secondo livello e previsione dell'applicabilità di una aliquota agevolata su una quota maggiore di retribuzione rispetto all'attuale (3 per cento) o, in alternativa, la totale decontribuzione delle relative somme fino ad un limite prestabilito;
- corresponsione ai lavoratori che frequentano corsi di formazione concordati con le organizzazioni sindacali anche a livello territoriale e anche al di fuori del sistema dei fondi interprofessionali, di somme pari alla retribuzione minima, a titolo di indennità esente da contribuzione e imposizione fiscale, in aggiunta alla normale retribuzione; l'onere potrebbe essere interamente detratto dal datore di lavoro dal contributo obbligatorio per il finanziamento dei fondi interprofessionali o dal contributo da destinare all'Inps in caso di mancata adesione ai fondi stessi.

5.2. Gli interventi di natura fiscale potrebbero, invece, in estrema sintesi, essere i seguenti:

- Riduzione dell'Irap con vincolo di destinazione ai dipendenti. L'Irap è una imposta che *colpisce* i fattori della produzione prima della distribuzione e, quindi, da un punto di vista economico, effettua un prelievo sul lavoro e sul capitale

(proprio dell'impresa o di terzi). L'aliquota del 4,25 per cento ⁽¹⁷⁾ tassa, quindi, direttamente anche il fattore lavoro (indipendentemente dalla analisi sulla traslazione dell'imposta che mira ad individuare il soggetto realmente inciso dal prelievo). Proprio in ragione della sua diretta destinazione verso il fattore lavoro e, quindi, verso la retribuzione, un intervento di riduzione di questa imposta avrebbe il vantaggio di far diminuire, anche se *indirettamente*, il costo del lavoro per le imprese ma, dall'altro, e qui è la novità della proposta, potrebbe ben consentire di destinare una quota anche direttamente allo stesso dipendente. Per ottenere questo risultato occorre prevedere che la riduzione della componente relativa al costo del lavoro dalla base imponibile Irap (da ottenersi mediante una deducibilità parziale del costo del lavoro dalla base imponibile) sia, in parte, espressamente condizionata ad un suo trasferimento al dipendente come corresponsione mensile.

- Anticipazioni mensili del trattamento di fine rapporto con trattamento fiscale particolare. Il trattamento di fine rapporto è stato oggetto di diversi interventi normativi che ne consentono l'utilizzo in via anticipata prima della fine del rapporto di lavoro (per l'acquisto della "prima casa" o per motivi di salute); la più recente evoluzione legislativa ha, poi, previsto che il Tfr sia utilizzato, con varie modalità, come fonte di finanziamento della previdenza integrativa (anche con previsione di compensazioni per le imprese). Mutando almeno parzialmente la natura di questa voce di retribuzione, si potrebbe prevedere l'introduzione nell'ordinamento del principio secondo cui sia consentito pienamente al lavoratore di scegliere la destinazione delle relative somme. In concreto e ai fini di questo contributo, il lavoratore dipendente potrebbe chiedere che il rateo di Tfr gli venga accreditato mensilmente insieme alla retribuzione. La tassazione dell'anticipo del Tfr dovrebbe essere effettuata in maniera ridotta o, addirittura, essere rinviata al momento della corresponsione del trattamento alla fine del rapporto di lavoro. In questo modo anche l'erario, oltre alle imprese che vedrebbero diminuite le possibilità di finanziamento *interno* ed a costi *limitati*, contribuirebbe al conseguimento dell'obiettivo di una maggiore distribuzione di reddito ai lavoratori.

- Previsione di un credito di imposta a favore dei datori di lavoro che erogano premi di risultato, di importo collegato (percentualmente) alle somme erogate. Una tale misura avrebbe l'effetto di puro incentivo alla negoziazione di secondo livello, con l'effetto, per il profilo di interesse in questa sede, di prevedere l'aumento del reddito dei lavoratori interessati dal contratto decentrato, alle condizioni di favore proposte nel presente contributo.

6. La scelta di agganciare, come si è fatto in queste brevi note, gli spunti per una riforma degli assetti della contrattazione collettiva alle suggestioni sulle possibili misure per la riduzione del *cuneo fiscale* o, più in generale, per l'aumento del reddito dei lavoratori dipendenti, discende dalla constatazione, ovvia ma mai sufficientemente ribadita, secondo cui dall'efficienza del sistema negoziale dipende anche la tutela del potere d'acquisto dei lavoratori.

⁽¹⁷⁾ Si tratta dell'aliquota ordinaria. Sono, poi, previste riduzioni e aumenti per settori e la possibilità di differenziazione da parte delle Regioni di un punto in più o in meno.

Un sistema di contrattazione bloccato, volto alla difesa di se stesso, non produce completamente gli effetti per i quali esso è preposto, che non si possono limitare alla tutela dell'esistente, ma devono spingersi a sperimentare formule nuove, pur senza inutili provocazioni e senza incidere su vincoli e istituti simbolici per l'una o per l'altra parte.

D'altro lato, i recenti interventi sul c.d. *cuneo fiscale*, se hanno una qualche incidenza sulle imprese, producono ricadute risibili sui lavoratori, con il risultato di suonare come beffe.

Ecco che, allora, coniugare i *ritocchi* alla struttura della contrattazione dettati dal buon senso, o anche solo dalla necessità di ovviare ai problemi incontrati nella pur positiva stagione di applicazione del modello in vigore, con rimedi più consistenti per l'aumento del potere d'acquisto dei salari, può rappresentare una opzione utile a sganciare il tema dal dibattito politico, riportandolo a quello più naturale del dibattito sindacale e a trovare soluzioni concertative – inclusive, cioè, del terzo attore, quello pubblico – solo al fine, cinico ma pragmatico, di ottenerne il recepimento in provvedimenti legislativi, ormai – però – fondati su un ampio consenso ⁽¹⁸⁾.

La riforma degli assetti contrattuali e la tutela del potere d'acquisto dei salari. Spunti di riflessione per un dibattito sempre aperto – Riassunto. *L'A. affronta il tema relativo alle misure a tutela del potere di acquisto dei salari dalla prospettiva risultante da un'analisi contestuale di questo tema e di quello, connesso, relativo alle prospettive di riforma degli assetti della contrattazione collettiva. L'analisi muove dalla considerazione degli assetti disegnati dal Protocollo del 1993 e delle proposte di riforma formulate dalle Confederazioni maggiori, dal fronte datoriale, dalla vasta letteratura in materia e prosegue con una rassegna delle proposte formulate da economisti e giuslavoristi in tema di possibili misure volte a favorire il recupero del potere d'acquisto dei salari. Successivamente, le proposte esaminate sono valutate in chiave di prospettive di fattibilità con riferimento specifico al contesto politico-sindacale. Sempre sul versante delle misure possibili a tutela del potere d'acquisto dei salari, l'A. passa alla considerazione dei possibili interventi di ispirazione governativa distinguendo tra misure che incidono sul costo del lavoro e misure di natura fiscale. All'esito dell'indagine, l'A. conferma l'opportunità di affrontare il tema della tutela del potere d'acquisto dei salari considerando accanto ai profili legati agli assetti contrattuali anche le misure di iniziativa governativa rilevando come tale prospettiva consenta altresì di sganciare il tema dal dibattito politico riportandolo a quello più naturale del dibattito sindacale, di modo che soluzioni di carattere concertativo estese all'attore pubblico possano essere volte esclusivamente al recepimento di soluzioni già formulate sulla base di un ampio consenso.*

The reform of bargaining structures and the protection of the purchasing power of wages. Discussion points in an ongoing debate (Article in Italian) – Summary. *This paper deals with the measures for safeguarding the purchasing power of wages starting from an analysis of the institutional framework and the reform of collective bargaining structures. The author provides an overview of the bargaining structures put in place by the Protocol of 1993 and the reform proposals put forward by the main trade-union confederations, by the employers' associations and in the extensive literature dealing with this issue, and continues with an overview of the proposals drawn up by economists and labour law scholars concerning possible measures for strengthening the purchasing power of wages. Subsequently, the feasibility of the proposals examined is considered*

⁽¹⁸⁾ Sul tema del rapporto tra concertazione e legislazione, sia consentito rinviare a A. BRIGNONE, *Concertazione, tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *MGL*, 2000, 318.

with reference to the political and trade-union context. Still with regard to the possible measures for safeguarding income levels, the author considers the proposals put forward by the government, distinguishing between provisions that have an impact on labour costs and fiscal measures. In concluding the author underlines the importance of strengthening the purchasing power of wages, considering not only bargaining structures but also government measures, arguing that such a perspective makes it possible to steer the issue away from the political arena, back towards trade-union activity, so that tripartite bargaining with the participation of government representatives can focus on the implementation of solutions reached on the basis of a broad consensus.

La rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge? Spunti di riflessione

Mariella Magnani

Sommario: **1.** Alla ricerca delle questioni da risolvere. Lo stato del dibattito nella precedente legislatura. – **2.** Il rapporto tra i problemi di funzionamento del sistema contrattuale e la regolazione della rappresentanza. – **3.** Decentramento contrattuale e regolazione della rappresentanza. – **4.** Conflitto e regolazione della rappresentanza. – **5.** Conclusioni.

1. La domanda circa la necessità di una legge sulla rappresentanza sindacale, posta in termini assoluti, è di difficile se non impossibile soluzione, postulando essa, non solo una profonda conoscenza del funzionamento del sistema di relazioni industriali sulla base di indagini empiriche che ad oggi mancano ⁽¹⁾, ma anche, in un certo senso, capacità divinatorie sugli effetti di una regolazione, ovvero di questa o quella regolazione.

Quello che però possiamo e, anzi, dobbiamo fare è cercare di individuare correttamente i problemi che si pongono nel funzionamento delle relazioni industriali, perché, come tutti sanno, una corretta individuazione dei problemi è già una mezza soluzione.

Per tentare di entrare senza troppi indugi nel cuore della questione, si possono dare per scontati alcuni dati di partenza, ben evidenziati dal dibattito sul c.d. disegno di legge Gasperoni della scorsa legislatura, che doveva costituire la legge generale sulla rappresentanza, ispirata alla disciplina dettata per il pubblico impiego. E ciò nonostante che, alle origini, il problema della rappresentanza e della rappresentatività nel pubblico impiego si ponesse in termini qualitativamente diversi ed anche più limitati, rispetto al settore privato, perché si trattava unicamente di conferire credibilità ed efficienza a procedure di negoziazione collettiva “comunque garantite e dovute dalle pubbliche amministrazioni” ⁽²⁾.

* Mariella Magnani è Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Pavia. Il presente contributo riproduce il testo della relazione presentata dall'A. al convegno Riformare le relazioni industriali? Luci e ombre del caso italiano, Modena 23-24 febbraio 2006.

⁽¹⁾ Cfr. G.P. CELLA, *Sulla struttura della contrattazione: verso un nuovo modello?*, relazione al convegno AISRI su *Competizione, partecipazione, contrattazione*, Milano, 9-10 giugno 2005, che giustamente lamenta proprio questo, ovvero la mancanza di ricerche recenti, attendibili e complete, in relazione allo stanco dibattito sulla riforma del sistema contrattuale.

⁽²⁾ Come è ammesso da P.G. ALLEVA, *Le nuove regole della rappresentanza sindacale tra pubblico e privato*, in AA.VV., *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Giuffrè, Milano, 1998, vol. I, 7-8.

Che la disciplina dettata per il pubblico impiego, formatasi attraverso aggiustamenti progressivi e secondo un percorso discendente per cui, muovendo dal *dato* dell'efficacia *erga omnes*, si è cercato poi di individuare i soggetti sindacali in modo coerente e costituzionalmente compatibile con siffatto esito, potesse avviarsi a rappresentare un modello per la disciplina generale era già stato preconizzato da molti. Ed è stato registrato, da molti con preoccupazione, a fronte del contenuto di questo disegno di legge ⁽³⁾.

Legificazione della disciplina della contrattazione collettiva e della rappresentanza sindacale, predeterminazione dei livelli contrattuali e dei soggetti legittimati a negoziare, conferimento di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi nazionali – se sottoscritti da sindacati che avessero nel loro complesso una rappresentatività non inferiore al 51 per cento come media tra il dato associativo e quello elettorale (o al 60 per cento del dato elettorale) – e aziendali, consacrazione del doppio canale, ma da un punto di vista strutturale e non funzionale, giacché le rappresentanze sindacali unitarie erano immancabili agenti della contrattazione collettiva aziendale, erano caratteri presi di peso dalla disciplina del pubblico impiego.

In più, rispetto a questa, vi era uno sbilanciamento verso gli istituti di democrazia diretta: il disegno di legge, anche se non arrivava a consacrare direttamente il *referendum* abrogativo (o risolutivo), demandava però ai contratti collettivi di determinare necessariamente (introducendo così una singolare figura di obbligo di contrarre) forme di consultazione dei lavoratori. Istituti di democrazia diretta che si sarebbero giustificati, secondo la linea di politica del diritto cui era ispirato il disegno, quale rimedio contro il pericolo di emarginazione delle minoranze, pur rappresentative, atteso il criterio adottato per l'attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi ⁽⁴⁾.

Ebbene, il primo interrogativo che poneva questo progetto è perché fosse necessario od opportuno legiferare proprio allora nel nostro sistema, e con un provvedimento di portata generale, in materia di contrattazione collettiva e di rappresentanza sindacale. Inutile negare che la prima impressione, e probabilmente la più fondata, era quella di un semplice effetto di trascinamento della normativa sul pubblico impiego: in una visione illuministica, destava un senso di fastidio il fatto che, una volta che si affermava di aver attratto il pubblico impiego nel diritto privato, il regime giuridico della contrattazione collettiva e del contratto collettivo fosse del tutto divaricato a seconda che essi insistessero su un settore piuttosto che sull'altro.

In effetti, se ci si poneva da un punto di vista meramente utilitaristico, il problema dell'*erga omnes* non sembrava neppure allora all'ordine del giorno. E ciò, non solo per il mutato contesto di relazioni industriali, ma anche grazie alla proposizione di letture estremamente sofisticate dell'articolo 39 della Costituzione.

⁽³⁾ Cfr. soprattutto B. CARUSO, *Rappresentanza e rappresentatività nel pubblico impiego riformato: "l'interramento del cratere"*, in *LPA*, 1999, I, 225 ss.; F. CARINCI, *Concertazione e rappresentatività sindacale*, ivi, 1998, I, 1023 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. P.G. ALLEVA, *op. cit.*, 28 ss., per l'argomentazione di questa linea di politica del diritto. In senso critico, cfr., da ultima, F. LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Giappichelli, Torino, 1999, *passim*.

Si tratta di letture sofisticate perché non fanno del modello di sindacato e di contratto collettivo emergente dalla norma costituzionale, considerata nella sua globalità, il modello esclusivo e dunque consentono soluzioni, per così dire, pluralistiche dell'*erga omnes*. Beninteso, non è certo una novità, facendo anzi parte del Dna del nostro diritto sindacale, la lettura che, in un certo senso, contrappone il comma 1 alla seconda parte dell'articolo 39, valorizzando il primo. È, infatti, la lettura che storicamente si è affermata della norma costituzionale; è quella cioè che, radicando la contrattazione collettiva nel comma 1 dell'articolo 39, vale a dire nel principio di libertà sindacale, e ravvisando nella seconda parte non il modello necessitato di sindacato e contratto collettivo ma unicamente il mezzo attraverso il quale il contratto collettivo può acquistare efficacia *erga omnes*, non solo ha fornito il fondamento positivo della teorizzazione della contrattazione collettiva cosiddetta di diritto comune, ma ha anche giustificato, sul piano teorico, l'accantonamento della prospettiva dell'attuazione costituzionale⁽⁵⁾.

La sofisticatezza consiste nel tentativo di giustificare, alla stregua del comma 1, anche la sostanziale, sebbene indiretta, estensione degli effetti dei contratti collettivi al di fuori del procedimento del comma 4⁽⁶⁾. Addirittura secondo queste letture sofisticate – penso, da ultimo, a quella di D'Antona – persino la possibilità di dare attuazione alle direttive comunitarie tramite contratti collettivi secondo le previsioni dell'Accordo sulla politica sociale, poi incorporato nel Trattato di Amsterdam, non ci sarebbe preclusa perché appunto l'articolo 39 non impedirebbe l'introduzione di meccanismi che realizzino, direttamente o indirettamente, l'estensione della loro efficacia, "trattandosi di questione che riguarda l'applicazione del diritto comunitario, che non risente delle dinamiche dell'ordinamento giuridico nazionale e nel suo ambito prevale su qualunque parte del diritto interno, non escluse le disposizioni costituzionali"⁽⁷⁾.

Certamente qualcuno rilevava con forza che non ci si poteva porre unicamente da un punto di vista utilitaristico, giacché la disponibilità di strumenti per risolvere,

⁽⁵⁾ Ed è, come noto, la lettura risalente a F. SANTORO PASSARELLI espressa in vari saggi (v. in particolare, *Stato e sindacato*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Cicu*, Giuffrè, Milano, 1951, I, 661 ss.) elaborati tra la fine degli anni Quaranta e la fine degli anni Cinquanta, ora raccolti in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, I. Su essa si innesta poi quella di F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *RTDPC*, 1963, 570 ss., per il quale, com'è noto, l'art. 39 è segnato da una contraddizione interna (tra il suo comma 1 e la sua seconda parte).

⁽⁶⁾ Cfr., da ultimo, M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, 665 ss. Peraltro anche al Congresso Aidllass del 23-25 maggio 1997, dedicato a *Autonomia collettiva e occupazione* (ed i cui atti sono pubblicati per i tipi di Giuffrè, Milano, 1998), è emersa a più riprese una concezione pluralistica e differenziale della contrattazione collettiva: mi permetto di rinviare al mio intervento, *ivi*, 216 ss.

⁽⁷⁾ Così M. D'ANTONA, *op. cit.*, 685. A dire il vero, appare arduo inferire dalle disposizioni comunitarie qualche principio che collida con quanto previsto dall'art. 39 e che dunque possa prevalere sul medesimo, secondo il classico schema applicato ai rapporti tra diritto nazionale e diritto comunitario dalla Corte di Giustizia ed accettato, sia pure con il limite della salvaguardia dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, dalla Corte Costituzionale (cfr. C. Cost. 24 aprile 1989 n. 232, in *FI*, 1990, I, 1855). Sul problema dell'estensione degli effetti dei contratti collettivi che attuino direttive comunitarie tramite appositi provvedimenti legislativi di mera recezione, vedi anche R. FLAMMIA, *Ordinamento sindacale italiano e Protocollo sociale di Maastricht*, in *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, in *NGL*, 1995, suppl., 96 ss.

o superare, il problema dell'*erga omnes* non poteva far velo sulla circostanza dell'impressionante sviluppo della dimensione istituzionale del sindacato, a fronte della quale appariva incoerente continuare a predicarne l'immunità⁽⁸⁾.

Però, anche ad accettare questa premessa, il rapporto costi-benefici della proposta riforma era molto squilibrato. Autonomia nella determinazione della struttura contrattuale, libertà nel riconoscimento degli interlocutori negoziali, centralità del sindacato-associazione: niente di tutto questo, su cui – bisogna ricordarlo – si è liberamente formato un vitale sistema di relazioni collettive, era destinato a sopravvivere.

2. Oggi l'analisi potrebbe essere diversa? Sebbene ormai da diversi anni si discuta di contrattazione collettiva, sulle possibilità e sui caratteri di un nuovo modello contrattuale, sulla persistente validità o sulla irrimediabile obsolescenza del protocollo del luglio del 1993, il tema della verifica della tenuta del protocollo del 1993 pare finalmente maturo. E la verifica dell'attualità del protocollo potrebbe toccare "di striscio" anche il problema della rappresentanza, innanzitutto per una ragione essenzialmente formale, dal momento che proprio il protocollo contiene l'auspicio delle parti per "un intervento legislativo finalizzato, tra l'altro, ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori" e l'impegno del Governo ad emanare un "apposito provvedimento legislativo inteso a garantire l'efficacia *erga omnes* nei settori produttivi dove essa appare necessaria al fine di normalizzare le condizioni concorrenziali delle aziende". Ma, sotto tale profilo, la può toccare, appunto, solo di striscio perché, rispetto all'impianto regolativo del protocollo, questa parte risulta in qualche misura esterna e giustapposta.

Tralasciando dunque l'aspetto formale, la prima osservazione da svolgere, sulla base dell'esperienza, è che la disponibilità di una strumentazione di misurazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva (e dunque dell'attribuzione dell'efficacia *erga omnes*) non incide di per sé sul funzionamento del modello di relazioni industriali. Lo dimostra proprio il fatto che tale modello, nei suoi aspetti salienti o nelle sue finalità principali, ha funzionato a prescindere dalla regolazione della rappresentanza, a prescindere cioè dal conferimento di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, secondo la visione che chiamerei statica e direi quasi estetica del problema delle relazioni sindacali.

Personalmente prediligo una *visione dinamica*, vale a dire quella che pone la questione della misurazione della rappresentatività e dell'eventuale *erga omnes* in relazione al funzionamento dell'assetto di relazioni industriali. Orbene, per quanto riguarda questo funzionamento, è innegabile che altri siano i problemi e poco abbiano a che fare con la regolazione della rappresentanza. Non bisogna dunque fare di tutte le erbe un fascio: la regolazione della rappresentanza sindacale è altra cosa rispetto alla riforma dell'ordinamento contrattuale.

⁽⁸⁾ È, ad esempio, in questo senso, l'analisi di U. ROMAGNOLI, *Il sindacato e la legge*, in *RTDPC*, 1998, 1 ss. Precedentemente, dello stesso A. v. *L'inutile necessità di una disputa*, in *DLRI*, 1996, 1 ss.

Ancora oggi mi paiono attuali – e nel ritenerlo sono in buona compagnia – le considerazioni della c.d. Commissione Giugni, istituita nel 1997 proprio per la verifica della tenuta del protocollo del luglio 1993 ⁽⁹⁾.

Giova ricordare che, nella sua relazione, la Commissione già rilevava che il primario obiettivo del protocollo – vale a dire la riduzione del tasso di inflazione tramite il contenimento delle dinamiche salariali – era stato raggiunto e che tuttavia la sua applicazione aveva evidenziato i seguenti punti di criticità:

a) la politica dei redditi e la concertazione sociale hanno avuto difficile applicazione in alcuni settori, come quello dei trasporti – che, non a caso, registrano un tasso di conflittualità elevato – dove il dominio di imprese monopolistiche ha prodotto assetti contrattuali non omogenei rispetto a quelli del protocollo;

b) la struttura contrattuale a due livelli (che pure ha conseguito obiettivi a livello macro-economico) non ha conseguito gli stessi risultati a livello micro-economico. La contrattazione decentrata che, secondo l'impianto del protocollo, doveva introdurre elementi di variabilità delle retribuzioni – mentre il Ccnl doveva difendere il potere d'acquisto della retribuzione – non solo presentava una diffusione assai scarsa (coprendo solo il 30 per cento delle aziende), ma utilizzava parametri distorti che in larga misura determinavano una riproposizione dei vecchi premi aziendali. E ciò, mentre la struttura industriale italiana necessitava di maggiore adattabilità e flessibilità, che può essere garantita solo da una maggiore variabilità di una quota del salario;

c) quanto alla struttura della rappresentanza, si affermava la necessità che la stabilità dell'assetto contrattuale fosse garantita anche tramite accordi di tipo organizzativo tra i soggetti negoziali. Poco spazio nelle conclusioni della Commissione è dedicato al problema dell'*erga omnes*. Poco più che rituale è il riferimento alla sua necessità, vuoi sotto il profilo di consentire l'attuazione di direttive comunitarie tramite contratto collettivo, vuoi sotto il profilo di eliminare le politiche distorsive della concorrenza note sotto la formula di contratti-pirata, vuoi, ancora, sotto il profilo di garantire l'efficacia dei contratti collettivi aziendali a fronte del dissenso dei lavoratori, ricompresi nel campo di applicazione dell'intesa aziendale.

A fronte dell'individuazione di tali punti di criticità, in sintesi le conclusioni della Commissione sono state nel senso che il sistema contrattuale dovrebbe essere ancora costruito su due livelli, ma rafforzandone la *differenziazione funzionale*. Il Ccnl dovrebbe rimanere una sede determinante del sistema contrattuale, con lo scopo di fissare le condizioni minime di lavoro, anche se con riduzione degli istituti considerati, mentre il secondo livello dovrebbe avere un ruolo funzionalmente più specializzato. Per garantire un maggior sviluppo del decentramento contrattuale, condizionato dalla scarsa diffusione della contrattazione decentrata, e di quella territoriale in particolare, si suggerisce di modificare il protocollo in una direzione che consenta espressamente, “su accordo delle parti e con competenze uguali, il ricorso alternativo, senza sovrapposizioni, alla contrattazione collettiva a livello territoriale (regionale, provinciale, di distretto)”. Analogamente si

⁽⁹⁾ Vedine la *Relazione finale*, in *RGL*, 1998, I, 571 ss.

suggerisce di prevedere anche “le cosiddette ‘clausole di uscita’, che consentano entro certi limiti e a precise condizioni definite nel Ccnl di derogare a livello aziendale e/o territoriale alla disciplina negoziata a livello nazionale. Tali clausole comporterebbero comunque sempre la consensualità delle deroghe, verificata e validata dalle *stesse* organizzazioni firmatarie dei contratti collettivi derogati”⁽¹⁰⁾.

Si prevede certamente anche una revisione della legislazione di sostegno e del modello di rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro. Di qui la possibilità di misurare la rappresentatività dei sindacati e, dunque, di affrontare in maniera definitiva, anche tramite un opportuno intervento legislativo di sostegno, la questione dell’efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi. Ma, appunto, la soluzione dell’*erga omnes* non appare il primo obiettivo; al più, la ricaduta di una revisione – neppure chiaramente prefigurata – della legislazione di sostegno e del modello di rappresentanza sindacale.

3. Nel dibattito odierno c’è una sensibilità ancora più forte verso un maggior decentramento contrattuale (con, addirittura, la prefigurazione di un sistema a regime in cui, fermi i minimi del contratto nazionale, siano i contratti decentrati il vero livello di contrattazione collettiva). Ma di esso – decentramento – non è precondizione la regolazione della rappresentanza sindacale, come dimostrano i modelli decentrati a livello territoriale già sperimentati. Solo in un’ottica spuria, in cui si ragioni in termini non di vero decentramento e di specializzazione, ma derogatori, si può spiegare la proposta recentemente avanzata – alludo alla proposta di Ichino⁽¹¹⁾ – di attribuire la libera negoziazione di discipline diverse ai livelli inferiori, solo quando a contrattare sia una coalizione maggioritaria.

4. Posto che i problemi che affliggono l’assetto dei rapporti contrattuali non dipendono da (o non sono risolvibili con) la regolazione della rappresentanza, la questione della sua necessità o no si può vedere anche da un altro lato, vale a dire dal lato del conflitto, che oggi concerne soprattutto il settore terziario e l’insieme nevralgico dei servizi pubblici. La legge n. 83/2000 ha introdotto regole, tra le quali la c.d. rarefazione, che spesso sono giudicate (e constatate) insoddisfacenti a fronte dei caratteri tipici del conflitto terziario: la sua frammentazione, la separazione fra la dimensione e il peso dei suoi protagonisti, spesso gruppi circoscritti, e gli effetti dannosi prodotti sui cittadini “ostaggi”⁽¹²⁾.

A fronte di questo si parla spesso (anche se troppo in libertà e in modo generico ed evanescente) di una legge sulla rappresentatività sindacale quale antidoto che contribuisca ad eliminare alla radice il fenomeno della frammentazione sindacale. Ma che cosa si intenda, in questo contesto, per legge sulla rappresentatività non viene affatto chiarito; anzi, chi la invoca come rimedio tende a precisare che le contromisure possibili non consistono nel riproporre una titolarità sindacale dello sciopero che nell’attuale stato delle relazioni industriali sarebbe, più che irrea-

⁽¹⁰⁾ Cfr. la *Relazione*, cit., 587-588.

⁽¹¹⁾ Cfr. P. ICHINO, *A cosa serve il sindacato?*, Mondadori, Milano, 2005.

⁽¹²⁾ Cfr. T. TREU, *Il conflitto e le regole*, in *DLRI*, 2000, 313.

listica, controproducente ⁽¹³⁾, e si propongono semmai altri tipi di misurazione del consenso, privi del carattere invasivo della regolazione diretta, anche ai fini del conflitto, della rappresentatività sindacale. Ad esempio, la sottoposizione della decisione di sciopero a *referendum* preventivo dei lavoratori interessati.

Tale prospettiva merita di essere sperimentata ⁽¹⁴⁾. Giova sottolineare che gli ostacoli eventuali non sono di principio, legati alla normativa costituzionale; la conclusione per la quale il diritto di sciopero è a titolarità individuale non è affatto imposta dall'articolo 40 della Costituzione ⁽¹⁵⁾. Essi sono semmai di natura tecnica (in particolare come definire l'ambito dei soggetti interessati dalla consultazione); dunque, sotto questo profilo, superabili, solo che non si rifiuti pregiudizialmente la prospettiva, come dimostra l'esperienza dei paesi che praticano il *referendum*, vale a dire quelli anglosassoni. Ad esempio, si potrebbe far coincidere tale ambito con il contratto nazionale o aziendale cui lo sciopero si riferisce.

Un altro tipo di misurazione del consenso talora proposto è rappresentato dalla preventiva dichiarazione individuale di adesione allo sciopero. Essa non comporterebbe una limitazione dell'azione di sciopero, ma la prevedibilità della sua incidenza, con conseguente possibilità per le imprese di misurare e far conoscere agli utenti gli effetti dello sciopero. Tale condizionamento procedurale appare meno incisivo, dal punto di vista collettivo, di quello conseguente al *referendum*; ma più stringente dal punto di vista individuale. E proprio per questo si comprendono le remore affacciate, se non la vera e propria avversione, nei confronti della proposta: l'obbligo della preventiva dichiarazione della propria adesione allo sciopero, con le conseguenti esposizione e visibilità individuali, potrebbe essere apprezzato come un condizionamento indiretto della piena libertà del singolo. E ciò spiega come negli accordi che vi fanno cenno si preveda solo una comunicazione volontaria circa l'adesione allo sciopero.

Non è questa la sede per discutere analiticamente queste proposte. Basterà osservare che strumenti specifici per misurare la rappresentatività ai fini dello sciopero si possono individuare ed in parte già vi sono nello stesso sistema della legge: probabilmente bisognerebbe spingere un po' più avanti in questa direzione anche l'interpretazione della medesima. È illusorio, e forse anche eccessivo, pensare di ricorrere ad una legge sulla rappresentanza sindacale al fine di risolvere il problema dell'uso anormale del conflitto – spesso utilizzato dalle organizzazioni sindacali per misurare la propria forza relativa – nel settore dei servizi.

È un quadro idilliaco quello dipinto da chi ritiene che una norma di legge, che preveda in termini non equivoci la composizione e i modi di formazione del

⁽¹³⁾ Cfr. T. TREU, *op. cit.*, 317. Ma v. anche G. GHEZZI, *Il diritto al conflitto nei servizi pubblici essenziali e la dinamica delle istituzioni*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, II, 981 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr., da ultima, M. MAGNANI, *La disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dei fatti*, in *RIDL*, 2005, I, 69 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. M. MAGNANI, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in *DLRI*, 1990, spec. 796-707. Infatti, l'art. 40 Cost. è, sotto questo profilo, "impreciso", non escludendo il monopolio sindacale (ferma restando l'esigenza di conciliare questo monopolio con il principio di libertà e quindi di pluralismo sindacale).

soggetto che contratta per i lavoratori, i canali democratici di aggregazione del consenso e quelli che possono dar efficacia anche giuridica ad un rilevante dissenso, darebbe finalmente un quadro di certezze su “chi rappresenta chi”, e che in un simile quadro di certezze verrebbero meno le ragioni di qualunque sciopero di natura microcorporativa⁽¹⁶⁾.

5. Quanto detto naturalmente è preliminare e prescinde dalla difficoltà (difficoltà che pure esiste e di cui bisogna tenere conto) di conciliare le due filosofie in materia di rappresentanza sindacale e di misurazione della rappresentatività che attraversano il nostro movimento sindacale: quella, per semplificare, che fa perno sulla rappresentanza elettiva e quella che fa perno sulla rappresentanza associativa⁽¹⁷⁾. Una soluzione per legge, che preveda un *mix* tra i due criteri, potrebbe incontrare, a mio avviso, l’ingombrante ostacolo dell’articolo 39 della Costituzione. Non perché abbia valore impeditivo la mancata registrazione dei sindacati, né la mancata proposizione del modello delle rappresentanze unitarie e proporzionali⁽¹⁸⁾, ma perché la norma costituzionale, prevedendo che i sindacati debbano contare in base al loro seguito effettivo, indica quale criterio di misurazione il numero degli iscritti: e non è peregrino ritenere che faccia parte del “nocciolo duro” della norma costituzionale, ovvero dei principi che connotano il modello, il privilegio del sindacato-associazione⁽¹⁹⁾. Naturalmente queste osservazioni riguardano la legge quale fonte di disciplina. Resta sempre sullo sfondo la possibilità ed anzi l’auspicabilità di intese tra gli attori sociali, se e quando essi lo vorranno.

La rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge? Spunti di riflessione – Riassunto. L’A., constatata la difficoltà derivante dalla formulazione in termini assoluti dalla domanda circa l’opportunità di una legge sulla rappresentanza sindacale, formulata in termini assoluti, propone come indicazione metodologica necessaria la preliminare corretta impostazione dei problemi posti dall’attuale funzionamento delle relazioni industriali italiane e sviluppa, successivamente, alcune riflessioni al riguardo. Muovendo, quindi, dalla ricostruzione dello stato del relativo dibattito nella fase conclusiva della precedente legislatura, l’A. individua le implicazioni che potrebbero derivare dalla emanazione di tale regolamentazione con riferimento al funzionamento del sistema contrat-

⁽¹⁶⁾ Così invece G. GHEZZI, *op. cit.*, 984-985.

⁽¹⁷⁾ La letteratura in materia è sterminata. La discussione si è comunque vivacizzata in occasione della definizione dei criteri di rappresentatività ai fini della contrattazione collettiva nel pubblico impiego. Sul tema cfr., in generale, AA.VV., *La rappresentatività del sindacato*, in *QDLRI*, 1989, n. 5, nonché riassuntivamente, da ultima, S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam, Padova, 2005.

⁽¹⁸⁾ Cfr. in proposito già il mio *Legge, sindacato, autonomia collettiva*, in *ADL*, 2000, 181 ss.

⁽¹⁹⁾ In senso contrario, invece, M. D’ANTONA, *op. cit.*, 690, secondo il quale la legittimazione del criterio del consenso elettorale può desumersi dalla previsione relativa alla democraticità dello statuto del sindacato ai fini della registrazione, che non perseguirebbe tanto lo scopo di escludere forme associative antidemocratiche, quanto quello di garantire un’adeguata “apertura” del sistema di rappresentanza associativa anche verso i lavoratori non iscritti. In simile posizione è però ravvisabile una doppia forzatura: la prima, nel momento in cui si individua il significato della previsione del comma 2 dell’art. 39; la seconda, nel momento in cui si pretende di far reagire tale lettura del significato della disposizione sul piano, diverso, della misurazione della rappresentatività sindacale nella contrattazione collettiva, per la quale la norma costituzionale fa indubbiamente riferimento al solo criterio associativo.

tuale complessivamente inteso, al decentramento contrattuale e al conflitto. All'esito dell'indagine l'A. sottolinea come l'analisi condotta sia preliminare e prescindenda, in sé, dalla difficoltà di conciliare, a livello di regolamentazione legale, le due filosofie che attraversano il movimento sindacale italiano, l'alternativa tra rappresentanza elettiva e rappresentanza associativa, tenuto conto del privilegio che l'art. 39 Cost. riserva al modello del sindacato-associazione; una difficoltà questa che potrebbe essere per contro superata per il tramite di auspicabili intese tra gli attori sociali.

The representation of trade union actors: is a law required? Discussion points (Article in Italian) – Summary. *This paper examines the issues relating to legislative provision for trade union representation, and takes as its starting point the problems arising from the functioning of the Italian industrial relations system today. The analysis continues with a reconstruction of the main points of the debate at the end of the previous legislature, and then considers certain issues relating to the functioning of the bargaining system as a whole, with a view to decentralised bargaining and conflict management. The author underlines the fact that the analysis carried out is preliminary, and does not deal with the problem of conciliating by means of legislative regulation the two philosophies to be found in the Italian trade union movement, the alternative between elective and associated representation, while taking account of the privileges granted to associative trade unionism by Article 39 of the Constitution. This difficulty could be overcome by means of an agreement between the social partners.*

La natura giuridica della rappresentanza sindacale. Un “passo indietro” nel dibattito sull’attuazione dell’articolo 39 della Costituzione

Giuseppe Colavitti

Sommario: **1.** Premessa. L’oggetto della trattazione. La prospettiva giuspubblicistica. – **2.** I sindacati tra rappresentanza e libertà associative. – **3.** Insufficienza dell’approccio giusprivatistico. Unità e pluralismo sindacale. – **4.** La dimensione istituzionale e politica della rappresentanza sindacale. Rappresentatività e potere sui lavoratori. – **5.** La crisi della rappresentanza sindacale come crisi del rappresentato. Il nodo della legittimazione del potere sindacale.

1. Il presente scritto non si propone di prendere posizione in ordine al mai sopito dibattito circa la necessità di attuazione o meno dell’articolo 39 della Costituzione con una legge che regoli e disciplini la rappresentanza sindacale. L’impressione di chi scrive è che questo dibattito sia destinato a svilupparsi ulteriormente, e forse ad accentuarsi nel prossimo futuro, giacché è un dibattito che ha a che fare con processi di ridefinizione degli assetti di potere. Non è forse inutile, allora, prima di affrontare il tema dell’opportunità di una legge sulla rappresentanza, o addirittura di entrare nel merito di più o meno determinate opzioni regolatorie, tornare a riflettere proprio sulla natura dell’oggetto di tali ipotesi normative. Questa breve riflessione si propone di indagare il tema della rappresentanza sindacale dalla prospettiva del diritto pubblico e costituzionale. È un punto di osservazione che (forse) può presentare profili di interesse proprio in relazione alla più spiccata vocazione verso la ricostruzione sistemica e teorica degli istituti sul piano dell’ordine costituzionale, prescindendo dalle contingenze di uno “stanco dibattito sulla riforma del sistema contrattuale” ⁽¹⁾. In questo senso, il presente contributo, anziché un passo avanti nel dibattito sull’opportunità di una regolazione legislativa della rappresentanza, intende essere “un passo indietro”, perché piuttosto che offrire opzioni o avanzare soluzioni, invita gli osservatori a fermarsi, e a tornare a riflettere intorno alla natura giuridica di quella complessa funzione rappresentativa che taluni vorrebbero disciplinare, e che altri preferirebbero lasciare alle virtualità (vere o presunte) delle dinamiche negoziali. L’idea è che

* Giuseppe Colavitti è Professore a contratto di Diritto pubblico dell’economia presso l’Università degli Studi dell’Aquila.

⁽¹⁾ Così lo definisce M. MAGNANI, *La rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge? Spunti di riflessione*, che precede in *q. Fascicolo*.

questo passaggio possa essere considerato utile rispetto non tanto alla soluzione del dubbio, quanto almeno all'impostazione del problema, o al passaggio da una situazione problematica ad un problema giuridico ⁽²⁾.

L'ipotesi di partenza è che i sindacati siano da tempo inquadrabili tra le più importanti di quelle "organizzazioni complesse" che animano il tessuto delle democrazie pluralistiche contemporanee. "[...] Quanto più le *Interessenorganisationen* si radicano nello spazio pubblico, quanto più si accollano compiti, prerogative, competenze, tanto più si palesa il loro carattere rappresentativo" ⁽³⁾. In questo quadro, difficile appare conciliare il coinvolgimento sempre più massiccio delle organizzazioni complesse nei processi di formazione delle decisioni pubbliche con la pretesa apoliticità del genere di funzione rappresentativa esercitata. L'azione di tali organizzazioni complesse, specie a fronte di una progressiva riduzione della capacità dei partiti di offrire sedi adeguate di mediazione sociale ⁽⁴⁾, appare tanto più importante quanto più si appalesa l'insufficienza dei circuiti "tradizionali" della rappresentanza politico-parlamentare a colmare "[...] il vuoto che si apre fra rappresentante e rappresentato" ⁽⁵⁾. Da qui la peculiarità della posizione ordinamentale dei sindacati, tra dimensione propriamente istituzionale ed espressione di una libertà associativa. Pur ponendosi al centro di prassi politiche e istituzionali, quali la contrattazione collettiva, la negoziazione legislativa, la concertazione ⁽⁶⁾, volte ad integrare profondamente, anche in direzione di una più profonda legittimazione sociale, i processi di formazione delle decisioni pubbliche, i sindacati costituiscono infatti pur sempre proiezioni specifiche di quel diritto di libertà di associazione di cui all'articolo 18 della Costituzione, vera e propria icona di un modello pluralistico aperto, "a più ampio raggio di legittimazione dei gruppi sociali" ⁽⁷⁾ e dei loro organismi esponenziali, con una certa riconoscibile prevalenza, pertanto, di un indirizzo garantistico e difensivo piuttosto che di un diverso indirizzo maggiormente incline ad istituti di *Legalisierung* ⁽⁸⁾. La dinamica reale delle relazioni industriali, nonché – forse – anche taluni

⁽²⁾ Franco Ledda soleva distinguere tra "situazione problematica", intesa come questione nebulosa che si presenta nella sua bruta datità all'osservazione dell'analisi giuridica, e "problema giuridico", esito di una specificazione dei tratti qualificanti la situazione problematica, e dunque – potremmo dire – situazione problematica già giuridicamente qualificata, spesso recante in sé una prima ipotesi di soluzione della questione. Nel procedimento amministrativo, ad esempio, l'apporto dell'interventore privato veniva dal fine giurista sardo inteso come "discorso informativo" potenzialmente idoneo a consentire all'amministrazione precedente di analizzare una situazione problematica e ricondurla ad un problema amministrativo (cfr. F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto Amministrativo*, 1993, 133).

⁽³⁾ A. SCALONE, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, F. Angeli, Milano, 1996, 203.

⁽⁴⁾ Pare in effetti poco persuasiva (o piuttosto appartenere ad una stagione ormai tramontata) la ottimistica valutazione di R. HERZOG, *Pluralismus*, in *Evangelische Staatslexicon*, 1975, vol. II, c. 1822, per cui i grandi partiti di massa sarebbero ragionevolmente in grado di operare sintesi e mediazioni efficaci degli interessi che si affacciano sulla scena politica, anche grazie al sistema elettorale, di per sé strumento efficiente di selezione delle istanze sociali.

⁽⁵⁾ A. SCALONE, *op. cit.*, 203.

⁽⁶⁾ Per una classificazione descrittiva delle varie figure, cfr. G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1992, 34 ss.

⁽⁷⁾ P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Giuffrè, Milano, 1988, 200.

⁽⁸⁾ P. RIDOLA, *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio*, in *QCcost*, 1998, n. 2, 241 ss., 262.

specifici orientamenti della cultura politica ed istituzionale, hanno infatti orientato decisamente la posizione sistemica delle associazioni dei lavoratori verso il modello privatistico di rilevanza giuridica, finendo per far prevalere nel pur complesso quadro costituzionale il momento della libertà sindacale (comma 1, articolo 39 della Costituzione) rispetto al momento della funzionalità pubblicistica dei sindacati medesimi (gli altri commi del medesimo articolo). Non è detto che ciò abbia sempre agevolato la comprensione dei fenomeni. L'ipotesi teorica fondamentale – che la ricostruzione della rappresentanza sindacale che qui ci si appresta ad offrire presuppone – si fonda sull'idea di un avvicinamento della rappresentanza di interessi collettivi al concetto di rappresentanza politica, intesa come categoria generale comprensiva di percorsi che, nello Stato sociale democratico, non si esauriscono nel circuito esclusivo della rappresentanza parlamentare, ma “[...] testimoniano che, mai completamente e definitivamente ingabbiata entro i confini dello Stato, la politica continua a svolgersi secondo forme non statali [...]”⁽⁹⁾, e finiscono per aumentare il novero dei soggetti che “[...] agiscono politicamente, vale a dire che collaborano direttamente e indirettamente alla formazione delle decisioni collettive”⁽¹⁰⁾. Accanto a tale apertura della sfera politica, che attrae verso di sé le forme organizzate di rappresentanza di interessi, si pone la considerazione per cui ogni forma di rappresentanza cela al suo interno una relazione di dominio, fondata sull'interpretazione e la promozione dell'interesse da rappresentare come prerogative indefettibili del rappresentante: in altre parole, come la rappresentanza di interessi “si eleva” al rango più alto della dimensione politica, così la rappresentanza politica “discende” al livello più basso che ne svela l'intima essenza, cioè quella di essere una dimensione del potere, anzi “la” dimensione del potere propria della modernità⁽¹¹⁾.

2. È innegabile che le aggregazioni sindacali nascano per presentare uniti i lavoratori nel confronto con il datore di lavoro, e che si rafforzino e si organizzino progressivamente anche giovandosi delle particolari condizioni strutturali nelle quali la produzione industriale viene resa all'indomani dell'affermazione del modello capitalistico, prima fra tutte la concentrazione dei lavoratori nella medesima unità produttiva. Per usare le parole di un sindacalista del passato, “la prima esigenza, elementare e imperiosa, dalla quale nacque l'idea della coalizione degli operai – il sindacato – fu quella di eliminare la concorrenza tra i lavoratori”⁽¹²⁾. Contro il senso di estraneità⁽¹³⁾ prodotto dalla mercificazione della forza lavoro

⁽⁹⁾ L. ORNAGHI (a cura di), *Il concetto di “interesse”*, Giuffrè, Milano, 1984, 15.

⁽¹⁰⁾ N. BOBBIO, *Rappresentanza ed interessi*, in G. PASQUINO (a cura di), *Rappresentanza e democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 1988, 6.

⁽¹¹⁾ Mi rendo conto che tale cornice teorica di riferimento bisognerebbe di una ben più diffusa giustificazione, e me ne scuso con il lettore, ma l'economia della presente trattazione mi costringe a rinviare a riflessioni più organiche. Mi sia pertanto consentito di rinviare a G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁽¹²⁾ G. DI VITTORIO, *Origine del sindacato: suoi primi compiti e sua funzione sociale*, in G. DI VITTORIO, G. PASTORE, I. VIGLIANESI, G. RAPELLI, F. SANTI, E. PARRI, G. CANINI, *I sindacati in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 1955, 11.

⁽¹³⁾ G. PASTORE, *Un nuovo tipo di sindacalismo*, in G. DI VITTORIO et AL., *op. cit.*, 133.

propria di una certa fase dello sviluppo capitalistico dispiega la sua influenza la dinamica dell'azione di gruppo: “[...] il padrone poteva tutto di fronte al singolo operaio isolato e non organizzato [...]. Lo stesso padrone era posto davanti a limiti praticamente insormontabili dagli operai organizzati”⁽¹⁴⁾. Il sindacato si afferma insomma come soggetto in grado di rappresentare unitariamente i lavoratori, prima nella necessaria interlocuzione con il datore di lavoro, poi nel confronto e nella relazione di concorrenza e di scambio con altre organizzazioni sociali, infine nei rapporti con le istituzioni politiche e con i governanti. I due momenti sono in realtà aspetti di una medesima vicenda. Rappresentare ed unificare sono processi dinamici che si alimentano reciprocamente: per potere rappresentare all'esterno la volontà dei lavoratori, le istanze e le voci dei singoli debbono essere razionalizzate ed unificate, e, allo stesso momento, per poter compiere quest'opera di unificazione, la funzione rappresentativa deve in qualche misura esprimere la sua vocazione “creatrice”. Il rappresentato, infatti, non esiste giuridicamente prima dell'esercizio della funzione rappresentativa, o, quantomeno, integra una realtà fenomenologica che ha rilievo sociale ed economico, ma non giuridico. Solo dopo il pieno dispiegarsi della funzione rappresentativa la base rappresentata assume la capacità di agire giuridicamente. È il sindacato che, rappresentandoli unitariamente, consente ai lavoratori l'interlocuzione innanzi tutto con il datore di lavoro, e poi con le altre forze sociali e politiche. Senza il sindacato i lavoratori esistono solo come singoli individui legati al datore di lavoro da un rapporto contrattuale; con il sindacato i lavoratori esistono e si esprimono come corpo unitario. In questo contesto appare invero problematica la ricostruzione della relazione rappresentativa tra sindacati e lavoratori resa in termini squisitamente privatistici da un filone corposo della dottrina italiana, probabilmente dominante nel settore giuslavoristico⁽¹⁵⁾. Della rappresentanza privatistica la relazione sindacato-lavoratori non condivide né i fondamenti né, soprattutto, i modi di produzione degli effetti giuridici⁽¹⁶⁾. Non ne condivide i fondamenti perché la rappresentanza di diritto privato, quale particolare modalità di estrinsecazione della capacità di agire, può fondarsi sulla legge, o sulla volontà delle parti: per ciò che concerne la legge, la mancata attuazione dell'articolo 39, ultimo comma, della Costituzione esclude che l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi possa trovare in quella la propria legittimazione; riguardo alla volontà delle parti, essa non può ovviamente spiegare l'efficacia degli atti di negoziazione anche in capo ai lavoratori non iscritti al sindacato, ma perfino relativamente

⁽¹⁴⁾ G. DI VITTORIO, *op. ult. cit.*, 11.

⁽¹⁵⁾ La tendenza a fornire del fenomeno sindacale spiegazioni e interpretazioni fondate sul ricorso a moduli privatistici e sul richiamo agli strumenti dell'autonomia negoziale trova in Francesco Santoro Passarelli e Pietro Rescigno gli iniziatori di un filone dottrinale di successo, progressivamente dominante nel panorama dei giuslavoristi. Tra le opere che hanno più influenzato gli studiosi italiani segnalò di P. RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, Il Mulino, Bologna, 1959; *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966; e di F. SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, in *RDL*, 1956, I, 1 ss.; *Norme corporative, autonomie collettive, autonomia individuale*, in *DE*, 1958, 1187 ss.; *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1994; *Autonomia collettiva e libertà sindacale*, in *RIDL*, 1985, I, 137 ss.

⁽¹⁶⁾ Sulla rappresentanza civilistica, vedi C.M. BIANCA, *Diritto civile, III – Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, 72 ss.

agli iscritti presenta più problemi che soluzioni, ove si consideri che condurrebbe a qualificare l'adesione ad una associazione sindacale come il conferimento di un mandato generale ed irrevocabile a negoziare in nome e per conto proprio. Venendo infatti ai modi di produzione degli effetti giuridici, la rappresentanza di tipo privatistico non offre spiegazioni sufficienti di come e perché l'azione dei sindacati violi sistematicamente la regola (privatisticamente inderogabile) in forza della quale gli effetti della volontà negoziale del rappresentante non possono che ricadere solo su chi aveva conferito il mandato a compiere l'attività negoziale stessa, e nei rigorosi limiti di quel mandato.

3. Sebbene autorevole dottrina pur ascrivibile al filone cui si è fatto cenno – ma forse più attenta alla connessione tra principio di libertà sindacale e principio democratico – non abbia mancato di rilevare come fosse “inadeguata la tradizionale ricostruzione del rapporto tra sindacato e lavoratori in termini di mandato con rappresentanza conferito dai secondi al primo al momento della iscrizione”⁽¹⁷⁾, purtuttavia la netta prevalenza dell'approccio privatistico ha finito per orientare anche le scelte di politica del diritto, in primo luogo in direzione della non attuazione dell'istituto della registrazione di cui all'articolo 39 della Costituzione. A fronte delle pur autorevoli voci che invitavano a riflettere sul rilievo giuspubblicistico delle organizzazioni sindacali⁽¹⁸⁾, il bilancio di quella contrapposizione culturale va senz'altro tracciato nel senso della prevalenza di una certa qual ostilità nei confronti di forme di integrazione pubblicistica dei sindacati che avrebbero potuto condizionare l'azione sindacale innanzi tutto in funzione di una eteronormazione finalistica fondata sulla legge⁽¹⁹⁾. Il collegamento del modello privatistico con il principio di libertà sindacale, infatti, è stato eretto a perno della garanzia dell'autodeterminazione dei propri fini da parte delle organizzazioni sindacali⁽²⁰⁾. Scriveva Giulio Pastore nel 1955 che “[...] la battaglia condotta dalla

⁽¹⁷⁾ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1991, 84.

⁽¹⁸⁾ G. CHIARELLI, *L'organizzazione sindacale nella Costituzione e nella legge futura*, in *DL*, 1948, I, 1973 ss., e soprattutto C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972, 227 ss. (già in *DL*, 1954, I, 149 ss.).

⁽¹⁹⁾ Una tappa significativa del processo culturale che ha portato alla prevalenza di una visione del fenomeno sindacale in termini prevalentemente privatistici è stato senz'altro il Convegno organizzato a Roma dalla locale Camera di Commercio, industria e agricoltura nei giorni 28, 29 e 30 ottobre 1949. Al Convegno parteciparono molti membri del Governo, dirigenti di organizzazioni sindacali e politiche, e molti tra i più influenti e autorevoli studiosi dell'epoca, che si misurarono sui temi della *Posizione del Sindacato nello Stato democratico* (con *Relazione* di apertura di G. MAZZONI), della *Composizione delle controversie collettive e del diritto di sciopero* (con relazione di F. SANTORO PASSARELLI), e sul tema di carattere economico dal titolo *Sindacato ed economia* (introdotta da G.U. PAPI). Gli atti sono raccolti in una rara pubblicazione (Camera di Commercio, Industria e Agricoltura di Roma, *Convegno nazionale di studi sindacali*, Atti ufficiali, Tipografia Ugo Pinto, Roma, 1949) che mi è stata a suo tempo messa a disposizione dal Prof. Sergio P. Panunzio, cui va il mio affettuoso ricordo, a quasi due anni dalla sua scomparsa.

⁽²⁰⁾ Questa chiave di lettura consente di contestualizzare affermazioni ricorrenti nella dottrina lavoristica, altrimenti incomprensibili per il costituzionalista. Il c.d. “superamento definitivo della concezione costituzionalistica di libertà sindacale” non può ovviamente essere inteso quale rifiuto della necessaria dimensione costituzionale nella quale si iscrive ogni disciplina legislativa che riguardi i sindacati (compreso lo Statuto dei lavoratori), bensì quale espressione indicativa di quel processo di interpretazione e (non) attuazione dell'art. 39 Cost. che ha progressivamente finito per disconoscere ogni rilievo giuridico alla

Cisl contro una generica legge istituzionalizzatrice del sindacato è destinata a sgomberare il campo dai pericoli di imbrigliamento della libera azione sindacale”⁽²¹⁾, in un’ottica che lascia allo Stato il compito di “facilitare la esperienza della autodeterminazione e della autotutela degli interessi di gruppo”⁽²²⁾. Non è un mistero che il ricordo dell’ordinamento corporativo abbia giocato un ruolo nella progressiva emersione di tale indirizzo, in chiave di antimodello, ma è certo che, considerato l’inscindibile collegamento tra legge e interesse pubblico proprio del nostro sistema giuspubblicistico, un sindacato ente pubblico avrebbe comportato una precisazione legislativa dell’interesse pubblico primario rimesso alla cura dell’ente. Il che appariva di difficile conciliazione con i caratteri stessi della funzione rappresentativa svolta dal sindacato, funzione che, similmente a ciò che accade per ogni organizzazione complessa, postula un ruolo di interpretazione e di sintesi dell’interesse rappresentato, nonché una piena libertà di apprezzamento nella scelta dei modi e delle forme della sua promozione. Ma la reazione emotiva oltre che culturale all’antimodello corporativo non è sufficiente. Appare invero difficile comprendere l’avversione di tanta parte del mondo politico e sindacale nei confronti dell’istituto della registrazione di cui all’articolo 39 della Costituzione – specie ove si consideri l’impianto costituzionale complessivo fortemente garantistico e teso a valorizzare la piena autonomia di tale formazione sociale – senza considerare il dibattito intorno alle pretese egemoniche della Cgil, e alla sua dichiarata inclinazione per un sistema di rappresentanza unitaria e totalizzante dei lavoratori, a fronte delle aspirazioni delle altre confederazioni, in ispecie della Cisl, verso un modello più pluralista ed aperto del panorama sindacale italiano. Non credo che il riaffiorare del dibattito intorno all’attuazione dell’articolo 39 della Costituzione sia privo di collegamenti con le vicende dei rapporti intersindacali. In ogni caso, le polemiche che hanno vivacemente animato la dialettica politica e sindacale italiana nei primi anni del secondo dopoguerra confermano la potenziale ambivalenza della figura della rappresentanza, in relazione alla sua attitudine ad integrare la trama coerente di un processo di coesione e di unificazione di una comunità (sia essa una comunità particolare, o la comunità generale per eccellenza, la comunità statale), e ad indirizzare tale trama sia verso un’opzione decisamente semplificatoria e decisionista, sia verso un esito più rispettoso della complessità sociale e delle molteplici forme della sua espressione. Indicare la direzione di senso propria della funzione rappresentativa del sindacato nell’esigenza di unificare i lavoratori costituisce un elemento indubbiamente assai significativo per orientare l’assetto concreto delle dinamiche associative verso l’unitarietà. “[...] Il primo requisito di un autentico sindacato è quello di essere unitario [...] tale da rendere possibile la libera convivenza nel suo seno di tutti i lavoratori della categoria, indipendentemente dalle loro opinioni politi-

dimensione istituzionale dell’associazionismo sindacale, con la conseguenza che “la disciplina regolativa delle associazioni sindacali si è trasferita nel campo del diritto privato, attraverso il riconoscimento al sindacato della natura di associazione non riconosciuta” (M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, III ed., 2004, 469).

⁽²¹⁾ G. PASTORE, *op. cit.*, 147.

⁽²²⁾ G. PASTORE, *op. cit.*, 168.

che, dalla loro ideologia o dalla loro fede religiosa”; è questa “[...] la condizione per adempiere al suo compito primordiale [...] quello di eliminare la concorrenza tra i lavoratori” (23). A questo principio fu ispirata la stagione del sindacalismo italiano che, trovando nella lotta antifascista e per le libertà democratiche il primario motivo di solidarietà, sancì la propria vocazione unitaria nel Patto di unità sindacale firmato a Roma il 3 giugno 1944, al quale afferirono le tre componenti di massa del movimento dei lavoratori, quella comunista, quella socialista e quella cattolica (24). Da questo patto nacque la Confederazione Generale Italiana del Lavoro, che per molti anni ancora dalla successiva rottura dell’unità sindacale (1948) avrebbe reclamato la propria vocazione verso una rappresentanza unitaria, totalizzante ed esclusiva dei lavoratori italiani, fino a considerare i sindacati scissionisti come oggettivamente nocivi agli interessi dei lavoratori, se non addirittura frutto dell’azione antisindacale del padronato: “I sindacati minoritari fanno entrare dalla finestra quella nefasta concorrenza fra lavoratori la cui eliminazione [...] è la stessa ragion d’essere del sindacato. Appunto perciò il padronato ha compiuto e compie ogni sforzo, in tutti i Paesi, per creare sindacati scissionisti minoritari, onde dividere ed indebolire i lavoratori [...]”. Nonostante tale giudizio fosse attenuato nei confronti del sindacato cattolico, certamente rispettato nel riconoscimento del carattere autonomo e del profondo legame storico e culturale che presentava con larga parte delle masse popolari italiane, pur tuttavia Giuseppe Di Vittorio non aveva difficoltà ad esprimere nei confronti di esso un giudizio fortemente critico: “Non voglio dire che tutti i sindacati scissionisti o minoritari siano stati creati e siano finanziati dal padronato. Alcuni di questi sindacati sorgono per delle esigenze ideologiche o di partito o confessionali che erroneamente si ritiene necessario affermare nel campo del lavoro mediante la creazione di propri sindacati; questo è appunto il caso del movimento sindacale cattolico, esistente in numerosi Paesi, compresa l’Italia. Ma io, basandomi sulla mia esperienza personale, come su dati acquisiti alla storia del movimento sindacale mondiale, ritengo che la pluralità sindacale sia un grosso danno [...]” (25). Le parole del segretario confederale non erano solo dettate dall’inizio di una fase di concorrenzialità spiccata tra la Cgil e la Cisl (26), certamente influenzata anche dalla fine della stagione dei governi di unità nazionale, ma risentivano della responsabilità che il maggior sindacato italiano sentiva gravare su di sé in ordine alla ritenuta esigenza di unità della classe lavoratrice, a fronte della quale la logica collaborativa ed interclassista del pensiero sociale di ispirazione cattolica rappresentava certamente un problema. Di fronte alla posizione della Cgil,

(23) G. DI VITTORIO, *L’unità sindacale, esigenza obbiettiva*, in G. DI VITTORIO *et AL.*, *op. cit.*, 22-23.

(24) Su questi temi vedi F. PESCHIERA (a cura di), *Sindacato industria e Stato nel dopoguerra. Storia delle relazioni industriali in Italia dal 1943 al 1948*, Le Monnier, Firenze, 1976.

(25) G. DI VITTORIO, *op. ult. cit.*, 23.

(26) La conflittualità cui si è fatto cenno trova proprio nella questione dell’attuazione dell’art. 39 Cost. un ulteriore terreno di scontro. La Cgil reclamava la necessità urgente di procedere all’attuazione legislativa del disposto costituzionale, mentre la Cisl argomentava la propria indisponibilità sulla base dell’asserito collegamento tra l’istituto della registrazione ed il controllo pubblico sul sindacato (cfr. G. DI VITTORIO, *La necessità urgente di applicare l’art. 39 della Costituzione*, in G. DI VITTORIO *et AL.*, *op. cit.*, 57 ss., e G. PASTORE, *Sindacati e Costituzione*, in G. DI VITTORIO *et AL.*, *op. cit.*, 175 ss.)

infatti, assumeva contorni sempre più definiti una visione della libertà sindacale che, muovendo dalla coscienza della natura particolaristica delle istanze sindacali (“le proposizioni sindacali sono naturalmente proposizioni particolaristiche”) ⁽²⁷⁾ vedeva nella pluralità sindacale una condizione favorevole, non necessariamente contrastante con l’esigenza unitaria che pure si riconosceva ontologicamente connessa alla logica dell’azione sindacale, e soprattutto si proponeva di offrire alla classe lavoratrice “proposte alternative per la soluzione del suo problema, lasciando libera questa (leggi: la classe lavoratrice) di fare l’unità intorno alle proposte che considererà più consone al graduale acquisto di consapevolezza della propria condizione storica” ⁽²⁸⁾. Il pluralismo sindacale in Italia veniva considerato ineliminabile giacché affondava “[...] le sue radici nell’interpretazione finale del problema sindacale”, cioè nel rifiuto della lotta di classe come interpretazione finale del problema sindacale. “Dal metodo della presa di coscienza non possono non svilupparsi, come funzionali a questo problema, i principi della piena autonomia e della originarietà”. Il ruolo costituzionale del sindacato quale “[...] strumento che concorre con efficacia a fondare e a ridimensionare costantemente, per tutti e per ciascuno, la sfera e il contenuto storico della libertà” ⁽²⁹⁾ si armonizzava nella lucida sintesi di Giulio Pastore in una visione generale del rapporto tra società e Stato tale per cui “[...] il richiamo per i lavoratori ad adeguare i propri interessi agli interessi generali può acquistare senso ed efficacia nel momento in cui lo Stato, la società organizzata, avrà tenuto conto degli interessi particolari del gruppo dei lavoratori, comprendendoli concretamente e funzionalmente nel suo *bene comune*”. Da qui una forte tensione verso forme e modelli di partecipazione, sia a livello aziendale che a livello progressivamente superiore, fino alla comunità statale. Una visione animata da una concezione collaborativa del rapporto tra le varie componenti sociali, da una visione organica del progressivo confluire degli interessi settoriali e particolari nell’interesse generale, in un quadro di riferimento dove l’anelito alla pace sociale vibra continuamente del richiamo al principio personalista: “si riaffermerà [...] che al buon esito della produzione sono impegnati tutti; che la produzione rappresenta un fatto collettivo di collaborazione; che collaborazione vuol dire messa in comune piena e consapevole di capacità e di responsabilità, non soltanto tecniche, ma più pienamente personali ed umane; che responsabilità implica iniziativa e libertà; per ripensare, finalmente, l’unità produttiva ed il sistema economico, in vista del renderli capaci di promuovere la civile convivenza di tutti gli elementi umani che li costituiscono” ⁽³⁰⁾. Il riconoscimento della indole particolaristica delle istanze sindacali, così intimamente connesso alla visione degli interessi di gruppo come necessariamente afferenti, per sintesi progressive, ad una certa concezione dell’interesse generale, non impedisce peraltro a Giulio Pastore di cogliere nella relazione rappresentativa intercorrente tra sindacato e lavoratori quella dimensione “creatrice”

⁽²⁷⁾ G. PASTORE, *Sindacati e partiti politici*, in G. DI VITTORIO *et AL.*, *op. cit.*, 164.

⁽²⁸⁾ G. PASTORE, *Unità e pluralismo sindacale*, in G. DI VITTORIO *et AL.*, *op. cit.*, 166-167.

⁽²⁹⁾ G. PASTORE, *Sindacato e progresso sociale*, in G. DI VITTORIO *et AL.*, *op. cit.*, 124.

⁽³⁰⁾ G. PASTORE, *Interesse del sindacato alla formazione del reddito nazionale*, in G. DI VITTORIO *et AL.*, *op. cit.*, 149.

che pure abbiamo visto alla base del pensiero di Giuseppe Di Vittorio; al sindacato spetta “[...] la funzione [...] di reintegrazione della classe lavoratrice, vuoi nell’ambito della comunità aziendale, come nell’ambito della comunità statale, mediante l’azione sfociante nella costante redistribuzione del valore del prodotto”⁽³¹⁾. Nel pensiero di Di Vittorio, tale nucleo irrinunciabile del rapporto rappresentativo si sposa con la rivendicazione di una rappresentanza unitaria ed esclusiva dei lavoratori rappresentati; nel pensiero di Pastore il principio rappresentativo conserva la propria immanente vocazione alla parzialità, temperato da una visione personalista che assegna alle formazioni sociali un compito di promozione e di interpretazione degli interessi parziali nel quadro di una più generale tendenza alla collaborazione tra i gruppi sociali. Seppure gli esiti di tali elaborazioni siano molti diversi, proprio a dimostrazione di quella astratta ambivalenza della figura della rappresentanza, di per sé idonea sia a sostenere (dall’alto verso il basso) processi di riduzione e semplificazione della complessità, sia a fornire (dal basso verso l’alto) la dimensione giuridica della spinta verso l’autodeterminazione dei gruppi sociali, il tratto comune di queste ricostruzioni riposa proprio nel riconoscimento di quel nucleo irrinunciabile che consiste nel conferire soggettività al rappresentato, nell’identificarlo e connotarlo “politicamente”, cioè nel conferirgli un’identità che lo qualifica – differenziandolo – nel rapporto con la *polis*⁽³²⁾.

4. È in questa attitudine creatrice che riposa la funzione di legittimazione del potere del rappresentante nei confronti del rappresentato. Come ebbe modo di osservare Gerhard Leibholz, “[...] ogni rappresentazione di unità personali, soprattutto quella di una comunità [...] è dominio, ed ogni azione di coloro che sono chiamati a rappresentare è esercizio di dominio. [...] Il senso profondo dell’aspirazione a legittimare il dominio è solitamente quello di porlo su di un fondamento rappresentativo”⁽³³⁾. Prima del sindacato esistono i lavoratori *uti singuli*, con il sindacato esiste un corpo unitario dei lavoratori che stabilisce relazioni giuridicamente rilevanti con altri soggetti. È la relazione rappresentativa che conferisce soggettività al rappresentato. È questo meccanismo a collocare inequivocabilmente il genere di relazione rappresentativa in oggetto in un’area lontana dalla rappresentanza *iure privatorum*, dove il rappresentato ha una precisa ed autonoma soggettività giuridica anche prima dell’instaurarsi del rapporto rappresentativo. Se la base rappresentata non esiste che attraverso il proprio rappresentante è evidente che solo il rappresentante può agire per il rappresentato,

⁽³¹⁾ G. PASTORE, *Un nuovo tipo di sindacalismo*, in G. DI VITTORIO et AL., *op. cit.*, 139.

⁽³²⁾ Lo sforzo della Cgil per l’attuazione dell’obbligo di registrazione proseguì per larga parte degli anni Cinquanta, fino poi a lasciare il passo ad una stagione di minore conflittualità con le altre confederazioni sindacali nazionali. Non è un caso che, in una congiuntura delicata come quella relativa alla rottura dell’unità d’azione sindacale in occasione del varo da parte del Governo Berlusconi del c.d. Patto per l’Italia, e del successivo sciopero generale del 18 ottobre 2002, il tema della registrazione sia riaffiorato nelle parole del segretario generale della Cgil Epifani, a conferma della relazione inequivocabile tra rappresentanza e processi di dominio.

⁽³³⁾ G. LEIBHOLZ, *Die Repräsentation in der Demokratie*, de Gruyter, Berlin, 1973, 213 [trad. it. *La rappresentazione nella democrazia*, Giuffrè, Milano, 1989].

assumere decisioni che lo riguardano, esercitare conseguentemente un potere nei suoi confronti. “Se la funzione di senso della rappresentazione consiste nel pensare le unità ideali rappresentate come se fossero riprodotte e in atto nella persona del rappresentante, allora in ragione della rappresentazione è legittimo attribuire ai rappresentanti il comportamento delle istanze rappresentative, come ad esempio le decisioni che hanno preso”⁽³⁴⁾. E che il rappresentato sia un’unità ideale lo dimostra inequivocabilmente anche la frequenza con cui il sindacato fornisce l’interpretazione dell’interesse collettivo dei lavoratori in una direzione ben diversa dalla semplice sommatoria degli interessi individuali di quelli, magari addirittura svantaggiosa, in termini retributivi, per alcuni, ma ritenuta nel complesso opportuna, e perseguita in funzione di obiettivi di carattere più generale, di politica salariale e/o occupazionale anche con riguardo alla posizione di cerchie di inoccupati (si pensi ai c.d. contratti di solidarietà). Come a dire che la funzione rappresentativa si estende anche a coloro che lavoratori ancora non sono, oltre a quelli che lo sono già stati, e pertanto abbraccia l’eredità delle generazioni passate e comprende *in nuce* la vita di quelle future, per mutuare le parole usate da Gerahrd Leibholz a proposito della comunità statale politicamente rappresentata⁽³⁵⁾. Quando Carlo Esposito riterrà di cogliere un inconfondibile tratto comune nelle relazioni rappresentative che si instaurano tra associati e associazioni riconosciute, tra categorie professionali e sindacati, tra categorie economiche e corporazioni, tra Nazione e Stato lo farà proprio evidenziando tale tratto nella attitudine del rappresentante ad inverare ed “entificare” un *quid* altrimenti sprovvisto di capacità giuridica, non solo di capacità d’agire: “Da un punto di vista meramente formale la situazione di tale organizzazione che, riconosciuta attraverso l’approvazione dello statuto, sostituisce nella vita giuridica un ente cui non è riconosciuta direttamente una capacità giuridica, non differisce da quella che si è detta propria dello Stato rispetto alla Nazione, dei sindacati rispetto alle categorie professionali, delle corporazioni rispetto alle categorie economiche, e così via”⁽³⁶⁾. Il rilievo espositiano per cui, diversamente da quanto non accada per la rappresentanza di diritto privato, nella rappresentanza politica il rappresentato non è soggetto di diritto, e dunque non esiste giuridicamente prima della rappresentanza, conduce a riconoscere come sia la rappresentanza a consegnare una identità al rappresentato, con un processo unificatore e creatore di una realtà meramente ideale altrimenti impercettibile – perché evanescente e dai contorni indefiniti (apprezzabile semmai su altri piani, sociologici ad esempio). Essendo proprio questa la funzione propria delle istituzioni rappresentative, quella di dare corpo ad una entità solo ideale, ecco che Esposito chiama questo fenomeno “rappresentanza istituzionale”, o, in altre parole, afferma il carattere imprescindibilmente istituzionale della rappresentanza politica: “[...] d’altra parte al rappresentato non è riconosciuta alcuna limitata capacità di diritto, sicché esso esiste per il diritto solo come rappresentato. Tale rappresentanza non ha come di consueto carattere

⁽³⁴⁾ G. LEIBHOLZ, *op. cit.*, 75.

⁽³⁵⁾ G. LEIBHOLZ, *op. cit.*, 93.

⁽³⁶⁾ C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova, 1939, 303 ss., 346.

accidentale o eventuale, ma caratterizza la stessa natura dei soggetti ed è legata alla loro esistenza e struttura. Perciò essa, per essere distinta dalle altre forme di rappresentanza, può essere detta rappresentanza istituzionale”⁽³⁷⁾. Sotto il profilo qui analizzato, la considerazione del contesto politico ed ordinamentale nel quale tale citato contributo si colloca (1939) non vale ad inficiarne i risultati speculativi, atteso che la valutazione espressa a proposito della natura istituzionale della rappresentanza politica non è di per sé imprescindibilmente legata alla stagione corporativa, ma anzi accede al terreno della “esistenza e della struttura” di tali fenomeni. Ciò spiega perché su posizioni sorprendentemente vicine a quelle da ultimo considerate si attestino anche chi parta da visioni completamente diverse del rapporto tra Stato e società, e scriva in un contesto del tutto diverso; per Giuseppe Di Vittorio “ogni organizzazione sindacale effettivamente democratica, è press’a poco strutturata come lo Stato democratico. Ai consigli comunali e provinciali, al Parlamento e al governo, corrispondono Comitati sindacali eletti dai lavoratori, nell’ambito locale, provinciale e centrale”. I poteri deliberativi degli organismi sindacali, quale ad esempio il potere di dichiarare lo sciopero, derivano proprio da quella relazione rappresentativa, similmente a ciò che accade quando il Parlamento assume decisioni efficaci anche nei confronti di chi non ha partecipato alle elezioni: “perché gli organismi dirigenti dei sindacati, nelle varie istanze, non dovrebbero avere gli stessi poteri deliberativi – delegati dai lavoratori, democraticamente – che hanno i corrispondenti organismi centrali e locali dello Stato, nell’ambito della propria competenza?”⁽³⁸⁾. Il potere dei sindacati sui lavoratori, fondato sulla relazione rappresentativa, comporta la capacità di stipulare atti efficaci per tutti i lavoratori del settore, a prescindere dall’effettiva iscrizione di questi al sindacato. In altre parole, è nella rappresentanza degli interessi dei lavoratori che si fonda l’efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva, che si spinge fino alla deroga *in peius* delle condizioni contrattuali cui sono soggetti i lavoratori, rivelando inequivocabilmente – anzi, confermando – la connessione tra dinamiche del potere e dinamiche rappresentative. Il ricorso agli strumenti propri della rappresentanza politica piuttosto che a quelli della rappresentanza privatistica fornisce della questione sindacale e del suo concreto modularsi nell’ordinamento italiano del lavoro una spiegazione ben più efficace delle complicate ricostruzioni condotte intorno alla giurisprudenza basata sull’articolo 36 della Costituzione, o alla qualificazione dei contratti collettivi come indicativi degli usi civilisticamente rilevanti. Del resto non ha mancato di riscontrare nella contrattazione collettiva i caratteri (autoritarità ed unilateralità) di vero e proprio “potere politico” anche autorevole dottrina pur informata ad un approccio fortemente problematico a tali temi⁽³⁹⁾. Accettando il presupposto della insufficienza della rappresentanza parlamentare ad esaurire le forme giuridiche della rappresentanza politica nelle democrazie pluraliste, la domanda, sostanzialmente

⁽³⁷⁾ C. ESPOSITO, *op. cit.*, 315.

⁽³⁸⁾ G. DI VITTORIO, *Lo sciopero e il referendum*, in G. DI VITTORIO *et AL.*, *op. cit.*, 47.

⁽³⁹⁾ S. FOIS, *Sindacati e sistema politico*, Giuffrè, Milano, 1978, 23. Esercizio di potere politico tale autore riscontra anche nella proclamazione e nell’esecuzione dello sciopero c.d. politico (S. FOIS, *op. cit.*, 26).

inevasa dalle indagini giusprivatistiche circa il problema di quale sia “[...] la fonte di legittimazione del potere del sindacato di incidere anche negativamente su posizioni giuridiche individuali [...]”⁽⁴⁰⁾, trova nella ricostruzione della relazione sindacato-lavoratori nei termini di una forma di rappresentanza politica una risposta di gran lunga più convincente di quella offerta dalla lettura giusprivatistica del fenomeno. Neanche la dottrina giuslavoristica, a ben vedere, ha potuto del tutto fare a meno di ricorrere agli esiti della elaborazione giuspubblicistica in materia di rappresentanza. La nozione di “rappresentatività” nasconde certamente, pur tra qualche ambiguità, una fattispecie ascrivibile alla *Repräsentation*, piuttosto che alla *Vertretung*. Gino Giugni ne coglie infatti la valenza unificatrice, come “[...] nozione politica, definibile come la capacità dell’organizzazione di unificare i comportamenti dei lavoratori in modo che gli stessi operino non ciascuno secondo scelte proprie, ma, appunto, come gruppo”⁽⁴¹⁾. La nozione di rappresentatività, o meglio, di “maggiore rappresentatività”, è com’è noto alla base di una legislazione premiale e di sostegno nei confronti delle principali confederazioni sindacali italiane che riconosce ad esse potenzialità rappresentative in grado di superare sistematicamente i confini – naturali per il diritto privato – degli associati. In altre parole, la normativa che fonda, oltre ad uno Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300), anche un vero e proprio Statuto delle organizzazioni sindacali tradisce una chiara opzione del legislatore verso le forme più mature, ma anche più tradizionali, del sindacalismo organizzato, in qualche misura indirizzando l’assetto pluralistico delle libertà sindacali verso il consolidamento delle organizzazioni maggiori, piuttosto che verso la proliferazione delle espressioni sindacali, in un più generale disegno di semplificazione e razionalizzazione del confronto sociale. Tale indirizzo, di per sé idoneo, almeno in astratto, a porsi in relazione quantomeno problematica con il principio di eguaglianza e con il divieto di disparità di trattamento, è confermato e protetto anche in sede di giudicato costituzionale proprio in virtù del collegamento che presenta con il riconoscimento della vocazione di tali organizzazioni a rappresentare, promuovere e difendere gli interessi di tutti i lavoratori, anche dei non iscritti. Senza tale attitudine, non vi sarebbe ragione di “preferire” taluni sindacati rispetto ad altri. La Corte Costituzionale ha infatti più volte⁽⁴²⁾ difeso la “razionalità di una scelta legislativa caratterizzata dal ricorso a tecniche incentivanti idonee ad impedire un’eccessiva dispersione e frammentazione dell’azione dell’autotutela ed a favorire una sintesi degli interessi non circoscritta alle logiche particolaristiche di piccoli gruppi di lavoratori”⁽⁴³⁾. Come a dire che anche in questa più specifica vicenda la rappresentanza si presta ad offrire la fonte di legittimazione di un processo di esercizio del potere. Lo Statuto dei lavoratori, infatti, disegna una disciplina di protezione del fenomeno sindacale che si declina attorno ad un

⁽⁴⁰⁾ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1991, 26.

⁽⁴¹⁾ G. GIUGNI, *op. cit.*, 85.

⁽⁴²⁾ Ad esempio, in C. Cost. 6 marzo 1974 n. 54, in *FI*, 1974, con nota di G. PERA, ed in C. Cost. 24 marzo 1988 n. 334, in *GCost*, 1988, 1414 ss., con osservazione di M. DELL’OLIO, *Ancora sulla rappresentatività, e su maggioranza e proporzionalità, organizzazione sindacale, categoria nello statuto dei lavoratori e nel sistema*, 1434.

⁽⁴³⁾ C. Cost. 26 gennaio 1990 n. 30, punto 5 del considerato in diritto.

duplice livello di garanzia: un primo livello è comune a tutte le espressioni dell'associazionismo sindacale, mentre un secondo livello è invece proprio solo delle organizzazioni maggiormente rappresentative. Gli sviluppi della successiva legislazione ordinaria confermeranno tale preferenza verso l'assetto storicamente consolidato del sindacalismo confederale anche nella riforma del pubblico impiego, dove la progressiva estensione della negoziazione collettiva passa proprio per la riserva in via esclusiva ai sindacati maggiormente rappresentativi della funzione di rappresentanza degli interessi dei dipendenti pubblici (articolo 45, decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29). Nell'impianto originario dello Statuto dei lavoratori, la soglia di maggior favore riconosciuta alle organizzazioni sindacali veniva ricondotta alla presenza (alternativa) di due requisiti (articolo 19): l'adesione ad una delle confederazioni nazionali, ovvero la effettiva acquisizione di un ruolo di interlocuzione nelle relazioni sindacali, dimostrato (con una presunzione *iuris et de iure*) dall'aver sottoscritto un contratto collettivo nazionale o provinciale applicato nell'unità produttiva in questione. Il "minimo" di rappresentatività richiesta per accordare la maggiore tutela è pertanto ancorato a riferimenti che intendono saggiare la capacità negoziale dell'associazione sindacale sulla base dei risultati raggiunti. La previsione del requisito della stipula di accordi su base almeno provinciale corrisponde, oltre che ad un'istanza di semplificazione e di dissuasione di fenomeni di parcellizzazione ed atomismo sindacale, anche ad una netta opzione per la valorizzazione dell'effettività delle funzioni rappresentative esercitate, secondo la lettura fornita dal giudice delle leggi, che ha espressamente escluso la rilevanza di ipotesi di mere adesioni formali a contratti collettivi negoziati da altri sindacati ⁽⁴⁴⁾. Ciò che conta è infatti l'effettivo svolgimento di una funzione autenticamente rappresentativa.

5. Le condivisibili considerazioni di chi ha correttamente colto nella crisi del rappresentato ⁽⁴⁵⁾, piuttosto che in quella del rappresentante, il vero nodo delle difficoltà con cui le forme e le tecniche della rappresentanza di diritto pubblico si realizzano nelle democrazie pluralistiche contemporanee trovano nelle vicende proprie dell'associazionismo sindacale una nuova ulteriore conferma. Come a dire che la logica propria della rappresentanza politica ben si adatta a spiegare della rappresentanza sindacale non solo l'assetto fisiologico dei suoi modi di manifestarsi, ma anche il momento patologico o i fattori critici che pure interessano le dinamiche rappresentative. In questo senso, il rilievo circa gli effetti della progressiva frantumazione dell'unità e della coesione del corpo sociale nel passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse ben si presta ad offrire una chiave di lettura per interpretare anche la crisi innegabile nella quale versa da tempo la rappresentanza sindacale. Se già nel 1990 la Corte costituzionale sottolineava come fosse "[...] andata progressivamente attenuandosi l'idoneità del modello disegnato nell'articolo 19 Stat. lav. a rispecchiare l'effettività della rap-

⁽⁴⁴⁾ C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244.

⁽⁴⁵⁾ M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 2001.

presentatività”⁽⁴⁶⁾, è difficile dire se il referendum abrogativo parziale dell’articolo 19 registri o piuttosto aggravi la crisi del sistema di rappresentanza sindacale “tradizionale”⁽⁴⁷⁾. In altre parole, è la crisi del mondo del lavoro e dei suoi assetti più storicamente legati ai modi di produzione propri della fase della rapida industrializzazione del Paese a generare la crisi della rappresentanza sindacale, e soprattutto del sindacalismo confederale. Se, come si è cercato di dimostrare, la rappresentanza sindacale in vera nelle relazioni industriali, e più in generale nella sfera pubblica, l’insieme ideale dei lavoratori, non poteva non accadere che tale rappresentanza non venisse coinvolta dalla perdita di unità e addirittura di identità di un mondo del lavoro che appare quantomai variegato sotto il profilo sociale, culturale, ma anche di inquadramento giuridico. Il tipico contratto di lavoro subordinato, paradigma universale della relazione di dipendenza che legava prestatore e datore di lavoro, è ormai solo una delle forme nelle quali si instaura il rapporto di lavoro, accanto a modelli caratterizzati per lo più da maggiore flessibilità e precarietà. Ma sono proprio le nuove condizioni strutturali del lavoro – *rectius*, dei lavori – a minare alla base l’identità collettiva dei lavoratori nella loro capacità di relazioni solidali, presupposto dell’autotutela. L’applicazione delle nuove tecnologie ai sistemi produttivi cagiona spesso la riduzione della concentrazione dei lavoratori nelle unità produttive, favorendo la creazione di reti costituite da unità molto piccole, spesso collegate telematicamente (è stata efficacemente usata l’immagine del “lavoro senza luogo”)⁽⁴⁸⁾. Altra caratteristica è la destrutturazione delle modalità di organizzazione del lavoro. La nozione di “missione”, indicativa dell’insieme di attività precisate tassativamente che integrano l’obbligazione a carico del lavoratore, perde di utilità nella misura in cui i gruppi di lavoro si organizzano in funzione di progetti od obiettivi, e si sciolgono non appena tali obiettivi sono raggiunti. Quando un capo ufficio diviene un *project leader*, la gerarchia aziendale assume forme meno percepibili; quando il prodotto del lavoro si “dematerializza” sempre più, contribuisce a diminuire il senso di appartenenza e di identità collettiva di chi partecipa alla produzione. Identità collettiva che viene minata anche dalla frequenza con la quale i lavoratori cambiano azienda; ad una minoranza di *core-workers*, nucleo di lavoratori relativamente stabile, che permangono nella medesima azienda per un tempo medio o lungo, corrisponde una maggioranza di *peripheral workers*, destinati a spostarsi di continuo da un’azienda ad un’altra⁽⁴⁹⁾. In buona sostanza, il mutare rapido ed inarrestabile delle condizioni del lavoro comporta la crisi di alcuni dei fattori che

⁽⁴⁶⁾ C. Cost. 26 gennaio 1990 n. 30, punto 6 del considerato in diritto.

⁽⁴⁷⁾ La richiesta di referendum popolare venne dichiarata ammissibile dalla Corte con la decisione 12 gennaio 1994 n. 1, ed ebbe ad oggetto l’abrogazione totale dell’art. 19, comma 1, lett. a), che faceva riferimento alle confederazioni sindacali maggiormente rappresentative, e della lett. b) del medesimo articolo, ma limitatamente alle parole “non affiliate alle predette confederazioni” ed alle parole “nazionali e provinciali”. Il referendum ebbe luogo, con esito positivo, l’11 giugno 1995, e la relativa abrogazione fu dichiarata con d.P.R. n. 312/1995.

⁽⁴⁸⁾ L. GALLINO, *Su alcune trasformazioni del lavoro*, in A. VARNI (a cura di), *Alla ricerca del lavoro. Tra storia e sociologia: bilancio storiografico e prospettive di studio*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1999, 39 ss.

⁽⁴⁹⁾ A. TOURAINE, *Dall’antica alla nuova sociologia del lavoro*, in A. VARNI (a cura di), *op. cit.*, 17 ss.

maggiore peso hanno avuto nello sviluppo e nel rafforzamento delle organizzazioni sindacali: l'azienda come scenario materiale delle relazioni industriali, la contiguità dei lavoratori, la rigidità delle prestazioni rese, la gerarchia, e financo la memoria e l'identità collettiva di un gruppo sociale che è sempre meno eguale a se stesso. In ultima analisi, tali mutamenti hanno a che fare proprio con il profilo umano e culturale del lavoratore, con i suoi orizzonti di riferimento, con i suoi valori personali e relazionali. È sempre più difficile tracciare lineamenti comuni di tali profili, e conseguentemente è sempre più difficile esprimere forme di rappresentanza unitaria di tali soggetti. Non è un caso che a questa crisi corrisponda, sul versante dell'associazionismo sindacale, il proliferare di organizzazioni sempre più piccole e sempre più settoriali, in un quadro complessivo sempre più orientato verso l'atomismo rivendicatore. Non è un caso che tali fenomeni mettano in crisi quella forte componente etica e solidaristica che ha segnato il sindacalismo italiano in una direzione di senso così vicina a quel "pathos politico" e a quell'"ethos pubblico" che attenta dottrina ha indicato costituire i contenuti di valore più preziosi della rappresentanza politica ⁽⁵⁰⁾. Da questo punto di vista, è difficile dissentire da chi ha messo in guardia dal ritenere che una legge sulla rappresentanza sindacale possa risolvere il problema della frammentazione sindacale, e dell'"uso abnorme del conflitto" in chiave di concorrenza tra talune organizzazioni ed altre ⁽⁵¹⁾. Questi problemi affondano le loro radici in quella crisi del rappresentato rispetto alla quale neppure chi crede fideisticamente nelle virtualità dell'azione pubblica e della legislazione può avanzare ipotesi ottimistiche. Anche perché il problema non pare essere tanto quello della proliferazione delle sigle, quanto quello della diminuzione della "capacità di governo" della categoria che il sindacalismo confederale pare presentare. Si pensi alle recenti vicende relative al rinnovo del contratto per i lavoratori del settore dei trasporti pubblici, che ha dato luogo, tra il 2003 ed il 2004, ad uno dei peggiori inverni che gli utenti del trasporto pubblico locale ricordino (specie a Milano). Seppure nel settore le sigle confederali sembra raccolgano oltre il 70 per cento dei lavoratori (mentre i Cobas resterebbero sotto la soglia del 10 per cento), ciò non ha impedito che, dopo oltre due anni di attesa del nuovo contratto, e la firma, da parte di Cgil, Cisl e Uil, alla fine del dicembre 2003, di un nuovo accordo nazionale all'esito di trattative estenuanti e di molti (troppi) scioperi, dopo la tregua dovuta alle festività, altre agitazioni già nei primi giorni del gennaio 2004 abbiano cagionato fortissimi disagi alle collettività locali. Si è trattato di agitazioni promosse dai sindacati di base, ma ovviamente forti dell'adesione assai massiccia anche di molti iscritti ai sindacati tradizionali, evidentemente non soddisfatti di come i sindacalisti avevano ritenuto di chiudere la vertenza. In altre parole, il punto pare proprio essere quello di una crisi del rapporto tra rappresen-

⁽⁵⁰⁾ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 112 ss. e soprattutto 114. Il rilievo per cui il rappresentante in senso politico non possa rinunciare a predicare di sé un contenuto di valore, in chiave ideale e simbolica, è asserzione relativamente condivisa anche tra giuristi di estrazione culturale molto diversa. Basti pensare che è rinvenibile sia in Schmitt (C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica* (trad. it. a cura di C. Galli), Giuffrè, Milano, 1986) che in Leibholz (*op. cit.*).

⁽⁵¹⁾ M. MAGNANI, *op. cit.*

tanti e rappresentati che rischia di contestare il *proprium* della rappresentanza sindacale, ovvero la legittimazione ad agire e decidere per conto dei lavoratori. Non è un caso che le stesse sigle confederali si sforzino di ragionare intorno a nuove forme di legittimazione degli accordi ottenuti, mediante assemblee, o referendum⁽⁵²⁾. Per un verso dunque, nessuna fideistica speranza può essere riposta in una legge sulla rappresentanza sindacale; per altro verso resta – in assenza di una legge, quale che sia – sostanzialmente elusa la questione della legittimazione del potere sindacale sui lavoratori. E tale elusione difficilmente può essere considerata priva di effetti sulle dinamiche reali del rapporto tra sindacati (tradizionali) e lavoratori: quanto più questi (iscritti o meno che siano ai sindacati) non troveranno risposte alla domanda circa la giustificazione del potere rappresentativo dei sindacati, tanto più i sindacati non riusciranno ad orientare i comportamenti collettivi della base rappresentata. Ed il problema della legittimazione del potere, insieme con quello della sua limitazione, resta, per chi applichi gli strumenti culturali del costituzionalismo, la questione fondamentale⁽⁵³⁾.

La natura giuridica della rappresentanza sindacale. Un “passo indietro” nel dibattito sull’attuazione dell’articolo 39 della Costituzione – Riassunto. *L’A. si propone di affrontare la questione della rappresentanza sindacale da una prospettiva giuspubblicistica e segnatamente muovendo dalla ipotesi teorica secondo cui si assiste ad un avvicinamento della rappresentanza di interessi collettivi, a cui è possibile ascrivere la rappresentanza sindacale, al concetto di rappresentanza politica. A fronte di questa premessa, rilevate le caratteristiche essenziali del fenomeno sindacale l’A. sottopone a critica la tesi secondo cui il fenomeno potrebbe essere giuridicamente spiegato avvalendosi della categoria della rappresentanza privatistica e procede pertanto nell’analisi applicando il modello di riferimento sia da una prospettiva di analisi storica del sindacalismo italiano, soprattutto nel primo dopoguerra, sia con riferimento alla legislazione degli anni Settanta e, in particolare, alla legislazione premiale contenuta nello Statuto dei lavoratori trovando così conferma circa l’ipotesi di partenza relativamente alla constatata maggiore idoneità del modello di rappresentanza politica a tradurre in termini giuridici il fenomeno sindacale. L’A. applica la tesi precedentemente argomentata al problema attuale relativo alla crisi di rappresentatività del sindacalismo italiano che appare, in ultima analisi, riconducibile alla crisi stessa del soggetto rappresentato, il lavoratore, del mondo del lavoro e dei suoi assetti tradizionali a fronte del legame sussistente, nel modello di rappresentanza politica, tra rappresentato e rappresentante tale per cui il rappresentato acquista soggettività (in termini giuridicamente rilevanti) solo per il tramite della rappresentanza che lo identifica e lo connota politicamente. In conclusione, l’A. ritiene di cogliere una relazione tra l’assenza di una legge attuativa dell’art. 39 Cost. ed il problema della crisi di legittimazione del potere sindacale sui lavoratori.*

Legal aspects of trade union representation. Rethinking the implementation of Article 39 of the Italian Constitution (Article in Italian) – Summary. *This paper considers trade union representation from a public law perspective, taking as its starting point the position that there is a degree of convergence between the representation of collective interests, including trade union representation, and political representation. On the basis of this premise, first of all the author*

⁽⁵²⁾ La Cisl sembra più legata alle tradizionali assemblee, dove i lavoratori riuniti ascoltano i sindacalisti che riferiscono loro dell’esito delle negoziazioni, mentre Cgil e Uil si muovono decisamente verso il referendum.

⁽⁵³⁾ V. per tutti P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006, II ed., 4 ss.

identifies the essential characteristics of trade unionism, and then offers a critical analysis of the view that the phenomenon could be explained in terms of private law representation. The author then continues with an historical analysis of Italian trade unions, especially in the years after the Second World War, with reference to the legislation enacted in the 1970s, and in particular the pro-union provisions of the Statuto dei lavoratori, providing support for the argument that a model of political representation is the most suitable for providing a legal characterisation of Italian trade unionism. In the view of the author, this argument is relevant to the crisis of representation which currently characterises Italian trade unionism: in terms of the relation between those who are represented and their representatives, in a model of political representation, the workers represented acquire a significant role from a legal point of view only by means of representation that is politically connotated. Trade union representation therefore becomes critical in a world of work that is undergoing transformation, with the result that it becomes difficult to identify shared positions and to achieve unitary representation of the workers. In conclusion the author seeks to establish a relation between the absence of legislation implementing Article 39 of the Constitution and the legitimacy of trade-union power.

La rappresentanza degli attori sindacali: riflessioni sul caso francese

Clara Enrico

Sommario: 1. Obiettivi del Rapporto. – 2. Rappresentatività e sindacato maggioritario. – 3. Scenari “di adattamento” e “di trasformazione”. – 4. Legge e negoziazione. – 5. Stato della riforma.

1. Il Rapporto *Pour un dialogue social efficace et légitime: Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales* ⁽¹⁾, che una ristretta Commissione presieduta da Hadas-Lebel (Presidente di sezione del Consiglio di Stato) ha predisposto in soli cinque mesi, a richiesta del primo ministro Dominique de Villepin, contiene molti elementi noti – e diffusi oltre che in Francia in tutta Europa – sullo stato delle relazioni industriali e sull'intreccio con l'economia, e la profonda crisi dell'una e delle altre.

E dall'uno all'altro istituto rimbalzano i problemi irrisolti e i nodi che impediscono un uso attento e vitale delle relazioni fra le organizzazioni sindacali, le associazioni imprenditoriali ed il sistema giuridico: dalla rappresentatività sindacale alla legittimità dei contratti collettivi; dai criteri della rappresentatività ai metodi di finanziamento dei sindacati; e da questi problemi a quello più generale dei rapporti fra legge e contratto collettivo, come fonti delle norme sociali ⁽²⁾.

Dichiaratamente gli autori del Rapporto usano un metodo comparatistico, almeno nell'ambito della UE: ma, al di là dei termini impiegati, più che di comparazione – data la diversità degli assunti giuridici e delle relazioni che intercorrono fra i soggetti protagonisti nei diversi Stati membri – si tratta di una nuova applicazione di *benchmarking*: poiché, come è detto nell'Introduzione, “pur senza poter essere trasportati in modo meccanico da un Paese all'altro, le formule che hanno avuto successo in uno o nell'altro Paese europeo possono servire, se non come termini di riferimento, almeno come base di riflessione”.

* Clara Enrico è Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Genova.

⁽¹⁾ Cfr. RAPHAËL HADAS-LEBEL (a cura di), *Pour un dialogue social efficace et légitime: Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapporto presentato al Primo Ministro nel maggio 2006, in *Boll. Adapt*, 2006, n. 32. Il *Bollettino Adapt* può essere consultato sul sito del Centro Studi Internazionali e Comparati “Marco Biagi”, www.csmb.unimo.it. Vedi la traduzione e sintesi del rapporto pubblicata in *q. Fascicolo*, nell'*Osservatorio Internazionale e comparato*, alla voce *Francia*.

⁽²⁾ Così la Introduzione del Rapporto.

Scopo dichiarato è “tentare di rinnovare la qualità del dialogo sociale, conferendogli, attraverso nuovi equilibri, più efficacia e più legittimità”.

Partiamo dal panorama sulla situazione francese attuale offerta dal Rapporto, caratterizzata da un bassissimo tasso di sindacalizzazione (addirittura stimato intorno all'8 per cento, con una riduzione al 5 per cento nel settore privato): anche in Francia, tuttavia, questa bassa percentuale di iscrizioni non impedisce una negoziazione collettiva forte, né una presenza sindacale di rilievo entro l'impresa (o, almeno, nella grande impresa).

2. L'attuale situazione sindacale si è determinata, come da noi, dopo la seconda guerra mondiale; e dopo la Costituzione del 1946, in cui i francesi ebbero l'accortezza di non inserire norme sulla rappresentanza e rappresentatività sindacale; potendo così provvedere con legge ordinaria ⁽³⁾ alla definizione dei sindacati legittimati a condurre i processi negoziali e a dare ai contratti efficacia generale.

Il concetto di “rappresentatività” è stato impiegato in Francia ben prima che da noi: provvedendo la legge a scindere i sindacati più rappresentativi dalle altre organizzazioni sindacali.

I primi hanno la forza amministrativa che deriva loro dalla qualificazione da parte del Ministro del lavoro, sulla base di una presunzione, fondata su criteri non dissimili da quelli impiegati da noi e dunque piuttosto politici e legati alla forza già acquisita – la rappresentatività storica di cui parla Giugni ⁽⁴⁾ –, che non giuridici.

Gli altri sindacati devono “provare” la loro rappresentatività con indici indicati nel “Code du Travail”, e che in parte noi abbiamo assunto dal loro sistema, tramite la giurisprudenza e poi nella legge n. 902 del 1977: il numero degli aderenti, l'autonomia, le quote sindacali, l'esperienza e la “storia” del sindacato, e – retaggio di un passato politico sempre rivendicato in Francia, ma in concreto ben presente anche per i sindacati italiani – l'atteggiamento patriottico durante la resistenza.

Altri criteri aggiuntivi possono esser considerati dal Ministro del lavoro o dalla giurisprudenza: principalmente il favore di cui gode il sindacato presso i lavoratori, valutabile dai risultati elettorali; e l'attività già posta in essere, con quanto tramite essa acquisito.

Superata la prova, anche queste organizzazioni sindacali hanno le prerogative ed i diritti concessi ai sindacati più rappresentativi: ma solo a livello di settore e d'impresa, *non* a livello nazionale (ovvero intercategoriale).

Il Rapporto assume una particolare rilevanza per le relazioni industriali anche nel nostro Paese: ove la struttura di esse, la natura e i contenuti degli accordi collettivi (non l'efficacia, però) nonché, e direi soprattutto, la simile origine “politica” della Resistenza dei sindacati più importanti hanno condotto a studi non dissimili e soprattutto centrati sugli stessi temi; con l'aggiunta, e non solo da parte france-

⁽³⁾ La legge sui contratti collettivi del 1950 per prima e poi la fondamentale legge 13 novembre 1982 (art. L. 131.1 e ss. del *Code du travail*).

⁽⁴⁾ In G. GIUGNI, *Diritto Sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, 64.

se, di ipotesi di sindacato “maggioritario” ⁽⁵⁾ su ispirazione americana ⁽⁶⁾ piuttosto che di modelli partecipativi di tipo tedesco, cui invece è stata dedicata qualche attenzione in Italia.

La centralità della contrattazione è ribadita fermamente nel Rapporto; ma le difficoltà date dalla rappresentatività, dai livelli di negoziazione, dai rapporti fra legge e contrattazione collettiva, dall’efficacia soggettiva, per citare i più frequenti, se da un lato consentono al modello sociale europeo solo un “minimalismo regolatorio”, che ha come strategie *soft laws* e *voluntary contracts*, liberano all’opposto, nei Paesi che hanno visto gli attori principali delle relazioni industriali soffrire più profondamente il cambiamento – per la mancanza del sostegno politico alla loro azione – la volontà di individuare nuove strategie senza escludere alcuna delle esperienze, pur le più diverse, proposte in altri sistemi sindacali. Sulla rappresentatività l’ordinamento sindacale francese si presenta dunque come molto simile al nostro, salva, da noi, la maggior difficoltà nel reperire la fonte della rappresentatività e quindi dell’efficacia generale della contrattazione collettiva; con una conseguenza diversa per la Francia, e cioè che l’interazione fra legge in materia di lavoro e contrattazione collettiva si è allentata con la legge 4 maggio 2004 ⁽⁷⁾, con la quale non si sono mutate le regole della rappresentatività, ma si è sancita la possibilità di deroghe alle norme di legge da parte dei contratti collettivi, la cui fonte di rappresentatività sia basata sul principio di maggioranza. E qui un processo di *benchmarking* andrebbe compiuto sull’esempio nordamericano – e sui Paesi che hanno seguito questo modello – di riconoscimento al solo sindacato maggioritario (che abbia cioè ottenuto la maggioranza dei voti in ele-

⁽⁵⁾ Per l’Italia un cenno alla regola della maggioranza non ancora molto sviluppato è nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro*: v. S. LIEBMAN, *Il nodo della rappresentanza e della rappresentatività*, in *q. Rivista*, 2003, 40 ss., spec. 48, e A. MURATORIO, *Commento a C. d’App. Genova, 1° giugno 2005, n. 387*, in *LG*, 2005, 1066 ss. Nega efficacemente la soluzione maggioritaria nel nostro ordinamento P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano, 2000, spec. 235 ss. e 385 ss.

In Francia il tema è molto più dibattuto: introdotto dalla Legge Aubry del 19 gennaio 2000, è stato esaminato in un Convegno dell’AFDT (l’associazione francese di diritto del lavoro) dedicato proprio a *Le principe majoritaire dans la négociation collective*, svoltosi a Parigi il 28 aprile 2000; indicativamente si vedano P. RÉMY, *Représentation dans la négociation collective, les limits du principe majoritaire*, in *Droit ouvrier*, 1999, 269 ss.; J.E. RAY, *Les grandes manœuvres du droit de la négociation collective*, in *DS*, 1999, 1018 ss.; M.L. MORIN, *Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé*, in *DS*, 2000, 1080 ss.

⁽⁶⁾ Il sistema del sindacato maggioritario negli Stati Uniti lega alla presenza di esso la possibilità di negoziazione collettiva nell’“unità contrattuale”, che resta senza contratto se le elezioni non portano ad un sindacato la maggioranza assoluta dei voti dei lavoratori. Ciò comporta una rappresentanza forzata, nel senso che i lavoratori saranno spinti a dare il voto al sindacato che si presume possa raggiungere quel risultato, pur non identificandosi nei suoi obiettivi e non aderendo ideologicamente ad esso, al fine di ottenere un contratto collettivo, essendo unica fonte di regolamentazione, in mancanza di sindacato maggioritario, il contratto individuale. Il sistema americano risale al Wagner Act del 1935, e le modifiche sono state scarse; per i problemi connessi di iscrizione obbligatoria (*union security*) al sindacato che ha stipulato il contratto collettivo applicato nella *unit*, mi permetto di rinviare ad un mio vecchio studio compiuto presso la Stanford University, *Le clause di sicurezza sindacale negli Stati Uniti*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Genova*, Giuffrè, Milano, 1971, 503 ss.

⁽⁷⁾ La Legge Fillon, preceduta da una “posizione comune” adottata dalla maggior parte dei *partners* sociali nel 2001, costituisce solo una tappa di un lungo percorso di rivisitazione del diritto sindacale, di cui il Rapporto qui considerato è un nuovo passaggio. Con questa legge si sono modificate le regole e le modalità di articolazione dei contratti collettivi ai diversi livelli (interprofessionali, di settore, aziendali).

zioni aziendali, o in *bargaining units*) della possibilità di negoziazione di un contratto collettivo per la *unit* (il sistema detto *sole bargaining agent*): con la conseguenza di costringere i lavoratori a votare per un sindacato anche non apprezzato, se questo ha speranza di risultare maggioritario: altrimenti, in mancanza del raggiungimento della maggioranza, *non* vi sarà contratto collettivo, e dunque il solo contratto individuale costituirà la base del rapporto di lavoro; il sindacato maggioritario, per contro, e il datore di lavoro hanno un *duty to bargain* e al sindacato maggioritario incombe il *duty to fair representation* di tutti i lavoratori.

Se questa libertà di produzione di norme sociali è concessa alla contrattazione collettiva, ben si comprende come il passo immediatamente seguente sia quello di far beneficiare gli attori di una legittimità incontestata, per cui il dialogo sociale possa avvenire con la partecipazione di organizzazioni riconosciute, di cui sia certa la rappresentatività. Occorrerà inoltre, per completare il quadro dell'esistente, ed anche delle somiglianze indubbie con la situazione italiana, tener conto della diversa situazione della presenza sindacale nell'impresa, estremamente debole nelle piccole imprese ⁽⁸⁾, non solo per gli organi elettivi, ma anche per i delegati designati dal sindacato.

Ed occorrerà ancora ricordare che anche in Francia i finanziamenti delle organizzazioni sindacali sono "opachi", come dice il Rapporto, non essendovi obbligo per esse di rendere pubbliche le loro entrate; al di là della fonte ordinaria di finanziamento – le quote di adesione sindacale – i dati sono scarsi e imprecisi ⁽⁹⁾; vi è anche da tenere conto delle entrate, sotto forma di sovvenzioni e messa a disposizione del personale, da parte dello Stato e degli Enti locali ⁽¹⁰⁾; e di aiuti e deduzioni fiscali con specifiche norme.

3. Alla descrizione dello stato delle cose, che nel Rapporto prende la parte prima, seguono due diversi scenari di possibile evoluzione: l'uno di semplice aggiustamento dell'esistente, l'altro con linee di trasformazione radicale: uno "di adattamento" e l'altro "di trasformazione", appunto.

Per il tema della rappresentatività, il primo scenario prevede il mantenimento della presunzione per le confederazioni riconosciute rappresentative dal Governo ⁽¹¹⁾, con alcune misure di miglioramento, non irrilevanti.

Innanzitutto, proprio per garantire l'effettività di rappresentanza di tali confederazioni, ne viene suggerita una revisione periodica, dopo le elezioni dei *Conseils de Prud'Hommes* o dei rappresentanti sindacali del personale; per gli altri sinda-

⁽⁸⁾ La situazione francese, nota il Rapporto, è caratterizzata dal paradosso per cui un basso tasso di sindacalizzazione coesiste con un numero eccezionalmente alto di organizzazioni sindacali, senza una organizzazione leader, come accade negli altri Paesi europei.

⁽⁹⁾ Difficile è stimare in percentuale gli apporti diversi, poiché, a seconda dei sindacati, si hanno indicazioni dal 15% al 60% dei fondi a loro disposizione per quanto riguarda le quote degli associati.

⁽¹⁰⁾ Con procedure di assai dubbia legalità e di scarsa certezza giuridica, come rilevano gli stessi estensori del Rapporto.

⁽¹¹⁾ È ovvio che le stesse organizzazioni sindacali riconosciute rappresentative pongono molti ostacoli all'evoluzione del sistema, che certo non è soddisfacente per il Rapporto, anche se è ormai da mezzo secolo che la lista dei sindacati maggiormente rappresentativi è stabile: ma proprio questo tempo dilatato fa supporre che la realtà sindacale si sia nel frattempo molto modificata.

cati si propone un aggiornamento dei criteri contenuti nel “Code du Travail”, focalizzandoli sulla capacità d’influenza e sull’autonomia, attività ed esperienza dell’organizzazione (nonché ancora sul rispetto dei valori repubblicani, frase retorica ad effetto, cui difficilmente potrebbe essere attribuito un senso proprio, un po’ come accade per la previsione di “statuto a base democratica” nel nostro articolo 39 della Costituzione). Ancora, si invoca una maggior chiarezza in relazione alle prerogative discendenti della rappresentatività e snellezza nelle procedure di riconoscimento della rappresentatività per le organizzazioni che non godano della presunzione legale.

Aggiustamenti assolutamente plausibili, la cui difficoltà di esecuzione sembra però doversi imputare più a fattori politici che a reali necessità giuridiche: salvo invece passare allo scenario di trasformazione, in cui si indica una via tutta diversa, rivolta al fine di far evolvere tramite il voto la rappresentatività sindacale, con l’accettazione del sistema maggioritario, già considerato nella legge 4 maggio 2004⁽¹²⁾.

Due formule innovative sono state introdotte nella legge Fillon del 2004: 1) la validità dei contratti collettivi di settore è “subordinata alla firma di una o più organizzazioni sindacali che rappresentino la maggioranza dei lavoratori del settore stesso” (maggioranza stabilita in seguito a consultazione fra i lavoratori o ai risultati delle più recenti elezioni del *comité d’entreprise* o, in mancanza, dei delegati del personale); 2) la validità dei contratti collettivi di settore in alternativa all’ipotesi precedente è “subordinata alla firma delle organizzazioni sindacali rappresentative che abbiano ottenuto almeno la metà dei suffragi espressi al primo turno delle più recenti elezioni del *comité d’entreprise*”⁽¹³⁾.

Formule assai discusse, su una quantità di problemi a seguire: il tasso possibile di astensione, una “dittatura delle minoranze”, i problemi delle piccole o medie imprese meno sindacalizzate, ed altri ancora⁽¹⁴⁾; questo non toglie tuttavia pregio

⁽¹²⁾ J.E. RAY, *Les curieux accords dits “majoritaires” de la loi du 4 mai 2004*, in *DS*, 2004, 590: “Omniprésente dans la loi du 4 mai 2004, l’idée majoritaire chère aux deux principales Confédérations constitue la contrepartie politique de la possibilité chère au MEDEF de «déroger», de «s’affranchir» des normes supérieures prévues par la Position commune du 16 juillet 2001”. Ove il MEDEF, come è noto, è il corrispondente francese di Confindustria, e le due Confederazioni sono la CGT e la CFDT. La “Posizione comune”, da cui deriva la legge del 2004, richiamata più volte nel *Rapporto*, è risultata per questi opposti obiettivi ambivalente ed ha sollevato molte obiezioni da parte dei giuristi francesi, particolarmente sugli “accordi maggioritari”: con varie posizioni, e solo considerando studi recenti, data la vastità e l’eterogeneità dei commenti, v.: M.L. MORIN, *Principe majoritaire et négociation collective: un regard de droit comparé*, cit., 1080 ss.; F. SARAMITO, *À la recherche d’une majorité dans la négociation collective*, in *Droit ouvrier*, 2000, 428 ss.; P. RÉMY, *op. cit.*, 269 ss.; e ancora J.E. RAY, *Les grandes manœuvres du droit de la négociation collective*, cit., 1018 ss.; e G. LYON-CAEN, *Pour une réforme enfin claire et imaginative de la négociation collective*, in *DS*, 2003, 356 ss.

⁽¹³⁾ Ma l’innovazione della legge del 2004 non è, in questa seconda ipotesi, completa: già nella legge 19 gennaio 2000 (sulle 35 ore), all’art. 19, comma 5, emergeva questo concetto di “majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections au comité d’entreprise”.

⁽¹⁴⁾ V. il commento critico di J.E. RAY, *Les curieux accords dits “majoritaires” de la loi du 4 mai 2004*, cit., che nota, contrariamente alla normalità della posizione cronologica dell’evoluzione sociale, che è seguita dalla norma giuridica di regolamentazione, questa anticipazione normativa di una evoluzione sociale e culturale dei sindacati che è ancora da compiersi, con un rovesciamento per cui si vorrebbero costringere i sindacati a partecipare ad una “dinamica maggioritaria” cui non sono ancora pronti. Cfr., a

ad una legge nuova, che fra l'altro porta anche la novità del contratto collettivo di gruppo, prima solo ammesso dalla giurisprudenza ⁽¹⁵⁾.

4. Il Rapporto passa poi al tema degli accordi e contratti collettivi, mantenendo la duplice ottica di un obiettivo di adattamento ed uno di vero cambiamento. Anche questa parte del Rapporto affonda le sue radici nella Legge Fillon del 2004, dopo che questa ha impegnato il Governo a rinviare alla contrattazione nazionale interprofessionale “qualsiasi riforma di natura legislativa relativa al diritto del lavoro”; per cui, prima di elaborare un progetto di legge di riforma del diritto di lavoro, il Governo dovrà convocare i *partners* sociali per sapere se essi vogliono iniziare un procedimento di negoziazione su quell'argomento.

Anche su questo tema, come per quello precedente, i problemi sono quelli generalizzati, che urgono in tutta Europa: la flessibilità di organizzazione del lavoro non sta solo nell'adottare rapporti di lavoro con questa caratteristica (la flessibilità, in definitiva, del tempo di lavoro), ma anche, pur con un necessario ampliamento degli ammortizzatori sociali, nella possibile modulazione delle fonti normative, per concessione del legislatore all'intervento della contrattazione collettiva in alternativa, o addirittura con prevalenza rispetto ai suoi stessi atti ⁽¹⁶⁾.

Gli obiettivi sono gli stessi per tutti gli attori: difendere o aumentare i livelli salariali migliorando la produttività, promuovendo competitività e sviluppo; e soprattutto aumentare la popolazione in attività con norme di tutela “leggere e rispettate” ⁽¹⁷⁾: obiettivi inconciliabili in assoluto e dunque richiedenti molti elementi di flessibilità ⁽¹⁸⁾.

Quella delle fonti, in particolare: e qui si inseriscono problemi e prospettive molto simili, in Italia e in Francia: la somiglianza delle posizioni e ideologie dei grandi sindacati si riflette nelle difficoltà di dare assetto e livelli alla contrattazione, oltretutto, naturalmente, di individuare i soggetti e le competenze ⁽¹⁹⁾.

favore di questa innovazione legislativa, P.H. ANTONMATTÉI, *Négociation collective et CPE: le jour d'après*, in *DS*, 2006, 650.

⁽¹⁵⁾ Cfr. B. TEYSSIÉ, *La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe*, in *DS*, 2005, 982 ss., e P.H. ANTONMATTÉI, *La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe: satisfaction et interrogations*, in *DS*, 2004, 601 ss.; e, precedenti la legge, P. RODIÈRE, *La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi "Fillon" sur le dialogue social*, in *Semaine Sociale Lamy*, 15 dicembre 2003, n. 1148; M.L. MORIN, *Les accords collectifs de droit commun*, in *RJS*, 2003, 743; G. VACHET, *La négociation collective dans les groupes de sociétés*, in B. TEYSSIÉ (*sous la direction de*), *Les groupes de société et le droit du travail*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, 105. Ma è tema molto discusso nel diritto francese, e la bibliografia troppo estesa per essere qui riportata.

⁽¹⁶⁾ V. gli spunti sulla “nuova contrattazione” di G. BAGLIONI, *Per un assetto più attuale della contrattazione collettiva*, in *q. Rivista*, 2003, 36 ss.

⁽¹⁷⁾ Ancora G. BAGLIONI, *op. cit.*, 37.

⁽¹⁸⁾ Ne è esempio la Legge Biagi, considerata troppo avanzata dalla dottrina tradizionale ma indicatrice di una strada da percorrere molto velocemente per porre riparo alla dolorosa crisi economica ed assegnare alle relazioni industriali il ruolo di strumento della competitività.

⁽¹⁹⁾ La situazione è più stabile in un Paese come la Germania, ove il sistema delle relazioni industriali è strutturato fra cinque soggetti diversi, ma senza frammentazione ideologica: lavoro e organizzazione marciano con maggior accordo, pur nei difficili rapporti fra sindacati e *work counsels* (in ogni impresa con più di 5 lavoratori e molto collaborativi) ed anche fra gli attori nazionali e le politiche europee.

La centralità della contrattazione, rivendicata rispetto a modelli partecipativi, e la percezione di una nuova *mission* di rappresentanza dei lavoratori – obiettivi anch'essi comuni alla Francia e all'Italia – inducono a nuovi punti di vista: la rigidità della regolazione collettiva dei rapporti di lavoro negli assetti produttivi tradizionali garantiva una tutela collettiva e corrispondeva ad una rigidità organizzativa che tollerava bassi livelli di flessibilità nella contrattazione, nonché nel cambiamento ed anche nella carriera ⁽²⁰⁾.

Sicché la difficile domanda che ci si pone nel Rapporto è quali potenzialità possa esprimere e su quali percorsi il sindacato potrà immettersi in un così modificato mercato di lavoratori *nonstandard* e di flessibili organizzazioni.

La strada dell'adattamento è quella dell'attesa, prevista nella legge del 2004, della fine del 2007 per riesame e valutazioni; ed anche una verifica – prima o dopo la fine del 2007 – della possibilità di decisioni a maggioranza su accordo delle organizzazioni sindacali (o anche per astensione), in qualche modo assimilabile alla “logica di maggioranza relativa”.

La strada della trasformazione prevede la vincolatività, per legge, delle decisioni assunte a maggioranza, portando quindi i sindacati a dialogare fra loro e a cercare posizioni comuni per raggiungere l'obiettivo; si prevede un possibile avvicinamento per gradi, o piuttosto per livelli, iniziando dapprima dal livello aziendale, o da soglie di maggioranza ridotte. Per le piccole e medie imprese (sotto i 200 dipendenti) è proposta sperimentalmente la creazione di un unico organismo di confronto e negoziazione, che assommi in sé le funzioni dei delegati del personale, del *comité d'entreprise* e dei delegati nominati dai sindacati.

L'ultimo tema toccato dal Rapporto considera quella “opacità” delle risorse finanziarie del sindacato, che è anche un nostro problema ⁽²¹⁾.

La strada dell'adattamento propone di migliorare, con varie misure di controllo, la trasparenza dei conti: sia per i contributi dei lavoratori (per i quali è previsto un beneficio fiscale), sia per i finanziamenti pubblici, sia con l'instaurazione di un regime fiscale apposito. Potrebbe inoltre prevedersi la pubblicazione annuale del bilancio d'esercizio, fino ad arrivare alla pubblicazione del bilancio consolidato.

Nella strada della trasformazione si può pensare a maggiori benefici fiscali per i contributi, nella forma di credito d'imposta; i finanziamenti pubblici dovrebbero essere ridotti ai soli incarichi di interesse generale dati ai sindacati; ed i finanziamenti dovrebbero tenere conto della consistenza numerica di ogni sindacato.

È lasciata in dubbio la possibilità di un finanziamento al dialogo sociale, visto il costo che questo comporterebbe, salvo riuscire ed eliminare gli (o parte degli) oneri gravanti oggi sulle imprese.

⁽²⁰⁾ G.P. CELLA, *Lavoro e contrattazione. Cosa cambia con il lavoro nonstandard?*, in *q. Rivista*, 2005, 37.

⁽²¹⁾ Nota, il *Rapporto*, le caratteristiche di questa difficoltà di chiarezza: la scarsità dei contributi dei lavoratori, la mancanza di certezza sul regime giuridico dei fondi dei sindacati; i finanziamenti dello Stato e la sua scarsa attenzione, nella distribuzione, al peso delle organizzazioni; ed infine la eccessiva riservatezza dei sindacati nel comunicare e pubblicare la propria situazione finanziaria.

5. Ecco dunque come il processo di *benchmarking* quale base di studio per i ruoli delle relazioni industriali dimostra la vicinanza dei Paesi europei nella crisi e nei sistemi proposti per la rinascita del sistema: certo diversi per istituti e norme, ma avvicinati dalla comune pressione economica e dalla condivisa rilevanza attribuita alla contrattazione collettiva, ai sindacati maggiori, scelti dai lavoratori, al difficile confronto fra piena autonomia di temi contrattuali e cornici legislative sia per promuovere la contrattazione stessa, sia per fornire le regole essenziali di protezione sociale ⁽²²⁾.

È questo un indice del consenso sociale diffuso, che consente le riforme e traccia il percorso del welfare, dal momento che i cambiamenti sociali del lavoro devono tener conto dell'interdipendenza dell'azione di governi e parti sociali ⁽²³⁾.

Per quanto riguarda più particolarmente la Francia, al momento attuale (agosto-settembre 2006) le proposte di riforma del dialogo sociale, che il Governo ha adottato come proprie, sono state inviate alle parti sociali, che hanno in particolare messo l'accento, nella loro risposta, sulla "procedura preventiva di concertazione", che permetterebbe ai *partners* sociali di appropriarsi, per così dire, di temi di negoziazione proposti dal Governo. Esse avrebbero un periodo di tempo (ancora da determinarsi) durante il quale il Governo si asterebbe dal prendere qualunque iniziativa sugli argomenti oggetto della negoziazione. Se allo scadere del tempo si avesse un testo di accordo, spetterebbe allora al Governo porre mano agli atti legislativi e regolamentari per realizzarlo; in mancanza d'accordo, il Governo recupererebbe invece il suo diritto di iniziativa (la riforma avrebbe quindi una forma legislativa, e non contrattuale) ⁽²⁴⁾.

Un'agenda condivisa e una logica consensuale che, se pur troveranno ostacoli, sono avviate perché volute da tutti: di ben quattro diversi istituti ⁽²⁵⁾ è prevista la fusione in un *Conseil du dialogue social* per l'esame degli argomenti in modo trasversale; si attende una formalizzazione delle proposte concrete da parte sindacale per fine settembre.

La rappresentanza degli attori sindacali: riflessioni sul caso francese – Riassunto. *L'A. svolge alcune riflessioni intorno al rapporto Pour un dialogue social efficace et légitime: Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales, presentato da una Commissione presieduta da Hadas-Lebel (Presidente di sezione del Consiglio di Stato), nel maggio 2006. Il metodo con cui l'analisi è condotta costituisce, rileva l'A., una applicazione di benchmarking volta a rinnovare la qualità del dialogo sociale, conferendo ad esso, attraverso nuovi equilibri, più*

⁽²²⁾ Si veda in questo senso G.P. CELLA, *op. cit.*, part. 39 ss.

⁽²³⁾ Come ricordano M. TIRABOSCHI, S.D. ROSATI, *Le relazioni industriali nell'Unione Europea*, in C. DELL'ARINGA, S. NEGRELLI (a cura di), *Le relazioni industriali dopo il 1993*, F. Angeli, Milano, 2005, 272, Biagi riteneva – e in pochi anni si è verificato che sia – che il livello comunitario consente con più facilità lo scambio di *best practices* sorte dalle esperienze nazionali e tali da consentire uno scambio di informazioni per il conseguimento degli obiettivi dell'Unione in materia di occupazione e lavoro.

⁽²⁴⁾ E come ha detto François Chèrèque, segretario generale della CFDT, accade già in molti casi che "si un texte sort de la négociation collective, et qu'il doit y avoir une retranscription législative, il doit être repris tel quel, c'est tout ou rien" (intervista a *Le Monde*, 31 agosto 2006, 9).

⁽²⁵⁾ La *Commission nationale de la négociation collective*, il *Conseil supérieur de l'emploi*, il *Comité du dialogue social pour les affaires européennes et internationales* e il *Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie*.

efficacia e più legittimità. Sono così esaminate le sollecitazioni derivanti dal rapporto, anche in chiave comparativa con attenzione particolare alla situazione italiana. A fronte di un quadro generale del contesto francese, con specifica considerazione dei temi legati alla rappresentatività, al sindacato maggioritario, questo anche alla luce del modello statunitense, al ruolo della contrattazione collettiva e al finanziamento delle OO.SS., sono esaminati i due scenari possibili di evoluzione prospettati nel rapporto e definiti uno di "adattamento", l'altro di "trasformazione". Specifica considerazione è quindi riservata al tema degli accordi e contratti collettivi, anche in questo caso affrontato dalla duplice ottica di obiettivo di adattamento e di vero e proprio cambiamento. L'A. all'esito dell'indagine riassume le prospettive francesi relativamente alla prosecuzione del dibattito e rileva, in conclusione, come il processo di benchmarking adottato nel Rapporto abbia dimostrato, con specifico riferimento alla individuazione dei temi problematici e di confronto relativamente alle prospettive di riforma dei sistemi di relazioni industriali, che i Paesi europei, pur diversi per istituti e norme, risultano vicini nella crisi e nelle soluzioni proposte per la rinascita del sistema.

The representation of trade union actors: reflections on the French case (Article in Italian) –

Summary. *The author discusses the report Pour un dialogue social efficace et légitime: Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales drafted by a Commission chaired by Hadas-Lebel (President of a section of the Conseil d'Etat) in May 2006. The method on which the analysis is based is considered by the author to be a form of benchmarking, aimed at improving the quality of social dialogue, enabling it to acquire greater effectiveness and legitimacy. The author examines the tensions characterising the process of social dialogue, also in a comparative perspective with particular regard to the Italian situation. On the basis of this overview of the French case, with particular attention to the issues of representativeness, majority trade unions, also in the light of the US model, the role of collective bargaining and trade union funding, the article examines two alternative prospects for development: "adaptation" and "transformation". Specific attention is paid to the role of collective agreements, also in this case considered in a dual perspective of adaptation and change. In concluding the author provides an overview of the prospects for change in France. In identifying problematic issues in a comparative perspective relating to the reform of industrial relations systems, the process of benchmarking adopted in the report highlights the similarities between the European countries, albeit with their different traditions and norms, both in terms of critical issues and possible solutions with a view to reviving social dialogue.*

Gli enti bilaterali nella riforma del mercato del lavoro: un primo bilancio

Angelo Reginelli

Sommario: **1.** Il coinvolgimento degli enti bilaterali nella riforma del mercato del lavoro. – **2.** L'intervento del legislatore sulle competenze degli enti bilaterali: *a)* la gestione del mercato del lavoro. – **3.** *Segue: b)* la certificazione dei contratti di lavoro. – **4.** *Segue: c)* la formazione professionale. – **5.** Sulla presunta "istituzionalizzazione" degli enti bilaterali. – **6.** È superabile il modello di ente bilaterale costituito con accordi unitari?

1. Senza per anni incontrare grande considerazione nella letteratura giuslavoristica ⁽¹⁾, gli enti bilaterali sono stati significativamente coinvolti nella riforma del mercato del lavoro ad opera della legge 14 febbraio 2003, n. 30, e del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, tanto che l'argomento sta attirando una certa attenzione e si presenta di notevole interesse.

Gli enti bilaterali sono stati istituiti prevalentemente a far data dagli anni Ottanta, anche se ne costituiscono un antecedente le casse edili sorte intorno ai primi del Novecento ⁽²⁾. Si sono affermati, in particolare, nei settori dell'agricoltura, dell'artigianato, del commercio e del turismo quali "sedi stabili e specializzate di confronto, volte a favorire tanto una comunicazione più collaborativa fra le parti sociali quanto l'effettività della tutela dei lavoratori attraverso l'erogazione diretta di prestazioni sia contrattuali che integrative di *welfare*, un miglior funzionamento del mercato del lavoro, un consolidamento della sindacalizzazione e del finanziamento delle organizzazioni rappresentative che le compongono" ⁽³⁾. Si tratta di realtà produttive nelle quali alcuni fattori (la polverizzazione del

* Angelo Reginelli è dottorando di ricerca in Diritto del lavoro e delle relazioni industriali presso l'Università degli Studi di Bologna.

⁽¹⁾ Al recente volume a cura di S. LEONARDI, *Bilateralità e servizi. Quale ruolo per il sindacato?*, Ediesse, Roma, 2005, (che raccoglie per lo più precedenti scritti dell'autore) si deve aggiungere L. BELLARDI, *Istituzioni bilaterali e contrattazione collettiva. Il settore edile (1945-1988)*, Aisri/F. Angeli, Milano, 1989, che è la trattazione *ex professo* sul tema.

⁽²⁾ Cfr. L. BELLARDI, *Contrattazione territoriale ed enti bilaterali: alcune osservazioni*, in *LI*, 1997, 22; M. MISCIONE, *Il riconoscimento reciproco delle Casse edili dopo la legge Merloni*, in *q. Rivista*, 1997, 39 ss.

⁽³⁾ Così S. LEONARDI, *Relazioni industriali e bilateralità: quale ruolo per il sindacato?*, in *QRS*, 2002, 201 ss., e ID., *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *DLRI*, 2004, 445, esplicitamente sulla scia di L. BELLARDI, *Contrattazione territoriale ed enti bilaterali: alcune osservazioni*, cit., 22 ss. Più in dettaglio l'attività degli enti bilaterali riguarda: la mutualizzazione dei trattamenti retributivi e

tessuto imprenditoriale, l'instabilità dell'impiego, la consistente diffusione di lavoro "atipico" o "irregolare") hanno sostanzialmente reso impossibile l'affermazione di un modello di presenza e organizzazione sindacale come quello della grande e media impresa. Per cui si comprende come in questi settori "appariva necessario creare ed istituzionalizzare per via contrattuale un articolato assetto di relazioni industriali territoriali, capace di surrogare efficacemente istituti e procedure della negoziazione collettiva altrimenti impraticabili o agibili soltanto a condizioni di elevata incertezza dei diritti e di conflittualità sociale permanente" ⁽⁴⁾. La natura giuridica è quella di associazioni non riconosciute anche se non mancano soluzioni diverse come la costituzione sotto forma di società a responsabilità limitata o di consorzio. Oltre ad avere un presidente che li rappresenta legalmente, sono dotati di organi deliberativi, amministrativi e di controllo composti in via paritetica da esponenti delle associazioni datoriali e di quelle dei lavoratori, e generalmente la durata delle cariche è triennale e rinnovabile ⁽⁵⁾. Le decisioni vengono assunte in base al criterio dell'unanimità al fine di evitare sia una spaccatura in seno alla componente sindacale sia la messa in minoranza della componente datoriale ⁽⁶⁾. Si tratta inoltre di organismi autonomi sul piano finanziario, in quanto dispongono di risorse proprie che affluiscono dalle quote di iscrizione versate periodicamente dagli aderenti nonché sotto forma di incentivi e sgravi di natura fiscale ⁽⁷⁾.

Se ne ricerchiamo un inquadramento più ampio di relazioni industriali, adottando schemi invalsi in ambiente anglosassone, gli enti bilaterali sono riconducibili al modello "dinamico" di contrattazione collettiva, in contrapposizione al modello "statico" ⁽⁸⁾. I soggetti stipulanti predeterminano "una cornice fissa di istituti e di

previdenziali previsti dai contratti collettivi, attraverso la quale l'ente si sostituisce al datore di lavoro nell'erogazione di prestazioni che potrebbero non venire o essere solo in parte corrisposte in settori, come l'edilizia, con una elevata mobilità dell'impiego (ferie, tredicesima, festività, anzianità professionale, indennità integrative di disoccupazione, malattia e infortunio); le prestazioni a sostegno del reddito dei lavoratori disoccupati o il cui rapporto sia stato sospeso, nonché quelle che soddisfino i loro bisogni e quelli delle loro famiglie (assistenza sanitaria integrativa, abbigliamento di lavoro, soggiorni turistici, borse di studio, cure termali ecc.); un ruolo ad ampio raggio nella realizzazione di politiche formative (su cui v. *infra* § 4); le prestazioni rese sul piano dei rapporti collettivi, sia attraverso strumenti che garantiscano un'adeguata e stabile rappresentanza dei lavoratori, quali gli osservatori congiunti e, nel settore artigiano, la nomina di rappresentanti sindacali di bacino; sia attraverso attività concernenti il finanziamento sindacale (la riscossione cioè, oltre alle quote di adesione ordinaria, di contributi extra-associativi).

⁽⁴⁾ S. LEONARDI, *op. ult. cit.*, 445.

⁽⁵⁾ Cfr. CESOS, *La bilateralità*, in *Le relazioni sindacali in Italia. Rapporto 1997-1998*, Documenti Cnel, Roma, 2000, 641 ss.

⁽⁶⁾ S. LEONARDI, *Relazioni industriali e bilateralità: quale ruolo per il sindacato?*, cit., 203. La composizione paritetica dell'ente bilaterale e le deliberazioni all'unanimità, benché funzionali al raggiungimento del massimo consenso fra i membri che lo compongono, si prestano al verificarsi di *impasse* nel circuito decisionale, con il rischio di compromettere il buon funzionamento dell'organismo: per una critica sulla tendenza a stabilire composizioni paritarie di organi bilaterali, v. M. PEDRAZZOLI, voce *Democrazia industriale*, in *DDPriv*, 1989, vol. IV, 246, per il quale così facendo si finisce per "attentare" alla loro dote di fornire con certezza regole codeterminate.

⁽⁷⁾ S. LEONARDI, *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, cit., 466 ss.

⁽⁸⁾ La rappresentazione del sistema anglosassone di relazioni industriali, innestata sulla distinzione tra *static collective bargaining* e *dynamic collective bargaining*, è notoriamente riferibile a O. KHAN-FREUND, *I conflitti tra i gruppi e la loro composizione*, in *PS*, 1960, 20 ss., ma vedi già l'analisi dei co-

procedure, nell'ambito delle quali gli *standards* esistenti possano essere continuamente adattati alle mutevoli condizioni, dandosi così al processo di creazione di norme collettive un carattere permanente"; per cui il modello "statico" di contrattazione, cioè "la negoziazione *ad hoc* degli accordi, basata su un contatto meramente sporadico tra i due gruppi avversari, cede il passo alla creazione di corpi permanenti paritetici, nell'ambito dei quali le relazioni tra i gruppi prendono la forma di decisioni formulate in collaborazione dalle due parti" ⁽⁹⁾.

In sostanza gli enti bilaterali sono attori sociali che operano secondo una logica d'azione partecipativa e non conflittuale, in modo autonomo ma nel rispetto delle politiche impresse dai soggetti fondatori in sede contrattuale. Ecco perché la Relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 276/2003 parla di sedi negoziali "privilegiate" per coniugare esigenze di giustizia sociale ed esigenze di competitività delle imprese, la cui valorizzazione può contribuire a rendere le relazioni industriali più collaborative e perciò più utili nel promuovere un'occupazione regolare e di qualità ⁽¹⁰⁾.

Nello specifico, l'articolo 2, comma 1, lettera *h*), del decreto legislativo n. 276/2003, li definisce "organismi costituiti ad 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 attraverso: la promozione di una occupazione regolare e di qualità; l'intermediazione nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro; la programmazione di attività formative e la determinazione di modalità di attuazione della formazione professionale in azienda; la promozione di buone pratiche contro la discriminazione e per la inclusione dei soggetti più svantaggiati; la gestione mutualistica di fondi per la formazione e l'integrazione del reddito; la certificazione dei contratti di lavoro e di regolarità o congruità contributiva; lo sviluppo di azioni inerenti la salute e la sicurezza sul lavoro; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi".

2. Gli enti bilaterali sono inclusi fra i soggetti pubblici e privati che possono esercitare intermediazione di manodopera in base ai regimi autorizzatori "particolari" disciplinati dall'articolo 6 del decreto legislativo n. 276/2003 ⁽¹¹⁾, cioè modulati in base alle caratteristiche di ciascuno di essi e comunque con un

niugi Webb (S. WEBB, B. WEBB, *La democrazia industriale, Biblioteca dell'economista*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1912).

⁽⁹⁾ O. KHAN-FREUND, *op. cit.*, 21.

⁽¹⁰⁾ Cfr. la Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 276/2003.

⁽¹¹⁾ Si tratta delle università e delle fondazioni universitarie, dei Comuni e delle camere di commercio, degli istituti di scuola secondaria di secondo grado, delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative e firmatarie dei contratti collettivi nazionali, di enti ed associazioni che operano istituzionalmente per la tutela e l'assistenza delle imprese, del lavoro o delle disabilità, di fondazioni o altri soggetti con personalità giuridica costituiti nell'ambito del Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro. L'art. 2, comma 3, del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, ha aggiunto all'art. 6 il comma 8-*bis*, secondo cui i soggetti autorizzati non possono in ogni caso svolgere l'attività di intermediazione nella forma del consorzio.

alleggerimento dei requisiti richiesti alle agenzie per il lavoro ⁽¹²⁾. Gli enti bilaterali possono inoltre esercitare anche ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale in forza dell'articolo 4, comma 6, del decreto legislativo n. 276, che abilita automaticamente le agenzie di intermediazione autorizzate a svolgere le predette attività ⁽¹³⁾.

Una parte della dottrina ha guardato con preoccupazione l'apertura del legislatore in favore di questi organismi, temendone l'acquisizione di una posizione dominante nella gestione del mercato del lavoro. Si è sostenuto che potessero assumere "una funzione monopolistica o quanto meno fortemente oligopolistica" in ragione della loro composizione, funzionale a rappresentare entrambi gli interessi in gioco ⁽¹⁴⁾. Anche chi non si è espresso in questi termini ha però fatto notare il vantaggio competitivo per gli enti bilaterali ai quali – per ragioni invero poco comprensibili – la norma non impone il divieto di svolgere la relativa attività senza finalità di lucro, al contrario degli altri intermediari speciali di natura pubblica ⁽¹⁵⁾.

I primi dati di cui si dispone sulla presenza degli operatori nel mercato del lavoro in seguito alla riforma dimostrano però che queste preoccupazioni erano ecces-

⁽¹²⁾ Nello specifico, il comma 3 dell'art. 6 stabilisce che gli enti bilaterali rispettino i requisiti di cui alle lett. c), d), f), g), dell'art. 5, comma 1, vale a dire la disponibilità di uffici idonei allo svolgimento dell'attività in questione, di personale dotato di adeguate competenze professionali e l'assenza in capo ai loro dirigenti con poteri di rappresentanza di condanne penali per una serie di delitti, compresi quelli in materia di infortuni o comunque in materia di lavoro o previdenza sociale, e della sottoposizione a misure di prevenzione. Si richiede, inoltre, l'interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro di cui al successivo art. 15 ed il rispetto delle disposizioni di cui all'art. 8 del decreto sulla tutela dei dati personali del lavoratore che si rivolge ai soggetti autorizzati o accreditati a svolgere le attività di promozione dell'occupazione.

⁽¹³⁾ Il tenore letterale dell'art. 6, comma 3 ("Sono altresì autorizzate allo svolgimento delle attività di intermediazione"), parrebbe alludere ad un'autorizzazione concessa *ope legis*, senza la necessità cioè di uno specifico provvedimento per l'iscrizione all'Albo unico nazionale delle agenzie per il lavoro. La disposizione ha la stessa formulazione del precedente comma 1, che abilita alla intermediazione le università e le fondazioni universitarie, su cui si è pronunciato l'art. 12, comma 1, dm 23 dicembre 2003, chiarendo che trattasi proprio di un'autorizzazione *ope legis* e che tale autorizzazione, non comportando l'iscrizione all'Albo delle agenzie di lavoro, non si estende alle attività di ricerca e selezione e di ricollocazione professionale. A rigor di logica il medesimo ragionamento dovrebbe valere per gli enti bilaterali, se non fosse che il comma 3 dell'art. 6 del d.lgs. 276 deve leggersi alla luce del nuovo comma 8, sostituito dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 251/2004: "in attesa delle normative regionali [...] i soggetti autorizzati ai sensi della disciplina previgente allo svolgimento di attività di intermediazione, nonché i soggetti di cui al comma 3, che non intendono richiedere l'autorizzazione a livello nazionale possono continuare a svolgere, in via provvisoria e previa comunicazione al Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'ambito regionale, le attività oggetto di autorizzazione con esclusivo riferimento ad una singola regione". Da ciò si desume che se gli enti bilaterali vogliono esercitare intermediazione di manodopera devono richiedere ed ottenere la relativa autorizzazione, concessa la quale vengono iscritti nell'Albo delle agenzie per il lavoro e, in forza dell'automatismo dell'art. 4, comma 6, sono abilitati a svolgere ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale.

⁽¹⁴⁾ L. MARIUCCI, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, in LD, 2003, 165 ss., 172 ss., e ID., *Commento all'art. 2, lett. h*, 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, 69.

⁽¹⁵⁾ Cfr. V. ANGIOLINI, *Le agenzie per il lavoro tra pubblico e privato*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 32.

sive, dato che nessun ente bilaterale ha formalmente chiesto ed ottenuto l'abilitazione ad esercitare intermediazione di manodopera⁽¹⁶⁾. Al contrario lo scenario risulta dominato dalle agenzie di somministrazione c.d. generaliste, cioè quelle autorizzate a svolgere somministrazione di manodopera tanto a tempo determinato quanto a tempo indeterminato, e dalle agenzie di ricerca e selezione del personale⁽¹⁷⁾. Particolarmente significativo è il dato relativo a queste ultime, notevolmente cresciute rispetto alle agenzie di ricerca e selezione del personale autorizzate *ex* articolo 10-*bis* del decreto legislativo n. 23 dicembre 1997, n. 469, che sono passate da 389 alle attuali 584 unità⁽¹⁸⁾.

Sebbene gli enti bilaterali possano diversificare la propria attività svolgendo anche ricerca e selezione del personale, sarebbe però difficile competere con un numero di operatori già piuttosto elevato in questa porzione di mercato. Peraltro si tratterebbe di competere con soggetti che, per quanto di piccole dimensioni, sono pur sempre delle imprese⁽¹⁹⁾, e quindi sono in grado di fornire i medesimi servizi su più vasta scala e di disporre di maggiori risorse finanziarie. D'altra parte, svolgendo in via esclusiva intermediazione di manodopera e non anche ricerca e selezione del personale, che è attività rivolta prevalentemente a soddisfare le esigenze di lavoratori con elevati profili professionali, gli enti bilaterali finirebbero per occuparsi in pratica delle sole fasce di lavoratori deboli o a bassa professionalità, come i vecchi uffici di collocamento.

È più opportuno allora che la loro azione si ispiri non alla "competizione" con gli altri operatori pubblici e privati bensì alla "cooperazione" con il sistema di gestione ed erogazione dei servizi pubblici all'impiego⁽²⁰⁾. L'instaurazione di un

⁽¹⁶⁾ Si veda peraltro il Ccnl dei dirigenti, 24 novembre 2004, in cui le parti sociali hanno convenuto sulla possibilità di avviare nell'ente bilaterale Fondirigenti l'attività di promozione dell'incontro fra domanda ed offerta di lavoro in favore dei dirigenti in stato di disoccupazione o dipendenti da aziende in liquidazione.

⁽¹⁷⁾ Cfr. l'indagine Isfol compiuta nel mese di marzo 2005 da G. DI DOMENICO, M. MAROCCO (a cura di), *Il nuovo mercato delle Agenzie per il Lavoro in Italia. Prime evidenze empiriche*, in ISFOL, *Monografie sul Mercato del lavoro e le politiche per l'impiego*, 2005, n. 10, in www.isfol.it. Degli stessi Autori si veda inoltre *Nuovi attori sul mercato del lavoro e canali di ricerca pubblici e privati. Evidenze dalle indagini Isfol*, in www.csmb.unimo.it/seminari/evidenzeISFOL.pdf, in cui possono leggersi le prime anticipazioni relative alla seconda *tranche* dell'indagine – in corso di svolgimento – aggiornata al dicembre 2005.

⁽¹⁸⁾ Fra di esse sono probabilmente comprese anche quelle agenzie di mediazione autorizzate in base all'art. 10 del d.lgs. n. 469 – scese da 27 alle attuali 11 – che si sono riconvertite perché non in grado di soddisfare l'oneroso requisito della diffusione territoriale in almeno 4 Regioni al fine di esercitare attività di intermediazione (art. 5, comma 4, lett. b), d.lgs. n. 276/2003); requisito non previsto invece per le agenzie di ricerca e selezione del personale: cfr. P. TULLINI, *Tra stato e regioni: organizzazioni e governo del mercato del lavoro*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006, 41 ss.

⁽¹⁹⁾ Circa il 90% delle agenzie di ricerca e selezione del personale presenta, infatti, un numero di dipendenti compreso tra 1 e 4 unità.

⁽²⁰⁾ In senso analogo F. TORELLI, *La promozione degli enti bilaterali sul mercato del lavoro: una iniziativa dal successo assicurato?*, in *LD*, 2003, 256 ss., seppure nell'opposta convinzione che la competizione degli enti bilaterali possa danneggiare gli altri operatori privati. In generale, sui possibili modelli di coesistenza tra soggetti pubblici e privati nella gestione del mercato del lavoro cfr. *Il ruolo delle agenzie private per l'impiego nel funzionamento dei mercati del lavoro*, rapporto presentato a Ginevra nel giugno del 1994 dal Bureau International du Travail all'81° sessione della Conferenza Internazionale

rapporto di collaborazione con i centri per l'impiego consentirebbe di partecipare alla gestione del mercato del lavoro senza rischiare di rimanerne ai margini. Peraltro, i centri per l'impiego si gioverebbero di un prezioso *trait d'union* tra le imprese ed i lavoratori, in grado di intercettare le richieste ed i bisogni di entrambi e quindi contribuire a rendere i servizi al lavoro più efficaci ed efficienti.

Questa cooperazione può essere realizzata con l'elaborazione, da parte delle Regioni, di circuiti per l'accreditamento di operatori pubblici e privati allo svolgimento dei servizi al lavoro, secondo i principi e criteri stabiliti dall'articolo 7 del decreto legislativo n. 276/2003. In realtà sono già state emanate alcune leggi regionali che individuano tali soggetti, i requisiti e criteri necessari per l'ottenimento, il mantenimento e la revoca dell'accreditamento, i servizi al lavoro accreditabili e quelli, invece, esclusi ⁽²¹⁾. Fra di esse, la legge della Regione Sardegna include proprio gli enti bilaterali nel novero dei soggetti invitati ad accreditarsi per esercitare le attività oggetto dei servizi al lavoro ⁽²²⁾.

Peraltro la collaborazione con i servizi pubblici all'impiego è già stata individuata in alcune delle legislazioni regionali che hanno dato attuazione dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 469/1997. Al riguardo si è prevista la stipulazione di convenzioni tra le Province e soggetti idonei ed in possesso di esperienza nella gestione e nell'erogazione dei servizi per l'impiego, tra cui appunto gli enti bilaterali ⁽²³⁾. Non è che una sorta di meccanismo di accreditamento *ante litteram* che il legislatore statale ha inteso confermare e potenziare con il decreto legislativo n. 276, incentivando la realizzazione di un sistema stabile e generalizzato ai diversi contesti regionali ⁽²⁴⁾.

del Lavoro, in P. ICHINO (a cura di), *Lavoro interinale e servizi per l'impiego. Il nuovo quadro di riferimento*, Giuffrè, Milano, 1995, 115 ss., spec. 123 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. artt. 12 e 13, l.r. Marche 25 gennaio 2005, n. 2; art. 5, l.r. Toscana 1° febbraio 2005, n. 20, nonché il relativo regolamento di attuazione del 2 febbraio 2005, n. 22/R; artt. 33, 34, 35, 36, l.r. Emilia Romagna 1° agosto 2005, n. 17; artt. 24 e 25, l.r. Friuli Venezia Giulia 9 agosto 2005, n. 18; artt. 4 e 5, l.r. Sardegna 5 dicembre 2005, n. 20.

⁽²²⁾ E cioè scuole, università, enti di formazione, organismi privati, quelli del c.d. terzo settore, organismi istituzionali diversi dalle Province e dai Comuni, che favoriscono la crescita della persona, del lavoro e dell'imprenditorialità: cfr. art. 5, l.r. Sardegna 5 dicembre 2005, n. 20.

⁽²³⁾ Cfr. art. 13, comma 4, l.r. Basilicata 8 settembre 1998, n. 29; art. 17, comma 2, l.r. Liguria 20 agosto 1998, n. 27; art. 6, comma 4, l.r. Puglia 5 maggio 1999, n. 19; art. 11, comma 5, l.r. Toscana 6 agosto 1998, n. 52; art. 8, comma 6, l.r. Umbria 25 novembre 1998, n. 41. Qualcosa di simile era stato immaginato già in precedenza, e prima del d.lgs. n. 469/1997, con il d.l. 14 giugno 1995, n. 232, il cui art. 2, comma 15, prevedeva che "in attesa della riforma dei servizi all'impiego, gli uffici regionali del lavoro e della massima occupazione e gli uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione, anche con il supporto delle agenzie per l'impiego, sperimentano, mediante convenzione con enti pubblici, organismi a partecipazione pubblica ed enti bilaterali, nuovi servizi per il monitoraggio del mercato del lavoro, l'orientamento scolastico e professionale, la preselezione, l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro" (v. il commento favorevole, specialmente riguardo al coinvolgimento degli enti bilaterali, di P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, 1996, 39 e nota 12). Sulla convenzione come strumento che esprime in senso collaborativo la relazione tra pubblico e privato nella gestione del mercato del lavoro, cfr. G. CANAVESI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei sistemi regionali dei servizi per l'impiego*, in P. OLIVELLI (a cura di), *Il "collocamento tra pubblico e privato"*, Giuffrè, Milano, 2003, 261 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. P. TULLINI, *Accreditamenti*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 121 ss.

3. L'articolo 76 del decreto legislativo n. 276/2003 affida le attività di certificazione dei contratti di lavoro disciplinate nel Titolo VIII del decreto alle commissioni costituite presso gli enti bilaterali e agli altri soggetti individuati dalla norma: direzioni provinciali del lavoro, Province, università pubbliche e private, comprese le fondazioni universitarie e, da ultimo, anche la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro del Ministero del lavoro nonché i consigli provinciali dei consulenti del lavoro⁽²⁵⁾.

Finalità della certificazione, che è una novità assoluta anche se deriva da progetti di regolazione sviluppati in passato⁽²⁶⁾, è di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro (articolo 75). All'esito di un procedimento esperibile su "istanza scritta comune delle parti del contratto di lavoro" (articolo 78, comma 1), le suddette commissioni emanano un atto amministrativo munito di certezza legale sulla qualificazione del contratto, i cui effetti permangono "fino al momento in cui sia stato accolto con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80" (articolo 79)⁽²⁷⁾.

La scelta del legislatore di assegnare un simile compito agli enti bilaterali ha suscitato in dottrina reazioni opposte in ragione del diverso approccio seguito in tema di qualificazione dei contratti di lavoro⁽²⁸⁾. Chi segue i modelli e le prassi di *common law* e predilige il metodo c.d. tipologico di qualificazione dei contratti di lavoro, ritiene che gli enti bilaterali, per caratteristiche e vicinanza ai luoghi di lavoro, siano i più idonei a registrare l'affermarsi di nuove figure nella realtà socio-economica ed a definire i casi dubbi sulla qualificazione del contratto⁽²⁹⁾. Chi ragiona invece secondo i termini tradizionali del sillogismo sussuntivo replica che questi organismi non possono realizzare nessuna "attività creativa", ma "debbono svolgere la tradizionale attività di sussunzione di un caso concreto in una fattispecie astratta, nei limiti, quindi, delle definizioni adottate dal legislatore

⁽²⁵⁾ V. l'art. 1, comma 256, della l. 23 dicembre 2005, n. 266 (Legge Finanziaria per il 2006) che al riguardo ha aggiunto al comma 1 dell'art. 76 le lett. c)-bis e c)-ter.

⁽²⁶⁾ Comparsa per la prima volta in uno scritto dei primi anni Novanta (A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, I, 479 ss.), l'idea della certificazione viene ripresa e sviluppata nell'ambito del Progetto di legge per uno "Statuto dei lavori" – elaborato dal prof. Marco Biagi nel 1998 per l'allora Ministro del lavoro Treu ma mai tradotto in legge – e poi in altre iniziative legislative fino alla definitiva formalizzazione nel d.lgs. n. 276/2003: sul "percorso" della certificazione v. più in dettaglio L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 869 ss.

⁽²⁷⁾ Alla medesima finalità possono dirsi preordinate anche la certificazione della "tipologia dei rapporti di lavoro" instaurabili nelle società cooperative alla stregua del relativo regolamento interno (art. 83), nonché quella richiesta "ai fini della distinzione concreta tra somministrazione e appalto" (art. 84): cfr. A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, 598, 606, nota 43.

⁽²⁸⁾ A. TURSI, *op. cit.*, 669 ss.

⁽²⁹⁾ M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in ID. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 243 ss., e, in termini consimili, F. PASQUINI, *Il ruolo degli organismi bilaterali nel decreto attuativo della legge 14 febbraio 2003, n. 30: problemi e prospettive*, *ivi*, 668.

e con una classica metodologia giuridica”⁽³⁰⁾; tra l’altro, si sostiene, non ne avrebbero neanche le competenze tecniche necessarie⁽³¹⁾.

Al momento, comunque, nessun ente bilaterale esercita i compiti di certificazione assegnati dal decreto legislativo n. 276/2003 anche se una qualche apertura viene dai contratti collettivi del settore edile, in cui si è prevista l’istituzione di “una Commissione paritetica tecnica finalizzata allo studio e approfondimento di requisiti, regole, modalità operative degli enti bilaterali di settore ai fini dell’affidamento dei compiti di certificazione dell’appalto genuino”⁽³²⁾. Peraltro le cifre di cui si dispone sui soggetti effettivamente operativi mostrano un bilancio deludente che sembra confermare i giudizi sulla modestia o scarsa utilità dell’istituto, espressi sin dall’approvazione della legge n. 30/2003⁽³³⁾. Se si considerano infatti i dati relativi alle commissioni di certificazione costituite presso le direzioni provinciali del lavoro⁽³⁴⁾, risulta che al maggio 2005 erano state presentate appena 370 istanze di certificazione⁽³⁵⁾.

Accanto a quella “qualificatoria”, si rinvergono altre ipotesi di certificazione che hanno piuttosto una funzione di assistenza delle parti nella formazione della volontà negoziale⁽³⁶⁾: quella prevista dall’articolo 68, di cui è escluso però che costituisca una forma di “derogabilità assistita” dei diritti del lavoratore a progetto dopo le modifiche del decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251⁽³⁷⁾, e

⁽³⁰⁾ V. SPEZIALE, *Certificazione dei rapporti di lavoro*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. IV, 164.

⁽³¹⁾ L. NOGLER, *op. cit.*, 896 ss.; G. DONDI, *Sull’istituto della certificazione*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *DL*, 2004, 2-3, 1076.

⁽³²⁾ Cfr. gli allegati da 26 a 29 del Ccnl 20 maggio 2004 per i lavoratori dipendenti delle imprese industriali edili ed affini e gli allegati 33 e 34 del Ccnl 24 maggio 2004 per i lavoratori delle cooperative di produzione e lavoro dell’edilizia ed attività affini.

⁽³³⁾ Cfr., in particolare, V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, I, 271 ss.

⁽³⁴⁾ Per quanto consta, non si dispone invece di dati certi e significativi per le altre sedi di certificazione effettivamente operative, cioè per le università e fondazioni universitarie e per le Province.

⁽³⁵⁾ Cfr. la rilevazione della Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro del Ministero del lavoro in P. PENNESI, *La certificazione dei contratti di lavoro presso le Dpl e le Province*, in G. PELLACANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative: problemi, soluzioni, prospettive*, in *GLav*, settembre 2005, 59.

⁽³⁶⁾ A. TURSI, *op. cit.*

⁽³⁷⁾ Nella sua formulazione originaria l’art. 68 prevedeva che “i diritti derivanti dalle disposizioni del presente capo [cioè il capo I su lavoro a progetto e lavoro occasionale, contenuto nel titolo VII del decreto] possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro [...]”. Per una parte della dottrina, la norma consentiva al lavoratore di disporre dei diritti di cui avrebbe goduto in futuro, secondo una delle funzioni rivestite dalla certificazione sin dalle origini (cfr. fra gli altri L. NOGLER, *Rinunzie e transazioni*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *op. cit.*, 835 ss.; F. LUNARDON, *Rinunzie e transazioni*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *op. cit.*, 69 ss.; A. TURSI, *La “volontà assistita” nel d.lgs. 276/2003*, in *q. Rivista*, 2004, 247 ss.); secondo la dottrina maggioritaria, invece, la norma consentiva esclusivamente atti di dismissione dei diritti già entrati a far parte del patrimonio del lavoratore, secondo la funzione tradizionale dell’art. 2113 c.c. (cfr., fra gli altri, M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 427; V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *op. cit.*, 230 ss.; A. BELLAVISTA, *Sub art. 68*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 779 ss.; E.

quella prevista dall'articolo 82, la cui competenza è rimessa in via esclusiva proprio agli enti bilaterali.

Secondo tale norma essi possono certificare “le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 c.c. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse”. Al riguardo non sembrano tanto porsi delle questioni di idoneità tecnica, dato che la convalida degli atti di dismissione dei diritti del lavoratore è una delle funzioni tradizionali del sindacato, quanto delle questioni di interpretazione della norma e quindi degli effetti che discendono dalle rinunzie e transazioni certificate.

Per una parte della dottrina, se è in funzione della “conferma” della volontà abdicativa o transattiva delle parti la certificazione serve semplicemente ad accertare che il lavoratore effettua non una dichiarazione di scienza ma una dismissione di diritti. Pertanto non vale a rendere le rinunzie e transazioni inoppugnabili, come quelle effettuate innanzi alle commissioni di conciliazione stragiudiziale ex articoli 2113, comma 4, c.c. e 410 e ss. c.p.c. ⁽³⁸⁾. Per altra dottrina la norma va intesa proprio in questo senso a pena di inutilità, considerato che nessun datore di lavoro possa realisticamente essere interessato al mero accertamento dell'atto di dismissione, comunque revocabile, quando può ottenerne l'inoppugnabilità rivolgendosi alle commissioni di conciliazione ⁽³⁹⁾.

Tuttavia, secondo quanto affermato dalla Cassazione, l'interprete non può correggere la norma nel significato tecnico giuridico proprio delle espressioni che la compongono, nell'ipotesi in cui ritenga che l'effetto giuridico che ne deriva sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa ⁽⁴⁰⁾. Considerato che la norma pare proprio attribuire agli enti bilaterali il compito di verificare che la manifestazione di volontà del lavoratore sia effettivamente una rinunzia o una transazione, deve escludersene un'interpretazione adeguatrice ⁽⁴¹⁾. Può comunque condividersi la soluzione avanzata in dottrina per superare l'inutilità della norma senza torsioni interpretative ⁽⁴²⁾, e cioè che siano gli accordi istitutivi degli enti

GRAGNOLI, *Sub art. 82*, ivi, 864). Il d.lgs. n. 251/2004 ha modificato l'art. 68, accogliendo quest'ultima interpretazione in quanto ora l'art. 68 prevede che “possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione [...] secondo lo schema dell'art. 2113 del codice civile” i soli diritti derivanti da un rapporto di lavoro a progetto “già in essere”.

⁽³⁸⁾ Cfr. V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, cit., 234; V. ANGIOLINI, L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *op. cit.*, 376.

⁽³⁹⁾ Cfr. L. NOGLER, *Altre ipotesi di certificazione*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *op. cit.*, 917, la cui interpretazione rovescia quanto precedentemente sostenuto, commentando la l. n. 30/2003 (cfr. ID., *Il nuovo istituto della “certificazione” dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, 123); A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, cit., 607 ss.; E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 858 ss.

⁽⁴⁰⁾ Così Cass. 13 aprile 1996 n. 3495, in *MFI*, 1996; sul punto si vedano le considerazioni di V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in AA.VV., *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro. D.lgs. 276/2003 come modificato dal D. lgs. 251/2004*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Ipsoa, Milano, 2004, V, 155 ss.

⁽⁴¹⁾ Tra l'altro, costituirebbe un elemento sistematico a sostegno dell'interpretazione della norma nel senso indicato il fatto che “quando il legislatore ha voluto dire che era possibile effettuare rinunzie e transazioni valide in coerenza con l'art. 2113 c.c. lo ha espresso in modo assai più chiaro, come dimostra la riforma dell'art. 68 [...]. Pertanto, aver modificato l'art. 68 e non aver innovato il contenuto dell'art. 82 dimostra a maggior ragione, che si è voluta differenziare la funzione delle due norme”: V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 156.

⁽⁴²⁾ E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 859 ss.

bilaterali a riconoscere alle commissioni di certificazione quei poteri di cui dispongono gli organi di conciliazione, istituiti da accordi e contratti collettivi, in base agli articoli 2113, comma 4, c.c. e 410 e ss. c.p.c.

4. In materia di formazione professionale gli enti bilaterali rivestono da tempo una posizione di primo piano per le competenze riconosciute nel tempo dalla contrattazione collettiva e dalla legislazione sia statale che regionale.

Con gli accordi interconfederali del periodo 1989-1995 gli enti bilaterali vengono individuati come “snodo operativo” del sistema formativo e viene affidata loro una pluralità di compiti: dall’indirizzo e verifica dei contratti di apprendistato e di formazione e lavoro, alla progettazione ed erogazione di modelli e percorsi legati a varie esigenze di qualificazione e riqualificazione dei lavoratori, alla promozione di interventi finalizzati alla prevenzione antinfortunistica e alla sicurezza nell’ambiente di lavoro ⁽⁴³⁾.

Anche il legislatore guarda con crescente attenzione alla bilateralità, in particolare prevedendo incentivi finanziari per la realizzazione di interventi formativi promossi e/o progettati ad iniziativa o con la partecipazione di enti bilaterali ⁽⁴⁴⁾; promuovendo la collaborazione tra questi e le Regioni per lo svolgimento di attività di monitoraggio e di analisi delle situazioni occupazionali e dei fabbisogni formativi locali ⁽⁴⁵⁾; favorendo la istituzione di fondi bilaterali per la formazione continua destinati a finanziare piani formativi attraverso l’impiego di risorse pubbliche ⁽⁴⁶⁾.

In tale quadro la riforma del mercato del lavoro del 2003 si è mossa sostanzialmente lungo tre direzioni.

La prima concerne la definizione da parte degli enti bilaterali delle *guidelines* sui contratti a contenuto formativo. Nell’apprendistato per l’espletamento del diritto-dovere di formazione e nell’apprendistato professionalizzante è rimessa ai contratti collettivi di livello nazionale o decentrato, sottoscritti dai sindacati comparativamente più rappresentativi, la determinazione delle modalità di erogazione

⁽⁴³⁾ Cfr. G. ROMA, *Gli enti bilaterali*, in CESOS, *Le relazioni sindacali in Italia. Rapporto 1994-1995*, Edizioni Lavoro, Roma, 1998, 409 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. artt. 2, comma 2, 4, comma 2, 5, comma 2, 9, comma 2, 10, comma 2, lett. b), l.r. Emilia Romagna 25 novembre 1996, n. 45; art. 5, comma 2, 7, comma 2, l.r. Marche 20 maggio 1997, n. 31; art. 3, comma 2, l.r. Molise 21 marzo 2001, n. 6.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. art. 9 della l. 19 luglio 1993, n. 236 e, a livello regionale, art. 43, comma 1, l.r. Abruzzo 12 agosto 1998, n. 72; art. 31, comma 1, e 42, comma 2, l.r. Emilia Romagna 30 giugno 2003, n. 12; art. 12, comma 3, lett. f), l.r. Marche 20 maggio 1997, n. 31.

⁽⁴⁶⁾ L’art. 118, l. 23 dicembre 2000, n. 338, prevede che le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale possono istituire, per ciascuno dei settori dell’industria, dell’agricoltura, del terziario e dell’artigianato, fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua con cui finanziare piani formativi aziendali, territoriali, settoriali e ora anche individuali (cfr. art. 48, l. 27 dicembre 2002, n. 289); ai fondi affluiscono le risorse derivanti dal gettito del contributo integrativo di cui all’art. 25, comma 4, della l. 21 dicembre 1978, n. 845 e successive modifiche, che il datore di lavoro è tenuto in ogni caso a versare all’Inps (per una panoramica dei fondi interprofessionali già costituiti v. S. LEONARDI, *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, cit., 455 ss.). Si tratta comunque di organismi che dal punto di vista giuridico vanno tenuti distinti dagli enti bilaterali: v. S. LEONARDI, *op. ult. cit.*, 455, e più diffusamente G. ZAMPINI, *I fondi bilaterali nel lavoro interinale. Natura e regolamentazione*, in *LG*, 2000, 1122.

della formazione nonché della sua articolazione (ma questa nel solo apprendistato professionalizzante) “anche all’interno degli enti bilaterali” – cfr. articoli 48, comma 4, lettera *c*), e 49, comma 5, lettera *b*). In modo analogo, nel contratto di inserimento possono essere determinate le modalità di definizione dei piani individuali di inserimento, nonché le modalità di definizione e sperimentazione di orientamenti, linee guida e codici di comportamento, rimesse in prima battuta ai contratti collettivi nazionali o territoriali sottoscritti dai sindacati comparativamente più rappresentativi, e ai contratti collettivi aziendali sottoscritti dalle RSA o dalle RSU (cfr. articolo 55, comma 2).

Se si guarda però ai contratti ed accordi collettivi nazionali successivi alla riforma del mercato del lavoro, solo in alcuni settori le organizzazioni sindacali hanno deciso di trasferire agli enti bilaterali le competenze decisorie ⁽⁴⁷⁾. Si tratta comunque di un’opzione che vuole tenere bene distinti ruoli dall’assetto consolidato, secondo il quale al contratto spetta l’indirizzo e la programmazione strategica mentre l’ente provvede al recepimento degli indirizzi ed alla relativa attuazione ⁽⁴⁸⁾. Non muta peraltro un tale assetto il riconoscimento agli enti bilaterali della competenza a rilasciare un parere di conformità del contratto di apprendistato alle previsioni del contratto collettivo come condizione per la relativa stipulazione, in quanto eserciteranno in questo caso una verifica sull’osservanza di regole predefinite. Si tratta di una attribuzione che la contrattazione collettiva può riconoscere e di fatto ha tradizionalmente riconosciuto agli enti bilaterali ⁽⁴⁹⁾, per cui non stupiscono previsioni del genere nei rinnovi dei contratti collettivi successivi alla riforma del mercato del lavoro ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Ccnl per le aziende farmaceutiche speciali, 12 marzo 2004; Ccnl per il settore tessile, abbigliamento e moda della grande impresa, 24 aprile 2004; Ccnl per il settore tessile, abbigliamento e moda delle piccole e medie imprese, 4 maggio 2004; accordo per l’attuazione delle deleghe legislative in materia di mercato e orario di lavoro nel settore chimico, 28 maggio 2004; Ccnl per il settore penne, matite e spazzole, 8 giugno 2004; Ccnl settore attività industriali della filiera ittica e dei retifici, 15 giugno 2004; Ccnl per il settore manifatture ombrelli e ombrelloni, 2 luglio 2004; accordo sul mercato del lavoro per il settore plastica e gomma, 16 settembre 2005; Ccnl per il settore sport, fitness e benessere, 24 febbraio 2006.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. G. ZILIO GRANDI, *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003*, in *LD*, 2003, 193; ID., *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003, e nel d. lgs. n. 276/2003*, in A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 319.

⁽⁴⁹⁾ V. G. ROMA, *op. cit.*, spec. 417 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Ccnl per il settore del commercio e del terziario, 2 luglio 2004; protocollo d’intesa per la disciplina dell’apprendistato professionalizzante nel Ccnl per gli addetti alla revisione contabile, 1° dicembre 2005; Ccnl per gli istituti di vigilanza privata, 2 maggio 2006, che richiedono il parere di conformità per la stipulazione del contratto di apprendistato professionalizzante. Il Ministero del lavoro con le circ. n. 40/2004 e n. 30/2005, ha affermato che solo le leggi regionali possono attribuire agli enti bilaterali poteri autorizzatori, in attuazione dell’art. 2, comma 1, lett. *b*), l. n. 30/2003 (dello stesso avviso M. TIRABOSCHI, *La messa a regime del nuovo apprendistato tra chiarimenti ministeriali e regolamentazioni regionali*, in *q. Rivista*, 2005, 1, 229). Non può contestarsi però la validità di una simile clausola, sia perché al legislatore regionale spetta la disciplina dei profili formativi e non anche imporre alle parti individuali autorizzazioni o pareri di conformità come condizione per la stipulazione del contratto, ed infatti la disposizione cui si fa riferimento nelle circolari riguarda il solo legislatore nazionale; sia perché le parti collettive sono libere di introdurre disposizioni migliorative della disciplina legale, come quella che garantisce l’interesse formativo del lavoratore attraverso la previsione del

La seconda linea di intervento si rinviene nell'articolo 2, comma 1, lettera *h*), che affida agli enti bilaterali "la gestione mutualistica di fondi per la formazione e l'integrazione del reddito".

Si allude al successivo articolo 12, il quale abroga e sostituisce quanto previsto in precedenza dall'articolo 5 della legge 24 giugno 1997, n. 196, riproducendone in buona parte il contenuto seppure con alcuni elementi di novità ⁽⁵¹⁾. Esso concerne la disciplina di un fondo bilaterale che può essere costituito come associazione non riconosciuta o come persona giuridica ad iniziativa delle parti stipulanti il contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione. Le risorse del fondo sono destinate a finanziare interventi diversificati per i lavoratori somministrati assunti a tempo determinato (articolo 12, comma 1) e per quelli assunti a tempo indeterminato (articolo 12, comma 2). Nel complesso si tratta di interventi finalizzati a scopi di natura previdenziale, in particolare di integrazione del reddito, alla emersione del lavoro irregolare e ad attività formative di vario genere.

Il fondo descritto dalla norma è sorto in attuazione della normativa previgente: si tratta di "Forma.Temp", costituito nel 2000 come associazione non riconosciuta dai sindacati del settore all'interno dell'ente bilaterale "E.BI.Temp" con la finalità di finanziare diversi modelli formativi ⁽⁵²⁾. Nel febbraio del 2005 le parti sociali hanno raggiunto un accordo per adeguarne il funzionamento alla nuova disciplina, assegnando a Forma.Temp la competenza ad erogare le prestazioni per i lavoratori in somministrazione a tempo determinato, considerato che l'oggetto dell'attività svolta coincide in sostanza con quanto previsto dall'articolo 12, comma 1, del decreto legislativo n. 276. Inoltre si è convenuto di creare un apposito fondo per il finanziamento delle iniziative per i lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato, effettivamente costituito il 31 luglio 2005 con il nome di "Ebiref". In questo caso non si capisce però perché le parti sociali abbiano voluto una duplicazione di strutture, pur senza essere a ciò tenute dal decreto 276 ⁽⁵³⁾, mentre ragioni di economia organizzativa e di funzionalità

suddetto parere di conformità: cfr. A. VALLEBONA, E. DE FUSCO, *Apprendistato professionalizzante e parere di conformità degli enti bilaterali*, in *GLav*, 2005, 41, 12 ss.

⁽⁵¹⁾ Per una disamina dell'art. 12 del d.lgs. n. 276 e della disciplina previgente sui fondi per la formazione dei lavoratori temporanei, v. M. PEDRAZZOLI, *Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in ID. (coordinato da), *op. cit.*, 157 ss., del quale si veda anche il commento alle modifiche apportate alla norma da parte dell'art. 3 del d.lgs. n. 251/2004, in ID. (coordinato da), *Inserto sulla correzione della c.d. riforma Biagi*, Zanichelli, Bologna, 2004, 9 ss.

⁽⁵²⁾ Sulla costituzione e sul funzionamento di Forma.Temp. v., più in dettaglio, M. PEDRAZZOLI, *Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, cit., 163 ss. L'ente bilaterale E.BI.Temp., però, non ne gestisce le consistenze patrimoniali, secondo quanto ha immaginato il legislatore delegato. E.BI.Temp. e Forma.Temp rappresentano, infatti, due autonomi e distinti centri di imputazione di rapporti giuridici, ciascuno con una propria organizzazione ed una propria regolamentazione, ed è Forma.Temp che svolge, sulla base di propri organi amministrativi, le attività di gestione e di allocazione delle risorse nella selezione delle richieste di finanziamento dei progetti formativi.

⁽⁵³⁾ Come si è sostenuto (M. PEDRAZZOLI, *op. ult. cit.*, 167), per quanto l'art. 12 rinvii da dentro "ai fondi di cui al comma 4" e possa far quindi pensare che il legislatore abbia voluto la creazione di fondi differenziati per le due categorie di lavoratori somministrati, in realtà il comma 4 dell'art. 12 si esprime al singolare, alludendo al "fondo" bilaterale costituibile come associazione non riconosciuta o come persona giuridica.

dell'azione avrebbero consigliato di realizzare distinte divisioni contabili all'interno di Forma.Temp, già costituito ed operativo ⁽⁵⁴⁾.

La terza direzione d'intervento lungo la quale si è mosso il decreto legislativo n. 276/2003 incide sulle competenze degli enti bilaterali in senso non additivo ma che in qualche modo ne restringe lo spazio di manovra.

L'articolo 2, comma 1, lettera *b*), include nella nozione di intermediazione di manodopera le attività di "orientamento professionale" e di "progettazione ed erogazione di attività formative finalizzate all'inserimento lavorativo", di cui non si faceva menzione invece nel precedente articolo 10, comma 1-*quater*, del decreto legislativo n. 469/1997. Ciò impone, però, la regolarizzazione dei soggetti che hanno comunque svolto attività formative connesse con l'incontro fra domanda e offerta di lavoro al di fuori del controllo pubblico, sia anteriormente che successivamente al decreto legislativo n. 469/1997. Per cui gli enti bilaterali sono chiamati a decidere se continuare nella progettazione ed erogazione delle attività formative volte all'inserimento lavorativo, e quindi chiedere e ottenere l'abilitazione all'intermediazione di manodopera, oppure ridefinire le proprie competenze senza prestare in futuro questo genere di servizi.

5. Una critica di fondo alle innovazioni apportate in tema di enti bilaterali dalla riforma del mercato del lavoro concerne l'inopportunità di assegnare ad essi i compiti di certificazione dei contratti di lavoro e di intermediazione di manodopera. Pervero, non manca chi ha giudicato complessivamente positivo l'intervento del legislatore in quanto avrebbe perseguito l'obiettivo di innalzare il livello delle tutele del lavoratore nel mercato e nel rapporto ⁽⁵⁵⁾. Tuttavia l'opinione prevalente è che la certificazione e l'intermediazione siano funzioni pubbliche o para-pubbliche che, se vengono esercitate dal sindacato, ne snaturano l'identità e ne determinano l'attrazione nel sistema politico-amministrativo dello Stato; con la conseguenza che gli enti bilaterali risulterebbero per così dire "istituzionalizzati" ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. ancora M. PEDRAZZOLI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁵⁵⁾ In dottrina v. R. DEL PUNTA, *Enti bilaterali e modelli di regolazione sindacale*, in *LD*, 2003, 219 ss.; G. PROIA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *DL*, 2003, 5, 647 ss. (ora anche in *ADL*, 2004, 49 ss.); F. PASQUINI, *op. cit.*; M. NAPOLI, *Gli enti bilaterali nella prospettiva di riforma del mercato del lavoro*, in *Jus*, 2003, 235 ss., e *ID.*, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in *Jus*, 2005, 309 ss. Fra le parti sociali v. R. BONANNI, *Il giudizio della Cisl sulla riforma Biagi e le proposte per la sua attuazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 827 ss., e C.F. CANAPA, *Il giudizio della Uil sulla riforma Biagi e le proposte per la sua attuazione*, *ivi*, 847 ss.

⁽⁵⁶⁾ L. MARIUCCI, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, *cit.*, 167; *ID.*, *Commento all'art. 2, lett. h*), *cit.*, 70; G. MARTINENGO, *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, in *LD*, 2003, 182; G. ZILIO GRANDI, *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003*, *cit.*, 188 ss.; *ID.*, *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003, e nel d. lgs. n. 276/2003*, *cit.*, 314 ss.; G. FONTANA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Es, Napoli, 2004, 311 ss., parla di enti bilaterali di "seconda generazione". Molto critico è S. LEONARDI, *Relazioni industriali e bilateralità: quale ruolo per il sindacato?*, *cit.*, 213 ss., e *ID.*, *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, *cit.*, 491, secondo cui l'intento del legislatore è di annullare la dialettica sociale e minare l'autonomia e la capacità di rappresentanza del sindacato, offrendogli quote di potere in cambio di

I timori di derive neo-istituzionalistiche sono smentiti, o comunque ridimensionati, dalla circostanza che gli enti bilaterali non risultano mai abilitati a tale scopo, né hanno mai chiesto di esercitare i predetti compiti⁽⁵⁷⁾. Pervero, se si guarda all'intreccio dei rapporti tra sindacato e sistema politico-amministrativo, il coinvolgimento degli enti bilaterali nell'esercizio di attività amministrative non determina nessuno stravolgimento del ruolo e dell'identità del sindacato⁽⁵⁸⁾. Anche solo considerando la storia recente del sindacato, c'è una stretta connessione con l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione, che in qualche modo trova ora conferma anche nella Costituzione, il cui articolo 118, comma 4, favorisce "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

Tale connessione si realizza in modi diversi quali la designazione dei membri di uffici pubblici collegiali (la c.d. partecipazione organica dei sindacati nella pubblica amministrazione)⁽⁵⁹⁾, l'esercizio di attività amministrative, anche non connesse alla cura di interessi collettivi ma che attengono ad interessi generali⁽⁶⁰⁾, oppure la partecipazione a tali attività, quando i provvedimenti amministrativi devono essere preceduti dalla consultazione o dal parere del sindacato⁽⁶¹⁾.

un arretramento sul piano delle tutele dei propri rappresentati; *adde* L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Relazione alle giornate di studio Aidlass, Lecce, 27-28 maggio 2005. Una posizione più attenuata è quella di C. CESTER, *Il futuro degli enti bilaterali: collaborazione e antagonismo alla prova della riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, 2003, 212 ss., per il quale la riforma comporta una "moderata" istituzionalizzazione degli enti bilaterali. Non ritiene invece che siano state attribuite agli enti bilaterali delle funzioni pubbliche F. CARINCI, *Il casus belli degli Enti bilaterali*, in *LD*, 2003, 208, cui *adde* G. PROIA, *op. cit.*, 654. Sulle critiche dei sindacati si veda C. TREVES, *Prime considerazioni e prime indicazioni operative della Cgil sul decreto legislativo n. 276/2003*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 794 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. G. MARTINENGO, *Gli enti bilaterali dopo il d.lgs. 276/2003*, in *LD*, 2006, 247 ss., che pure è tra quelli che avevano paventato la istituzionalizzazione degli enti bilaterali (v. nota precedente). Convinzione che pare non essere messa da parte dall'Autore quando afferma che "la latenza istituzional-corporativa è già presente nel dna di questi enti e non sembra opportuno coltivarla" (250).

⁽⁵⁸⁾ Si fa riferimento alla più ampia nozione di attività amministrativa perché non è così pacifica la distinzione al suo interno fra "funzione pubblica" e "servizio pubblico" (cfr., fra gli altri, S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc dir*, vol. XLII, 1990, 355 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, 7 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1997, 47 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale, I*, Giuffrè, Milano, 2003, 699 ss.; G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo. II. Parte speciale e giustizia amministrativa*, Monduzzi, Bologna, 2005, 131 ss.). Pertanto non va avallato il modo disinvolto con cui la dottrina giuslavoristica parla di funzione pubblica riguardo all'intermediazione e alla certificazione, a meno di non ammettere che vi si alluda significando proprio la nozione di attività amministrativa.

⁽⁵⁹⁾ Si tratta di un fenomeno che intorno al 1980 aveva raggiunto proporzioni impressionanti che sono andate riducendosi per effetto di una serie di previsioni legislative che hanno introdotto divieti e limitazioni a partire dai primi anni Novanta: sul punto, v. B.G. MATTARELLA, *Sindacati e pubblici poteri*, Giuffrè, Milano, 2003, 75 ss.

⁽⁶⁰⁾ Si pensi, solo per fare qualche esempio, alle funzioni connesse con la tutela dell'ambiente (campagne di sensibilizzazione dell'opinione pubblica sulla raccolta differenziata dei rifiuti e di educazione e formazione professionale in materia ambientale: cfr. artt. 21, comma 1, 23, comma 1, l.r. Lazio 9 luglio 1998, n. 27; art. 1, comma 3, l.r. Basilicata 2 febbraio 2001, n. 6) o con il diritto allo studio (iniziative di

L'esercizio di attività amministrative può avvenire in via diretta, attraverso le previsioni di accordi o contratti collettivi⁽⁶²⁾, o in via indiretta, attraverso l'azione di enti o soggetti costituiti dalle organizzazioni sindacali e che a queste sono riferibili. Ne sono un esempio gli istituti di patronato e i centri di assistenza fiscale, la cui attività presenta nel complesso i caratteri tipici delle attività amministrative: l'obbligatorietà delle prestazioni fornite, destinate alla generalità dei cittadini e non limitate agli iscritti alle organizzazioni sindacali che li hanno costituiti; la gratuità delle prestazioni medesime; il finanziamento pubblico per i servizi di assistenza prestati⁽⁶³⁾. Essi concorrono ad individuare l'organizzazione amministrativa dello Stato⁽⁶⁴⁾ ovvero, come si è detto, possono considerarsi "pubbliche amministrazioni di derivazione sindacale"⁽⁶⁵⁾.

Senza voler arrivare a sostenere che siano *sic et simpliciter* assimilabili a patronati e centri di assistenza fiscale, anche gli enti bilaterali possono ricondursi alle pubbliche amministrazioni di derivazione sindacale⁽⁶⁶⁾ considerando che le attività tradizionalmente svolte presentano anche una connotazione pubblicistica⁽⁶⁷⁾. Ad esempio l'erogazione di misure assistenziali e di sostegno al reddito costituiscono attività amministrative rese da privati che integrano o completano le prestazioni di *welfare* erogate dalle strutture pubbliche; gli interventi in materia di formazione professionale concorrono con il sistema pubblico all'attuazione di una finalità di interesse generale in tale ambito. Sebbene non siano obbligati ad erogare le prestazioni a chiunque ne faccia richiesta, dato che

monitoraggio, informazione, orientamento e sussidio per gli studenti universitari: cfr. art. 31, comma 3, l.r. Lazio 31 ottobre 1994, n. 51).

⁽⁶¹⁾ Si considerino gli obblighi di informazione e consultazione del sindacato imposti alle amministrazioni nell'ambito dei procedimenti amministrativi, ad esempio, in materia di interventi di integrazione salariale ordinaria e straordinaria e di mobilità dei lavoratori (art. 5, l. 20 maggio 1975, n. 164; art. 21, comma 2, l. 12 agosto 1977, n. 675; artt. 1, comma 2, 4, l. 23 luglio 1991, n. 223), di lavoro minorile (art. 4, comma 2, l. 17 ottobre 1967, n. 977), di lavori usuranti (artt. 1, comma 2, 3, comma 1, d.lgs. 11 agosto 1993, n. 374), di igiene e sicurezza sul lavoro (art. 18, comma 5, d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626), di misure per l'occupazione (art. 1, comma 13 e 14, l. 11 aprile 1986, n. 113; art. 1, comma 3, d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181), di formazione professionale (art. 16-bis, l. 1° giugno 1977, n. 285; artt. 16, comma 2, 18, comma 1, lett. a), l. 24 giugno 1997, n. 196; art. 5, l. 17 maggio 1999, n. 144; art. 5, comma 1, d.P.R. 12 luglio 2000, n. 257). Ma altresì a quelle disposizioni in cui si prevede un'analoga partecipazione sindacale per la tutela degli interessi della collettività (servizi sociali, edilizia, trasporti, sanità, immigrazione, ecc.: v. più in dettaglio B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*, 247 ss.).

⁽⁶²⁾ Si tratta della c.d. funzionalizzazione del contratto collettivo alla realizzazione di interessi pubblici (su cui si veda, per tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, 1985, I, 16 ss.). Ne sono esempi l'art. 1 della l. 19 dicembre 1984, n. 863, che stabilisce la concessione dei trattamenti di integrazione salariale alle imprese che abbiano stipulato accordi di solidarietà; l'art. 2, comma 2, l. 12 giugno 1990, n. 146, che affida ai contratti e accordi collettivi o ai codici di autoregolamentazione, la disciplina delle prestazioni indispensabili nell'ambito dello sciopero nei servizi pubblici essenziali; l'art. 4, comma 11, l. 23 luglio 1991, n. 223, che riconosce agli accordi collettivi la facoltà di stabilire che i lavoratori eccedenti possano, in luogo del licenziamento, essere assegnati a mansioni inferiori o non equivalenti, in deroga all'art. 2103 c.c.

⁽⁶³⁾ B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*, 173 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. C. Cost. 3 febbraio 2000, n. 42, in *RGL*, 2000, II, con nota di F. AGOSTINI, *Le attività degli istituti di patronato e la garanzia costituzionale dell'art. 38 della Costituzione*, 372 ss.

⁽⁶⁵⁾ B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*

⁽⁶⁶⁾ B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*

⁽⁶⁷⁾ Cfr. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 220, e, più di recente, G. PROIA, *Gli enti bilaterali*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa?*, cit., 31 ss.

vengono prestate in favore degli iscritti, è anche vero che talora vengono svolte gratuitamente e nell'interesse anche dei non iscritti. Non va dimenticato, inoltre, che a definire il capitolo dei relativi finanziamenti, in prevalenza costituito dalle quote di adesione agli organismi stessi da parte di lavoratori e datori di lavoro, concorre anche il bilancio dello Stato e delle Regioni, sotto forma di agevolazioni fiscali o veri e propri incentivi finanziari ⁽⁶⁸⁾.

Gli enti bilaterali, dunque, presentano anche nelle attività tradizionali un profilo pubblicistico, benché risulti indubbiamente rafforzato dall'intervento legislativo ⁽⁶⁹⁾. Tanto basti ad escluderne l'istituzionalizzazione e lo snaturamento dell'identità e del ruolo del sindacato ⁽⁷⁰⁾, poiché altrimenti si finisce per sovrapporre l'idea su come si vorrebbe il sindacato a ciò che il sindacato appare essere nei rapporti con i pubblici poteri in base al quadro regolativo esistente ⁽⁷¹⁾.

6. La sostanziale inerzia delle parti sociali nel dare attuazione ai compiti assegnati agli enti bilaterali dal legislatore del 2003, smentisce anche un'altra critica manifestata al riguardo da parte della dottrina ⁽⁷²⁾.

Le riserve si sono appuntate su quanto previsto dall'articolo 2, comma 2, lettera *h*), del decreto legislativo n. 276/2003 per il quale la costituzione degli enti bilaterali può avvenire ad iniziativa di "una o più" associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative. Dietro questa previsione si celerebbe secondo taluni l'intento di superare i veti dei sindacati contrari alla costituzione di enti bilaterali che esercitino i nuovi compiti, perché basterebbe almeno una associazione dei datori di lavoro ed una associazione dei lavoratori – entrambe sufficientemente rappresentative – che "ci stanno" ⁽⁷³⁾. Il risultato sarebbe di favorire accordi in via separata, e non unitaria secondo la

⁽⁶⁸⁾ V. *supra* § 4.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*, 208 ss., secondo il quale la riforma del mercato del lavoro opererebbe comunque un rafforzamento del profilo pubblicistico degli enti bilaterali rispetto alla componente conflittuale e rivendicativa, ed in tale ottica il ricorso agli enti bilaterali sembrerebbe ispirato "a una logica (più che di liberalizzazione) di esternalizzazione di funzioni amministrative, precedentemente svolte da uffici dell'amministrazione statale o degli enti territoriali".

⁽⁷⁰⁾ Cfr. sul punto anche quanto sostenuto da E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 280, il quale pur ritenendo che, con l'assegnazione agli enti bilaterali di funzioni pubbliche come la certificazione, sia indubbiamente forte l'istituzionalizzazione del sindacato, tuttavia giudica esagerate le preoccupazioni espresse in merito, poiché "anche se sono investiti dell'esercizio di funzioni pubbliche al servizio dell'interesse generale, gli enti bilaterali restano espressione del pluralismo sindacale e della contrattazione collettiva".

⁽⁷¹⁾ Insiste invece sul "sovraccarico di improprie funzioni pubblicistiche" per gli enti bilaterali, a seguito della l. n. 30 e del d.lgs. n. 276/2003, L. MARIUCCI, *Gli enti bilaterali in chiaro*, in *QRS*, 2006, 227 ss.

⁽⁷²⁾ V. gli Autori citati alla nota 57.

⁽⁷³⁾ A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, cit., 630. Di diverso avviso è M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 429, secondo cui basterebbe che una sola associazione datoriale o sindacale sia munita della prescritta rappresentatività. Ma in senso contrario a questa interpretazione v. già G. FONTANA, *op. cit.*, 316, secondo il quale "se il senso del sintagma additivo fosse questo la precisazione ('una o più associazioni') sarebbe del tutto superflua. [...] Con un vero e proprio paradosso linguistico, si finirebbe col negare il requisito maggioritario insito nella formula del sindacato comparativamente più rappresentativo, 'falsificando' i suoi scopi".

tradizione ⁽⁷⁴⁾, oppure “al ribasso”, che vedano cioè la partecipazione di più soggetti su entrambi i versanti ma includendo anche coalizioni minoritarie.

Ciò tuttavia non è avvenuto perché nessun ente bilaterale è stato appositamente costituito, ed invero è quanto meno improbabile che possa avvenire in futuro. È difficile immaginare infatti che i sindacati, al di là delle dichiarazioni di principio, siano realmente intenzionati a procedere alla stipulazione di accordi in via separata ⁽⁷⁵⁾ anche a costo che, nel medesimo settore o territorio, operino più enti bilaterali fra loro “concorrenti” ⁽⁷⁶⁾. Ciò, inoltre, potrebbe determinare la costituzione di un solo ente bilaterale nel dato settore o territorio ma senza la partecipazione del sindacato maggiormente rappresentativo, e quindi di un soggetto con un peso specifico ridotto. Come pure è stato sostenuto da chi ha paventato il ricorso ad accordi separati, né le organizzazioni sindacali né quelle datoriali avrebbero probabilmente interesse ad attivare e finanziare enti bilaterali che esercitino i nuovi compiti senza un’adeguata garanzia della loro efficacia ⁽⁷⁷⁾.

Anche per quanto riguarda gli enti bilaterali già esistenti è difficile immaginare che si giunga ad una rottura del relativo accordo istitutivo, con il recesso di una o più parti sociali, in caso di dissenso sulla opportunità di dotarli dei nuovi compiti previsti dal legislatore. Ora, si ammetta pure che il recesso non inciderebbe sull’esistenza dell’ente bilaterale perché è un soggetto autonomo rispetto all’accordo che lo istituisce e resta insensibile alle vicende che riguardano quest’ultimo; per cui, scioltosi il vincolo che lega la parte recedente all’ente bilaterale, fuoriusciranno i componenti che la rappresentano in seno all’organismo ⁽⁷⁸⁾. Tuttavia il venir meno di una delle parti aprirebbe una “crisi irrimediabile della stessa logica cogestiva-collaborativa e dell’istituzionalizzazione dei rapporti collettivi” delle quali l’ente bilaterale è espressione, in grado di impedirgli di fatto il naturale e corretto funzionamento ⁽⁷⁹⁾.

Non è escluso che in futuro possa raggiungersi fra le parti sociali un certo consenso sulle attribuzioni più controverse, come l’intermediazione di manodo-

⁽⁷⁴⁾ Rispetto alle critiche sulla predisposizione della norma nel favorire la costituzione di enti bilaterali per via separata si pone in controtendenza A. TURSÌ, *op. ult. cit.*, 631, secondo il quale “sarebbe stato eccessivo, al limite dell’irragionevole se non dell’assurdo, esigere la partecipazione necessaria all’accordo associativo di tutti i sindacati datoriali e dei lavoratori comparativamente rappresentativi: se non altro perché tali sindacati, almeno nel settore privato e finora, non costituiscono un *numerus clausus ex lege*”.

⁽⁷⁵⁾ Si vedano le affermazioni espresse da R. GIOVANI, *Il giudizio di Confartigianato sulla Riforma Biagi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 890.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. sul punto le preoccupazioni di C. TREVES, *op. cit.*, 794 ss.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. L. MARIUCCI, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, cit., 169; ID., *Commento all’art. 2, lett. h)*, cit., 72.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. in tal senso R. SALOMONE, *Enti bilaterali e contrattazione: un nuovo modello di relazioni industriali*, in *C&CC*, 2002, n. 5, 80 ss., secondo il quale l’irrelevanza dell’uscita o del dissenso del soggetto che partecipa all’ente rispetto alla sopravvivenza di questo troverebbe conferma nella circostanza che l’accordo collettivo va considerato come contratto plurilaterale con comunione di scopo di cui all’art. 1420 c.c., per il quale vale il principio generale secondo cui il verificarsi di taluni eventi che sono in grado di estinguere il vincolo di una delle parti originarie non impedisce che il contratto continui ad essere valido ed efficace rispetto alle altre parti (cfr. artt. 1446, 1459, 1466 c.c.). Per cui, l’accordo collettivo non subirebbe modificazioni nel momento in cui uno dei sottoscrittori decidesse di recedere, consentendo in teoria all’ente bilaterale di continuare ad operare.

⁽⁷⁹⁾ R. SALOMONE, *op. cit.*, 80.

pera e certificazione dei contratti di lavoro, agli enti bilaterali. Un intervento che aspira a ridisegnare le coordinate del mercato del lavoro può essere giudicato solo nei tempi lunghi. Per riscontrare le tendenze espresse dagli attori coinvolti è dunque nel medio e lungo periodo che va valutata la risposta delle parti sociali. Qualche indicazione in proposito si trae dal già ricordato rinnovo del contratto collettivo nazionale del settore edile, in cui Cgil, Cisl e Uil si sono impegnate a costituire una commissione di certificazione la cui attività sia finalizzata alla distinzione fra somministrazione di manodopera e appalto di servizi (*supra* § 3). Si tratta di un esempio di come i soggetti rappresentativi di categoria godono di autonomia nel recepire e tradurre, in relazione alle mutevoli esigenze espresse dai rispettivi contesti produttivi, le indicazioni che provengono dai livelli superiori della organizzazione sindacale. Non è da escludere che in futuro anche in altri settori siano destinate ad attenuarsi, se non a venir meno, le distanze negli indirizzi generali di politica sindacale.

Gli enti bilaterali nella riforma del mercato del lavoro: un primo bilancio – Riassunto. *Dopo avere brevemente inquadrato la natura degli enti bilaterali ed il loro ruolo nel sistema di relazioni industriali, l'A. compie una ricognizione sullo stato di attuazione del d.lgs. n. 276/2003 rispetto alle competenze attribuite a questi organismi in materia di gestione del mercato del lavoro, di certificazione dei contratti di lavoro e di formazione professionale. Viene, inoltre, ridimensionata la critica secondo cui con la riforma del mercato del lavoro gli enti bilaterali verrebbero "istituzionalizzati" in conseguenza delle funzioni di natura pubblica ad essi attribuite, in generale, mettendo in risalto le strette connessioni che si registrano tra sistema politico-amministrativo e sindacati in base al quadro regolativo esistente; in particolare, rilevando la natura anche pubblicistica delle attività svolte dagli enti bilaterali prima dell'intervento legislativo di riforma. Infine l'A., valutando le conseguenze che si produrrebbero sul piano delle relazioni sindacali, esclude sia che si possa arrivare alla costituzione tramite accordi separati di enti bilaterali che esercitino le competenze attribuite dal d.lgs. n. 276/2003, pur essendo ciò possibile in base all'art. 2, comma 2, lett. h), del decreto; sia che si possa giungere ad una rottura dell'accordo istitutivo degli organismi già esistenti, con il recesso di una o più parti sociali, in caso di dissenso sulla opportunità di dotarli dei nuovi compiti previsti dal legislatore.*

Joint bodies in the reform of the labour market: a preliminary assessment (Article in Italian) – Summary. *This paper provides a brief overview of the nature of bilateral bodies and their role in the industrial relations system, together with a survey of the state of implementation of Legislative Decree no. 276/2003 concerning the powers assigned to these bodies in the governance of the labour market, the certification of employment contracts and vocational training. In addition, the author responds to criticism that with the reform of the labour market these joint bodies appear to have been "institutionalised" as a result of the functions of a public nature assigned to them. In this connection the author highlights the close connections between the political and administrative system and the trade unions arising from the present regulatory framework, and underlines the fact that these bodies performed public functions even before the recent legislative reform. Finally, considering the possible consequences in terms of industrial relations, the author argues against the use of separate agreements to set up bilateral bodies exercising the powers assigned by Legislative Decree no. 276/2003, in spite of the fact that this would be possible pursuant to Article 2 (2) (h) of the Decree, and argues that agreements setting up the present bodies need not be terminated, with the withdrawal of one or more social partners, in the case of a failure to reach a consensus on the implementation of the new powers provided by the legislator.*

Appunti sulla bilateralità

Marco Lai

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** La cultura della bilateralità. – **3.** Bilateralità e mutualità nella crisi del *welfare State*. – **4.** Gli Enti bilaterali: definizioni ed esperienze. – **5.** Gli ambiti di intervento degli Enti bilaterali nella legge di riforma del mercato del lavoro. – **6.** Le questioni aperte: le questioni di carattere tecnico giuridico. – **7.** *Segue:* le questioni di funzionalità.

1. Sul ruolo e le prospettive della bilateralità, o forse meglio del bilateralismo (termine comprensivo delle regole, specie di matrice contrattuale, da cui traggono origine e che disciplinano l'attività degli Enti bilaterali nonché degli altri soggetti a conduzione congiunta) ⁽¹⁾, le valutazioni della dottrina giuridica sono assai differenziate: tra chi intravede pericoli di deriva istituzional-corporativa e di snaturamento delle tradizionali funzioni di rappresentanza sindacale e chi, viceversa, considera la bilateralità "la nuova frontiera" dell'azione sindacale sul piano dei servizi e della cooperazione con le imprese, di particolare efficacia in un mercato del lavoro frantumato e flessibile ⁽²⁾. Anche in campo sindacale, come noto, le posizioni sono divise: Cisl e Uil favorevoli, Cgil in linea di massima contraria (pur con aperture).

La dottrina che, tranne lodevoli eccezioni ⁽³⁾, si è per lungo tempo disinteressata della tematica, è venuta occupandosene principalmente nell'esame degli spazi offerti dalla legge di riforma del mercato del lavoro (legge n. 30/2003 e relative norme di attuazione); dal che si è osservato come valutazioni critiche sugli Enti bilaterali non siano del tutto scevre da riserve sull'impianto complessivo della

* Marco Lai è membro del Centro Studi Cisl e Professore a contratto di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Firenze.

⁽¹⁾ Cfr. P. VARESI, *Azione sindacale e tutela nel mercato del lavoro: il bilateralismo alla prova*, in *q. Rivista*, 2004, 232.

⁽²⁾ Cfr. in particolare i contributi apparsi sul n. 2/2003 della rivista *LD*, presentati al Seminario *Gli enti bilaterali: mercato del lavoro e rappresentanza sindacale*, svoltosi a Venezia l'11 aprile 2003, presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Ca' Foscari, con *Relazione introduttiva* di L. MARIUCCI; cfr., più di recente, in termini critici, tra gli altri, G. MARTINENGO, *Gli enti bilaterali dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *LD*, 2006, 245 ss., al quale si rinvia anche per riferimenti; per una diversa prospettiva cfr., tra gli altri, M. NAPOLI, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, in *Jus*, 2005, 309 ss., ora in M. NAPOLI, *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi (2001-2005)*, Giappichelli, Torino, 2006, 355 ss.

⁽³⁾ Cfr. in particolare L. BELLARDI, *Istituzioni bilaterali e contrattazione collettiva: il settore edile*, F. Angeli, Milano, 1989.

legge o su specifici istituti, quali la certificazione dei contratti di lavoro ed il regime di somministrazione, nella cui gestione gli stessi enti sono coinvolti. Gli Enti bilaterali vengono dunque a costituire una sorta di “parafulmine” per colpire più ampie scelte del legislatore ⁽⁴⁾.

Proprio perché la bilateralità non deve diventare l’ennesima occasione di scontro ideologico, pur in un approccio tendenzialmente favorevole a quello che, a nostro avviso, è un ulteriore terreno di impegno sindacale a fianco dell’azione negoziale, pare utile mettere in rilievo le potenzialità ma anche i problemi, di carattere tecnico-giuridico e di ordine funzionale, della bilateralità, dissentendo decisamente da quella parte della dottrina che, anche dopo l’intervento del legislatore del 2003, relega il fenomeno degli Enti bilaterali inesorabilmente in una prospettiva di marginalità ⁽⁵⁾.

È solo il tempo che dirà se le esperienze presenti in alcuni settori si rafforzeranno o meno e se le funzioni previste dalla legge saranno pienamente esercitate.

Particolare attenzione verrà data al rapporto tra bilateralità, fonti del diritto (legge/contrattazione collettiva) e sistema di rappresentanza (dei lavoratori non standard). Altro snodo cruciale è quello del raccordo con le istituzioni (bilateralità e trilateralità).

2. Presupposto per l’affermarsi della cultura della bilateralità è in particolare il “superamento della dimensione conflittuale e negoziale, considerata come esclusiva e non solo prevalente per l’organizzazione sindacale, mediante l’affermazione della cultura della partecipazione e della gestione” ⁽⁶⁾. Al riguardo si è assimilata la funzione regolativa del sindacato alla funzione legislativa del Parlamento e l’attività di gestione degli Enti bilaterali all’attività di governo. Se infatti “per il sindacato è più facile concorrere, con le controparti, alla produzione di regole, mediante la contrattazione collettiva, [...] la gestione di un ente presuppone la capacità di soluzione dei problemi mediante una vera arte di governo” ⁽⁷⁾. Per la funzionalità di tale indirizzo partecipativo e per la sua efficacia operativa è d’altro lato indispensabile una comune volontà di agire ed un affidamento reciproco tra le parti.

Sotto altro versante la bilateralità viene a rappresentare un importante strumento di partecipazione sociale, concorrendo a realizzare, assieme alla contrattazione collettiva, quella *società democratica*, fondata sull’apporto delle formazioni sociali espressione della società civile, riconosciuta dalla Carta costituzionale ⁽⁸⁾. Non mancano del resto, anche nella fase attuale, tentativi di tornare ad un assetto totalmente liberista, basato solo sul piano dei rapporti individuali e delle logiche di mercato.

⁽⁴⁾ In tal senso M. NAPOLI, *op. cit.*, 309. Cfr. anche F. CARINCI, *Il casus belli degli Enti bilaterali*, in *LD*, 2003, 199 ss.; R. DEL PUNTA, *Enti bilaterali e modelli di regolazione sindacale*, in *LD*, 2003, 221.

⁽⁵⁾ Cfr. G. MARTINENGO, *op. cit.*, 245, che richiama il contributo di U. ROMAGNOLI, *Enti bilaterali: possibili risposte*, in *LD*, 2003, 261 ss.

⁽⁶⁾ In tal senso M. NAPOLI, *Gli enti bilaterali nella prospettiva di riforma del mercato del lavoro*, in *Jus*, 2003, 237, ora in M. NAPOLI, *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi (2001-2005)*, cit., 319.

⁽⁷⁾ Cfr. M. NAPOLI, *op. ult. cit.*, 238.

⁽⁸⁾ Cfr. CENTRO STUDI CISL, *Gli enti bilaterali ed il ruolo del sindacato*, Firenze, 2002, dattiloscritto, 3.

Un ulteriore impulso alla partecipazione delle parti sociali viene dalla riforma del titolo V della Costituzione, operata nel 2001, che accanto al principio di “sussidiarietà verticale” (Stato/Regioni/Enti locali) riconosce, ancor più espressamente che in passato, il principio di “sussidiarietà orizzontale” (cfr. in particolare l’articolo 118, comma 4, della Costituzione) ⁽⁹⁾. Il soddisfacimento di interessi generali è possibile, dunque, grazie anche all’intervento di soggetti privati (singoli e associazioni) nell’organizzazione e gestione di determinate attività. È un significativo riconoscimento del ruolo delle parti sociali, che dovrebbe trovare esplicito riferimento anche negli Statuti regionali. In tale contesto gli Enti bilaterali possono utilmente operare per assicurare taluni servizi e prestazioni di carattere sociale che, in un tessuto di piccola e media impresa come quello italiano, risultano più efficaci se forniti a livello territoriale. Non viene con ciò a modificarsi la natura del sindacato in senso “parastatale”, rimanendo le funzioni di indirizzo e di controllo di competenza pubblica.

Quella della bilateralità è in ogni caso solo una delle possibili linee di intervento; il ricorso al conflitto, seppur come *extrema ratio*, non viene infatti meno anche nella logica partecipativa. Obiettivo è quello di mettere in campo tutte le risorse disponibili e le espressioni di rappresentanza degli interessi per favorire una “via alta”, anche sul piano dei diritti economici e sociali, della competizione territoriale, che rappresenta il vero ambito dello sviluppo ⁽¹⁰⁾.

La prospettiva di una regionalizzazione degli interventi ha del resto ripercussioni sul sistema contrattuale, rafforzando il peso del livello decentrato. Si pone pertanto la necessità di una revisione dell’assetto contrattuale, ridefinendo i contenuti, le sedi, i soggetti ed il ruolo degli attuali livelli in funzione di valorizzare appieno il territorio.

3. Le trasformazioni dell’economia di mercato (terziarizzazione, globalizzazione, delocalizzazione) e le conseguenze sui sistemi di *welfare* e sul ruolo del pubblico fanno emergere la necessità di ricorrere a nuovi strumenti di protezione sociale ⁽¹¹⁾.

I cambiamenti della domanda di salute e di benessere sociale connessi alle mutate condizioni della popolazione attuale e futura (anziani, disabili, precari, ecc.) mettono peraltro in rilievo il crescente divario tra costi dei sistemi di protezione sociale e risorse (scarse) disponibili.

Anche se le scelte in materia non possono essere ricondotte alla sola valenza economica si pone dunque il problema della qualificazione delle politiche sociali, mediante il coinvolgimento, nell’erogazione dei servizi, del volontariato, del privato sociale e, a determinate condizioni, del privato *for profit* (dal *welfare State*

⁽⁹⁾ In base al quale “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

⁽¹⁰⁾ Sulla concertazione a livello locale cfr. da ultimo T. TREU, *La concertazione sociale*, in *DLM*, 2005, specie 40 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr., tra gli altri, M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2005. Sui problemi connessi alla protezione sociale dei lavori non standard, cfr., da ultimo, S. RENGA, *La tutela sociale dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2006.

al *welfare community*). In tale quadro si tratta di conciliare al meglio sussidiarietà e solidarietà, unità e differenziazione: da una parte prevedendo prestazioni di base, a livello nazionale, sotto forma di servizi, agevolazioni e trasferimenti monetari; dall'altra lasciando ai governi locali la scelta politica di riconoscere quote aggiuntive di prestazioni, rendendo altresì sempre più visibile il rapporto costi-benefici della spesa sociale locale.

Più in generale è da osservare che la giusta valorizzazione delle specificità territoriali deve tener conto della tendenziale vocazione universalistica dei diritti civili e sociali (fondamentali), in quanto diritti delle persone prima che di appartenenti a determinate comunità locali. Di tutto ciò occorre tener conto in particolare ai fini della determinazione dei "livelli essenziali" delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (articolo 117, comma 2, lettera *m*), della Costituzione).

Si ripropone dunque il tema della *inderogabilità*, fondativo dello stesso diritto del lavoro, in un'ottica non di aprioristico rifiuto di qualsiasi operazione di rivisitazione del corpo normativo, ma come nozione da attualizzare, in vista dell'innalzamento del livello complessivo di libertà sostanziale che caratterizza una determinata società.

Quanto il sindacato, attraverso le forme della bilateralità, può realizzare in tal senso?

L'iniziativa delle organizzazioni sindacali sull'area del nuovo *welfare* sembra orientarsi nella duplice direzione del mantenimento/ripristino degli elementi fondativi del modello pubblico e dell'apertura a pratiche di mutualità, specie nel campo della previdenza complementare e della tutela sanitaria integrativa ⁽¹²⁾.

Un'ampia serie di prestazioni e di servizi è poi offerta proprio dal sistema della bilateralità, particolarmente sviluppato in alcuni settori (edilizia, commercio e turismo, agricoltura) e comparti (artigianato) ⁽¹³⁾.

Si è d'altro lato posto il problema di come estendere le forme di mutualità previste dalla contrattazione collettiva a quelle categorie di persone particolarmente bisognose (anziani, precari ecc.), non ricomprese nel proprio ambito di rappresentanza, e che rischiano di essere ancor più emarginate; per ampie fasce di popolazione la domanda di *welfare* va peraltro indirizzandosi sempre più sul terreno dei servizi ⁽¹⁴⁾.

Si tratta di dar vita a nuovi schemi assicurativi fondati sull'integrazione tra azioni di inserimento/reinserimento lavorativo e crescita professionale, promuovendo quelle che in ambito Ocse sono definite *politiche sociali attive* (attenzione ai problemi dell'infanzia ed alla possibilità di conciliare responsabilità familiari e professionali; lotta all'esclusione sociale; sostenibilità finanziaria dei sistemi pensionistici e maggiori opportunità di partecipazione sociale per gli anziani) ⁽¹⁵⁾, argi-

⁽¹²⁾ Cfr. più ampiamente S. BERTOLINO, *Sindacalismo e mutualità: due principi inconciliabili?*, in *Comunitas*, 2006, n. 10, 181 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. *infra*.

⁽¹⁴⁾ In tal senso S. BERTOLINO, *op. cit.*, 204 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. OCSE, *Extending Opportunities: How Active Social Policy can benefit us all*, Ocse, Parigi, 2005.

ne a quella “società liquida”⁽¹⁶⁾ dove spesso la precarietà lavorativa si tramuta in precarietà esistenziale⁽¹⁷⁾.

4. Assai variegata sono le forme della bilateralità per denominazione, tipo e provenienza delle risorse, ambito di intervento, spaziando dal livello aziendale a quello territoriale e nazionale (si è detto come particolare rilievo debba attribuirsi alla dimensione locale). Esula dagli obiettivi di queste note soffermarsi sulla sottile disputa terminologica tra “organismo paritetico” ed “ente bilaterale”, espressioni nella prassi spesso intercambiabili⁽¹⁸⁾ (si veda la definizione contenuta nell’articolo 2, comma 1, lettera *h*), decreto legislativo n. 276/2003)⁽¹⁹⁾, nonché sulla configurazione giuridica degli Enti bilaterali quali “associazioni non riconosciute”, *ex* articolo 36 e ss. c.c., secondo l’indirizzo prevalente⁽²⁰⁾, “consorzi”⁽²¹⁾, o “altre istituzioni private”, previste dall’articolo 12, c.c.⁽²²⁾; dato comune di tali organismi è quello di essere preposti allo svolgimento di una attività diretta a soddisfare interessi esplicitamente condivisi, pur essendo costituiti da soggetti controparti nel sistema di relazioni industriali e che mantengono la loro autonomia al di fuori dei vincoli assunti con la loro istituzione⁽²³⁾. Pertanto “la collaborazione (sia pure da posizioni diverse) sta, in fondo, nel Dna degli Enti bilaterali [...]”⁽²⁴⁾.

Si può affermare che gli Enti bilaterali costituiscono un sottosistema del “sistema” delle relazioni industriali e sono sedi stabili e specializzate di confronto tra le parti volte a favorire una maggior collaborazione in ambiti tematici legati alla retribuzione (ferie, gratifiche) ed al *welfare* (sostegno al reddito, sanità, formazione)⁽²⁵⁾.

Tratto distintivo rispetto alle normali associazioni riconosciute è la regola della *pariteticità*, “che costituisce la proiezione sul piano gestionale della caratteristica principale della contrattazione collettiva” da cui traggono origine⁽²⁶⁾. Tale regola vale sia ai fini della composizione dell’ente sia per la gestione e la presa di

⁽¹⁶⁾ Cfr. Z. BAUMAN, *Amore liquido*, Laterza, Bari-Roma, 2006.

⁽¹⁷⁾ Cfr. tra gli altri A. ACCORNERO, *San Precario lavora per noi*, Rizzoli, Milano, 2006; cfr. anche B. MANGHI, *Le trasformazioni del lavoro*, in *L’impresa al plurale*, 2002, n. 10; per spunti per l’azione sindacale cfr., da ultimo, C. ARLATI, *Precari nati? Sicurezza e flessibilità oltre la retorica*, in AA.VV., *VI Rapporto sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in Emilia Romagna*, Maggioli, Rimini, in corso di pubblicazione.

⁽¹⁸⁾ Cfr. CENTRO STUDI CISL, *op. cit.*, 6.

⁽¹⁹⁾ Cfr. *infra*.

⁽²⁰⁾ Cfr. tra gli altri: G. MARTINENGO, *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, in *LD*, 2003, 176; sul punto anche C. CESTER, *Il futuro degli enti bilaterali: collaborazione e antagonismo alla prova della riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, 2003, 211, che richiama anche Cass. 6 marzo 1986 n. 1502).

⁽²¹⁾ In tal senso U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 262.

⁽²²⁾ Così M. NAPOLI, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, cit., 312.

⁽²³⁾ Cfr. U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 262.

⁽²⁴⁾ In tal senso C. CESTER, *op. cit.*, 212.

⁽²⁵⁾ Cfr. S. LEONARDI, *Gli enti bilaterali nel sistema italiano delle relazioni industriali*, schede didattiche, dicembre 2005. Dello stesso autore cfr. *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *DLRI*, 2004, 443 ss.; ID., *Bilateralità e servizi. Quale ruolo per il sindacato?*, Ediesse, Roma, 2005.

⁽²⁶⁾ In tal senso M. NAPOLI, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, cit., 312.

decisioni, dovendo queste essere assunte necessariamente con il consenso di entrambe le parti sociali rappresentate ⁽²⁷⁾.

L'esperienza degli Enti bilaterali è antica trovando le proprie radici nella storia del movimento sindacale. In alcuni settori, quali in particolare l'edilizia e l'artigianato, la bilateralità ha una lunga e positiva tradizione, con esperienze concrete a partire dagli inizi del Novecento. La cultura della partecipazione e della solidarietà, da elemento valoriale, si trasforma nel corso del tempo in progettualità ed azione politica; dalle società di mutuo soccorso l'evoluzione dei sistemi bilaterali, previsti dalla contrattazione collettiva, diventa terreno di tutela per interessi condivisi ⁽²⁸⁾.

Caratteristica fondamentale degli Enti bilaterali, come evidenziato, è il fatto di essere istituiti e disciplinati dalla contrattazione collettiva. Il contratto collettivo rappresenta dunque la *fonte primaria* di regolazione e di indirizzo. Secondo l'orientamento prevalente le clausole istitutive degli Enti bilaterali appartengono alla cosiddetta "parte obbligatoria" del contratto collettivo, in quanto destinate a regolare i rapporti tra le parti stipulanti (ma sul punto si veda oltre nel testo); ciò non impedisce alla stessa contrattazione collettiva di affidare agli Enti bilaterali la gestione di istituti contrattuali, di carattere economico e normativo, in origine di competenza del datore di lavoro.

Il sistema della bilateralità nasce in settori ad elevata frantumazione produttiva e mobilità di addetti, dove è più conveniente per lavoratori ed imprese affidare ad un soggetto terzo l'erogazione, a scadenze predeterminate, di specifiche prestazioni (l'indicazione è di interesse in prospettiva per l'area del cosiddetto *lavoro non standard*, finora scarsamente tutelata) ⁽²⁹⁾.

Le Casse edili, che si affermano definitivamente negli anni Cinquanta/Sessanta, sorgono infatti come strumento per favorire alcune prestazioni contrattuali, quali il trattamento economico per ferie, gratifica natalizia (cosiddetta 13^a), anzianità (ora A.P.E.), altrimenti difficilmente usufruibili in tale settore. A queste si sono poi aggiunte altre prestazioni quali l'integrazione del trattamento economico per malattia ed infortunio e l'assistenza sanitaria integrativa. Il modello, incentrato sulle Casse edili a livello provinciale, con un coordinamento a livello nazionale rappresentato dalla Commissione nazionale paritetica per le Casse edili (CNCE), vede la contemporanea presenza di altri organismi bilaterali a seconda dell'ambito di intervento (Enti scuola nel campo della formazione professionale, Comitati

⁽²⁷⁾ In tal senso sono le previsioni della contrattazione collettiva: cfr. ad esempio quanto stabilito dall'art. 73, del Ccnl per i lavoratori delle cooperative di produzione e lavoro dell'edilizia e attività affini, del 24 maggio 2004, in base al quale "qualsiasi atto concernente il prelievo, l'erogazione e il movimento dei fondi della Cassa Edile deve essere effettuato con firma abbinata nel rispetto della pariteticità della rappresentanza sindacale"; cfr. anche la disciplina del Fondo di sostegno al reddito nel settore artigiano di cui all'accordo interconfederale 21 luglio 1988.

⁽²⁸⁾ Cfr. CENTRO STUDI CISL, *op. cit.*, 4.

⁽²⁹⁾ Cfr. *infra*.

paritetici territoriali (Cpt) per la sicurezza del lavoro, ed i rispettivi collegamenti nazionali) ⁽³⁰⁾.

Altro significativo terreno di intervento è quello del sostegno del reddito in caso di sospensione dell'attività produttiva. Nell'artigianato, comparto dove più si è sviluppato il sistema della bilateralità, a partire dall'esperienza delle Casse Mutue Artigiane per l'integrazione di malattia ed infortunio, specie in alcuni territori di più radicato associazionismo ⁽³¹⁾, l'accordo interconfederale 21 luglio 1988, accanto ad un articolato sistema di relazioni sindacali, incentrato, tra l'altro, su una rappresentanza sindacale territoriale (il "delegato di bacino") ha previsto, a "salvaguardia del patrimonio di professionalità di lavoro dipendente ed imprenditoriale delle imprese artigiane", l'istituzione di un Fondo intercategoriale a livello regionale, da gestire in maniera paritetica, "per il sostegno al reddito dei lavoratori delle imprese interessate da sospensioni temporanee delle attività causate da eventi di forza maggiore, indipendenti dalla volontà dell'imprenditore", a cui si sono poi aggiunte le ipotesi legate a crisi congiunturali e aziendali. Si assicura dunque, attraverso la bilateralità, un minimo di protezione in un settore altrimenti privo della copertura degli ammortizzatori sociali. Da ultimo l'accordo interconfederale, del 14 febbraio 2006, di aggiornamento dell'accordo del 1988, rilancia le relazioni sindacali ed il sistema della bilateralità ⁽³²⁾. Viene attivata la Consulta degli Enti bilaterali regionali quale strumento per il monitoraggio, il confronto e la verifica dei sistemi di funzionamento e finanziamento, ed affidato all'Ente bilaterale nazionale (EBNA) il compito, proprio del Fondo nazionale di sostegno al reddito, di coordinare eventuali interventi di solidarietà a fronte di eventi eccezionali o calamità naturali, prevedendo inoltre presso di esso la costituzione di tre osservatori (ammortizzatori sociali, funzionamento bilateralità, contrattazione). L'intesa fissa poi alcuni indirizzi di gestione ed ambiti di intervento ⁽³³⁾ per gli Enti bilaterali dell'artigianato al fine di garantire omogeneità, trasparenza ed efficacia all'intero sistema ⁽³⁴⁾.

Esperienze analoghe sono previste nel settore del terziario e del credito ⁽³⁵⁾.

⁽³⁰⁾ Formedil per il coordinamento degli interventi formativi; Commissione nazionale paritetica per la prevenzione infortuni, igiene e ambiente di lavoro per il coordinamento degli interventi in materia di sicurezza del lavoro. Sulla Cassa edile cfr. in particolare L. BELLARDI, *op. cit.*

⁽³¹⁾ Per le esperienze del settore artigiano si rinvia all'ampia nota bibliografica riportata da G. MARTINENGO, *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, cit., 182-183.

⁽³²⁾ Di novità è tra l'altro la previsione, quanto meno in materia retributiva, di un assetto contrattuale ispirato al principio di sussidiarietà (verticale), per cui il livello nazionale interviene a garantire la tutela del potere d'acquisto là dove la contrattazione decentrata non vi abbia provveduto.

⁽³³⁾ Questi possono riguardare: i sistemi di rappresentanza; la tutela in materia di salute e sicurezza; il sostegno al reddito dei lavoratori e delle imprese; la formazione; la previdenza; il *welfare* integrativo; attività di indagine e ricerca; lo sviluppo delle pari opportunità; il mercato del lavoro.

⁽³⁴⁾ Cfr. a commento dell'accordo A. TAMPIERI, *L'accordo nel settore artigiano per assetti contrattuali e enti bilaterali*, in *GLav*, 2006, n. 9, 96 ss.; più ampiamente G. DE LUCIA, S. CIUFFINI, *Il sistema degli enti bilaterali nell'artigianato: una esperienza italiana al servizio del dialogo sociale europeo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 691 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. art. 5-bis, lett. h), accordo settore Terziario 2 luglio 2004; cfr. l'art. 11, comma 10, dell'accordo settore Credito 28 febbraio 1998, relativo alla istituzione del Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, dell'occupazione, della riconversione e riqualificazione professionale del personale dipendente dalle imprese del credito.

Anche l'agricoltura si è storicamente caratterizzata per la presenza di forme di tutela bilaterale: dalle casse *extra legem* degli anni Cinquanta (per indennità integrative in caso di malattia, infortunio, maternità) all'istituzione, nell'ultimo decennio, di fondi integrativi in materia sanitaria e pensionistica.

Ulteriore terreno di sviluppo è quello della formazione professionale, sia in relazione alla gestione dei contratti a contenuto formativo ⁽³⁶⁾, sia alle esperienze di formazione continua, rispetto alle quali, come vedremo, il modello degli Enti bilaterali è stato valorizzato dal legislatore ⁽³⁷⁾.

Oltre alle esperienze realizzate per via contrattuale un esplicito riconoscimento del ruolo della bilateralità è stato, in taluni casi, effettuato dal legislatore.

Se il rapporto tra legge e contrattazione collettiva, principali fonti del diritto del lavoro, è stato ampiamente esplorato, sì che il rinvio della legge alla contrattazione collettiva per i profili regolativi del rapporto di lavoro costituisce da tempo un modello consolidato, non altrettanto si può dire a proposito degli Enti bilaterali. Pur tuttavia non mancano indicazioni in tal senso.

Un primo esempio lo si può trovare nella particolare disciplina dei contratti di solidarietà per il settore artigiano (articolo 5, comma 8, legge n. 236/1993, come sostituito dall'articolo 4, comma 2, decreto legge n. 299/1994), dove l'intervento è accordato, anche per imprese con meno di 16 dipendenti, qualora i lavoratori percepiscano da parte di fondi bilaterali, istituiti dalla contrattazione collettiva, una prestazione di entità non inferiore alla metà del contributo pubblico destinato ai lavoratori stessi. Si tratta dunque di un intervento integrativo dello Stato, che si realizza a condizione che anche istituti privato-collettivi partecipino con risorse proprie.

Altro richiamo del legislatore al ruolo della bilateralità è in materia di sicurezza del lavoro. L'articolo 20, decreto legislativo n. 626/1994, affida infatti agli "organismi paritetici" territoriali funzioni di "orientamento e di promozione di iniziative formative nei confronti dei lavoratori" nonché "di prima istanza di riferimento in merito a controversie sorte sull'applicazione dei diritti di rappresentanza, informazione e formazione". Le modalità di costituzione e le funzioni di tali organismi sono stati specificati dalle intese collettive ⁽³⁸⁾, che di norma ne hanno previsto un'articolazione a livello nazionale, regionale e provinciale ⁽³⁹⁾.

È peraltro da sottolineare il legame tra modelli di relazioni industriali di tipo partecipativo, quale appunto quello delineato dalla normativa sulla sicurezza del lavoro, e la previsione di procedure per la soluzione dei conflitti.

⁽³⁶⁾ Cfr., tra gli altri, il titolo V (artt. 18-30) dell'accordo settore Terziario 2 luglio 2004; l'accordo 23 giugno 2005, di disciplina dell'apprendistato professionalizzante nel settore del Credito; la disciplina dell'apprendistato professionalizzante nel settore Metalmeccanico, nell'ambito dell'accordo di rinnovo del Ccnl 19 gennaio 2006.

⁽³⁷⁾ Cfr. *infra*.

⁽³⁸⁾ Cfr., tra le altre, l'accordo Cgil-Cisl-Uil/Confindustria 22 giugno 1995, Parte II; l'accordo 22 novembre 1995, definitivamente siglato il 3 settembre 1996, per settore artigiano, Parte II; l'accordo 18 novembre 1996, per il commercio, terziario e turismo, Parte II.

⁽³⁹⁾ Sul punto sia consentito rinviare a M. LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002, 230 ss.

Un modello ancor più spinto di utilizzo dell'Ente bilaterale si ha poi nel campo della formazione professionale continua. Seguendo l'indirizzo tracciato dall'articolo 17, comma 1, lettera *d*), della legge n. 196/1997, l'articolo 118 della legge n. 388/2000 (Finanziaria 2000), modificato dall'articolo 48 della legge n. 289/2002 (Finanziaria 2003), prevede l'utilizzo del contributo dello 0,30 per cento della retribuzione, a carico delle imprese, a favore della formazione continua. Fermo restando l'obbligo del pagamento del contributo, qualora l'impresa aderisca ad un Fondo bilaterale, istituito sulla base di accordi interconfederali, l'Inps è tenuto a devolvere il contributo al Fondo. In tal caso si tratta pertanto di risorse reperite dai poteri pubblici ed affidate alle parti sociali per la gestione, secondo criteri e responsabilità condivise⁽⁴⁰⁾. È in ogni caso da sottolineare che presupposto necessario per l'operatività della procedura resta l'adesione del datore di lavoro al Fondo⁽⁴¹⁾.

Occorre aggiungere quanto già previsto in materia di lavoro interinale (ora somministrazione di lavoro). Facendo seguito ai principi stabiliti nell'Accordo sulla politica dei redditi, del luglio 1993 e nell'Accordo per il lavoro, del settembre 1996, l'articolo 5, della legge n. 196/1997, stabiliva infatti l'obbligo per le imprese fornitrici di versare ad un apposito Fondo bilaterale (Formatemp) un contributo pari al 4 per cento della retribuzione corrisposta ai lavoratori, al fine in particolare di promuovere percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale⁽⁴²⁾. Specifica menzione merita infine il modello di legislazione promozionale che stabilisce, quale condizione per il riconoscimento di benefici sul piano normativo o contributivo o per l'accesso agli appalti pubblici e privati, il rispetto dei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, ponendosi dunque il problema della vincolatività anche delle clausole contrattuali relative agli Enti bilaterali⁽⁴³⁾.

5. Il ruolo degli Enti bilaterali è significativamente valorizzato dalla legge di riforma del mercato del lavoro (legge n. 30/2003 e relative norme di attuazione). Le attribuzioni sono elencate nella definizione di "Enti bilaterali", posta dall'articolo 2, comma 1, lettera *h*), decreto legislativo n. 276/2003: "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 attraverso: la promozione di una occupazione regolare e di qualità; l'intermediazione nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro; la programmazione di attività formative e la determinazione di modalità di attuazione

⁽⁴⁰⁾ La C. Cost., con sentenza n. 51/2005, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 48, l. n. 289/2002, nella parte in cui non prevede strumenti idonei a garantire una leale collaborazione fra Stato e Regioni; cfr. al riguardo S. SCAGLIARINI, *La formazione professionale tra Stato e Regioni: alcuni importanti chiarimenti*, in *q. Rivista*, 2005, 822 ss.

⁽⁴¹⁾ I Fondi hanno iniziato ad operare solo a partire dal 2004; cfr. al riguardo, tra gli altri, G. PROIA, *I Fondi interprofessionali per la formazione continua: natura, problemi, prospettive*, in *ADL*, 2006, 470 ss.; per dati statistici e valutazioni dal punto di vista sindacale cfr. P. GELARDI, *La formazione nel nuovo mercato del lavoro*, dicembre 2005, dattiloscritto.

⁽⁴²⁾ Cfr. ora l'art. 12, d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁴³⁾ Cfr. *infra*.

della formazione professionale in azienda; la promozione di buone pratiche contro la discriminazione e per la inclusione dei soggetti più svantaggiati; la gestione mutualistica di fondi per la formazione e l'integrazione del reddito; la certificazione dei contratti di lavoro e di regolarità o congruità contributiva; lo sviluppo di azioni inerenti la salute e la sicurezza sul lavoro; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento".

È in primo luogo da segnalare che, stando alla dizione letterale, pare possibile la costituzione di Enti bilaterali anche senza il necessario coinvolgimento di tutte le sigle sindacali interessate, bastandone una per parte, purché le singole associazioni promotrici (quella dei datori di lavoro e quella dei lavoratori) siano "comparativamente più rappresentative". Sul punto si è osservato, considerate le funzioni, che la rappresentatività delle organizzazioni facenti parte dell'ente bilaterale andrebbe misurata non solo a livello nazionale, ma altresì territoriale⁽⁴⁴⁾.

Con formula unificante delle funzioni si qualificano poi gli Enti bilaterali "quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro". Così come la contrattazione collettiva svolge la sua tipica funzione di disciplina del rapporto di lavoro, ambito proprio di intervento degli Enti bilaterali è dunque il mercato del lavoro. La definizione legislativa non fa venir meno il ruolo del sindacato che, al contrario, si amplia di ulteriori funzioni⁽⁴⁵⁾.

Alcune di queste si pongono in linea di continuità con le precedenti esperienze di bilateralità, altre sono di segno innovativo, altre infine risultano solo accennate ma prive di sviluppo normativo nel testo del decreto⁽⁴⁶⁾.

Sulla "programmazione di attività formative [...]" si rinvia a quanto sopra detto per la formazione professionale continua. In tema di formazione e lavoro, con particolare riguardo al nuovo apprendistato, le attribuzioni degli Enti bilaterali devono necessariamente raccordarsi con quelle delle Regioni, secondo quanto indicato dalla Corte Costituzionale (con sentenza n. 50/2005)⁽⁴⁷⁾. La normativa regionale ha iniziato a riconoscere a vario titolo le funzioni degli Enti bilaterali in materia di apprendistato professionalizzante (quali coordinatori/gestori/certifica-

⁽⁴⁴⁾ Cfr. S. SCARPONI, *Gli Enti bilaterali nel disegno di riforma e nuove questioni circa la funzione dei "sindacati comparativamente più rappresentativi"*, in *LD*, 2003, 239. L'ambiguità del rapporto tra gli organismi bilaterali e le organizzazioni sindacali firmatarie (non necessariamente in via unitaria) degli accordi costitutivi è rilevata da L. BELLARDI, *Nuovi lavori e rappresentanza. Limiti e potenzialità di innovazione della realtà sindacale attuale*, in *q. Rivista*, 2005, 93, nota n. 89, secondo la quale "la definizione tradisce l'intento di favorire la costituzione separata di tali enti e la concorrenza tra gli stessi, senza che questo vada a vantaggio degli "utenti", in quanto la frammentazione di tali organismi, oltre ad indebolire l'azione sindacale di governo del mercato del lavoro, può avere l'effetto di porre vincoli alla mobilità territoriale e settoriale dei lavoratori". Più in generale in argomento cfr. F. PASQUINI, *Il ruolo degli organismi bilaterali nel decreto attuativo della legge 14 febbraio 2003, n. 30: problemi e prospettive*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 651.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. M. NAPOLI, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, cit., 314 ss.

⁽⁴⁶⁾ Ci si riferisce in particolare alla "promozione di buone pratiche contro la discriminazione e per la inclusione dei soggetti più svantaggiati", funzioni, le prime, già in parte svolte dai comitati per le pari opportunità, introdotti per via contrattuale e legislativa, ai diversi livelli.

⁽⁴⁷⁾ Pubblicata, tra l'altro, in *RIDL*, 2005, II, 502, con nota di P. ALBI.

tori dell'attività formativa) ⁽⁴⁸⁾. Si pone d'altro lato il problema dell'applicabilità della disciplina contrattuale esistente (ad esempio circa il necessario parere di conformità dell'ente bilaterale per l'utilizzo del contratto di apprendistato professionalizzante) ⁽⁴⁹⁾, operando la contrattazione collettiva nazionale di categoria in via sussidiaria alla regolazione regionale (articolo 49, comma 5-*bis*, decreto legislativo n. 276/2003, introdotto dalla legge n. 80/2005) ⁽⁵⁰⁾. Sul punto è tuttavia da notare come tra i principi e criteri direttivi posti dalla legge n. 30/2003 – all'articolo 2, comma 1, lettera *b*) – ci fosse anche il riconoscimento agli Enti bilaterali, accanto alle strutture pubbliche, di “competenze autorizzatorie” in materia.

Sulla “gestione mutualistica di fondi per la formazione e l'integrazione del reddito”, ambito sviluppato nel decreto in riferimento alla sola somministrazione di lavoro, si richiama quanto indicato dalla legge n. 196/1997 per il lavoro interinale, ponendo a carico dei soggetti autorizzati alla somministrazione il contributo del 4 per cento delle retribuzioni, da far confluire nell'apposito Fondo a gestione bilaterale; risorse del resto destinate non più solo alla formazione ma anche ad iniziative volte a garantire l'integrazione del reddito in caso di fine lavori nella somministrazione a tempo indeterminato (articolo 12, comma 2, lettera *a*), decreto legislativo n. 276/2003).

“Lo sviluppo di azioni inerenti la salute e la sicurezza del lavoro” rientra tra le attribuzioni tipiche degli Enti bilaterali (“organismi paritetici”) previste dalla contrattazione collettiva e dalla legge. È da osservare, alla luce delle proposte avanzate dal Governo nella passata legislatura in tema di Testo Unico sulla sicurezza del lavoro ⁽⁵¹⁾, che gli Enti bilaterali possono utilmente svolgere attività di assistenza, di consulenza tecnica ai soggetti interessati, ma non certo funzioni di certificazione e di controllo ispettivo circa il rispetto degli obblighi di legge, proprie degli organi di vigilanza.

Una nuova, ma al contempo antica, area di sviluppo dell'azione sindacale attraverso gli Enti bilaterali è quella dell'“intermediazione nell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro”. Dalla lettura della definizione di “intermediazione”, contenuta nell'articolo 2, comma 1, lettera *b*), decreto legislativo n. 276/2003, si comprende come si tratti dell'organizzazione dei servizi per l'impiego, che già la normativa precedente (a partire dal decreto legislativo n. 469/1997) aveva attribuito ad operatori privati autorizzati (ora Agenzie per il lavoro) in concorrenza con il sistema pubblico gestito dalle Regioni e dalle Province. È una sorta di ritorno alle origini allorquando, a fianco dell'azione contrattuale, di pertinenza dei sindacati di categoria, le strutture sindacali “orizzontali”, le Camere del lavoro, si proponevano come soggetti collettivi per il controllo del mercato del lavoro ⁽⁵²⁾. Il principio di libertà sindacale negativa (di non iscriversi cioè ad alcun sin-

⁽⁴⁸⁾ Cfr. sul punto anche per richiami alle leggi regionali, G. MARTINENGO, *Gli enti bilaterali dopo il d.lgs. n. 276/2003*, cit., 248-249.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. art. 21-*ter*, accordo settore Terziario 2 luglio 2004.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. circ. Min. lav. n. 30/2005, punto III.

⁽⁵¹⁾ Cfr. M. LAI, *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, spec. 242 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. già P. ICHINO, *Il collocamento impossibile*, Cacucci, Bari, 1982. Anche per richiami cfr. G. ZILIO GRANDI, *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003*, in *LD*, 2003, 186 ss.

dacato), di cui all'articolo 39, della Costituzione, impedirebbe peraltro di introdurre nel nostro ordinamento clausole di *closed-shop*, volte ad imporre al datore di lavoro di assumere solo soggetti iscritti al sindacato o di far obbligatoriamente iscrivere al sindacato i lavoratori assunti⁽⁵³⁾. È da precisare che nell'assetto delineato dal decreto legislativo n. 276/2003 gli Enti bilaterali, come pure le Università, le Camere di commercio, gli istituti di scuola secondaria e la Fondazione nazionale dei consulenti del lavoro, sono autorizzate a svolgere solo attività di intermediazione (articolo 6, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003) e non anche altre attività, quali la somministrazione di lavoro. Su tale opzione, come noto, si registrano diversità di vedute tra le confederazioni sindacali. In particolare da parte della Cgil vengono evidenziati i rischi di una gestione oligopolistica/monopolistica del collocamento, volta a favorire solo gli iscritti alle organizzazioni promotrici degli Enti bilaterali, rifiutando al contempo di porsi su un piano di concorrenza con gli altri operatori privati. Pur tuttavia non si nasconde come l'attuale mercato del lavoro possa determinare nuovi rischi di emarginazione sociale, specie per le fasce deboli, e necessità di adeguate strutture per l'orientamento al lavoro⁽⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁾. Si è obiettato che "non si capisce perché debba considerarsi positivamente una legislazione che affida alle imprese con o senza scopo di lucro (società per azioni o società cooperative) compiti di intermediazione, scelta soltanto confermata dalla nuova legislazione, e debba essere considerata negativamente la scelta innovativa che consente la partecipazione a questa attività anche agli Enti bilaterali"⁽⁵⁶⁾. Tali osservazioni sono tanto più pertinenti in quanto le stesse associazioni datoriali e sindacali, anche in via unilaterale, possono svolgere attività di intermediazione (articolo 6, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003). Proprio perché il collocamento non può essere lasciato alla pura logica del mercato, aumentando così le difficoltà di inserimento di chi è già emarginato, quella degli Enti bilaterali potrebbe rappresentare una valida prospettiva; non si tratta peraltro di una scelta obbligata ma di una opportunità⁽⁵⁷⁾.

Agli Enti bilaterali è affidata inoltre la funzione di "certificazione dei contratti di lavoro e di regolarità o congruità contributiva".

Le procedure di certificazione rappresentano un'ulteriore novità della legge n. 30/2003, e delle relative norme di attuazione (decreto legislativo n. 276/2003 come modificato dal decreto legislativo n. 251/2004), peraltro di carattere speri-

⁽⁵³⁾ Cfr. P. PASSALACQUA, *La bilateralità come percorso orientato alla partecipazione e alla concertazione*, doc. provvisorio, Firenze 7 giugno 2006, 11.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. CGIL, *Per un orientamento della Cgil sul ruolo delle proprie strutture nel mercato del lavoro*, Roma, 2005.

⁽⁵⁵⁾ Si è peraltro evidenziata l'inopportunità di combinare la funzione di diretta gestione del collocamento con quella di certificazione dei contratti di lavoro, anch'essa attribuita dal legislatore agli enti bilaterali, privilegiando un modello che vede il sistema della bilateralità a sostegno del ruolo degli enti pubblici in funzione di garanzia e di migliore distribuzione delle occasioni di lavoro; in tal senso F. TORELLI, *La promozione degli enti bilaterali sul mercato del lavoro: una iniziativa dal successo assicurato?*, in *LD*, 2003, specie 256 ss.

⁽⁵⁶⁾ In tal senso M. NAPOLI, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, cit., 319.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 10-11.

mentale ⁽⁵⁸⁾, oggetto di approfondite analisi da parte della dottrina ⁽⁵⁹⁾, forse ben più di quanto l'applicazione pratica dell'istituto mostri finora di meritare.

La certificazione, come noto, assolve principalmente a due distinte funzioni: quella di esatta *qualificazione dei contratti di lavoro* ⁽⁶⁰⁾ e quella di *consulenza e assistenza alle parti* in relazione alla stipulazione del contratto ed alle modifiche successive.

La prima funzione, che diversamente dall'impostazione originaria ⁽⁶¹⁾ risulta preminente, ha l'obiettivo esplicito di ridurre in via generale ⁽⁶²⁾ il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, mirando a prevenire il sorgere stesso delle controversie che possono derivare dall'incerta natura del contratto che si va a realizzare ⁽⁶³⁾.

Si tratta di una procedura volontaria, posta in essere su richiesta scritta comune delle parti, davanti a commissioni di certificazione istituite, tra l'altro, presso gli Enti bilaterali (oltre che le Direzioni provinciali del lavoro e le Province; le Università, pubbliche e private, registrate in un apposito albo presso il Ministero del lavoro, nonché, in base alle integrazioni da ultimo intervenute, i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro ed, in determinate ipotesi, la Direzione generale – tutela delle condizioni del lavoro – del Ministero del lavoro, cfr. articoli 75-80 del decreto n. 276) ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁵⁸⁾ Ai sensi dell'art. 86, comma 12, d.lgs. n. 276/2003 le disposizioni contenute, tra l'altro, nel titolo VIII avrebbero dovuto essere oggetto di verifica con le organizzazioni sindacali entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore (termine oramai scaduto), per valutarne l'ulteriore vigenza.

⁽⁵⁹⁾ Tra i tanti cfr. in particolare: E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2002, 527 ss.; L. NOGLER, *Sub Titolo VIII – Procedure di certificazione*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 869 ss.; M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, in *LD*, 2003, 101 ss.; V. SPEZIALE, *Sub Titolo VIII – Procedure di 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.; A. TURSI, *La certificazione*, in M. MAGNANI, P. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, 595 ss.; per i risvolti operativi cfr. in particolare E. MASSI, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2004, n. 34, inserto.

⁽⁶⁰⁾ E non dei "rapporti di lavoro" come invece espresso nella legge delega; il che sta a significare che la certificazione in funzione qualificatoria riguarda solo l'atto costitutivo del rapporto di lavoro.

⁽⁶¹⁾ La certificazione è prospettata per la prima volta nel progetto di Statuto dei lavori, elaborato in sede ministeriale nei primi mesi del 1998, a cura di M. Biagi, su indicazione dell'allora Ministro del lavoro T. Treu (per il testo cfr. T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 317; e già *q. Rivista*, 1999, 275 ss.) nell'ambito di una più ampia operazione di politica legislativa volta ad una rimodulazione ed articolazione delle tutele.

⁽⁶²⁾ Cfr. art. 75, d.lgs. n. 276/2003, come sostituito dall'art. 18, comma 1, d.lgs. n. 251/2004.

⁽⁶³⁾ Ulteriore finalità, secondo i promotori, dovrebbe essere quella di "consentire di intercettare ampie fasce di lavoro irregolare o sommerso che verrebbero canalizzate verso schemi contrattuali "personalizzati", cfr. *Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della riforma Biagi*, conseguendone in tal modo un incremento delle entrate fiscali e contributive, cfr. E. GHERA, *op. cit.*, 535.

⁽⁶⁴⁾ Con dm 14 giugno 2004 si è istituito l'albo delle commissioni di certificazione universitaria e si sono definite le modalità di iscrizione da parte degli atenei pubblici e privati; cfr. anche lettera circolare del Ministero del lavoro 17 febbraio 2005. Con dm 21 luglio 2004 si è regolamentato l'insediamento delle commissioni di certificazione presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province; in riferimento alle commissioni di certificazione presso le Dpl, vedi anche la circ. Min. lav. 15 dicembre 2004, che rende inoltre note le modalità di stipula dell'istanza di certificazione, del provvedimento di certificazione, del provvedimento di rigetto dell'istanza e le linee guida alla certificazione, ovvero gli elementi utili alla certificazione di alcune tipologie contrattuali.

La funzione di consulenza e assistenza *effettiva* alle parti contrattuali, mediante anche tutte le informazioni utili per una scelta consapevole, a nostro avviso da rafforzare, è attribuita alle sedi di certificazione “sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro” (articolo 81). Tale attività può dunque essere svolta tanto in fase iniziale, in sede di costituzione del rapporto di lavoro, che in un momento successivo e può riguardare qualsiasi aspetto (la qualifica giuridica, il contenuto del programma negoziale, la disponibilità o meno dei diritti) ⁽⁶⁵⁾.

Gli Enti bilaterali sono altresì competenti a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 c.c. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse (articolo 82).

Riserve sono state espresse dalla dottrina sull'istituto della certificazione, che hanno talora finito per coinvolgere il ruolo riservato dalla legge agli Enti bilaterali, in particolare circa l'attribuzione a soggetti privati, ma la critica potrebbe estendersi anche alle Università ed alle Fondazioni universitarie, di funzioni sostanzialmente giurisdizionali ⁽⁶⁶⁾;

Tra le questioni che rimangono aperte:

- come assicurare il carattere volontario della procedura, per far sì che il consenso del lavoratore sia realmente frutto di una sua libera decisione e non invece condizionato dalla necessità di ottenere una possibilità di impiego;

- la scelta tra modello *concorrenziale* e, come pare più opportuno, *modello cooperativo* di certificazione, puntando ad un raccordo tra tutti i soggetti abilitati (strutture pubbliche – Dpl/Province –, coinvolgimento delle parti sociali – Enti bilaterali – e supporto tecnico, in termini di studi e di elaborazione di indici e criteri di qualificazione, delle Università).

Sembra del resto opportuno un miglior raccordo tra le funzioni attribuite agli Enti bilaterali in materia di rinunzie e transazioni e le tradizionali sedi di conciliazione *ex* articolo 2113, ultimo comma, c.c.

Alquanto trascurato dalla dottrina, ma di rilievo in prospettiva, è il ruolo che può essere giocato dalla bilateralità per contrastare il lavoro nero ed irregolare, aspetto che si lega strettamente a quello di una maggior sicurezza del lavoro.

In riferimento al settore dell'edilizia il decreto legislativo n. 276/2003, riprendendo un'indicazione già contenuta nella disciplina contrattuale di settore ⁽⁶⁷⁾, con l'aggiunta di due lettere all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo n. 494/1996, così come modificato dal decreto legislativo n. 528/1999, si stabilisce infatti l'obbligo per il committente o il responsabile dei lavori, di chiedere alle imprese esecutrici un certificato di regolarità contributiva, che può essere rila-

⁽⁶⁵⁾ Cfr. in particolare V. SPEZIALE, *op. cit.*, 226 ss.; L. NOGLER, *op. cit.*, 908 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. L. MARIUCCI, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, in *LD*, 2003, 166.

⁽⁶⁷⁾ Frutto di un'esperienza specifica, sviluppatasi nella seconda metà degli anni Novanta, in particolare nell'Italia centrale colpita dal terremoto del settembre 1997; cfr. sul punto M. PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, in *AA.VV.*, *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 932 ss.

sciato, oltre che dall'Inps e dall'Inail, anche dalle Casse edili ⁽⁶⁸⁾. Il certificato, unitamente ad altra documentazione ed al nominativo dell'impresa esecutrice dei lavori, dovrà poi essere trasmesso all'amministrazione concedente prima dell'inizio dei lavori oggetto del permesso di costruire o della denuncia di inizio attività (articolo 86, comma 10).

La portata innovativa della previsione, volta a coniugare la tutela del lavoro con il rispetto delle regole di mercato, mirando a limitare il fenomeno della concorrenza sleale, è quella di estendersi agli appalti privati (per le opere pubbliche cfr. l'articolo 2, della l. n. 266/2002).

L'importanza della regolarità contributiva, quale indice della idoneità delle imprese per un'esecuzione dei lavori in sicurezza, emerge dalla modifica dell'articolo 86, comma 10, lettera *b)-ter*, contenuta nel decreto correttivo n. 251/2004, secondo la quale "in assenza della certificazione della regolarità contributiva, anche in caso di variazione dell'impresa esecutrice dei lavori, è sospesa l'efficacia del titolo abilitativo" (articolo 20, comma 2) che rende concretamente possibile l'esecuzione dell'opera o del servizio.

Da più parti si è auspicata un'estensione del Durc per finalità inizialmente non previste nonché a settori diversi dall'edilizia.

Tale indirizzo è stato affermato, tra l'altro, dal comma 553, dell'articolo 1, della legge n. 266/2005 (Finanziaria 2006), di modifica di quanto già contenuto nell'articolo 10, comma 7, decreto legge n. 203/2005, convertito in legge n. 248/2005, che ha previsto l'obbligo di richiesta del Durc per tutte le imprese, indipendentemente dal settore di appartenenza, che vogliano accedere a benefici e sovvenzioni comunitari per la realizzazione di investimenti. Ulteriore sviluppo si è avuto con l'emendamento al decreto legge n. 223/2006 (cosiddetto "decreto Bersani"), convertito in legge n. 248/2006, contenente misure per il contrasto del lavoro nero e per la promozione della sicurezza nei luoghi di lavoro (cfr. in particolare articolo 36-*bis*, comma 8) ⁽⁶⁹⁾.

È avvertita peraltro l'esigenza di più chiare indicazioni circa l'operatività del Durc, con particolare riguardo: alla sua applicazione anche ai lavoratori autonomi ed alle imprese senza dipendenti ⁽⁷⁰⁾, al periodo di validità del documento ⁽⁷¹⁾, alle Casse edili abilitate al suo rilascio. Su quest'ultimo aspetto, di particolare rilievo, è da ritenere che siano abilitate le Casse costituite secondo le disposizioni

⁽⁶⁸⁾ Cfr. al riguardo il protocollo d'intesa sottoscritto il 15 aprile 2004 tra le associazioni di categoria delle parti sociali e gli enti previdenziali per il rilascio del Documento Unico di Regolarità Contributiva (Durc), in *Ambiente&Sicurezza*, 2004, n. 9, 53 ss., con commento di D. ROMEO. Con le circ. Inps 26 luglio 2005, n. 92, ed Inail 25 luglio 2005, n. 38, dal testo unificato approvato dal Ministero del lavoro, si è data attuazione a tale convenzione; per i tratti essenziali della disciplina cfr. P. PENNESI, D. PAPA, *Documento unico di regolarità contributiva: le regole per il rilascio*, in *DPL*, 2005, 1793 ss.

⁽⁶⁹⁾ Secondo cui "le agevolazioni di cui all'art. 29 del d.l. n. 244/1995, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 341/1995, trovano applicazione esclusivamente nei confronti dei datori di lavoro del settore edile in possesso dei requisiti per il rilascio della certificazione di regolarità contributiva da parte delle Casse edili [...]".

⁽⁷⁰⁾ Cfr. nel senso dell'esclusione circ. Inps n. 9/2006.

⁽⁷¹⁾ L'art. 39-*septies*, della l. n. 51/2006 (conversione in legge del c.d. "decreto milleproroghe") ha portato a tre mesi la validità del documento unico di regolarità contributiva (Durc) nel caso di affidamento di lavoro in appalto.

contenute nei contratti collettivi stipulati da “organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative” – cfr. articolo 2, comma 1, lettera *m*) –, in raccordo alla lettera *h*), decreto legislativo n. 276/2003), di cui si attesta l’applicazione da parte dell’impresa. Ne consegue che pseudo-Casse che non abbiano tali requisiti di rappresentatività non possono essere abilitate al rilascio del Durc⁽⁷²⁾.

Rimane infine la prospettiva, nell’ambito di un nuovo quadro legislativo, della gestione, attraverso la bilateralità, delle prestazioni di *welfare* e di supporto al reddito, vero anello mancante della riforma del mercato del lavoro.

Si è visto come gli esempi di virtuosa integrazione tra risorse pubbliche e privato/sociali non manchino nell’attuale assetto normativo (cfr. la citata disciplina dei contratti di solidarietà nel settore artigiano, di cui alla legge n. 236/1993) e come tale indirizzo sia da tempo operante per via contrattuale, in alcuni settori e comparti produttivi (edilizia/artigianato).

A ciò si può aggiungere l’esperienza dei cosiddetti “accordi in deroga”, ai fini dell’intervento della cassa integrazione guadagni⁽⁷³⁾.

Il dibattito ha come principale riferimento la rimodulazione dell’indennità di disoccupazione, secondo schemi utilizzati in alcuni Paesi del Nord Europa (specie Danimarca e Svezia), che vedono un diretto coinvolgimento del sindacato nella gestione delle assicurazioni contro la disoccupazione⁽⁷⁴⁾.

Passando ad alcune brevi note conclusive non pare del tutto condivisibile l’opinione che ritiene la legislazione promozionale del 2003 una specie di “mela avvelenata”, puramente strumentale ad “una sorta di funzionalizzazione” del ruolo del sindacato, che farebbe venir meno il suo essere struttura di rappresentanza di interessi di parte⁽⁷⁵⁾. “È avvertibile qui il vecchio vizio di una tradizione culturale che sospetta dello Stato, come è accaduto per la legislazione di sostegno (sì al garantismo individuale, no alla promozione della tutela collettiva)”⁽⁷⁶⁾. Come più volte affermato in questa sede si tratta invece di un ulteriore ambito dell’azione sindacale, che trova nella disciplina contrattuale, alla quale peraltro il legislatore rinvia, la base per il suo operare.

Certo occorre distinguere tra funzioni (e prestazioni) di matrice mutualistica, in cui gli Enti bilaterali gestiscono esclusivamente risorse proprie delle parti sociali promotrici; funzioni di interesse generale, riconosciute dal legislatore, senza attribuzione di risorse; funzioni in cui il legislatore affida alle forme della bilateralità la gestione di risorse pubbliche. In quest’ultimo caso pare del tutto legittimo

⁽⁷²⁾ Cfr. *infra*.

⁽⁷³⁾ Ai sensi infatti del comma 410, dell’articolo unico della Finanziaria 2006 (l. n. 266/2005) il Ministero del lavoro è abilitato a concedere nel corso del 2006, entro il limite delle risorse stanziato, gli ammortizzatori sociali anche nei confronti di imprese escluse dal regime generale, anche in riferimento a territori o zone circoscritte, purché siano intervenuti accordi sindacali (nonché a prorogare i trattamenti in corso che abbiano comportato una riduzione del 10% del numero dei destinatari dei predetti trattamenti).

⁽⁷⁴⁾ Cfr. CENTRO STUDI CISL, *op. cit.*, 8, anche per riferimenti.

⁽⁷⁵⁾ In tal senso G. MARTINENGO, *Gli enti bilaterali dopo il d.lgs. n. 276/2003*, cit., 247, e già, tra gli altri, L. MARIUCCI, *op. cit.*, 166 ss.

⁽⁷⁶⁾ Così M. NAPOLI, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, cit., 313.

l'esercizio di un potere di controllo da parte del sistema pubblico, secondo parametri e criteri predefiniti.

Le situazioni di coinvolgimento istituzionale e finanziario (diretto o indiretto) del sindacato non rappresentano peraltro una novità (cfr. l'esperienza dei Caf e dei patronati).

Nel quadro normativo sopra delineato ampi sono dunque gli spazi per le forme bilaterali. Rimane tuttavia il limite di quelle funzioni, quali quelle di carattere ispettivo e di qualificazione giuridica, che per loro natura e finalità, non possono che essere esercitate da un soggetto terzo (pubblico). Proprio perché crediamo nella bilateralità siamo infatti convinti che questa debba svilupparsi in un rapporto sinergico con le strutture pubbliche ed in una chiara distinzione di ruoli.

6. Le problematiche emerse in dottrina sulla legislazione italiana concernente gli Enti bilaterali hanno a che fare prioritariamente con il rispetto del principio di libertà sindacale negativa (cioè la libertà da parte del singolo – lavoratore o datore di lavoro – di non aderire ad alcuna organizzazione sindacale ed al conseguente assetto contrattuale, comprensivo degli Enti bilaterali) e dei meccanismi attraverso i quali la disciplina collettiva può legittimamente avere una portata generalizzata (questione della cosiddetta efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi), di cui rispettivamente ai commi 1 e 4 dell'articolo 39 della Costituzione ⁽⁷⁷⁾.

Sul primo aspetto è da richiamare in particolare l'articolo 10 della legge n. 30/2003, modificativo dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 71/1993, che non ha poi trovato ulteriore sviluppo nelle norme di attuazione, in base al quale “per le imprese artigiane, commerciali e del turismo rientranti nella sfera di applicazione degli accordi e contratti collettivi nazionali, regionali e territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, il riconoscimento di benefici normativi e contributivi è subordinato all'integrale rispetto degli accordi e contratti citati, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale”.

La norma, la cui introduzione secondo alcuni si giustificerebbe con il tentativo di garantire da parte del legislatore il sostegno finanziario degli Enti bilaterali ⁽⁷⁸⁾, pur di più ampia formulazione rispetto alla regolamentazione previgente, è stata interpretata dal Ministero del lavoro ⁽⁷⁹⁾ e dall'Inps ⁽⁸⁰⁾, e prima ancora dalla giurisprudenza, a partire dalla nota sentenza della Pretura di Verona del 10 settembre 1997 ⁽⁸¹⁾, in senso restrittivo, sì da escludere che il rispetto delle clausole contrattuali concernenti gli Enti bilaterali, considerate meramente “obbligatorie”, sia condizione necessaria per godere dei benefici normativi e contributivi. Secondo tale orientamento il riconoscimento di benefici è infatti subordinato “alla integrale applicazione della sola parte economica e normativa degli accordi e con-

⁽⁷⁷⁾ Cfr. in particolare L. MARIUCCI, *op. cit.*, 170 ss.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. G. LUDOVICO, *L'estensione indiretta del contratto collettivo per le imprese artigiane, commerciali e del turismo*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 306.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. circ. Min. lav. n. 4/2004.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. circ. Inps n. 74/2005.

⁽⁸¹⁾ In *RIDL*, 1998, II, 468 ss., con nota di A. BELLAVISTA. Cfr. anche Cass. 10 maggio 2001 n. 6530.

tratti collettivi, e non anche della parte obbligatoria di questi ultimi”⁽⁸²⁾, pena il contrasto con il principio costituzionale di libertà sindacale negativa⁽⁸³⁾.

Stupisce che nonostante la rilevanza della questione, a cui si può aggiungere l’indeterminatezza della sfera applicativa della previsione di cui all’articolo 10⁽⁸⁴⁾, scarsi siano stati i contributi della dottrina sul punto.

Riprendendo alcune argomentazioni del dibattito che si è sviluppato in merito alla disciplina previgente è innanzitutto da dubitare che le clausole contrattuali relative agli Enti bilaterali rientrino nella cosiddetta parte obbligatoria e non siano invece riconducibili alla parte normativa (in senso ampio)⁽⁸⁵⁾. La mancata adesione ed in particolare il mancato versamento dei contributi agli Enti bilaterali si traducono infatti in minori prestazioni, e dunque, se non altrimenti garantite, in uno svantaggio economico per il lavoratore (la questione si pone in modo evidente per i versamenti connessi a prestazioni economiche fornite dagli Enti bilaterali, come nel caso del Fondo per il sostegno del reddito o dei trattamenti sanitari integrativi)⁽⁸⁶⁾. A prescindere dalla natura retributiva o previdenziale e assistenziale delle prestazioni erogate dalle forme della bilateralità e dalla esclusione dalla base imponibile dei contributi e delle somme versate a tale titolo, si tratta pur sempre di trattamenti che vengono ad incidere sul contenuto delle situazioni di diritto che regolano il rapporto di lavoro (rientrando dunque nella parte normativa in senso ampio). Le prestazioni in esame, seppur condizionate al verificarsi di determinate situazioni pregiudizievoli (ad esempio crisi aziendali, malattia, ecc.), non diventano per ciò stesso “eventuali”, nel senso di facoltative⁽⁸⁷⁾. Eventuale è il fatto che le origina ma non il diritto a ricevere il trattamento conseguente.

Pare peraltro utile un intervento chiarificatore, come avvenuto per il settore dell’edilizia, rispetto al quale si è precisato, escludendo sgravi e fiscalizzazioni per i lavoratori non denunciati alle Casse edili, che “gli accantonamenti e le contribuzioni alle casse edili si considerano parte della retribuzione” (articolo 29, comma 3, decreto legge n. 244/1995, convertito in legge n. 341/1995).

⁽⁸²⁾ Per “parte economica” è da intendere quella concernente il trattamento retributivo dei lavoratori; la “parte normativa”, in senso ampio (comprensiva della parte economica e della parte normativa in senso stretto – orario, ferie, malattia) è quella invece diretta a prestabilire i contenuti dei contratti individuali di lavoro. La “parte obbligatoria”, come detto, include invece quelle clausole destinate a regolare esclusivamente i rapporti tra le parti contraenti; cfr. per tutti G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001, 143.

⁽⁸³⁾ Cfr. circ. Min. lav. n. 4/2004.

⁽⁸⁴⁾ In particolare riguardo all’eccessiva genericità del riferimento ai “benefici normativi e contributivi”. Sul punto si rinvia in particolare a G. LUDOVICO, *op. cit.*, 311 ss.

⁽⁸⁵⁾ In tal senso in particolare A. BELLAVISTA, *Benefici contributivi ed enti bilaterali artigiani*, nota a Pret. Verona 10 settembre 1997, in *RIDL*, 1998, II, 476. *Contra*, tra gli altri, F. STOLFA, *Imprese artigiane: le condizioni per ottenere i benefici*, in *DPL*, 1994, 1584 ss.; ID., *Enti bilaterali artigiani e benefici contributivi*, in *DPL*, 1997, 3037 ss.

⁽⁸⁶⁾ Per una disamina dei vari profili giuridici cfr., di recente, G. SPOLVERATO, *Enti bilaterali e Casse di assistenza integrativa*, in *DPL*, 2006, n. 10, inserto, a cui si rinvia anche per richiami di dottrina. Cfr. anche G. ZILIO GRANDI, *op. cit.*, spec. 194 ss.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. in tal senso in particolare M. MISCIONE, *Le prestazioni degli enti bilaterali quale onere per sgravi e fiscalizzazioni*, in *DPL*, 1997, 3347.

Altro snodo decisivo è quello di configurare il rispetto dei contratti collettivi, al fine di ottenere sgravi e benefici, alla stregua di un *onere* e non di un *obbligo* per il datore di lavoro. Questi infatti resta comunque libero di scegliere la soluzione più conveniente.

In tal senso è l'orientamento della Corte Costituzionale (sentenza n. 270/1987)⁽⁸⁸⁾, che ha avuto modo di respingere le diverse censure di illegittimità sollevate sul punto, ritenendo che l'applicazione del contratto collettivo sia da imputare ad una libera scelta del datore di lavoro interessato al godimento dei benefici, per cui non si potrebbe dedurre né una violazione del diritto costituzionale di libertà di associazione né una illegittima estensione *erga omnes* del contratto collettivo. Secondo autorevole dottrina si tratterebbe in tal caso per il datore di lavoro dell'attuazione di un "dovere-libero"⁽⁸⁹⁾. Secondo alcuni l'ampio sviluppo della normativa di sostegno alle imprese farebbe tuttavia ravvisare nelle agevolazioni fiscali e contributive strumenti indispensabili per la permanenza sul mercato, dovendo dunque ritenersi superata, da un punto di vista fattuale, la teoria dell'onere⁽⁹⁰⁾.

Altra questione di rilievo è quella della selezione degli Enti bilaterali legittimati allo svolgimento delle funzioni previste dal legislatore e, di conseguenza, della rappresentatività delle associazioni sindacali promotrici.

Si è infatti assistito, in taluni settori, ad esempio nel commercio, alla costituzione di Enti bilaterali di livello locale da parte di associazioni datoriali non firmatarie del Ccnl (cosiddetti Enti bilaterali "atipici"). Ferma restando la libertà per qualsiasi soggetto collettivo di promuovere organismi bilaterali, la legge n. 30/2003, e le relative norme di attuazione, riconosce dette attribuzioni solo a quegli organismi costituiti ad iniziativa di una o più associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori "comparativamente più rappresentative" (articolo 2, comma 1, lettera h), decreto legislativo n. 276/2003)⁽⁹¹⁾, espressione già utilizzata dal legislatore a partire dalla metà degli anni Novanta⁽⁹²⁾, anche se riferita alle associazioni e non ai contratti collettivi⁽⁹³⁾.

Pur se nel decreto n. 276 non si specifica il livello rispetto al quale accertare la maggiore rappresentatività comparata, dovendo per questo risalire alle previsioni relative alle singole funzioni, una lettura delle stesse alla luce della legge delega⁽⁹⁴⁾, nonché il terreno elettivo di intervento degli Enti bilaterali, fa ritenere che

⁽⁸⁸⁾ In *FI*, 1988, I, c. 1064.

⁽⁸⁹⁾ Così P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1994, 273.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. C.A. NICOLINI, *La fiscalizzazione e gli sgravi contributivi*, in *QDLRI*, 1992, n. 11, 223.

⁽⁹¹⁾ In tal senso Ministero del lavoro, risposta a quesito 29 luglio 2005, prot. n. 15/0015614, in *GLav*, 2005, n. 36, 16, con nota di M. PARISI.

⁽⁹²⁾ Per una ricostruzione delle diverse posizioni della dottrina circa la continuità o meno di tale espressione con la precedente formulazione di "sindacato maggiormente rappresentativo", cfr. in particolare P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro I. L'ordinamento italiano*, Laterza, Bari, 2004, 179 ss.

⁽⁹³⁾ Cfr. M. NAPOLI, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, cit., 315.

⁽⁹⁴⁾ Per l'intermediazione di lavoro cfr. art. 1, comma 2, lett. l), l. n. 30/2003, e art. 6, comma 3, d.lgs. n. 276/2003; per i contratti a contenuto formativo art. 2, comma 1, lett. b), h), i), l. n. 30/2003, e art. 48-50,

tale ambito debba essere individuato principalmente a livello nazionale o territoriale.

Peraltro se, come nel caso del Durc, le Casse edili sono tenute ad accertare, anche ai fini assicurativi e contributivi, l'applicazione da parte dell'impresa dei contratti collettivi, non vi potrà che essere un necessario collegamento tra disciplina contrattuale applicata e sistema della bilateralità (la questione è particolarmente delicata perché dal rilascio o meno del Durc dipenderà concretamente la possibilità di operare per l'impresa. D'altro lato, come emerge chiaramente dal dettato normativo – cfr. articolo 86, comma 10, lettera *b*)-*bis*, decreto legislativo n. 276/2003 – la certificazione di regolarità contributiva può essere ottenuta anche ricorrendo direttamente a Inps ed Inail, non configurando dunque il richiamo alle Casse edili violazione del principio di libertà di associazione negativa). Si vuol dunque sottolineare la necessità di “un'integrazione funzionale” degli Enti bilaterali nel sistema contrattuale, al fine di evitare un possibile scarto tra momento negoziale e momento gestionale⁽⁹⁵⁾. Se d'altro lato il legislatore per quanto concerne il sistema della bilateralità rinvia a quanto prefigurato dalla contrattazione collettiva, solo i soggetti firmatari dei contratti collettivi applicati nell'impresa o nella realtà territoriale considerata sono legittimati a costituire Enti bilaterali con attribuzione delle funzioni di cui al decreto legislativo n. 276/2003.

Infine secondo una parte della dottrina, peraltro ben caratterizzata per non ispirarsi a mere logiche di mercato⁽⁹⁶⁾, la legislazione italiana sugli Enti bilaterali (in particolare è da ritenere quella in materia di promozione delle occasioni di lavoro) sarebbe in contrasto con i principi del diritto comunitario di libertà di concorrenza. L'argomento a ben vedere può essere rovesciato; occorre infatti domandarsi se sia coerente con i principi del diritto comunitario una legislazione che escludesse gli Enti bilaterali, una volta sancita la fine del monopolio pubblico del collocamento, dalla possibilità di svolgere attività di mediazione tra domanda ed offerta di lavoro alla pari degli altri soggetti privati, qualora siano rispettati predeterminati requisiti e condizioni.

7. Un'altra serie di questioni riguarda le condizioni di efficacia dell'azione degli Enti bilaterali.

Si pone in primo luogo il problema del necessario consenso di tutte le parti interessate. Si è detto come in base al disposto normativo, Enti bilaterali possano essere costituiti anche su iniziativa “di una o più [...]” associazioni datoriali e sindacali, purché comparativamente più rappresentative (articolo 2, comma 1, lettera *h*), decreto legislativo n. 276/2003). Gli Enti bilaterali possono dunque essere introdotti anche sulla base di accordi separati. Si è osservato al riguardo che “nessuna parte sociale, a partire dalle imprese, ha interesse ad attivare e finanziare Enti bilaterali, con i compiti sopra descritti, senza avere una adeguata ga-

d.lgs. n. 276/2003; per la certificazione dei contratti di lavoro art. 5, comma 1, lett. *b*) e *g*), e art. 76, comma 1, lett. *a*), e art. 82, d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. in particolare L. BELLARDI, *Contrattazione territoriale ed enti bilaterali: alcune osservazioni*, in *LI*, 1997, 1; G. ZILIO GRANDI, *op. cit.*, 192 ss.

⁽⁹⁶⁾ In tal senso L. MARIUCCI, *op. cit.*, 172.

ranza della loro efficacia, ed anzi correndo il rischio di alimentare nuovi conflitti”⁽⁹⁷⁾. In effetti per l’operatività del sistema bilaterale assai più pericolosi e paralizzanti degli interessi di parte possono risultare le divisioni ed i conflitti esistenti all’interno di ciascun schieramento⁽⁹⁸⁾. In taluni casi, quali ad esempio lo svolgimento dell’attività di intermediazione, si potrà peraltro procedere in via unilaterale (articolo 6, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003).

Altro profilo problematico è il rapporto tra *verticalità* della contrattazione collettiva ed *orizzontalità* delle prestazioni erogabili a livello territoriale⁽⁹⁹⁾.

Se tratto caratterizzante l’intervento degli Enti bilaterali è la dimensione locale pare d’altro lato opportuno ricondurre le singole iniziative in un quadro di riferimento condiviso, stabilito per via contrattuale. Ciò al fine di assicurare un minimo di omogeneità delle prestazioni ritenute fondamentali, lasciando alla contrattazione decentrata, e di conseguenza alla bilateralità, le diversificazioni necessarie a specifici bisogni. In questo sono coinvolte sia le categorie che le confederazioni sindacali. Vi sono infatti funzioni più proprie dell’intervento delle prime (formazione, prestazioni integrative e di sostegno del reddito, salute e sicurezza), altre invece delle seconde (intermediazione, certificazione dei contratti di lavoro).

La disciplina contrattuale dovrà in ogni caso operare una chiara distinzione tra attività di amministrazione e di gestione di risorse, propria degli Enti bilaterali, e funzioni di rappresentanza e di contrattazione, proprie delle parti sindacali, non facendo venir meno il rapporto strumentale e di servizio dell’ente rispetto agli attori negoziali⁽¹⁰⁰⁾, funzioni invece talora sovrapposte nella legislazione (ad esempio in tema di formazione agli Enti bilaterali è attribuita oltre alle “modalità di attuazione” anche la determinazione dei “contenuti” dell’attività formativa, articolo 2, comma 1, lettera *h*) ed *i*), legge n. 30/2003)⁽¹⁰¹⁾.

Da ultimo, ma non per questo meno importante, è il raccordo tra bilateralità e sistema di rappresentanza. Per i rapporti di lavoro *non standard*, difficilmente raggiungibili per il sindacato sui luoghi di lavoro, decisiva è infatti la tutela sul mercato del lavoro, ed il ruolo che può svolgere al riguardo il sistema della bilateralità.

In particolare si è messo in rilievo come per i lavori *non standard*, specie per le nuove collaborazioni a progetto, risulti decisamente carente qualsiasi forma di protezione sociale⁽¹⁰²⁾.

Anche la disciplina contrattuale è debole al riguardo. Gli accordi sindacali inerenti a rapporti di collaborazione coordinata e continuativa ed ora di lavoro a progetto (stante il fugace richiamo alla prevalenza delle clausole individuali e collettive di miglior favore contenuto nell’articolo 61, comma 4, decreto legi-

⁽⁹⁷⁾ In tal senso L. MARIUCCI, *op. cit.*, 169.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. G. MARTINENGO, *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, cit., 179.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. S. BERTOLINO, *Sindacalismo e mutualità: due principi inconciliabili?*, cit., 205.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. L. BELLARDI, *Nuovi lavori e rappresentanza. Limiti e potenzialità di innovazione della realtà sindacale attuale*, cit., 93.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. G. ZILIO GRANDI, *op. cit.*, 193.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. gli autori citati a nota n. 11.

slativo n. 276/2003) si muovono ancora in un ambito sperimentale e vengono a coprire una minoranza piuttosto esigua di tale segmento del mondo del lavoro. Va altresì rilevato come l'esperienza negoziale e l'insediamento sindacale nell'ambito del lavoro coordinato e continuativo costituiscano un dato sostanzialmente inedito rispetto alla tradizione delle relazioni sindacali in Italia, muovendosi in un contesto di particolare difficoltà. "Le modalità con cui si svolgono i rapporti di collaborazione profilano solitamente condizioni generalizzate di instabilità giuridica e di ricatto psicologico nei lavoratori, del tutto sfavorevoli alla scelta individuale di affiliarsi e/o attivarsi sindacalmente. Il *turn over* del personale – e quindi degli iscritti – tende ad inficiare il consolidamento di nuclei stabili di quadri sindacali nei luoghi di lavoro, esponendo oltre tutto il proselitismo degli attivisti restanti ad uno sforzo continuo e molto pesante [...]. Al contempo una quota significativa di questo mondo si rivela – per attitudini professionali e culturali – propensa a soluzioni "individualistiche" nella gestione dei propri affari lavorativi, percependo come autenticamente autonoma la natura del rapporto e della prestazione" ⁽¹⁰³⁾.

Non a caso, a differenza di quanto verificatosi per il lavoro interinale (ora somministrazione di lavoro), intese collettive sono state finora raggiunte principalmente a livello aziendale, e talora territoriale, in mancanza di una cornice di livello nazionale e di settore. Lo sviluppo della tutela contrattuale del lavoro *non standard* richiede peraltro la capacità di rapportare l'iniziativa delle categorie tradizionali con quella delle strutture di rappresentanza specifica al fine di individuare e perseguire comuni percorsi negoziali. In tale ottica un ruolo di rilievo può essere svolto dalla rete territoriale dei servizi di assistenza individuale (previdenziale, fiscale, legale), ivi compresi gli Enti bilaterali. Ciò ha implicazioni anche sul modello di rappresentanza sindacale, optando ad esempio per un sistema articolato su base territoriale (così l'accordo di rinnovo contrattuale per il lavoro interinale, dell'8 luglio 2002).

Si tratta di scelte innovative, volte al superamento di modelli organizzativi e contrattuali consolidati, ma indispensabili ad assicurare un minimo di tutela e di rappresentanza sociale ad un lavoro sempre più frantumato.

Appunti sulla bilateralità – Riassunto. *L'A. muove nella propria analisi delle prospettive attuali del bilateralismo, inteso come insieme di regole di matrice contrattuale da cui traggono origine e sono disciplinate le attività degli enti bilaterali e degli altri soggetti a conduzione congiunta, dalle relative, divergenti, valutazioni formulate sia da parte degli attori sindacali che in sede di ricostruzione dottrinale. Sono quindi passate in rassegna le diverse ipotesi interpretative della bilateralità con particolare riferimento al valore della partecipazione, al rapporto con il modello conflittuale di relazioni industriali, alle opportunità in tema di contrattazione collettiva e sviluppo territoriale. Rilevato quindi che il tema della inderogabilità si pone nel nuovo contesto economico e sociale come nozione da attualizzare, in vista dell'innalzamento del livello complessivo di libertà sostanziale che caratterizza una determinata società, l'A. esamina il possibile contributo del sindacato in questo senso attraverso le forme della bilateralità. L'A. passa quindi a rappresentare le*

⁽¹⁰³⁾ Così S. LEONARDI, *Parasubordinazione e contrattazione collettiva. Una lettura trasversale degli accordi siglati*, Ires-Cgil, 2001, dattiloscritto, 15-16; cfr. anche IRSI-CISL, *Lavoro atipico e contrattazione collettiva*, 2002.

linee essenziali delle esperienze attuali in tema di bilateralità, evidenziando altresì le relative differenziazioni, per metterle poi in rapporto con le attuali prospettive di intervento e riconoscimento aperte dalla riforma del mercato del lavoro nel corso del 2003. A fronte dell'analisi svolta, l'A. individua ed esamina le questioni legate alla bilateralità rimaste aperte dopo tale intervento. Sono in particolare esaminate le questioni di carattere tecnico-giuridico, con particolare riferimento al principio di libertà sindacale negativa e al tema dei meccanismi attraverso cui può essere perseguita legittimamente una portata generale della contrattazione collettiva, e quelle attinenti alla funzionalità degli Enti bilaterali e alle condizioni di efficacia della loro azione.

An overview of bilateral bodies (Article in Italian) – Summary. *The author takes as a starting point for the analysis the prospects for bilateralism, considered in terms of regulations of a contractual nature for bilateral and joint bodies, and then examines the divergent assessment of these bodies by the trade union actors and legal scholars. The paper then provides an overview of the various interpretations of bilateralism, with particular regard to the value of participation, making a comparison with the conflictual model of industrial relations, and the opportunities relating to collective bargaining and territorial development. The author then notes that in the present-day economic and social context the question of the derogability of norms comes to the fore, in connection with the need to increase the level of substantial freedom characterising a given society, and examines the possible contribution of trade unions to bilateralism. The author then provides an outline of the implementation of bilateral bodies, discussing the various forms, and considering them in relation to current prospects for intervention and the provisions of the labour market reform of 2003. In connection with this analysis, the author identifies and examines the issues relating to bilateralism that remain to be dealt with following this reform. In particular, legal and technical aspects are considered, with particular reference to the principle of negative trade union freedom and the extension mechanisms for collective bargaining, the functioning of bilateral bodies and how to make them more effective.*

Gli enti bilaterali: un seme di speranza da salvaguardare

Antonio Vallebona

Sommario: **1.** La rilevanza del conflitto nel diritto del lavoro italiano. – **2.** Tendenze alla attenuazione del conflitto. – **3.** Gli interventi necessari per la certezza. – **4.** L'auspicabile ruolo degli enti bilaterali per la gestione applicativa delle tutele. – **5.** Tre importanti questioni di diritto positivo: a) il sistema di accantonamento presso le casse edili per gratifica natalizia e ferie. – **6.** *Segue:* b) la promozione legale del finanziamento degli enti bilaterali. – **7.** *Segue:* c) il parere di conformità degli enti bilaterali per l'apprendistato professionalizzante.

1. Il diritto del lavoro italiano, quale tipica soluzione riformista della questione sociale, ha trovato, dopo la parentesi corporativa, il proprio fondamento nel conflitto, considerato benefico e insostituibile strumento di realizzazione della eguaglianza sostanziale e della dignità dei lavoratori.

Sia il conflitto collettivo, protetto e promosso intensamente nei confronti dei datori di lavoro per il miglioramento delle condizioni contrattuali, ma ammesso anche nei confronti dei pubblici poteri per condizionare a favore dei lavoratori la legislazione e l'azione di governo.

Sia il conflitto individuale, mediante controversie dirette a rendere effettive le tutele inderogabili del lavoratore, con una vera e propria esplosione del contenzioso giudiziale.

Si è diffusa, così, una sorta di idolatria per un conflitto esasperato e permanente, secondo il modello conflitto collettivo → norma inderogabile → controversia individuale → giudice.

2. Tuttavia, seppur faticosamente, l'ordinamento tende a superare questa impostazione, nella acquisita consapevolezza dei suoi fortissimi costi non solo economici, ma soprattutto in termini di equilibrio individuale e sociale, poiché il conflitto turba la mente e avvelena i rapporti tra le persone.

Il diritto del lavoro inizia, così, a mostrare anche la sua anima partecipativa e solidaristica ⁽¹⁾, come, ad esempio, con la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali o con il responsabile impegno dei sindacati per contenere gli

* Antonio Vallebona è Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

⁽¹⁾ Artt. 2 e 46 Cost.

automatismi retributivi generatori di inflazione e per una flessibilità normata delle tutele al fine di incrementare l'occupazione.

Sembrano, invece, ancora poco efficaci gli interventi per ridurre il contenzioso giurisdizionale, quali l'obbligo del tentativo di conciliazione preventiva, la certificazione dei contratti di lavoro, la diffida accertativa degli ispettori nel lavoro in funzione promozionale della conciliazione stragiudiziale, l'eliminazione della regola legale di impugnabilità del lodo arbitrale irrituale per violazione di disposizioni inderogabili, l'estensione della nomofilachia della Cassazione alle disposizioni dei contratti collettivi nazionali. Anche se tutte queste norme hanno un rilevante significato sistematico, quale riconoscimento dell'interesse generale ad una riduzione delle controversie giurisdizionali.

3. Il vero salto di qualità verso un'auspicabile certezza delle regole di ciascun rapporto di lavoro con benefico effetto di attuazione della giustizia sociale senza l'attuale elefantiaco contenzioso può venire soltanto da una evoluzione normativa che preveda:

- a) l'autorizzazione preventiva ed inoppugnabile da parte di un soggetto imparziale dei contratti di lavoro c.d. atipici;
- b) l'autorizzazione inoppugnabile da parte di un soggetto imparziale di accordi individuali di deroga, entro limiti prefissati e con eventuali compensazioni, di alcune regole di fonte legale e collettiva, al fine di individuare il complessivo trattamento economico e normativo più adatto allo specifico rapporto in superamento della attuale oppressiva uniformità;
- c) l'autorizzazione inoppugnabile da parte di un soggetto imparziale di modificazioni consensuali del rapporto di lavoro;
- d) la verifica preventiva e incontestabile da parte di un competente soggetto imparziale del rispetto dell'obbligo di sicurezza;
- e) la gestione da parte di un soggetto imparziale di un arbitrato irrituale scelto consensualmente di volta in volta dalle parti con lodo inoppugnabile per violazione di norme inderogabili legali e collettive.

4. Gli enti bilaterali sono sicuramente i soggetti più adatti allo svolgimento di questa fondamentale attività di gestione applicativa della disciplina di tutela dei lavoratori.

Ciò sia per la loro genesi di fonte collettiva, sia per la loro natura associativa, sia per la loro organizzazione paritetica, sia per la loro consolidata esperienza di mediazione collaborativa tra i diversi interessi.

Una prima valorizzazione, sotto svariati profili (intermediazione, formazione, certificazione, autorizzazioni), del ruolo degli enti bilaterali istituiti da sindacati comparativamente più rappresentativi costituisce un sicuro merito della legge n. 30 del 2003 e del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Ora occorre insistere per l'evoluzione normativa sopra indicata, anche se sono molti e agguerriti gli idolatri della norma inderogabile generale con il conseguente esasperato conflitto applicativo erroneamente considerato come insostituibile strumento di giustizia sociale.

In questo contesto gli enti bilaterali, voluti dagli stessi sindacati, ben possono essere definiti come un vero seme di speranza.

5. Già ora questo seme può essere aiutato, privilegiando, ove possibile, interpretazioni favorevoli a tali enti.

Qui di seguito si espongono tre casi di notevole rilevanza.

Il primo riguarda le casse edili, che, come è noto, tra le altre loro funzioni, hanno anche quella di ricevere dalle imprese gli accantonamenti per gratifica natalizia e ferie per poi erogare ai lavoratori i corrispondenti importi.

Una sentenza della Cassazione ⁽²⁾ ha statuito che la cassa edile sarebbe obbligata a versare ai lavoratori anche le somme che l'impresa obbligata non abbia provveduto ad accantonare presso la cassa.

Questo principio, pericolosissimo per l'equilibrio finanziario e la sopravvivenza delle casse edili, è stato affermato dalla Cassazione in conseguenza di un tipico errore di metodo, per cui invece di ricercare l'effettiva volontà delle parti per poi inquadrarla nel corrispondente istituto codicistico, vengono applicate direttamente le regole di questo senza considerare il concreto voluto.

E così la sentenza, dopo avere ricondotto i rapporti tra imprese, cassa e lavoratori ad una delegazione di pagamento, ha applicato la disposizione dell'articolo 1271, comma 2, c.c., secondo cui il delegato (cassa) non può opporre al delegatario (lavoratore) le eccezioni che avrebbe potuto opporre al delegante (impresa).

L'errore, ancora più grave se si considera che la stessa disposizione codicistica fa espressamente salva un'eventuale diversa pattuizione, consiste nell'aver completamente trascurato la disciplina dell'articolo 18 Ccnl imprese edili, secondo cui l'impresa è obbligata ad effettuare gli accantonamenti per gratifica natalizia e ferie presso la cassa ("gli importi [...] vanno accantonati da parte delle imprese presso la Cassa"), il cui obbligo di versamento al lavoratore sorge solo a seguito dell'effettivo accantonamento ("gli importi come sopra accantonati saranno corrisposti dalla Cassa edile agli aventi diritto"), accantonamento che contemporaneamente libera l'impresa nei confronti del lavoratore ("con la disciplina contenuta nel presente articolo, considerato nella sua inscindibilità, si intendono integralmente assolti gli obblighi a carico dei datori di lavoro per la corresponsione dei trattamenti economici" suddetti).

Si tratta di una disciplina convenzionale speciale non facilmente riconducibile in uno schema tipico e che, comunque, deve essere integralmente rispettata qualunque sia lo schema di riferimento prescelto.

Pertanto la correttamente riconosciuta legittimazione della cassa ad agire nei confronti dell'impresa per il recupero degli accantonamenti non effettuati in violazione della ricordata disciplina convenzionale non implica, come ritenuto dalla Cassazione, l'obbligo della cassa di corrispondere al lavoratore quanto non accantonato e non ancora recuperato. Le parti, infatti, hanno pattuito esattamente l'opposto, così escludendo qualsiasi principio di automaticità.

6. Il secondo caso riguarda la riferibilità anche all'obbligo di finanziamento degli enti bilaterali della condizione dell'"integrale rispetto" dei contratti collettivi

⁽²⁾ Cass. 21 giugno 2005 n. 13300.

posta per il riconoscimento di benefici normativi e contributivi a favore delle imprese artigiane, commerciali o del turismo ⁽³⁾.

La risposta negativa della circolare del Ministero del lavoro n. 4 del 2004 ⁽⁴⁾ non convince.

Infatti la formula “integrale rispetto” è volutamente diversa da altre riferite espressamente ai soli minimi di trattamento dei lavoratori ⁽⁵⁾.

Né sembra leso il principio di libertà sindacale negativa, poiché l'imprenditore, se non vuole finanziare l'ente bilaterale, è libero di non applicare il contratto collettivo rinunciando a godere del beneficio a tanto condizionato.

Del resto la Corte costituzionale e la Corte di cassazione hanno già escluso qualsiasi dubbio di legittimità costituzionale per le norme che condizionano un beneficio al rispetto di un contratto collettivo, rilevando che non si tratta di una coercizione, proprio perché è rimessa all'imprenditore la scelta di ottenere il vantaggio accettando di applicare il contratto collettivo oppure di rinunciare al vantaggio medesimo restando libero da vincoli ⁽⁶⁾.

In ogni caso la contribuzione per il finanziamento degli enti bilaterali non è una quota associativa, bensì una quota contrattuale di servizio compensativa delle attività degli enti bilaterali.

Sicché non si può confondere la contribuzione in esame con una coercizione della libertà sindacale del datore di lavoro o del lavoratore, che restano entrambi liberi di aderire a qualsiasi sindacato o di non associarsi sindacalmente.

La stessa Corte costituzionale ⁽⁷⁾, seguita anche dalla Cassazione ⁽⁸⁾, ha chiarito che la libertà sindacale si gioca sul piano dei rapporti di forza, sicché è sempre salva quando, come nel nostro caso, datori di lavoro e lavoratori restano liberi di associarsi sindacalmente e di confliggere per la stipulazione di un contratto collettivo effettivamente applicato in azienda.

Il condizionamento legale di determinati benefici alla applicazione dei contratti collettivi stipulati da organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale non altera la dialettica sindacale, sia perché, come si è detto, si tratta di una libera scelta, sia perché non v'è alcuna cristallizzazione legale delle organizzazioni comparativamente più rappresentative, essendo questa qualità attingibile di fatto in qualsiasi momento da qualsiasi organizzazione proprio in base al libero dispiegarsi del fenomeno sindacale.

Infine la contribuzione per il funzionamento degli enti bilaterali costituisce, per indicazione espressa dei contratti collettivi, un elemento del costo per il rinnovo contrattuale, in considerazione appunto della obbligatorietà di tale contribuzione.

⁽³⁾ Art. 10, l. n. 30/2003.

⁽⁴⁾ In senso conforme cfr. M. TIRABOSCHI, *Incentivi economici e contratti collettivi: note sull'articolo 10, legge 30/2003*, in *GLav*, 2003, n. 44, 34.

⁽⁵⁾ Ad es. art. 36 Stat. lav., ma soprattutto il previgente testo dell'art. 3, d.lgs. n. 71/1993, ora sostituito proprio dalla norma in esame.

⁽⁶⁾ C. Cost. 16 luglio 1987 n. 270; Cass. 20 dicembre 1983 n. 7508; Cass. 19 agosto 1986 n. 5096; Cass. 4 novembre 1986 n. 6453; Cass. 1° agosto 1990 n. 7694; Cass. 11 gennaio 1997 n. 195; Cass. 11 gennaio 2000 n. 227.

⁽⁷⁾ C. Cost. n. 244/1996.

⁽⁸⁾ Cass. n. 12584/2002.

Pertanto l'applicazione "integrale" del contratto collettivo non può essere concepita senza tale contribuzione, la cui omissione altererebbe l'equilibrio contrattuale.

Ed è assai significativo che dopo l'approvazione dell'articolo 10 della legge n. 30 del 2003 in esame, nel rinnovo del Ccnl del Turismo 19 luglio 2003 è stata soppressa la vecchia previsione, secondo cui, in caso di mancato versamento delle quote agli enti bilaterali, spettava al lavoratore un elemento distinto della retribuzione di importo corrispondente a detta quota.

Pertanto per il necessario rispetto dell'equilibrio contrattuale non sussiste più alcuna alternativa al versamento della contribuzione agli enti bilaterali.

Versamento che, si ripete, è liberamente accettato sia dal datore di lavoro che sceglie, per proprie ragioni di convenienza, di applicare quel contratto collettivo, sia del lavoratore che beneficia di tale applicazione, accettandola anche di fatto secondo la nota elaborazione giurisprudenziale.

In conclusione la disposizione dell'articolo 10 della legge n. 30 del 2003 non è suscettibile di interpretazioni dirette ad escludere dalla applicazione "integrale" dei contratti collettivi clausole fondamentali degli stessi, come quelle relative alla contribuzione per il finanziamento degli enti bilaterali.

7. Il terzo caso riguarda il parere di conformità degli enti bilaterali per il contratto di apprendistato professionalizzante.

Il contratto di apprendistato, quale contratto di lavoro a finalità formativa, appartiene all'"ordinamento civile" e, quindi, la relativa disciplina è di competenza della legge statale *ex* articolo 117 della Costituzione ⁽⁹⁾. Anche l'obbligo formativo non può essere considerato isolatamente, ma rientra nella causa di scambio corrispettivo propria di tale contratto, con la medesima competenza legislativa ⁽¹⁰⁾.

Lo Stato, peraltro, ha facoltà di delegare alle Regioni la disciplina di una parte della materia, fissandone i principi direttivi. Il contratto di apprendistato professionalizzante è regolato direttamente dalla legge statale vigente ⁽¹¹⁾, con due soli rinvii. Il primo riguarda la durata del contratto, che è rimessa ai contratti collettivi nel rispetto dei limiti minimo (2 anni) e massimo (6 anni) di legge ⁽¹²⁾. Il secondo riguarda i profili formativi, devoluti alla legislazione regionale nel rispetto di alcuni principi direttivi, tra cui il monte ore annuo minimo di 120 ore di formazione formale e l'obbligo di rinvio ai contratti collettivi, anche territoriali e aziendali, per la determinazione, anche all'interno degli enti bilaterali, delle modalità di erogazione e della articolazione della formazione ⁽¹³⁾.

Il ritardo nella emanazione delle leggi regionali sui profili formativi aveva impedito l'utilizzazione dell'istituto, sicché il legislatore statale è dovuto reintervenire, stabilendo che "fino all'approvazione della legge regionale prevista dal com-

⁽⁹⁾ C. Cost. n. 359/2003, n. 2/2004.

⁽¹⁰⁾ C. Cost. n. 50/2005.

⁽¹¹⁾ D.lgs. n. 276/2003: art. 47; art. 49, comma 1, 2 e 4; art. 53.

⁽¹²⁾ Art. 49, comma 3, decreto legislativo cit.

⁽¹³⁾ Art. 49, comma 5, decreto legislativo cit.

ma 5, la disciplina dell'apprendistato professionalizzante è rimessa ai contratti collettivi nazionali [...]”⁽¹⁴⁾. Questa disposizione significa soltanto che i contratti collettivi indicati possono disciplinare i profili formativi di cui al comma 5 in via provvisoriamente sostitutiva della legge regionale, sì da consentire nelle more il funzionamento dell'istituto. Mentre non avrebbe alcun senso riferire la nuova norma anche ad altri aspetti dell'apprendistato professionalizzante, poiché da un lato la contrattazione collettiva è comunque libera, in base al principio dell'articolo 39 della Costituzione, di introdurre regole di maggior favore rispetto alla disciplina legale e dall'altro lato la disposizione in esame non autorizza certo deroghe peggiorative.

In questo quadro si pone il problema della sottoposizione del contratto di apprendistato ad una previa autorizzazione o verifica di conformità.

In proposito occorre, innanzitutto, ricordare da un lato l'espressa abrogazione⁽¹⁵⁾ della necessità di autorizzazione del contratto di apprendistato da parte della Direzione provinciale del lavoro già prevista dall'articolo 2, comma 2, legge n. 25/1955. E dall'altro lato l'inattuazione da parte del Governo della delega a riconoscere “agli enti bilaterali e alle strutture pubbliche designate competenze autorizzatorie” in materia di apprendistato⁽¹⁶⁾.

Pertanto, allo stato, la legge non impone per la legittima stipulazione del contratto di apprendistato alcuna autorizzazione o attestato di conformità da parte di qualsivoglia soggetto pubblico o privato.

Né si potrebbe confondere la disciplina dei profili formativi, rimessa alle leggi regionali e, in via provvisoriamente sostitutiva di queste, ai contratti collettivi nazionali, con un divieto di stipulare il contratto di apprendistato senza una preventiva verifica della sua conformità ai previsti obblighi formativi. Una cosa, infatti, è la fissazione della disciplina del contratto, altra cosa è il controllo sul rispetto di tale disciplina nei singoli casi concreti, normalmente demandato in via successiva al giudice.

Alle leggi regionali, chiamate solo a definire i profili formativi del contratto di apprendistato professionalizzante, non è consentito, dunque, imporre, in restrizione dell'autonomia privata, una qualsiasi autorizzazione o preventiva verifica di conformità per la stipulazione di tale contratto⁽¹⁷⁾.

Più delicata è la questione relativa alla validità e alla efficacia soggettiva delle clausole dei contratti collettivi che condizionano la stipulazione del contratto di apprendistato al previo parere di conformità dell'ente bilaterale.

⁽¹⁴⁾ Art. 49, comma 5-bis, d.lgs. cit., introdotto dall'art. 13-bis, comma 1, d.l. n. 35/2005 convertito in l. n. 80/2005.

⁽¹⁵⁾ Art. 85, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 276/2003.

⁽¹⁶⁾ Art. 2, comma 1, lett. b), l. n. 30/2003.

⁽¹⁷⁾ *Contra* circ. Min. lav. n. 40/2004 e n. 30/2005 secondo cui la normativa regionale potrebbe introdurre procedure autorizzative in attuazione dell'art. 2, comma 1, lett. b), l. n. 30/2003, con tesi non condivisibile, perché questa parte della delega non è stata attuata dal legislatore nazionale unico destinatario della stessa. Il testo delle circolari richiamate può essere consultato sul sito del Centro Studi Internazionali e Comparati “Marco Biagi”, www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

Qui, infatti, si può escludere, per le stesse ragioni appena esposte a proposito delle leggi regionali, che si tratti di clausole attuative di un inesistente rinvio legale⁽¹⁸⁾.

Rimane, però, a prescindere da qualsiasi rinvio, la libertà delle parti collettive di integrare *in melius* la disciplina di legge.

In proposito l'introduzione di un benessere preventivo necessario, seppur limitativo dell'autonomia delle parti del contratto individuale, può essere considerata come una tutela aggiuntiva per il lavoratore a garanzia dell'interesse formativo, sicché non sembra contestabile la validità di siffatte clausole.

Tuttavia si tratta di clausole ad efficacia soggettiva limitata, come tutte quelle dei contratti collettivi di diritto comune.

L'estraneità del parere preventivo di conformità dell'ente bilaterale all'oggetto del rinvio legale non consente, infatti, di invocare la, comunque opinabile, tesi della efficacia generale delle clausole collettive integrative della fattispecie legale⁽¹⁹⁾.

Pertanto la clausola in esame vincola soltanto i datori di lavoro iscritti alla associazione stipulante il contratto collettivo.

Mentre gli altri datori di lavoro che intendono stipulare un contratto di apprendistato professionalizzante ben possono limitarsi a recepire, come è necessario, le clausole collettive relative alla disciplina dei profili formativi, escludendo di voler recepire anche la clausola che impone il preventivo parere di conformità dell'ente bilaterale⁽²⁰⁾.

Questa, infatti, come si è visto *sub* 5, è una clausola normativa di tutela procedimentale del lavoratore, per definizione priva di efficacia generale, come rilevato dalla Corte costituzionale⁽²¹⁾ proprio a proposito della disciplina collettiva dell'apprendistato.

Non serve, dunque, richiamare il parallelo divieto costituzionale di estensione generale di clausole collettive obbligatorie⁽²²⁾.

In conclusione, allo stato, il parere di conformità degli enti bilaterali opera solo in virtù di clausole collettive nei limiti della loro efficacia soggettiva, benché il Ministero del lavoro, con le due ricordate circolari, consideri valide anche le analoghe disposizioni delle leggi regionali.

Sarebbe, pertanto, opportuno, al fine di escludere ogni dubbio, che la legge statale attuasse la delega di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *b*), legge n. 30 del 2003, attribuendo espressamente tale facoltà alle leggi regionali o ai contratti collettivi.

Gli enti bilaterali: un seme di speranza da salvaguardare – Riassunto. *L'A., constatata la rilevanza del conflitto, individuale e collettivo, quale tipica soluzione accolta dal diritto del lavoro italiano alla questione sociale, rileva una tendenza dell'ordinamento verso il superamento di tale*

⁽¹⁸⁾ In questo senso, invece, circ. Min. lav. n. 30/2005.

⁽¹⁹⁾ Su cui cfr. C. Cost. n. 268/94 e n. 344/1996; Cass. n. 17674/2002.

⁽²⁰⁾ Con una selezione consentita da Cass. n. 10654/1990 e n. 3813/2001.

⁽²¹⁾ C. Cost. n. 10/1957.

⁽²²⁾ Così, invece, circ. Min. lav. n. 40/2004 e n. 30/2005.

impostazione con interventi realizzati tanto sul versante collettivo, in chiave partecipativa e solidaristica quanto sul versante individuale in funzione deflattiva del contenzioso giurisdizionale. A fronte della ritenuta esigenza di promozione della certezza delle regole di ciascun rapporto di lavoro, anche in funzione di attuazione della giustizia sociale, l'A. formula quindi alcune proposte specifiche di soluzione accomunate dalla opportunità di valorizzare il contributo di un soggetto imparziale che, successivamente, l'A. riconosce negli enti bilaterali secondo una linea evolutiva dell'ordinamento accolta dalla l. n. 30/2003 e dal d.lgs. n. 276/2003. Tale prospettiva di valorizzazione degli enti bilaterali viene quindi applicata dall'A. anche alla analisi di alcune specifiche questioni poste dalla disciplina in vigore. Viene così esaminato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia di accantonamenti delle imprese presso le casse edili per gratifica natalizia e ferie che ha riconosciuto un principio di automaticità quanto all'erogazione delle somme dovute al lavoratore anche in assenza del versamento da parte della impresa. Successivamente l'A. affronta il tema della corretta interpretazione della condizione di integrale rispetto dei contratti collettivi imposta come vincolo per le imprese artigiane, commerciali e del turismo rispetto alla possibilità di godere di benefici normativi e contributivi previsti per il settore con riferimento all'onere ivi previsto di finanziamento degli enti bilaterali. Infine viene affrontata dall'A. la questione relativa al parere di conformità degli enti bilaterali in materia di contratto di apprendistato professionalizzante.

Bilateral bodies: a source of optimism to be defended (Article in Italian) – Summary. *The author begins by noting the high level of conflict, both individual and collective, that is typical of the response of Italian labour law to social questions, and notes a tendency within the system aimed at overcoming this approach, with interventions both at a collective level, providing participatory and solidarity measures, and at an individual level, aimed at reducing the number of employment disputes. In connection with the need to provide certainty for the rules governing employment contracts, also for the purposes of social justice, the author puts forward certain proposals promoting the role of an impartial actor, which in the view of the author should be the bilateral bodies pursuant to the provisions of Act no. 30/2003 and Legislative Decree no. 276/2003. The promotion of bilateral bodies is then discussed in connection with the analysis of certain questions regarding the provisions currently in force. The paper then examines case law rulings concerning the allocation of funding to bilateral bodies in the construction industry for Christmas bonuses and holiday pay, upholding the principle that payments to employees are to be made automatically even in the absence of an allocation on the part of the enterprise. The author then deals with the requirement to apply the conditions of collective agreements in their entirety on the part of firms in the artisan, commercial and tourist sectors, in connection with the normative and contributory benefits provided for each sector with regard to the allocation of funding of bilateral bodies laid down in collective agreements. Finally, the author considers the question of the role of bilateral bodies when they are called on to give an opinion on specific forms of apprenticeship.*

Il mobbing nell'esperienza comparata

Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparati

Alberto Russo

Sommario: **1.** *Mobbing* e danno non patrimoniale: autonomia dell'articolo 2087 c.c.? – **2.** L'articolo 2087 c.c. tra funzione preventiva e risarcitoria: profili di criticità. – **3.** Uno sguardo comparato: gli ordinamenti privi di una specifica regolamentazione sul *mobbing*. – **4.** Gli interventi legislativi di Francia e Belgio. – **4.1.** La definizione della fattispecie. – **4.2.** La strategia di prevenzione. – **4.3.** La strategia di protezione. – **4.4.** Obbligatorietà dell'azione disciplinare? – **4.5.** I rimedi risarcitori. – **4.6.** La tutela penale.

1. Il tema del *mobbing* rischia oramai di palesare una certa vischiosità argomentativa, *rectius*, di prospettiva, in considerazione della a dir poco alluvionale proliferazione di opinioni sul tema ⁽¹⁾, con il conseguente rischio di una progressiva perdita di originalità degli attuali contributi. A voler insistere si potrebbe anche affermare che proprio un siffatto timore ha portato alcuni autori ad accogliere un'ottica fortemente interdisciplinare, laddove forse un maggiore rigore nella suddivisione delle competenze poteva meglio aiutare gli interpreti, e primi fra tutti i giudici, ad evitare di confondere la nozione socio-psicologica del *mobbing* con la corrispondente concettualizzazione giuridica. Ma questa è solo una osservazione parziale; invero, non poche sono state le critiche ad un allargamento

* *Alberto Russo* è assegnista di ricerca presso il Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi», Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

⁽¹⁾ Per il solo 2006 vedi i contributi di: AA.VV., *Mobbing, Organizzazione, Malattia Professionale*, in *QDLRI*, 2006, n. 29; F. MARINI, M. NONNIS, *Il mobbing. Dal disagio al benessere lavorativo*, Carocci, Roma, 2006; A. VALLEBONA, *Mobbing: qualificazione, oneri probatori e rimedi*, in *MGL*, 2006, n. 1-2, 8; R. SCOGNAMIGLIO, *Mobbing: profili civilistici e giuslavoristici*, in *MGL*, 2006, n. 1-2, 2; R. NUNIN, *La Consulta "salva" la legge sul mobbing della Regione Abruzzo*, in *LG*, 2006, n. 3, 261; G. DE FAZIO, *Il mobbing tra competenza statale e regionale*, in *GLav*, 2006, n. 8, 18; A. CORVINO, *Mobbing, straining ed altre etichette*, in *q. Rivista*, 2006, n. 3, 801; R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, e M. CINELLI, *Il danno non patrimoniale alla persona del lavoratore: un excursus su responsabilità e tutele*, Relazioni presentate al convegno nazionale promosso dall'AIDLASS, il 31 marzo 2006, su *Il danno alla persona del lavoratore* (pubblicate in *Boll. Adapt*, 2006, n. 22; il *Bollettino Adapt* può essere consultato sul sito del Centro Studi internazionali e comparati «Marco Biagi», www.csmb.unimo.it); AA.VV., *Mobbing e rapporto di lavoro*, in *I saggi di NGL*, 2006, n. 8.

longitudinale della materia ⁽²⁾, con riferimento non solo all'invasione prospettica della scienza psicologica, ma anche ad una visione sovrapposta e sovrapponibile tra diritto civile e diritto del lavoro, senza dimenticare i rilievi critici a possibili aperture al diritto penale.

Non si può peraltro revocare in dubbio che il *mobbing* abbia rappresentato in questi anni un terreno di scontro ma anche di conciliazione di opinioni che hanno avuto il pregio e, secondo una diversa ottica, il demerito di veicolare l'argomento in esame attraverso la riproposizione di tradizionali temi quali il rapporto tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale, fino a comprendere la questione, che a dire il vero non aveva bisogno di ulteriore impulso, sulla risarcibilità del danno non patrimoniale.

Se nel primo caso, il profilo contrattuale richiama giustamente la funzione del diritto del lavoro, quale diritto speciale di tutela, nel secondo, la qualificazione del danno alla persona sembra meno connotarsi in termini di specialità, suggerendo invece all'osservatore l'esistenza di finalità competitive più o meno celate con la scienza civilistica. In questo senso, sia pure in una prospettiva più idealistica che di reale contrapposizione, sembra essersi espressa autorevole dottrina laddove ha evidenziato il paradosso consistente nel difficile rapporto della cultura lavoristica, "non circoscritta all'avere, ma estesa all'essere", con la tematica dei danni alla persona. Da cui la sottolineatura di un auspicio di ricerca volta a individuare "nell'aureo sintagma diritto del lavoro e persona [...] ancora qualcosa di nuovo da scoprire, a dispetto della classicità del tema" ⁽³⁾. Termine, quello di classicità, utilizzato proprio per evidenziare una volontà di recuperare il terreno perduto dal diritto del lavoro, attraverso una operazione di estensione della materia che comprenda non solo i tradizionali meccanismi di limitazione dell'autonomia negoziale del datore, e dei conseguenti strumenti di nullità dei comportamenti *contra legem*, ma anche la tutela risarcitoria per i danni subiti dal lavoratore.

Una operazione di geometria giuridica, questa, che ha certamente delle solide fondamenta nelle modifiche della struttura organizzativa dell'impresa moderna. In particolare, il passaggio da una società industriale a una società "terziarizzata", accrescendo il ruolo del capitale umano nell'organizzazione e nel contempo individualizzandone la relazione con i vertici dell'impresa, ha comportato certamente un aumento della implicazione personale del lavoratore, con la conseguenza di ampliare le esigenze di protezione del prestatore, in una ottica non solo e non tanto egualitaria e distributiva, quanto invece prettamente individuale volta alla protezione della sua sfera personale, nel senso più ampiamente inteso. Ed allora è evidente come una siffatta necessità di flessibilizzazione e personalizzazione dei rimedi giuridici non potesse non passare attraverso una valorizzazione della re-

⁽²⁾ Cfr. in particolare P.G. MONATERI, *I paradossi del mobbing*, in P. TOSI (a cura di), *Il mobbing*, Giappichelli, Torino, 2004.

⁽³⁾ Così R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 1.

sponsabilità civile, quale strumento idoneo per intercettare la vastità e varieganza dei comportamenti lesivi⁽⁴⁾.

Il *mobbing* in questa prospettiva è certamente l'esempio più lampante di una simile modifica delle nuove esigenze di tutela del lavoratore, anche per il semplice motivo che le difficoltà definitorie della fattispecie, e l'assenza di una concettualizzazione unitaria della stessa, hanno comportato inevitabilmente una propagazione del territorio di analisi, così confondendosi il fine di tutela della personalità morale e dell'integrità psicofisica con una classificazione di condotte invero non facilmente comprensibili in un disegno unitario⁽⁵⁾. Ma se questo è vero non si può allora non sottolineare che il *mobbing* non costituisce una voce di danno a se stante e nemmeno un elemento di differenziazione nella valutazione dei danni stessi, potendosi questi differenziarsi (tra patrimonialità e non patrimonialità) sulla base di fattori non affatto diversi da altre condotte lesive.

Può quindi essere revocato in dubbio il carattere di specialità del diritto del lavoro in termini di qualificazione del danno del lavoratore, dovendosi semmai constatare come la deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili del lavoratore dipendente non possa comportare allo stato attuale un'integrazione dei tradizionali criteri di risarcibilità, ma soltanto una migliore razionalizzazione di principi di diritto comune.

È in questo senso del tutto evidente che il rivitalizzato e rinnovato articolo 2087 c.c., norma certamente rientrante nel diritto speciale dell'obbligazione di lavoro, non costituisce un criterio alternativo di responsabilità (almeno in termini di valutazione delle conseguenze risarcitorie), bensì un obbligo inderogabile di tutela. In altre parole, se si deve parlare di specialità, lo si può fare unicamente con riferimento alla struttura dell'obbligazione di lavoro, identificandosi una obbligazione accessoria di sicurezza, in specificazione del generale criterio di integrazione del contratto *ex* articolo 1374 c.c., in un ambito quindi alieno al regime delle conseguenze e limitato alla mera valutazione dell'esatto adempimento della obbligazione datoriale.

Per converso, non si può negare che l'articolo 2087 c.c. introduce al generale concetto di responsabilità contrattuale, da cui alcune significative differenze rispetto alla responsabilità aquiliana, in termini di prescrizione, prova e prevedibilità del danno. Differenze però che non sembrano riguardare la sostanzialità della tutela risarcitoria, se non in termini di presumibilità del pregiudizio stesso⁽⁶⁾. A sostegno di ciò, si consideri come la questione della non patrimonialità dei danni (da responsabilità contrattuale) subiti dai lavoratori, pur essendo già astrattamente deducibile dai principi generali *ex* articolo 1218 c.c. e ss. in relazione

⁽⁴⁾ In questo senso cfr. in particolare S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e diritto privato*, 2003, fasc. 3, 628.

⁽⁵⁾ Sul dibattito riguardo i profili costitutivi del *mobbing* cfr. in particolare R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito del mobbing*, in *RIDL*, 2004, I, 489 ss.

⁽⁶⁾ Mentre infatti nell'alveo della responsabilità aquiliana, il danno tende a identificarsi nella mera lesione dell'interesse protetto, anche in assenza di un accertamento sulle conseguenze lesive; nell'alveo della responsabilità contrattuale, invece, il danno sembra non poter prescindere dalla verifica del pregiudizio che consegue alla lesione. Sul punto cfr. in particolare O. MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *LD*, 2004, n. 2, 451.

sistematica con l'articolo 2087 c.c., ha avuto tuttavia origine solo con l'attenuazione della limitazione *ex* articolo 2059 c.c. attraverso una lettura costituzionalmente orientata della stessa norma.

Si evince, dunque, almeno storicamente, una assenza di autonomia della responsabilità contrattuale ai fini della qualificazione del danno, e una sua soggezione, a questi stessi e limitati fini, ad un concetto di anti-giuridicità pura della violazione, implicitamente derivante dal generale principio di responsabilità aquiliana del *neminem laedere*. Non si tratta peraltro di discutere l'applicabilità o meno dell'articolo 2059 c.c. ad ipotesi di inadempimento di un rapporto obbligatorio, bensì di rilevare come qualsiasi teoria del danno da lesione contrattuale non possa non trovare il proprio limite, *rectius*, la sua cornice giustificativa nella disciplina del danno da fatto illecito⁽⁷⁾. Diversamente, si dovrebbe dedurre che il binomio articolo 2043 e articolo 2059 c.c. non esaurisca tutte le ipotesi di danno risarcibile (diverse dal mero interesse patrimoniale) così recuperando, al di là peraltro delle stesse intenzioni degli autori, quelle autorevoli ma minoritarie tesi⁽⁸⁾ che negano all'articolo 2043 c.c. la funzione di clausola generale, affermando invece la sua funzione di mera sintesi delle posizioni soggettivamente tutelabili. Ma anche in questo caso occorrerebbe comunque l'intervento di una tipizzazione legislativa della lesione contrattuale, atta a giustificare la disparità di trattamento della tutela risarcitoria. Altrimenti non si comprenderebbe come potrebbe avere autonomia rilevanza la lesione di interessi rispetto a medesime lesioni non realizzate in un determinato assetto contrattuale. Il riferimento è per esempio al *mobbing* subito da lavoratori non subordinati ancorché coordinati e continuativi e quindi al di fuori del campo di applicazione dell'articolo 2087 c.c., o ancora alla violazione della personalità morale di giovani in ambito scolastico o in tirocinio formativo, attraverso comportamenti vessatori dei compagni (il c.d. *bullying*).

Problematiche, queste ultime, astrattamente risolvibili sulla base di una generalizzazione dell'obbligo datoriale *ex* articolo 2087 c.c., in rapporto sistematico con la normativa in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ma in ogni caso difficilmente razionalizzabili attraverso un autonomo sistema contrattuale di valutazione dei danni.

Soluzione preferibile sarebbe allora quella di arrivare ad escludere ogni possibile elemento di differenziazione nella valutazione dei danni risarcibili, configurando, sull'esempio del legislatore tedesco⁽⁹⁾, una disciplina dell'indennizzo e/o dell'equa indennità per i danni non patrimoniali, indipendentemente dal tipo di responsabilità individuabile. Un primo, sia pure embrionale e asistemico, segnale

(7) È sulla base di questa consapevolezza che devono probabilmente interpretarsi i dubbi della dottrina civilistica circa l'applicabilità dell'art. 2059 c.c. alla responsabilità contrattuale. Sul punto cfr. in particolare G. CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in *RDC*, 2003, 128. Cfr. anche U. OLIVA, *Danno esistenziale e ambiente di lavoro*, in U. DAL LAGO, R. BORDON (a cura di), *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2005, 459 ss., il quale, pur sostenendo che l'art. 2087 c.c. rappresenta una norma idonea a configurare la risarcibilità del danno non patrimoniale, sottolinea, tuttavia, la mancanza di una norma di "superiore respiro civilistico, con cui confrontarsi e in cui trovare appoggio".

(8) Cfr. in particolare C. CASTONUOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1997, 9 ss.

(9) Vedi il § 253 BGB.

verso un tale indirizzo si rileva nella normativa antidiscriminatoria *ex* articolo 4, comma 4, decreto legislativo n. 215 del 2003, articolo 4, comma 5, decreto legislativo n. 216 del 2003 e articolo 3, comma 2, decreto legislativo n. 145 del 2005, in cui si prevede espressamente la possibilità del giudice, nell'accogliere il ricorso contro l'atto discriminatorio, di provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno non patrimoniale. Disposizioni, queste, da interpretarsi, non certamente come elemento di autonomia della responsabilità contrattuale in termini di danni, ma come fattore di unificazione del regime delle conseguenze risarcitorie sulla base di una tipizzazione dei diritti lesi, a prescindere dalla natura della responsabilità in gioco.

Tale sistema avrebbe il merito di sceverare la questione dalla difficile relazione tra responsabilità aquiliana e contrattuale, ma si risolverebbe in ogni caso in una mera ripetizione dello schema già contenuto nell'attuale articolo 2059 c.c. Norma che, salvo una eventuale svolta legislativa alla tedesca, resterebbe quindi, nella interrelazione con l'articolo 2043 c.c., il riferimento principale per una qualunque elaborazione della teoria del danno non patrimoniale. In questo senso, le pur condivisibili critiche alla dottrina e alla giurisprudenza lavoristica per l'inerzia dimostrata, pur nel vigore di una norma come l'articolo 2087 c.c., dovrebbero essere ricondotte non a una logica di scarsa audacia ai fini della costruzione di un sistema alternativo di qualificazione dei danni non patrimoniali, bensì ad un contesto di ingiustificata estraneità al dibattito sugli spazi di risarcibilità degli stessi lasciati dalla disciplina generale del fatto illecito: estraneità che si è poi anche tradotta in difficoltà a recepire gli innovativi indirizzi dottrinali e giurisprudenziali sviluppatasi in ambito civilistico. Il riferimento è al ritardo dei giudici del lavoro ad accogliere la figura del danno biologico di natura psichica e, soprattutto, alla refrattarietà di questi a concepire, in un contesto interpretativo di rigidità dell'articolo 2059 c.c., la categoria del danno esistenziale come categoria autonoma e distinta dal danno biologico e dal danno morale ⁽¹⁰⁾.

Peraltro, le difficoltà ad elaborare una teoria del danno non patrimoniale di natura contrattuale si sono palesate anche nella stessa dottrina civilistica nella misura in cui si è sostanzialmente trascurata la questione della idoneità del diritto comune dei contratti a risarcire il danno immateriale ⁽¹¹⁾. Ma se è così, il richiamo di alcuni civilisti all'immobilismo (in tema di danni) della dottrina e giurisprudenza lavoristica trova allora meno giustificazione, soprattutto, se si considera la sussistenza nella disciplina della responsabilità contrattuale di elementi cui rapportare la non patrimonialità del danno. Si pensi, in particolare, all'articolo 1174 c.c. in cui si prevede che l'interesse creditorio possa essere di natura non patrimoniale e, soprattutto, al principio di correttezza di cui articolo 1175 c.c. da cui la

⁽¹⁰⁾ Ciò ha portato conseguentemente i giudici, o a negare la risarcibilità del danno da lesione alla personalità morale del lavoratore o a collocare la voce risarcitoria all'interno della categoria del danno biologico o patrimoniale. Cfr. per tutte Cass. 16 dicembre 1992 n. 13299, in *FI*, 1993, I, 2883. Tra le prime sentenze che riconoscono espressamente il danno esistenziale si veda invece Trib. Pinerolo 6 febbraio 2003, in *RCP*, 2003, 424.

⁽¹¹⁾ Sul punto cfr. le osservazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in Atti del Convegno *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, Roma, 31 maggio-1° giugno 2001, Giappichelli, Torino, 2002, 467.

deducibilità tra gli interessi protetti anche di quelli rientranti nella propria sfera personale.

In questa prospettiva, la stessa considerazione sulla tipizzazione legislativa dell'obbligo di tutela della personalità morale dei lavoratori *ex* articolo 2087 c.c. diverrebbe meno decisiva sul presupposto che basterebbe la mera inclusione nel piano delle obbligazioni contrattuali di un interesse non patrimoniale per giustificare la risarcibilità del relativo danno.

In realtà, questa semplice costruzione non ha avuto accoglimento, salvo alcune eccezioni ⁽¹²⁾, nel dibattito dottrinale, proprio perché la sussistenza di una norma quale l'articolo 2059 c.c. ha impedito di configurare una perfetta equazione tra non patrimonialità dell'interesse dedotto nel contratto e non patrimonialità del danno. E anche oggi dopo la estensione interpretativa dell'articolo 2059 c.c. sembra difficile che l'evoluzione del danno immateriale da inadempimento, differentemente da quanto accade in Paesi come il Regno Unito, possa concernere, in assenza di esplicita previsione legislativa e/o in assenza di una violazione di diritti costituzionalmente tutelati, il mero *disappointment* o il *distress* causato dal non soddisfacimento di un interesse non patrimoniale.

Occorre peraltro sottolineare che, al di fuori dei suddetti problemi qualificatori, una sistemazione organica delle ipotesi di riconducibilità del danno immateriale a violazioni di obblighi contrattuali resta un obiettivo di grande rilevanza in considerazione del differente livello di tutela del danneggiato. È infatti del tutto evidente che, laddove sia individuabile una lesione contrattuale connessa ad una violazione di diritti fondamentali della persona, come nel caso di specie di lesione della personalità morale del lavoratore *ex* articolo 2087 c.c., vi è una oggettivazione della relativa responsabilità sulla base di una presunzione non assoluta di colpa da parte del danneggiante; un meccanismo peraltro ben conosciuto anche dal sistema di responsabilità aquiliana in relazione alle ipotesi di responsabilità oggettiva e in particolare a quelle di cui all'articolo 2050 c.c.

2. La già accennata esigenza classificatoria risponde d'altronde anche ad obiettivi di certezza giuridica sul presupposto che, se è vero, che la risarcibilità del danno morale è, come sopra argomentato, connessa con il sistema di responsabilità per fatto illecito di cui al combinato disposto articoli 2043 e 2059 c.c., tuttavia, è evidente che l'inclusione contrattuale (predisposta dal legislatore) di specifici interessi non patrimoniali amplia la tutela del pregiudizio immateriale. Invero, l'implicazione personale del lavoratore sembra da sé costituire un referente sufficiente per la configurabilità di valori costituzionalmente garantiti, da cui, in conformità con l'*iter* argomentativo della recente giurisprudenza di legittimità sull'articolo 2059 c.c. ⁽¹³⁾, la non assoggettabilità della relativa tutela risarcitoria a specifici limiti ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Cfr. in particolare S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 680-685.

⁽¹³⁾ Cfr. Cass. 31 maggio 2003 n. 8828, in *Danno e responsabilità*, 2004, fasc. 1, 5 ss.

⁽¹⁴⁾ Sul punto cfr. L. NOGLER, *La deriva della tutela dei diritti inviolabili del lavoratore dipendente*, in *QDLRI*, 2006, n. 29, 79. Cfr. però anche O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 446, laddove afferma che “[...] nella prospettiva dell'immediato rilievo privatistico delle norme costituzionali si annida una contraddizione

Con riferimento peraltro al caso di specie, la disposizione dell'articolo 2087 c.c. "rende superflua ogni discettazione sulla risarcibilità di un obbligo di protezione, e, quindi, di un divieto di *mobbing* in base ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto" ⁽¹⁵⁾, fermo restando che la buona fede contrattuale sembra costituire uno strumento di valutazione a posteriori della condotta, e non invece uno strumento di creazione di obblighi *ex ante*. E, dunque, se dal principio di correttezza poteva agilmente dedursi un obbligo datoriale di non ledere o mettere in pericolo il lavoratore, sia direttamente che tramite i preposti, molto più difficoltoso sarebbe stato enucleare dallo stesso principio l'obbligazione positiva *ex* articolo 2087 c.c. di adottare tutte le misure necessarie secondo *la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica*.

Tale obbligazione, certamente inquadrabile in una prospettiva di protezione a priori del lavoratore, attribuendo a questi la possibilità di una azione di autotutela ⁽¹⁶⁾, sembra tuttavia assumere prevalentemente una funzione di ampliamento soggettivo della tutela risarcitoria, individuando la responsabilità contrattuale dell'impresa anche nei casi di *mobbing* orizzontale, non attuato cioè dal datore e nemmeno ad esso ascrivibile in termini di *culpa in vigilando* ⁽¹⁷⁾.

Più tenue è invece certamente la funzione preventiva in virtù della generalità della tutela in essa contenuta. Gli stessi differenti gradi di funzionalità delle tutele sembrano configurare del resto problematiche diverse riguardo la necessità o meno di definire da parte del legislatore il fenomeno del *mobbing*.

Nella prospettiva risarcitoria infatti l'articolo 2087 c.c. rappresenta "un ideale e non troppo esigente ancoraggio normativo" ⁽¹⁸⁾, in quanto considera ai fini della tutela non la realizzazione di una condotta illecita tipica, bensì la violazione del bene protetto della integrità fisica e della personalità morale del lavoratore, così evitando ogni possibile rischio di incompletezza. In questi termini, l'operazione definitoria viene ricondotta a una mera attività di interpretazione della clausola generale, quale criterio cognitivo e di valutazione della offesa giuridicamente rilevante, senza invece essere proiettata nella dimensione giuridica positiva.

Diversa è invece la questione nel rapporto con le finalità preventive della norma. L'articolo 2087 c.c., in questo senso, pur perfettamente incardinata nella norma-

irrisolta, che illumina gli effetti incongrui o, sotto altro profilo, perversi di una sua applicazione rigorosa".

⁽¹⁵⁾ Così A. VALLEBONA, *Mobbing senza veli*, in *q. Rivista*, 2005, n. 4, 1053.

⁽¹⁶⁾ Sul punto vedi in particolare A. VALLEBONA, *Mobbing senza veli*, cit., 1051 ss., il quale menziona, tra le possibili azioni di autotutela, il rifiuto di compiere la prestazione in un ambiente mortificante.

⁽¹⁷⁾ Il profilo della colpa, sia pure ontologicamente connesso con la stessa nozione di responsabilità contrattuale (sulla presunzione di colpevolezza dell'inadempimento contrattuale cfr. peraltro il classico contributo di G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile, Commentario*, sub artt. 1218-1222, Giuffrè, Milano), appare infatti nello schema dell'art. 2087 c.c. molto sfumato in quanto collegato ai parametri della "particolarità del lavoro", della "esperienza" e della "tecnica". Sul dibattito dottrinale circa il significato di tali criteri, diviso tra "massima sicurezza tecnologicamente possibile" e "massima sicurezza generalmente praticata", cfr. in particolare: M.T. CARINCI, *Il mobbing. Alla ricerca della fattispecie*, in *QDLRI*, 2006, n. 29, 47-50; A. VALLEBONA, *Il danno alla persona del lavoratore: prospettive di disciplina legislativa*, in *DL*, 2001, I, 475 ss.; V. MARINO, *La minimizzazione del rischio sui luoghi di lavoro nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *RIDL*, II, 21 ss.

⁽¹⁸⁾ Così R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 22.

tiva prevenzionistica quale disposizione di chiusura, non ha costituito storicamente, né può costituire da oggi, una specificazione dell'azione imprenditoriale. Questione che riflette due distinte linee di indirizzo: la prima autoregolamentativa, la seconda impositiva. Entrambe peraltro accomunate da una necessità di modica dell'assetto organizzativo che tenga in considerazione le negatività delle condotte mobbizzanti. Sebbene infatti il fenomeno del *mobbing* riguardi profili attinenti alla sfera individuale dei lavoratori, quali la personalità, l'età, il sesso, nonché fattori intrinseci alla stessa attività esercitata (settore e tipo di professione), è tuttavia indubbio che la predetta vicenda individuale sia condizionata in modo rilevante dal contesto organizzativo di riferimento. In questo senso, pare anzi riscontrarsi una specifica relazione causa effetto: da un lato, il *mobbing* è alimentato da una organizzazione inefficiente e distratta, dall'altro lato, le stesse azioni mobbizzanti vanno a influire sul livello di efficienza dell'organizzazione. Questa stessa correlazione è stata del resto ben evidenziata in una risoluzione del Parlamento Europeo ⁽¹⁹⁾ laddove si afferma, per un verso, che tra le cause del *mobbing* vanno annoverate le carenze a livello di organizzazione lavorativa, di informazione e di direzione e che problemi organizzativi irrisolti e di lunga durata si traducono in pesanti pressioni sui gruppi di lavoro, potendo ciò condurre all'adozione della logica del capro espiatorio e al *mobbing*; e, per altro verso, che le conseguenze non sono rilevanti solo per l'individuo ⁽²⁰⁾ ma anche per lo stesso datore di lavoro. Vengono in particolare evidenziate le conseguenze nefaste per quanto riguarda la redditività e l'efficienza economica dell'impresa a causa "dell'assenteismo che esso provoca, della riduzione della produttività dei lavoratori ⁽²¹⁾ indotta dal loro stato di confusione e di difficoltà di concentrazione nonché dalla necessità di erogare indennità ai lavoratori licenziati". Si rileva, in altri termini, una esplicita considerazione delle misure di prevenzione del *mobbing* quale componente importante degli sforzi finalizzati all'aumento della qualità del lavoro e al miglioramento delle relazioni sociali nella vita lavorativa. Da ciò l'espressa esortazione alla Commissione a indirizzare la strategia europea in materia di salute e sicurezza, di politica occupazionale e di responsabilità sociale delle imprese verso l'identificazione di misure di "miglioramento dell'ambiente lavorativo che siano lungimiranti, sistematiche e preventive, finalizzate tra l'altro a combattere il *mobbing* sul posto di lavoro". In questa stessa ottica si inquadra, del resto, l'ulteriore esortazione del Parlamento Europeo alla Commissione di "chiarificare o estendere il campo di applicazione della direttiva quadro per la salute e la sicurezza sul lavoro ⁽²²⁾ oppure di elaborare una nuova direttiva

⁽¹⁹⁾ Risoluzione del Parlamento Europeo sul *mobbing* n. 2001/2301(INI).

⁽²⁰⁾ Sul punto la risoluzione del Parlamento richiama espressamente "l'attenzione sugli effetti devastanti del *mobbing* sulla salute fisica e psichica delle vittime, nonché delle loro famiglie, in quanto essi impongono spesso il ricorso ad un trattamento medico e psicoterapeutico e conducono generalmente a un congedo per malattia o alle dimissioni".

⁽²¹⁾ Sul punto cfr. A. ASCENZI, P. BERGAGIO, *Il mobbing. Il marketing sociale come strumento per combatterlo*, Giappichelli, Torino, 2000, 49, i quali sottolineano che "è stato provato che un lavoratore sottoposto a violenze psicologiche ha un rendimento inferiore del 60% in termini di produttività ed efficienza rispetto ad altri lavoratori".

⁽²²⁾ Il riferimento è alla direttiva n. 89/391/CEE.

quadro, come strumento giuridico per combattere il fenomeno delle molestie, nonché come meccanismo di difesa del rispetto della dignità della persona del lavoratore, della sua intimità e del suo onore". L'attuale legislazione comunitaria e i conseguenti strumenti di ricezione nei vari ordinamenti, compresi quello italiano di cui in particolare al decreto legislativo n. 626 del 1994, sembrano infatti manifestare una assenza di specificità in relazione ad atti perturbanti di carattere psicologico nei luoghi di lavoro.

Pare dunque evidenziarsi la necessità di un intervento del legislatore che tuteli il lavoratore e la stessa impresa dalla proliferazione di condotte mobbizzanti. Parte della dottrina individua peraltro la possibilità di sviluppare una strategia di prevenzione del *mobbing* anche in una prospettiva *de iure condito*, sulla base cioè degli attuali riferimenti normativi. A fronte infatti di una sostanziale assenza nel vigente contesto normativo di specifiche disposizioni a tutela dell'integrità psichica del lavoratore, si rileva per converso "una forte consapevolezza sul fatto che la tutela della sicurezza e della salute non consiste soltanto nel rispetto delle regole tecniche di prevenzione o nell'adozione di dispositivi individuali e collettivi di tutela ma si esprime anzitutto nella creazione di adeguati ambienti lavorativi" (23).

Il riferimento è in particolare all'articolo 3, decreto legislativo n. 626 del 1994, che prevede tra le misure generali di tutela, sia la programmazione della prevenzione mirata a integrare in modo coerente le condizioni tecniche, produttive ed organizzative dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro – lettera *d*) –, sia il rispetto dei principi ergonomici nella concezione dei posti di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione, anche per attenuare il lavoro monotono e quello ripetitivo – lettera *f*).

Sulla base di tale ampia prospettiva si tratterebbe dunque di valorizzare i fattori di ordine psicologico concernenti l'ambiente di lavoro, anche alla stregua delle sollecitazioni comunitarie, al fine di includere nel documento di valutazione dei rischi di cui all'articolo 4, decreto legislativo n. 626 del 1994, anche le misure di prevenzione del *mobbing* (24), derivandosi conseguentemente anche l'applicabilità e la funzionalità dei vari strumenti normativi individuati dal citato decreto legislativo (25).

Si pensi innanzi tutto al sistema di informazione e formazione dei lavoratori di cui agli articoli 21 e 22, quale strumento di intervento sui fattori culturali alla base del *mobbing*. Si pensi anche al ruolo del rappresentante per la sicurezza di cui agli articoli 18 e 19, conforme con l'esigenza individuata nella menzionata

(23) Così A. VISCOMI, *Mobbing e diritto: alcune questioni preliminari*, in *LD*, 2002, 63.

(24) In questo senso vedi in particolare C. LAZZARI, *Il mobbing fra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo*, in *RGL*, 2001, I, 70, secondo cui "considerando che ai fattori di ordine psicologico, sociale e organizzativo concernenti l'ambiente di lavoro va riconosciuta, secondo le più recenti acquisizioni in materia, la stessa importanza attribuita normalmente ai soli profili strettamente tecnici, ci si potrebbe interrogare sulle possibilità di ricomprendere fra i rischi che il datore di lavoro è tenuto a valutare e prevenire anche il *mobbing* quale particolare situazione di rischio legata al contesto lavorativo, che si affianca ai pericoli classicamente intesi derivanti da macchine, impianti, agenti fisici, chimici e biologici".

(25) Sul punto cfr. in particolare le considerazioni di C. LAZZARI, *op. cit.*, 68.

risoluzione del Parlamento Europeo di “nominare sul luogo di lavoro una persona di fiducia alla quale i lavoratori possono eventualmente rivolgersi”. Si consideri infine la istituzionalizzazione, in linea con le molteplici sollecitazioni in tal senso da parte degli organismi comunitari, del ruolo delle parti sociali enucleata nell’articolo 20, laddove si prevede la costituzione di organismi paritetici tra le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori con funzioni di orientamento e di promozione di iniziative formative nei confronti dei prestatori, nonché la individuazione di tali enti quali organi di prima istanza di riferimento in merito a controversie sorte sull’applicazione dei diritti di rappresentanza, informazione e formazione.

Una siffatta soluzione basata su una operazione di interpretazione autentica dell’attuale dato normativo non appare peraltro scevra da profili di criticità nella misura in cui un approccio generico al problema non consente di cogliere le specificità di un fenomeno, quale il *mobbing*, di difficile identificazione ontologica. Forse più opportuno sarebbe allora prevedere – come del resto consigliato nella più volte menzionata risoluzione – contestualmente a una estensione del campo di applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza una specifica legislazione, capace di delimitare la fattispecie, predisporre un idoneo sistema di prevenzione e definire una adeguata politica sanzionatoria.

3. Non sono invero molti gli ordinamenti – se si esclude la normativa di recepimento delle direttive comunitarie in tema di molestie morali e sessuali a fini discriminatori – in cui il legislatore ha deciso di intervenire specificamente sulla fattispecie, preferendosi una strategia di tutela trasversale basata su una valorizzazione dei principi costituzionali, del quadro normativo lavoristico, e dei tradizionali rimedi civilistici. L’esempio in questo senso più tipico è costituito dalla Germania ⁽²⁶⁾, in cui non solo non vi è traccia di alcuna norma specifica, ma lo stesso dibattito dottrinale e politico sembra assolutamente estraneo ad ogni possibilità e/o opportunità di definizione legale del fenomeno. La tutela del lavoratore viene così fondata sulla combinazione dei principi contenuti nella Costituzione Federale e degli obblighi di protezione a carico del datore desunti dalla normativa civilistica, e in particolare dal paragrafo 242 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) riguardo l’obbligo della prestazione secondo buona fede e dal paragrafo 618 BGB circa l’obbligo del creditore di una prestazione di servizio di organizzare le stesse in modo tale che l’obbligato sia tutelato contro i rischi per la sua vita e la sua salute. Protezione che coinvolge anche la sfera personale del lavoratore come si deduce dal paragrafo 75 del *Betriebsverfassungsgesetz* (legge sull’ordinamento del lavoro), laddove dopo aver sancito al comma 1 che il datore deve vigilare affinché i dipendenti vengano trattati nel rispetto dei principi di giustizia ed equità, nel comma 2 specifica, in sostanziale similitudine con quanto previsto dal nostro articolo 2087 c.c., che esso è tenuto altresì a garantire ed a

⁽²⁶⁾ Con riferimento alle tutele anti-mobbing nell’ordinamento tedesco, cfr. recentemente U. RUNGALDIER, *Il mobbing: il caso della Germania*, in *QDLRI*, 2006, 265 ss.; F. CALVARI, *La tutela del dipendente vittima di “mobbing” secondo l’ordinamento tedesco*, in A. BRAUN (a cura di), *Dalla disgrazia al danno*, Giuffrè, Milano, 2002, 309 ss.

stimolare il pieno sviluppo della personalità dei lavoratori subordinati. La tutela della personalità viene garantita anche sul piano risarcitorio sia pure attraverso una interpretazione estensiva della legge. Sebbene infatti il paragrafo 253 BGB che disciplina la risarcibilità del danno immateriale non comprenda l'ipotesi di lesione del c.d. diritto alla protezione e tutela della personalità⁽²⁷⁾, tuttavia il diritto all'equa indennità per danni non patrimoniali viene desunto⁽²⁸⁾ direttamente dalla Costituzione, sulla base cioè di un meccanismo di interpretazione costituzionalmente orientata della norma, non poi così distante da quanto praticato dalla nostra giurisprudenza con riferimento all'articolo 2059 c.c.

Anche in Spagna è assente una disciplina specifica sul *mobbing* (tradotto con il termine *acoso moral*), ma, diversamente che in Germania, il dibattito sull'opportunità di un intervento legislativo è certamente più fervido⁽²⁹⁾, come si desume del resto dalla presenza al *Congreso de Los Deputatos*, ma anche nei vari parlamenti regionali, di non poche proposte di legge di regolamentazione normativa della fattispecie nonché di modifica dell'attuale legge in materia di salute e sicurezza in modo tale da includere la prevenzione dell'*acoso moral* tra le obbligazioni del datore.

La necessità di una regolamentazione trova in particolare fondamento in una proliferazione delle domande giudiziarie in tema di persecuzione sul lavoro. Situazione questa non certamente collegabile a una diversità sociale rispetto a Paesi come la Germania, quanto invece a una percezione di rigidità della tutela lavoristica, soprattutto nel raffronto sistematico con il procedimento speciale di tutela dei diritti fondamentali, certamente più vantaggioso sul piano sostanziale e processuale. La dottrina ha in particolare rilevato come le limitazioni legali ai casi di licenziamento nullo, introdotte con la riforma in materia di lavoro del 1994, abbiano contribuito a questa situazione, cercandosi, attraverso il *mobbing*, nella sua accezione di violazione della integrità fisica e morale *ex* articolo 15 della Costituzione, "una tutela forte che il legislatore ha limitato nella legge"⁽³⁰⁾. Il risultato è stato la riconduzione al procedimento speciale di istanze in relazione a violazione di obblighi datoriali che avrebbero invece meritato una trattazione sul piano della legalità ordinaria.

A fronte di una siffatta proliferazione i giudici hanno cercato peraltro di limitare l'accoglimento delle domande di risarcimento⁽³¹⁾ mediante una operazione alquanto rigorosa di definizione della fattispecie. Più precisamente si è affermata la necessità che la persecuzione, per un verso, abbia carattere prolungato e

⁽²⁷⁾ Ciò anche successivamente alla modifica del § 253, § 2, BGB, operata dalla riforma dell'agosto del 2002, che pure ha notevolmente ampliato l'area di risarcibilità del danno non patrimoniale.

⁽²⁸⁾ Per una panoramica degli orientamenti giurisprudenziali sul punto cfr. in particolare V. RIEBLE, S. KLUMPP, *Mobbing und die Folgen*, in *ZIP*, 2002, 369 ss.

⁽²⁹⁾ Sulla necessità di una regolamentazione legislativa cfr. in particolare J.M. GARCÍA CALLEJO, *Protección Jurídica contra el Acoso Moral en el Trabajo, La Tutela de la Dignidad del Trabajador*, FSB, Madrid, 2003.

⁽³⁰⁾ Così F. PEREZ, *Il mobbing sul lavoro in Spagna*, in *QDLRI*, 2006, n. 29, 276.

⁽³¹⁾ Da evidenziare che in Spagna il risarcimento del danno morale, anche nell'ipotesi di inadempimento contrattuale, è ampiamente riconosciuto. Cfr. sul punto L. DíEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Cívitas, Madrid, 1999.

sistematico ⁽³²⁾, per altro verso, abbia carattere personalistico, con esclusione cioè di quei comportamenti datoriali rivolti alla generalità dei lavoratori ⁽³³⁾. Alcune sentenze si sono poi spinte oltre richiedendo la sussistenza di un dolo specifico (*animus nocendi*) consistente nella volontà di distruzione psicologica della vittima ⁽³⁴⁾, e/o esigendo che dall'atto persecutorio siano derivate delle comprovate patologie fisiche o psichiche ⁽³⁵⁾.

Normative specifiche non sussistono nemmeno nei Paesi di *common law*, ciò del resto in perfetta linea con la tradizionale funzione creativa della giurisprudenza. Gli unici riferimenti presenti in ordinamenti come quello americano e inglese ⁽³⁶⁾ concernono, oltre alle generali disposizioni in materia di salute e sicurezza, la normativa discriminatoria sul luogo di lavoro, in particolare nella forma della discriminazione sessuale, il c.d. *sexual harassment*. Al riguardo, occorre evidenziare che nei sistemi di *common law* il *mobbing*, terminologicamente definito *harassment*, è stato concepito dalla giurisprudenza in stretta connessione con la nozione di *sexual harassment*, costituendo rispetto ad essa una mera evoluzione paradigmatica. Ciò in virtù del fatto che la nozione di molestia sessuale è stata inquadrata in una prospettiva non di soddisfazione di un impulso emozionale, bensì di un improprio rafforzamento dell'autorità del molestatore nei confronti del molestato, così consentendosi di utilizzare il medesimo paradigma nei confronti di molestie verso lavoratori dello stesso sesso, anche non caratterizzate da profili di natura sessuale ⁽³⁷⁾. Differenziazioni sono peraltro enucleabili a livello di definizione del fenomeno tra Stati Uniti e Regno Unito, in considerazione della recezione da parte di quest'ultimo delle normative comunitarie antidiscriminatorie, che hanno consentito di estendere la nozione di molestia. Si è così attenuata l'influenza delle Corti americane fondate sul concetto di *harassment*, sviluppandosi per converso la nozione di *bullying at work* (tiraneggiamento sul lavoro) tale da comprendere nel giudizio sulla molestia qualsiasi turbativa alla dignità del lavoratore.

A fronte di questa maggiore ampiezza della nozione di *mobbing* nell'ordinamento inglese, si rileva peraltro una maggiore severità dei giudici americani nell'attribuzione della responsabilità al datore di lavoro nei casi di *mobbing* orizzontale. Mentre infatti negli Stati Uniti l'attribuzione della responsabilità datoriale è automatica, operando sulla base dei meccanismi della *strict liability* qualora la molestia determini un effettivo pregiudizio alle condizioni di impiego

⁽³²⁾ Cfr. in particolare Tribunal Supremo, Sala 7, 10 febbraio 2005, e Tribunal Supremo Giust. Castiglia-La Mancia, 23 dicembre 2003.

⁽³³⁾ Cfr. in particolare Tribunal Supremo Giust. Comunità Valenciana 17 gennaio 2003.

⁽³⁴⁾ Cfr. in particolare Tribunal Supremo Giust. Madrid, 19 ottobre 2004; Tribunal Supremo Giust. Castiglia-La Mancia 23 dicembre 2003; Tribunal Supremo Giust. Galizia, 4 novembre 2003; Giudice del lavoro n. 33, Madrid, 18 giugno 2001.

⁽³⁵⁾ Cfr. in particolare Tribunal Supremo Giust. Galizia, 22 dicembre 2004; Giust. Madrid 14 settembre 2004; Giust. Andalusia 11 marzo 2003; Giust. Extremadura 20 marzo 2003.

⁽³⁶⁾ Sui generali strumenti di tutela presenti nell'ordinamento inglese cfr. in particolare V. BERTORELLO, *Ostilità, trascuratezza, indifferenza: il mobbing nei sistemi inglesi e francese*, in A. BRAUN (a cura di), *Dalla disgrazia al danno*, Giuffrè, Milano, 2002, 253-254. Vedi anche N. GHIRARDI, *Esperienza e prospettive nel Regno Unito*, che segue in *q. Fascicolo*.

⁽³⁷⁾ Cfr. sul punto F. RAMBALDI, *Il mobbing nei sistemi di common law*, in *QDLRI*, 2006, n. 29, 293.

del lavoratore, constatandosi inoltre una tendenziale oggettivazione della relativa responsabilità anche nelle ipotesi di mera molestia ambientale ⁽³⁸⁾, nel Regno Unito, invece, la giurisprudenza appare meno severa, considerandosi sufficiente, ai fini dell'esenzione della responsabilità, l'aver adottato da parte dell'impresa una idonea condotta preventiva, valutandosi, quindi, la presenza o meno di un profilo di colpa.

Elemento in comune tra i due ordinamenti è per contro il profilo risarcitorio, sia sotto il profilo dei *compensatory damages*, comprensivi degli elementi patrimoniali e non patrimoniali delle perdite subite, sia sotto il profilo dei *punitive damages*, fattispecie risarcitoria estranea ai Paesi di *civil law*, consistente in una forma di risarcimento esemplare sganciata dall'entità del danno subito. Tale forma, peraltro, in considerazione del suo carattere prettamente sanzionatorio e repressivo, viene riconosciuta dalla giurisprudenza soltanto quando la vittima, oltre alla prova oggettiva della molestia, dimostri che la stessa sia riconducibile a un dolo specifico del molestatore.

4. I primi a dotarsi di una normativa specifica sono stati i Paesi scandinavi. Primo in assoluto la Svezia con l'Ordinanza dell'Ente nazionale per la Salute e la Sicurezza del 21 settembre 1993 recante misure da adottare contro ogni forma di persecuzione psicologica sul lavoro e, poi, la Norvegia con la legge del 24 giugno 1994 che ha integrato la disciplina sulla tutela dell'ambiente di lavoro, includendovi il divieto di qualsivoglia molestia o comportamento sconveniente nei confronti dei lavoratori.

Tali normative, invero, erano e sono per lo più caratterizzate da un approccio prevenzionale-lavoristico del fenomeno, sulla base peraltro di disposizioni di carattere alquanto generale, senza cioè una reale specificazione delle misure da adottare, se non in sede – come nel caso della Svezia – di raccomandazioni circa l'applicazione delle disposizioni normative.

Più interessanti per noi, in quanto proponenti una strategia più complessa fondata su specifiche misure di carattere preventivo, civilistico e penale, paiono invece risultare i provvedimenti legislativi adottati dai Paesi francofoni, Francia e Belgio, rispettivamente con la *loi de modernisation sociale* del 17 gennaio 2002, e con la *loi relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail* dell'11 giugno 2002. Peraltro, mentre la normativa francese ha suscitato l'attenzione della dottrina comparatista, è curioso invece notare come la regolamentazione belga sia passata completamente sotto silenzio: non solo in termini di illustrazione e/o commento delle disposizioni ivi contenute – cosa parzialmente giustificabile in considerazione di una certa analogia con la corrispondente legge francese – ma anche in relazione alla mera sussistenza delle stesse. Basti pensare che anche laddove si fa esplicito riferimento al caso del Belgio ⁽³⁹⁾ si dimentica poi di menzionare l'esistenza di una legge in vigore oramai da quattro anni.

⁽³⁸⁾ Cfr. in particolare E. RAMBALDI, *op. cit.*, 299.

⁽³⁹⁾ Cfr. in particolare D. CANTISANI, *Mobbing. Analisi giuridica di un fenomeno sociale e aziendale*, Expert, Forlì, 2005, 98.

4.1. Occorre innanzitutto evidenziare come sia in Francia che in Belgio tali discipline si siano inserite in quadro normativo piuttosto complesso, non privo di strumenti giuridici atti a contrastare la violenza morale e fisica al lavoro. Si consideri in particolare l'ampia normativa in tema di licenziamento, nonché l'altrettanto ampia regolamentazione in tema di discriminazione. Si è in questo senso osservato come l'entrata in vigore di siffatte discipline non abbia fatto altro che duplicare inutilmente tutele già esistenti, con l'ulteriore conseguenza di una complicazione degli strumenti di protezione⁽⁴⁰⁾. In realtà, questa prospettiva di critica può essere accettabile solo nella misura in cui sia diretta a giudicare l'incisività delle tutele introdotte e non invece l'impianto finalistico delle nuove disposizioni. In questo senso è infatti evidente come l'assenza in tali ordinamenti di una norma generale come l'articolo 2087 c.c. abbia reso difficoltosa la configurabilità di un obbligo di protezione comprensivo della tutela della personalità morale del lavoratore, con la conseguente difficoltà a qualificare la condotta persecutoria in quanto tale, senza cioè collegarla a fini discriminatori. Ma al di là di ciò, in una prospettiva che quindi interessa anche il nostro ordinamento, si rileva come l'assenza di una specificazione della strategia di tutela sposti la problematica prevalentemente in una ottica sanzionatoria, peraltro priva di una sua idoneità specifica a reagire all'illecito in esame, ed escluda quasi totalmente la possibilità non solo di limitare ed evitare il rischio di comportamenti mobbizzanti, ma anche di evitare o limitare i danni conseguenti.

È proprio del resto in virtù di tali finalità preventive che è, a mio avviso, condivisibile la scelta dei legislatori francese e belga di definire la fattispecie non solo in relazione al bene tutelato, ma anche in relazione a una tipizzazione della condotta persecutoria, sebbene ciò – occorre ammettere – comporti inevitabilmente, in considerazione delle molteplici modalità con cui il *mobbing* può manifestarsi, un rischio di incompletezza del campo di applicazione. La scelta definitoria, peraltro, sembra lasciare in entrambi i casi ampie possibilità interpretative, in una prospettiva quindi di adeguamento flessibile rispetto ad una eventuale evoluzione e/o mutamento della condotta mobbizzante.

Primo elemento costitutivo della fattispecie, comune alla legge francese⁽⁴¹⁾ e belga⁽⁴²⁾, è la ripetitività dei comportamenti, con la conseguenza di escludere dalla nozione di *harcèlement* una condotta, sia pure lesiva della dignità del

⁽⁴⁰⁾ Cfr. in particolare F. BOCQUILLON, *Harcèlement moral au travail: une loi en trompe l'œil*, in *Droit Ovrier*, 2002, 278 ss.

⁽⁴¹⁾ L'art. L. 122-49, alinéa 1, *nouveau du Code du travail* prevede che "aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel".

⁽⁴²⁾ L'art. 32-ter, legge 4 agosto 1996, così integrata dalla legge 11 giugno 2002, definisce *harcèlement moral* "les conduites abusives et répétées de toute origine, externe ou interne à l'entreprise ou l'institution, qui se manifestent notamment par des comportements, des paroles, des intimidations, des actes, des gestes et des écrits unilatéraux, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'un travailleur ou d'une autre personne à laquelle le présent chapitre est d'application, lors de l'exécution de son travail, de mettre en péril son emploi ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant".

lavoratore, che abbia carattere isolato⁽⁴³⁾. Si noti che il legislatore francese non utilizza il termine *conduites*, bensì il termine *agissements* certamente più caratterizzato in senso di comportamento attivo. La dottrina prevalente⁽⁴⁴⁾ sembra peraltro superare il dato letterale considerando ai fini della costituzione della fattispecie anche comportamenti di carattere omissivo.

Altro elemento fondamentale è la lesività della condotta persecutoria. Sul punto peraltro è opportuno compiere due serie di considerazioni.

La prima concerne la non necessarietà della volontà di nuocere del molestatore. Entrambi i legislatori, infatti, qualificano espressamente la condotta mobbizzante in relazione all'oggetto o all'effetto della stessa, escludendo quindi il profilo soggettivo del dolo ai fini della configurazione della fattispecie. La questione tuttavia non è così semplice dal punto di vista applicativo in considerazione del tradizionale orientamento giurisprudenziale, soprattutto francese, che ha invece sempre considerato l'intenzionalità quale elemento assolutamente fondamentale. Orientamento che in Francia trova, infatti, ancora consistente traccia, sebbene in forma non espressa. Il riferimento è in particolare a quella giurisprudenza che nel valutare la distinzione tra *harcèlement moral* e normale esercizio del potere direttivo e di organizzazione individua quale elemento scriminante l'assenza totale di giustificazione, facendo quindi riemergere la dimensione intenzionale del fenomeno in esame⁽⁴⁵⁾. Meno rigoroso sembra invece essere l'orientamento giurisprudenziale belga⁽⁴⁶⁾, laddove nel valutare l'esistenza dell'*harcèlement* rispetto al normale esercizio dell'autorità, fa esplicito riferimento a criteri di prudenza e diligenza, da cui la rilevanza del profilo soggettivo della colpa, ma non necessariamente del dolo.

La seconda serie di considerazioni concerne invece lo stesso concetto di lesività della condotta. Al riguardo la normativa francese parla di condotta *susceptible de porter atteinte* (pregiudizio), valutandosi quindi gli effetti lesivi su un piano potenziale, senza la necessità che questi si siano concretamente verificati. Diversamente, la legislazione belga fa riferimento a condotte aventi per effetto *de porter atteinte*, così inquadrando *in prima facie* la nozione di lesività su un piano meramente attuale. Sul punto non vi sono, a quanto consta, pronunce giurisprudenziali, ma resta tuttavia alquanto improbabile che una siffatta letterale interpreta-

⁽⁴³⁾ Da evidenziare peraltro che il legislatore belga, differentemente da quello francese, ha predisposto una disciplina unitaria con riferimento alle problematiche della *violence au travail*, dell'*harcèlement moral* e dell'*harcèlement sexuel au travail*. Conseguentemente, una isolata condotta intimidatoria costituita da una aggressione o minaccia fisica o psichica, sia pure ontologicamente non riconducibile alla nozione di *harcèlement*, determina, in quanto *violence au travail*, l'applicazione delle medesime speciali disposizioni legislative.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. in particolare S. NADALET, *La legislazione francese sull'harcèlement moral*, in *QDLRI*, 2006, n. 29, 316; P. RAVISY, *Le harcèlement moral au travail*, Delmas, Paris, 2004; F. BOCQUILLON, *op. cit.*, 279.

⁽⁴⁵⁾ Non mancano peraltro sentenze in cui il riferimento al requisito della intenzionalità è più diretto. Cfr. in particolare Tribunal Grande instance de Paris 25 ottobre 2002, in *RJS*, 2003, 18. Da evidenziare poi che il requisito della intenzionalità costituisce elemento essenziale a fini penalistici. Cfr. in particolare Cass. crim. 21 giugno 2005 n. 04-86936, in *Bullettin criminel*, 2005, n. 187, 661.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. in particolare Court de travail de Bruxelles 5 febbraio 2004; Court de travail de Bruxelles 16 ottobre 2003.

zione possa avere seguito, in quanto determinerebbe una sostanziale equiparazione tra configurabilità della fattispecie e prova del danno, così confondendosi, in contrasto con la stessa *ratio* della norma, le finalità preventive con quelle restitutive. Più probabile invece una interpretazione che, in analogia con quanto espressamente previsto dal legislatore francese, individui l'attualità delle conseguenze solo a livello di oggettiva degradazione delle condizioni di lavoro, spostando conseguentemente il criterio di effettività del pregiudizio in un ambito prettamente risarcitorio.

Con riferimento infine all'oggetto della lesione (sia essa attuale o potenziale) le due legislazioni sono sostanzialmente simmetriche, prevedendosi, quali criteri qualificatori, il pregiudizio alla dignità, all'integrità fisica e/o psichica del lavoratore, nonché la messa in pericolo del suo avvenire professionale. Il legislatore francese aggiunge tuttavia, quale autonomo criterio qualificatorio, il pregiudizio ai diritti del salariato, espressione alquanto vaga che è stata peraltro precisata dal *Conseil Constitutionnel* ⁽⁴⁷⁾, inquadrando tali diritti nell'alveo dell'articolo L. 120-2 del *Code de travail*, secondo cui "Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché". Pare quindi evincersi una nozione di *mobbing* estendibile non solo a condotte materiali, ma anche ad atti giuridici. In altri termini, si comprenderebbero nella fattispecie in esame ipotesi di illecito che la nostra prevalente dottrina riconduce invece alla diversa figura dell'abuso di diritto, intendendo per tale "l'esercizio della posizione giuridica per un fine diverso da quello riconosciuto e protetto dall'ordinamento" e che "si realizza quando l'atto che ne costituisce l'esercizio è dotato di una causa concreta difforme dalla causa astratta tipica" ⁽⁴⁸⁾.

4.2. Sostanzialmente simile è l'impianto preventivo predisposto dai due legislatori, in virtù della comune inclusione della tutela dei lavoratori contro il *mobbing* nel generale obbligo di prevenzione in materia di salute e sicurezza. Tuttavia, la normativa francese si limita a prevedere l'obbligo datoriale di integrare la strategia di prevenzione segnatamente per quanto riguarda i rischi legati all'*harcèlement* ⁽⁴⁹⁾, la disciplina belga, invece, si preoccupa altresì di indicare le misure minime da realizzare attraverso una dettagliata elencazione ⁽⁵⁰⁾, divisibile

⁽⁴⁷⁾ Conseil Constitutionnel 12 gennaio 2002 n. 2001-455.

⁽⁴⁸⁾ Virgolettati da M.T. CARINCI, *op. cit.*, 46.

⁽⁴⁹⁾ Vedi art. L. 230, alinea 2, così modificato dalla legge del gennaio 2002.

⁽⁵⁰⁾ L'art. 32-*quater*, legge del 4 agosto 1996 (così modificata dalla legge dell'11 giugno) prevede che: "L'employeur détermine les mesures à prendre pour protéger les travailleurs contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. Ces mesures qui doivent être adaptées à la nature des activités et à la taille de l'entreprise portent au minimum sur : 1° les aménagements matériels des lieux de travail afin de prévenir la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail; 2° la définition des moyens mis à la disposition des victimes pour obtenir de l'aide et de la manière de s'adresser au conseiller en prévention et à la personne de confiance désignés pour les faits de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail; 3° l'investigation rapide et en toute impartialité des faits de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail; 4° l'accueil, l'aide et l'appui requis aux victimes; 5° les mesures de prise en charge et de remise au travail des victimes; 6° les obligations de la ligne hiérarchique dans la prévention des faits

in tre categorie di azioni: la prima comprendente le misure aventi per obiettivo la prevenzione del rischio; la seconda, la prevenzione del danno; la terza, la limitazione del danno stesso nel caso in cui la prevenzione sia fallita. Più dettagliata è la normativa belga anche in relazione alle disposizioni di coordinamento degli strumenti normativi già esistenti con i nuovi obiettivi di tutela. Mentre infatti il legislatore francese si è limitato ad estendere le attribuzioni del Comitato per la sicurezza (CHSCT) al problema del *mobbing*, nonché a rendere esercitabile il diritto *d'alerte* da parte dei delegati del personale anche nel caso di rischio di lesione alla salute mentale dei lavoratori, il legislatore belga ha ridefinito nello specifico gli obblighi e le competenze di tutti i soggetti attori della prevenzione⁽⁵¹⁾, prevedendo inoltre l'obbligo per tutte le imprese di designare, sulla base di un accordo preliminare dei rappresentanti sindacali, un *conseiller de prevention* specializzato sui temi in esame. Tale figura oltre ad avere compiti specifici in materia di consulenza e formazione sul *mobbing*, assume su richiesta specifica del lavoratore anche un ruolo di mediazione, sia pure solo a livello informale, sul presupposto che *le conseiller* non deve fare rapporto al datore e neppure raccogliere testimonianze, ma semplicemente cercare di risolvere i problemi relazionali tra molestato e molestatore. In caso di insuccesso, *le conseiller* riceve poi l'eventuale istanza formale di lamentela (il c.d. *plainte motivée*) e avvia la procedura di informazione del datore, invitandolo a prendere idonei provvedimenti. Anche nella disciplina francese esiste una specifica procedura di mediazione, procedura peraltro alquanto depotenziata in seguito all'intervento correttivo della *loi* del 3 gennaio 2003. Nella versione originaria dell'articolo L. 122-54 introdotta dalla *loi* del 17 gennaio 2002, il lavoratore che si considerava vittima di *harcèlement moral* poteva avviare la procedura, scegliendo il mediatore, soggetto esterno all'impresa, all'interno di una lista di personalità designate in funzione della loro autorità morale e delle loro competenze nella prevenzione dell'*harcèlement moral*⁽⁵²⁾. Nella nuova versione la scelta deve invece avvenire sulla base di un accordo tra la vittima e l'autore presunto della condotta mobbizzante. La *ratio* di siffatta modifica è individuabile nell'evitare un utilizzo abusivo del dispositivo; ma se è condivisibile in questo senso la previsione di criteri e/o condizioni al fine dell'avviamento della procedura, non altrettanto condivisibile è la identificazione di siffatti requisiti nella necessità di un accordo preliminare, in quanto non si tiene conto della maggiore debolezza del soggetto molestato, con il rischio di determinare o una situazione di stallo o la scelta di un mediatore non sufficientemente imparziale⁽⁵³⁾. La *loi* del 2003 ha anche abro-

de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail; 7° l'information et la formation des travailleurs; 8° l'information du comité".

(51) Si veda oltre alla legge dell'11 giugno 2002, anche l'Arrete royal dell'11 luglio 2002.

(52) La lista era redatta dal Prefetto dopo consultazione ed esame delle proposte di candidatura delle associazioni che si occupano di *harcèlement moral* o *sexuel* e delle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale.

(53) Cfr. sul punto L. MILET, *Le harcèlement moral au travail*, in *Revue Pratique de Droit Social*, 2003, 279. Vedi anche S. NADALET, *op. cit.*, 322-323, il quale sottolinea che "la necessità di un accordo preliminare [...] non tiene conto [...] che tale circostanza può essere un ulteriore fattore di fragilità per il dipendente e che lo espone ad eventuali nuove pressioni da parte della sua gerarchia".

gato la disposizione in virtù della quale il *mediateur* doveva convocare le parti, le quali dovevano comparire nel termine di un mese. La funzione di conciliazione assume quindi carattere facoltativo e non più obbligatorio.

4.3. Entrambe le normative prevedono specifici rimedi in caso di rappresaglie professionali subite dal lavoratore a seguito di condotte mobbizzanti di cui sia stato vittima o testimone. Comune è in particolare la previsione di una specifica ipotesi di illegittimità dello scioglimento del contratto connesso a episodi di *harcèlement* ⁽⁵⁴⁾. La disciplina francese si limita peraltro a sancire la nullità della *rupture du contrat*, laddove il legislatore belga si sofferma invece a precisare le conseguenze in caso di illegittimo licenziamento ⁽⁵⁵⁾. Sostanzialmente analoghe sono tuttavia le conseguenze applicative. In caso di reintegrazione, l'impresa dovrà pagare la totalità delle retribuzioni perdute, più l'eventuale risarcimento dei danni subiti. In difetto di reintegrazione dovrà invece pagare una indennità di cessazione del rapporto nonché il risarcimento del danno subito a causa dell'illegittimo licenziamento. Da evidenziare che la normativa belga esonera dalla prova del danno qualora il *travailleur* scelga, in alternativa al risarcimento, una indennità forfetaria pari alla remunerazione lorda di sei mesi. Più favorevole è la normativa francese, in quanto, in applicazione delle disposizioni generali in caso di licenziamento nullo *ex* articolo L. 122-14-4, l'indennità forfetaria di sei mesi ivi prevista, può cumularsi con il risarcimento del maggior danno ⁽⁵⁶⁾. La stessa normativa francese, peraltro, non si preoccupa, diversamente dal legislatore belga, di parificare gli effetti del licenziamento alle dimissioni del lavoratore per fatti di *mobbing*. Si limita unicamente a sancire la nullità delle dimissioni, da cui un vuoto di tutela in caso il lavoratore (come spesso accade) non accetti il reintegro nell'impresa. Dottrina e giurisprudenza risolvono peraltro alla radice il problema, riqualificando le dimissioni in licenziamento *dénué de cause réelle et sérieuse*.

Misure ripristinatorie sono previste anche in relazione ad atti discriminatori di carattere persecutorio, diversi dal licenziamento, con la conseguente ed ulteriore possibilità del lavoratore di chiedere il risarcimento del danno in costanza di rapporto. Al riguardo, la legislazione belga, con riferimento a modifiche unilaterali delle condizioni di lavoro, parifica il regime delle conseguenze risarcitorie

⁽⁵⁴⁾ Entrambe le discipline non hanno carattere retroattivo, applicandosi quindi solo a fatti posteriori alla entrata in vigore delle rispettive leggi. Sul punto vedi, per la Francia, Cass. soc. 15 febbraio 2006 n. 04-43114; Cass. soc. 14 dicembre 2005 n. 03-47593. Per il Belgio vedi Tribunal du travail de Turnhout 10 luglio 2003; Tribunal du travail de Bruxelles 24 novembre 2003, in cui peraltro si afferma l'applicabilità della normativa a fatti anteriori, qualora questi proseguano nella fase successiva alla sua entrata in vigore. Ciò a condizione che non si rimettano in gioco diritti definitivamente acquisiti.

⁽⁵⁵⁾ Occorre rilevare che la normativa belga prevede l'applicabilità dello speciale regime di tutela solo nei confronti di quei lavoratori che abbiano precedentemente depositato una istanza motivata di lamentela (la c.d. *plainte motivée*) o esercitato una azione giudiziaria. Naturalmente il datore resta libero di licenziare il lavoratore per motivi diversi da quelli indicati nella *plainte*. Sul punto cfr. in particolare Tribunal du travail de Louvain 3 giugno 2004, in cui si rileva altresì l'utilizzo abusivo della procedura di *plainte*, al solo scopo di rivendicare l'*indemnité de protection* prevista dalla legge.

⁽⁵⁶⁾ Sul punto cfr. in particolare B. LAPEROU, B. SHENEIDER, *Les mesures de lutte contr e le harcèlement moral*, in *DS*, 313 ss.

con quello del licenziamento; da cui, in particolare, la possibilità del lavoratore di ricevere una indennità forfetaria di sei mesi di retribuzione, senza necessità di provare il danno.

4.4. Tra le misure di tutela, con riferimento a ipotesi di *harcèlement* non proveniente dal datore di lavoro (il c.d. *mobbing* orizzontale) vi è certamente anche l'esercizio del potere disciplinare nei confronti dell'autore della molestia. È dubbio invece che un siffatto esercizio sia obbligatorio. In Belgio, la *loi* dell'11 giugno 2002⁽⁵⁷⁾ prevede sì che il datore, in caso di *harcèlement*, debba prendere le misure appropriate, ma non indica la sanzione disciplinare tra le misure minime di tutela. Ugualmente, in Francia, per un verso, l'articolo L. 122-49 impone al datore di adottare tutti i provvedimenti necessari al fine di prevenire comportamenti mobbizzanti, per altro verso, l'articolo L. 122-50, si limita a disporre la mera assoggettività del lavoratore a sanzioni disciplinari. Parrebbe quindi intendersi il carattere meramente eventuale dell'azione disciplinare, potendo questa essere sostituita mediante l'adozione di altre misure, per esempio, concernenti una riorganizzazione dei posti di lavoro.

Parte della dottrina, soprattutto francese⁽⁵⁸⁾, è tuttavia contraria a una siffatta interpretazione, in quanto avrebbe come conseguenze di rendere inutile la previsione normativa, tenuto conto che la possibilità del datore di sanzionare comportamenti vessatori era considerata legittima dalla giurisprudenza anche prima dell'intervento del legislatore nel 2002. A sostegno di tale tesi si fa riferimento a quell'orientamento giurisprudenziale⁽⁵⁹⁾ che sulla base di una analoga disposizione in materia di *harcèlement sexuel*, aveva dedotto una limitazione delle valutazioni discrezionali del datore, stabilendo che il licenziamento di un lavoratore per molestia sessuale doveva assumere la qualificazione di *faute grave*, incompatibile quindi con il pur temporaneo mantenimento del lavoratore nell'azienda.

4.5. Con riferimento al profilo risarcitorio, è da osservare come nessuna disposizione legislativa si preoccupi di qualificare la natura del danno risarcibile. Peraltro, sia l'ordinamento francese che quello belga rappresentano due sistemi risarcitori che non hanno mai avuto difficoltà a trovare applicazione anche al di fuori dal nucleo costituito da lesioni fisiche o psichiche, qualificabili in senso nosografico. Sia nella prospettiva della responsabilità extracontrattuale, in considerazione della generalità dei termini di cui all'articolo 1382 del *Code civil* – disposizione identica (anche nella numerazione) per entrambi gli ordinamenti – sia nella prospettiva della responsabilità contrattuale, non viene fatta alcuna distinzione giuridica tra *dommage matériel* e *préjudice moral*, con la conseguenza che il soggetto leso può chiedere la riparazione integrale del danno, sia esso patrimoniale o extrapatrimoniale.

⁽⁵⁷⁾ Vedi art. 32-*septies*, legge 4 agosto 1996 *relative au bien-être de travailleurs*, così modificata dalla legge dell'11 giugno 2002.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. in particolare C. DABURON, *Loi relative au harcèlement moral. La reconnaissance tardive d'un risque inherent l'activité professionnelle*, in *RJS*, 2002, 719 ss.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. in particolare Cass. soc. 5 giugno 2002.

A questa flessibilità del sistema non corrisponde però sempre una effettiva presa in considerazione dei riflessi immateriali della lesione. La dottrina francese ⁽⁶⁰⁾, in particolare, ha evidenziato che non sono molte le sentenze nel panorama giurisprudenziale, che si sono mostrate generose con il lavoratore vittima di *mobbing*.

La mancanza di una linea di demarcazione tra danno materiale e danno immateriale, infatti, se, per un verso, non pone problemi da un punto di vista della natura del danno risarcibile, per altro verso, rischia di sottostimare le differenti voci di non patrimonialità del danno. È del resto proprio al fine di evitare che l'eccessiva astrazione dell'articolo 1382 del *Code civil* attenuasse la funzione riparatrice di certi pregiudizi, che il legislatore francese è più volte intervenuto a sancire espressamente l'indennizzo del pregiudizio morale ⁽⁶¹⁾.

Al di fuori di tali ipotesi, la riparabilità del danno extrapatrimoniale è lasciata alla sensibilità del giudice e alla sua capacità di non sovrapporre nella valutazione complessiva del danno gli elementi materiali a quelli immateriali. È peraltro da rilevare come la giurisprudenza abbia elaborato specifiche categorie di danno morale, costituenti, sia pure meramente a livello descrittivo, voci risarcitorie autonome. È il caso ad esempio del *préjudice fonctionnel d'agrément*, del *préjudice sexuel*, della *souffrance physique ou morales*, del *préjudice juvenile*, del *préjudice d'affection*.

Con riferimento, in particolare, al danno da lesione contrattuale, occorre notare che è oramai pacifica in dottrina, soprattutto francese ⁽⁶²⁾, una nozione ampia di prevedibilità del danno, comprensiva non solo dei danni *intrinseques*, relativi cioè all'oggetto stesso della obbligazione ineseguita, ma anche dei danni *extrinseques*, relativi a tutti i pregiudizi indennizzabili secondo un criterio di ragionevolezza, fino a comprendere la protezione anche di quegli interessi circostanti che possono risultare lesi durante la fase di esecuzione del rapporto.

Occorre peraltro ricordare che in Francia, diversamente che in Belgio e nella stessa Italia, la vittima non può sfruttare gli eventuali vantaggi, in termini di entità del danno, derivanti dalla configurabilità della lesione anche in un ambito extracontrattuale, essendo alquanto rigorosa la regola del *non-cumul* ⁽⁶³⁾. Da cui la sostanziale impossibilità che, relativamente allo stesso danno, assoggettato già a responsabilità contrattuale, concorra, sia pure in via meramente alternativa, la responsabilità aquiliana ⁽⁶⁴⁾. Con specifico riferimento all'*harcèlement moral*, si consideri come la giurisprudenza francese tenda a qualificare la responsabilità del datore in termini extracontrattuali *ex* articolo 1382 del *Code civil* in caso di

⁽⁶⁰⁾ Cfr. in particolare P. RAVISY, *op. cit.*, 200 ss.

⁽⁶¹⁾ Cfr. in particolare l'art. 626 *Code de procédure pénale* sul danno morale in conseguenza di un errore giudiziario.

⁽⁶²⁾ Cfr. in particolare X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGGJ Collection, Montchrestien, 2004, 72 ss.

⁽⁶³⁾ Cfr. in particolare P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Paris 1998.

⁽⁶⁴⁾ Da evidenziare peraltro che parte della dottrina è favorevole al superamento del divieto del cumulo qualora alla responsabilità contrattuale si associ un illecito penalmente sanzionato. Cfr. in particolare, G. VINEY, *Les actes su preposé dont le commettant n'a pas à répondre, sur le fondement de l'article 1384, alinea 5, du Code civil*, in *Dalloz, jurisprudence*, 1986, II.

mobbing proveniente dallo stesso datore di lavoro (il c.d. *bossing*)⁽⁶⁵⁾ e, per contro, in termini di responsabilità contrattuale nei restanti casi⁽⁶⁶⁾.

Le differenze dei due ambiti di responsabilità sono tuttavia ulteriormente attenuate dalla presenza di una univoca disciplina in materia di prova. Entrambe le normative contengono, infatti, uno specifico meccanismo di alleggerimento dell'onere probatorio. Similmente a quanto già previsto dalle direttive CE in materia di discriminazione, si prevede che la prova sulla inesistenza della condotta mobbizzante sia a carico della parte convenuta, qualora l'attore dimostri dei fatti che permettano di presumere l'esistenza dell'*harcèlement*. In questo senso, le mere affermazioni o impressioni che non siano oggettivamente e/o riferibili a persone identificate non determinano l'inversione dell'onere probatorio⁽⁶⁷⁾. La disciplina francese nella sua versione originaria riteneva sufficiente la dimostrazione di semplici "elementi di fatto", anche se invero le *Conseil Constitutionnel* del 2002 aveva già alquanto ristretto la portata di tale disposizione richiedendo che tali elementi fossero precisi e concordanti.

Tali regole sulla distribuzione del carico probatorio riguardano esclusivamente la materia civile, con esclusione inoltre di tutte le disposizioni più favorevoli. Al riguardo, è da rilevare come la normativa belga preveda uno specifico e più incisivo sistema di inversione dell'onere probatorio con riferimento a ipotesi di licenziamento o di modificazioni unilaterali di elementi fondamentali del contratto, successive a episodi di *harcèlement*. L'inversione, in particolare, opera nei dodici mesi che seguono il deposito della *plainte motivée*, e, dopo l'avvio di una azione giudiziaria, fino ai quattro mesi successivi al passaggio in giudicato del giudizio.

4.6. Veniamo infine alla tutela penale. Entrambi gli ordinamenti, diversamente da quello italiano⁽⁶⁸⁾, prevedono una autonoma fattispecie penale di *mobbing*, fermo restando la piena operatività del diritto penale comune, qualora l'azione mobbizzante sia costitutiva di ulteriori fattispecie (minaccia, aggressione fisica e psichica, ecc.).

In Francia, la *loi de modernisation sociale* del 17 gennaio 2002, nel disciplinare la fattispecie in esame, non solo introduce nel *Code de travail* una specifica san-

⁽⁶⁵⁾ Sulla natura extracontrattuale della responsabilità in caso di persecuzione esercitata direttamente dal datore di lavoro si è espressa fin da subito la prevalente giurisprudenza. Cfr. in particolare Tribunal Grande Instance de Bobigny 7 dicembre 1999. Si nota in ogni caso il ricorso alla disciplina lavoristica qualora il danno subito dal lavoratore sia collegato alla *occasion de travail* ex art. L. 411 del codice di sicurezza sociale e quindi rientrante nella tutela degli infortuni sul lavoro.

⁽⁶⁶⁾ Ciò sulla base del richiamo al principio della buona fede, riconosciuto esplicitamente in seguito all'inclusione della tutela della dignità del lavoratore tra gli obblighi di salute e sicurezza. Si noti però la presenza di alcune sentenze che in caso di illeciti civili commessi dal lavoratore nei confronti del collega richiamano la responsabilità extracontrattuale ex art. 1384, comma 5. Cfr. in particolare Court. App. Aix-en-Provence 18 dicembre 2001, in *DS*, 2002, 701.

⁽⁶⁷⁾ Per la giurisprudenza belga cfr. in particolare Tribunal du travail de Turnhout 10 luglio 2003. Cfr. anche Cassation 31 gennaio 2005 n. S040083F, in cui si ribadisce come l'inversione dell'onere probatorio di cui all'art. 32-*undecies* della legge del 4 agosto 1996 operi solo dopo che le parti hanno stabilito "conformément aux articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire" la materialità dei fatti che esse allegano.

⁽⁶⁸⁾ Sulla tutela penale in materia di *mobbing* cfr. in particolare C. PERINI, *La tutela penale del mobbing*, in *QDLRI*, 2006, n. 29, 155 ss.

zione penale ⁽⁶⁹⁾, ma aggiunge altresì una specifica ipotesi incriminatoria nel *Code pénal* ⁽⁷⁰⁾, sulla base, peraltro, di una definizione pressoché identica di *harcèlement*. Ciò ha dato origine a qualche difficoltà di coordinamento tra le due norme, soprattutto in una prospettiva di giustificazione della duplice tutela. A tal fine, alcuni autori hanno individuato un profilo di differenziazione nella maggiore estensione applicativa della norma del *Code pénal*, rivolta a sanzionare condotte moleste nei luoghi di lavoro, a prescindere dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato ⁽⁷¹⁾. Resta naturalmente possibile oltre che probabile l'ipotesi di operatività di entrambe le disposizioni penali. Al riguardo le *Conseil Constitutionnel* ⁽⁷²⁾ ha affermato la legittimità del concorso delle due incriminazioni, precisando, tuttavia, che, in applicazione del principio di proporzionalità delle pene, le sanzioni applicate non possono eccedere il massimo legale più elevato.

In Belgio, già dal 1998, quindi, decisamente prima della *loi* dell'11 giugno 2002 è presente una specifica ipotesi incriminatoria contenuta nell'articolo 442-*bis* del *Code pénal* ⁽⁷³⁾. Si tratta, peraltro, di una norma dal campo di applicazione decisamente vasto, estendendosi anche al di fuori delle molestie nel luogo di lavoro. Non viene infatti fornita alcuna definizione legale del concetto di *harcèlement*, limitandosi a prevedere l'applicazione della sanzione nei confronti di chiunque abbia molestato una persona, allorché sapeva o avrebbe dovuto sapere che tale condotta avrebbe gravemente compromesso la tranquillità della stessa. Ne consegue una funzione complementare di tale norma rispetto all'impianto preventivo di cui alla *loi* dell'11 giugno 2002, non integrandosi tuttavia con la nozione di *harcèlement* ivi contenuta.

La stessa legge del 2002, d'altra parte, introduce una specifica sanzione penale ⁽⁷⁴⁾, peraltro, in relazione non alla effettuazione in quanto tale della condotta mobbizzante, bensì al non aver messo fine all'*harcèlement* nel termine fissato dal giudice competente *ex* articolo 32-*decies* ⁽⁷⁵⁾ della *loi sur le bien-être*. Da evidenziare che tale norma prevede espressamente la possibilità del giudice di fissare un termine anche nei confronti del datore di lavoro, così deducendosi l'eventualità di una sua responsabilità penale anche in assenza di una sua condotta attiva. Ciò diversamente da quanto previsto dal legislatore francese. Una ulteriore ipotesi di responsabilità indiretta del datore si rileva del resto nella operatività delle sanzioni penali della *loi sur le bien-être* in caso di violazione delle disposizioni ivi

⁽⁶⁹⁾ L'art. L. 152-1-1 *Code du travail* prevede una pena detentiva di un anno e un ammenda di 3.750 euro.

⁽⁷⁰⁾ L'art. 222-33-2 *Code pénal* prevede una pena detentiva di un anno e un ammenda di 15.000 euro.

⁽⁷¹⁾ Cfr. in particolare E. MONTEIRO, *Le concept de harcèlement dans le code pénal et le code du travail*, in *Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2003, 282.

⁽⁷²⁾ Cons. Cost. decision n. 2001-455 12 gennaio 2002.

⁽⁷³⁾ Tale articolo prevede una pena detentiva da 15 giorni ad 1 anno e un'ammenda da 50 a 300 euro. Da evidenziare, peraltro, che l'art. 442-*ter* introdotto dalla legge del 25 febbraio 2003 in materia di lotta contro le discriminazioni, prevede che i minimi delle suddette pene possano essere raddoppiati quando i motivi della condotta mobbizzante siano connessi a ragioni di carattere discriminatorio.

⁽⁷⁴⁾ L'art. 88-*bis*, legge 4 agosto 1996, prevede in tali ipotesi una pena detentiva da 8 giorni ad 1 mese ed una ammenda da 26 a 500 euro, o una solamente di queste pene.

⁽⁷⁵⁾ Articolo introdotto dalla legge dell'11 giugno 2002.

contenute ⁽⁷⁶⁾. Il riferimento è sia all'ipotesi specifica di cui all'articolo 32-*septies*, in base al quale il datore di lavoro deve prendere le misure appropriate nel momento in cui viene a conoscenza di episodi di *harcèlement*, sia all'ipotesi generale di cui all'articolo 32-*quater* laddove si impone al datore di predisporre un adeguato sistema prevenzionale.

Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparati – Riassunto. *L'A., muovendo da alcune considerazioni sul ruolo dell'art. 2087 c.c. nel sistema di responsabilità contrattuale per danno alla persona, giunge ad occuparsi con specifica attenzione del mobbing sottolineando, da una parte, la completezza della disposizione codicistica in funzione di tutela risarcitoria, e, dall'altra, la sua non adeguatezza in funzione di tutela preventiva. Da tali differenti gradi di funzionalità delle tutele l'A. evidenzia problematiche diverse riguardo la necessità o no di definire da parte del legislatore il fenomeno del mobbing. Si dà conto, in questo senso, degli indirizzi del legislatore comunitario per poi giungere ad analizzare a livello comparato le diverse modalità di regolamentazione della fattispecie, sia a livello di tutela risarcitoria, che prevenzionale-repressiva. Particolare attenzione viene riservata alle specifiche legislazioni di Francia e Belgio.*

A comparative overview of bullying in the workplace: prevention and damages (Article in Italian) – Summary. *This paper examines certain aspects of Article 2087 of the Italian Civil Code concerning contractual liability for personal damages, focusing in particular on workplace mobbing and harassment. It is argued that the Civil Code makes adequate provision for compensation, while failing to provide effective preventive measures. In connection with this uneven level of protection, the paper discusses issues relating to the definition of workplace mobbing on the part of the legislator. In addition consideration is given to EU provisions, and to a comparative overview of the various means for regulating workplace mobbing, both in terms of compensation and preventive measures. Finally, particular attention is paid to the legislation of France and Belgium.*

⁽⁷⁶⁾ L'art. 81, legge 4 agosto 1996, prevede in tali ipotesi una pena detentiva da 8 giorni ad 1 anno e una ammenda da 50 a 1000 euro.

Esperienza e prospettive nel Regno Unito

Nicola Ghirardi

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Responsabilità contrattuale per danni da *mobbing*. – 3. Responsabilità extracontrattuale. – 4. Previsioni legislative. – 5. *Protection from Harassment Act 1997*. – 6. *Mobbing* e legislazione antidiscriminatoria. – 7. Definizione di *mobbing*. – 8. Responsabilità solidale del datore di lavoro. – 9. Dimissioni estorte tramite comportamenti di *mobbing*. – 10. Risarcimento dei danni. – 11. *Dignity at Work Bill*. – 12. Conclusione.

1. Il fenomeno del *mobbing*, nato inizialmente dagli studi della scienza medica, e in particolare di H. Leymann ⁽¹⁾ e H. Ege ⁽²⁾, è successivamente approdato nelle aule giudiziarie, suscitando un acceso dibattito sia in dottrina ⁽³⁾ che in giurisprudenza, in quasi tutti i Paesi europei. L'emergere del fenomeno può essere correlato al passaggio da un sistema produttivo di tipo industriale, basato sulla produzione di beni materiali, a uno post-industriale, basato sulla produzione di beni immateriali, in cui il lavoratore, più che sul piano fisico, è esposto a rischi relativi alla sfera psicologica, dovuti principalmente allo stress lavorativo ⁽⁴⁾. Il diritto del lavoro si trova quindi a dover fornire risposte adeguate alla nuova realtà produttiva, per cui sembra particolarmente interessante esaminare come i diversi ordinamenti nazionali affrontano le questioni più attuali, come ad esempio il *mobbing*. Il presente articolo intende analizzare come il fenomeno sia affrontato dall'ordinamento inglese, evidenziando le differenze e le somiglianze con

* Nicola Ghirardi è dottorando di ricerca in Diritto del lavoro e collaboratore del Dipartimento di Studi del lavoro presso l'Università degli Studi di Milano.

⁽¹⁾ H. LEYMAN, *Mobbing: Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1993; H. LEYMAN, *The content and development of mobbing at work*, in *European journal of work and organizational psychology*, 1996, n. 5, 2.

⁽²⁾ H. EGE, "Mobbing", *che cos'è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Pitagora, Bologna, 1996, e ID., *Dalle origini del mobbing alla valutazione del danno*, in *LG*, 2003, 316.

⁽³⁾ Nel caso italiano, si segnalano, tra gli altri, F. AMATO, M.V. CASCANO, L. LAZZERONI, A. LOFFREDO, *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutela*, Giuffrè, Milano, 2002. M. MISCIONE, *Mobbing, norma giurisprudenziale (la responsabilità da persecuzione nei luoghi di lavoro)*, in *LG*, 2003, 30; R. DEL PUNTA, *Il mobbing, l'illecito e il danno*, in *D&L*, 2003, 539; R. NUNIN, *Mobbing, onere della prova e risarcimento del danno*, in *LG*, 2000, 835; F. NISTICÒ, *Mobbing o pregiudizio alla personalità morale?*, in *LG*, 2003, 327; M.T. PALATUCCI, *Il "mobbing" nei luoghi di lavoro: riflessioni in tema di responsabilità datoriale e risarcimento del danno*, in *LG*, 2004, 20.

⁽⁴⁾ P. ICHINO, *The Changing Structure and Contents of the Employer's Legal Responsibility for Health and Safety at Work in Post-Industrial Systems*, in *IJCLIR*, 2006, n. 4.

l'ordinamento italiano, al fine di individuare spunti di riflessione e di interpretazione.

Nonostante una risoluzione del Parlamento Europeo ⁽⁵⁾, ancora poche legislazioni nazionali, a livello europeo, hanno introdotto una specifica regolamentazione del fenomeno (fanno eccezione, allo stato attuale, solo Francia, Svezia e Belgio) ⁽⁶⁾ per cui il quadro normativo è molto frastagliato anche a livello nazionale, tanto che si è parlato di *fattispecie in cerca d'autore* ⁽⁷⁾ e di *fantasma che si aggira per le aule giudiziarie* ⁽⁸⁾.

Non fa eccezione il Regno Unito, dove l'unica proposta di legge in materia (*Dignity at Work Bill*), elaborata nel 1997, è ancora lontano dal divenire legge ⁽⁹⁾. Nonostante questo, anche l'ordinamento inglese, soprattutto per via giurisprudenziale, ha trovato, al suo interno, gli strumenti per la repressione delle condotte di *mobbing*. In particolare, due recentissime sentenze – le prime che affrontano specificamente il problema –, forniscono interessanti spunti interpretativi ⁽¹⁰⁾.

Prima di passare all'analisi giuridica, è curioso notare, dal punto di vista linguistico, come nel Regno Unito non venga usato il termine, inglese, *mobbing* (letteralmente “accerchiare”, “attaccare in gruppo”) ⁽¹¹⁾, impiegato nella maggior parte dei Paesi europei, ma piuttosto il termine *bullying* (traducibile come “bullismo”), inizialmente riferito ad atteggiamenti di sopruso e violenza tenuti in ambito militare, ma poi esteso anche all'ambito scolastico e a quello lavorativo.

2. Venendo all'analisi giuridica del fenomeno, il *mobbing* può costituire, nel diritto inglese, un inadempimento contrattuale (*breach of contract of employment*). L'ordinamento britannico prevede un'ampia libertà per le parti di definire i loro rapporti contrattuali (*freedom of contract*), lasciando liberi i soggetti di scegliere i termini e le condizioni ritenute più opportune per regolamentare i propri rapporti economici, ma la giurisprudenza, secondo un percorso tipico della *common law* britannica, ha ritenuto che nel contratto di lavoro debbano ritenersi implicite alcune obbligazioni (*implied terms*), anche se non siano previste espressamente dalle parti. La più risalente e rilevante è senza dubbio l'obbligazione per il datore di lavoro di prendersi ragionevolmente cura della salute dei propri lavoratori (*obligation to take reasonable care of health and safety of employees*) ⁽¹²⁾. La giurisprudenza ha quindi affermato che il datore di lavoro è responsabile non

⁽⁵⁾ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo sul mobbing sul posto di lavoro*, 2001/2339 (INI). Il testo della Risoluzione e della relativa Relazione sono disponibili sul sito del Centro Studi Internazionali e Comparati “Marco Biagi”, www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Mobbing*.

⁽⁶⁾ Per un quadro comparato sul tema vedi A. RUSSO, *Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparati*, che precede, in *q. Fascicolo*.

⁽⁷⁾ P. TOSI, *Il mobbing, una fattispecie in cerca d'autore*, in *ADL*, 2003, 651.

⁽⁸⁾ F. CARINCI, *Il mobbing: un fantasma si aggira per le aule giudiziarie*, in *LG*, 2003, 1097.

⁽⁹⁾ Vedila in *Boll. Adapt*, 2006, n. 63. Il *Bollettino Adapt* può essere consultato sul sito del Centro Studi Internazionali e Comparati “Marco Biagi”, www.csmb.unimo.it.

⁽¹⁰⁾ Il fenomeno del *mobbing* sta assumendo grande rilevanza non solo a livello giuridico, ma anche socio-logico. In merito, si legga C. WOLFF, *Ousting the workplace bully: learning from experience*, in *IRS Employment Review*, 2006, n. 94, 8.

⁽¹¹⁾ Sull'origine del termine R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito di mobbing*, in *RIDL*, 2004, I, 489.

⁽¹²⁾ Si veda il caso *Sutherland v. Patton* [2002] EWCA Civ 76.

soltanto per i danni fisici subiti dal lavoratore, ma anche di quelli psicologici, come nell'ipotesi del *mobbing*, che provoca, nella maggior parte dei casi, danni alla sfera psichica (ansia, stress, depressione). In ambito lavoristico, l'esistenza della obbligazione di tutelare la salute non solo fisica ma anche psichica del dipendente è stata riconosciuta, soprattutto, in relazione a casi di stress dovuto alla prestazione lavorativa, come nel recente caso *Walker v. Nothumberland County Council* ⁽¹³⁾. Inoltre, la giurisprudenza ha ritenuto che nel contratto di lavoro sia implicita anche un'obbligazione per il datore di lavoro di agire secondo buona fede (*to act in good faith*), in maniera tale da non ledere il rapporto di reciproca fiducia con il lavoratore ⁽¹⁴⁾. I comportamenti vessatori costituenti *mobbing* possono quindi venire in rilievo anche quali violazione di questa norma contrattuale stabilita dalla giurisprudenza ⁽¹⁵⁾.

3. In caso di *mobbing*, il lavoratore può agire nei confronti del datore di lavoro anche sulla base di responsabilità extracontrattuale (*tortious liability*), laddove vi sia la violazione di un obbligo previsto dall'ordinamento, da intendersi quindi comprensivo anche delle regole elaborate in sede giurisprudenziale, il c.d. *case law* ⁽¹⁶⁾. In questo caso viene in rilievo l'obbligo in capo al datore di lavoro di garantire la sicurezza e la salute del lavoratore, tenendo in considerazione che, anche in questo caso, deve aversi riguardo non solo all'integrità fisica, ma anche a quella psichica, come affermato in *White v. Chief constable of South Yorkshire Police* ⁽¹⁷⁾.

La relazione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sul punto è piuttosto complessa, ed è stato osservato ⁽¹⁸⁾ che nonostante l'obbligazione di garantire la sicurezza e la salute del lavoratore possa trovare riscontro rispetto ad entrambe le ipotesi di responsabilità, il contenuto dell'obbligazione rimane, alla fine, il medesimo, in quanto la giurisprudenza normalmente utilizza i parametri elaborati in relazione alla responsabilità extracontrattuale al fine di stabilire gli *implied terms* del contratto di lavoro. In ogni caso, tale complessa relazione perde in parte di rilevanza se si considera che, negli ultimi anni, l'attenzione della giurisprudenza si è spostata principalmente sul *Protection from Harassment Act 1997*, di cui si dirà ⁽¹⁹⁾.

⁽¹³⁾ *Walker v. Nothumberland County Council*, in *IRLR*, 1995, 35.

⁽¹⁴⁾ Si veda, in particolare, *Eastwood v. Magnox Electric plc*, in *IRLR*, 2004, 732; in dottrina si veda H. COLLINS, K. EWING, A. MCCOLGAN, *Labour Law, Text and Materials*, Hart Publishing, Oxford, 2005, 122; M. BRODIE, *The employment contract*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 59; M. FREEDLAND, *The personal employment contract*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 141.

⁽¹⁵⁾ Anche nel caso italiano, del resto, in relazione al *mobbing*, è stato dato molto rilievo alla violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, previsto in questo caso dall'art. 1375 c.c. In proposito si legga R. NUNIN, *Bossing: responsabilità contrattuale e valorizzazione della clausola di buona fede*, in *LG*, 2005, 49.

⁽¹⁶⁾ Per un maggior approfondimento si veda B. JAMES, *Introduction to english law*, Butterworth, London, 1996; S. DEAKIN, G.S. MORRIS, *Labour Law*, Hart Publishing, Oxford, 2005; I. SMITH, C. GODDARD, N. RANDALE, *Health and safety – The new legal framework*, Butterworths, London, 1993.

⁽¹⁷⁾ *White v. Chief constable of South Yorkshire Police* (HL), in *IRLR*, 1999, 110.

⁽¹⁸⁾ H. COLLINS, K. EWING, A. MCCOLGAN, *op. cit.*, 73.

⁽¹⁹⁾ Nell'ordinamento italiano la giurisprudenza di legittimità ha affermato la natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro, in quanto in caso di vessazioni sul luogo di lavoro vengono in rilievo

4. Numerose previsioni di natura legislativa (di origine quindi non giurisprudenziale) possono poi venire in rilievo in caso di *mobbing*:

- l'*Health and Safety at Work Act 1974* e il *Management of Health and Safety Regulations Act 1999* prevedono un obbligo per il datore di lavoro di garantire la sicurezza dei propri dipendenti e di tutti gli altri soggetti che siano coinvolti nell'attività produttiva;
- il *Sex Discrimination Act 1975*, il *Disability Discrimination Act 1995*, l'*Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003* e l'*Employment Equality (Religion and Belief) Regulations 2003*, prevedono un divieto di discriminazione e di molestie sulla base del sesso, delle menomazioni fisiche o mentali, delle credenze religiose e dell'orientamento sessuale;
- l'*Employment Rights Act 1996* prevede la possibilità per il lavoratore che ritenga di essere stato costretto alle dimissioni contro la propria volontà (come in caso di *mobbing*), di ricorrere in via giudiziaria per ottenere un risarcimento dei danni subiti in conseguenza delle dimissioni estorte (*constructive dismissal*);
- il *Protection from Harassment Act 1997* prevede una tutela contro le molestie in generale, ed ha trovato spesso applicazione in casi di *mobbing* sul luogo di lavoro.

5. La maggior parte delle sentenze relative al *mobbing* fanno riferimento al *Protection from Harassment Act 1997*. Questa legge è stata originariamente introdotta al fine di arginare proteste violente da parte di gruppi animalisti contro i proprietari di aziende di vivisezione. In seguito, però, ha trovato solo raramente applicazione in questi casi, mentre è stata spesso utilizzata nella repressione di casi di violenza domestica, tra vicini di casa, a scuola, e, infine, anche sul luogo di lavoro.

Venendo al contenuto della legge, le disposizioni più rilevanti previste dal *Protection from Harassment Act 1997* sono le seguenti:

(*Section 1*):

Un soggetto non deve:

- (a) tenere un comportamento che rechi molestia ad altro soggetto;
- (b) tenere un comportamento che sappia, o sia tenuto a sapere ⁽²⁰⁾, arrecare molestia a un altro soggetto.

Non è prevista una specifica definizione di "molestie" (*harassment*), ma è stabilito che il comportamento vessatorio per essere rilevante debba essersi ripetuto almeno in due occasioni (*Section 7.2 e 3*) con modalità tali da provocare ansia (*anxiety*) e angoscia (*distress*).

violazioni di specifici obblighi contrattuali derivanti dal rapporto di lavoro (cfr. Cass., sez. un., 4 maggio 2004, n. 8438, in *OGI*, 2004, 343), e in particolare dell'obbligo di sicurezza previsto dall'art. 2087 c.c., ai sensi del quale il datore di lavoro è tenuto ad adottare le misure idonee a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro.

⁽²⁰⁾ Secondo la legge, il parametro per valutare se il soggetto sia tenuto o meno a sapere di arrecare molestia è quello della *reasonable person* che si trovi in possesso delle medesime informazioni del soggetto agente.

Secondo la legge (*Section 1.3*) gli atti di molestia di cui alla precedente *Section 1* sono però legittimi se posti in essere al fine di evitare che siano commessi reati oppure perché imposti da uno specifico obbligo di legge.

I comportamenti di molestia, laddove siano effettivamente posti in essere e non solo minacciati, costituiscono reato (*Section 2*), punito con la pena della reclusione fino a sei mesi, o con una ammenda pecuniaria.

La *Section 3* prevede, infine, che la vittima delle molestie possa chiedere in giudizio il risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, subiti in conseguenza delle molestie, in particolare per l'ansia (*anxiety*) e l'angoscia (*distress*) patite. A differenza dell'ipotesi di reato di cui alla *Section 2*, il risarcimento dei danni è dovuto anche nel caso in cui i comportamenti vessatori siano stati solamente minacciati, senza essere poi portati a compimento.

6. Va oltre gli scopi di questo articolo analizzare la complessa legislazione inglese in materia di discriminazioni ⁽²¹⁾, ma, trattando il fenomeno *mobbing*, è importante rilevare come in alcuni casi i comportamenti vessatori subiti sul luogo di lavoro siano stati considerati atti discriminatori. Peraltro, la direttiva europea n. 2000/43/CE prevede adesso espressamente che i comportamenti vessatori siano considerati una discriminazione quando abbiano *lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona o di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo*.

Nel diritto inglese, i riferimenti legislativi più rilevanti in materia di non discriminazione sono:

- *Sex Discrimination Act 1975* (SDA);
- *Race Relations Act 1976* (RRA);
- *Disability Discrimination Act 1995* (DDA);
- *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulation 2003* (SORs);
- *Employment Equality (Religion or Belief) regulation 2003* (RBRs).

Negli ultimi anni sono stati attuati alcuni importanti cambiamenti per adattare la normativa interna non solo alla citata direttiva n. 2000/43/CE, ma anche alle direttive n. 2000/34/CE e n. 2000/78/CE, il che ha creato alcuni problemi che riguardano anche il *mobbing*, come si dirà a riguardo della c.d. *employer's defence*. Nei casi di molestie esaminati dalla giurisprudenza inglese negli ultimi anni, il problema per il lavoratore che lamentasse, ai sensi della normativa indicata, di essere stato vittima di comportamenti vessatori, era quello di provare che tali comportamenti comportassero un trattamento meno favorevole rispetto agli altri lavoratori, restando altrimenti inapplicabile la disciplina antidiscriminatoria. Alcuni giudici (si veda ad esempio il caso, relativo a molestie sessuali, *Strathclyde v. Porcelli* ⁽²²⁾) hanno infatti affermato che non sempre le molestie (o le umiliazioni, le minacce ecc.) configurano un trattamento meno favorevole rispetto agli altri dipendenti, cosicché in alcuni casi le pretese risarcitorie dei lavoratori non sono state accolte, in quanto si è ritenuto che gli atti vessatori fossero obietti-

⁽²¹⁾ Per un'ampia trattazione della materia si veda A. MCCOLGAN, *Discrimination Law – Text, case and materials*, Hart Publishing, Oxford, 2000, 52, e H. COLLINS, K. EWING, A. MCCOLGAN, *op. cit.*

⁽²²⁾ *Strathclyde v. Porcelli*, in *ICR*, 1986, 564.

vamente “neutri”, ovvero non vi fosse un trattamento meno favorevole, e quindi discriminatorio, rispetto agli altri dipendenti (si veda in questo senso anche *Stewart v. Cleveland Guest (Engineering) Ltd* ⁽²³⁾). La giurisprudenza inglese non è, però, pacifica sul punto, visto che in altri casi si è affermato che le molestie sessuali (o anche di altro genere) configurano sempre atti discriminatori (in questo senso *British telecommunication plc v. Williams* ⁽²⁴⁾). Anche se il problema sembra superato dall’adeguamento della normativa interna alle recenti direttive europee – secondo cui le molestie sono sempre considerate una discriminazione quando abbiano lo scopo o l’effetto di violare la dignità di una persona –, sembra che il *Protection from Harassment Act 1997* garantisca comunque una via più semplice per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di comportamenti di *mobbing*, come dimostrato di recente in *Majrowski v. Guy’s and St. Thomas NHS Trust* ⁽²⁵⁾, in cui il lavoratore ha agito sulla base della suddetta legge anche se i comportamenti vessatori di cui era stato vittima avevano origine omofobica. Peraltro, la legge del 1997 presenta l’ulteriore vantaggio per il lavoratore di non prevedere la *employer’s defence* – ovvero la possibilità per il datore di lavoro di dimostrare di avere adottato le misure ragionevolmente necessarie (*reasonable steps*) ad evitare che si verificassero episodi di molestie – possibilità invece già prevista dal *Sex Discrimination Act 1975*, e che con l’entrata in vigore delle citate direttive europee, è adesso parte dell’intera legislazione antidiscriminatoria. Così, in un recente caso ⁽²⁶⁾, relativo a molestie sessuali compiute da un dipendente ai danni di una collega, i giudici hanno ritenuto che non sussistesse alcuna responsabilità in capo al datore di lavoro in quanto aveva dato prova in giudizio non solo di aver adottato un regolamento aziendale per prevenire le molestie sessuali, ma anche di aver adottato tutte le misure necessarie a garantirne l’effettiva applicazione. Nel caso in cui il lavoratore avesse richiesto, invece, i danni in base al *Protection from Harassment Act 1997*, l’esito del giudizio avrebbe potuto essere diverso, stante l’inapplicabilità dell’*employer’s defence*.

7. Nel diritto inglese non esiste, allo stato attuale, una specifica definizione legale di *mobbing*, come del resto nella maggior parte dei Paesi europei, dove si discute però ampiamente, in dottrina e in giurisprudenza, attorno a quali siano gli elementi tipici della fattispecie ⁽²⁷⁾. Nel diritto inglese invece sembra esserci minor interesse nella ricerca della definizione di *mobbing*, tanto che si è affermato, semplicemente, che “*molestare*” è un termine di norma facilmente comprensibile

⁽²³⁾ *Stewart v. Cleveland Guest (Engineering) Ltd*, in *ICR*, 1996, 535, e in *IRLR*, 1994, 440.

⁽²⁴⁾ *British telecommunication plc v. Williams*, in *IRLR*, 1997, 668.

⁽²⁵⁾ *Majrowski v. Guy’s and St. Thomas NHS Trust*, [2006] UKHL, 34, in *Boll. Adapt*, 2006, n. 61.

⁽²⁶⁾ *Casparsz v. Ministry of Defence*, EAT/0599/2005, in *IRS Employment Review*, 2006, 57, e in *Boll. Adapt*, 2006, n. 63.

⁽²⁷⁾ Nel diritto italiano, ad esempio, è stato da un lato affermato (Trib. Milano 29 ottobre 2004, in *OGI*, 2004, 889) che, perché si possa configurare la fattispecie *mobbing*, i comportamenti vessatori debbono avere una durata minima di 6 mesi, mentre in dottrina è stato detto che anche un solo episodio, di particolare gravità, può essere sufficiente (G. PERA, *Angherie e inurbanità negli ambienti di lavoro*, in *RIDL*, 2001, 295).

(²⁸). Nonostante ciò, anche nel diritto inglese si trovano alcuni elementi interessanti per la definizione di *mobbing*. In relazione al *Protection from Harassment Act 1997*, ad esempio, la giurisprudenza (*Majrowski v. Guy's and St. Thomas NHS Trust*) (²⁹) ha affermato che il *mobbing* richiede un comportamento che intervenga in almeno due occasioni e che qualunque tipo di comportamento può configurarsi come vessatorio, quando crei allarme, stress, ansia in un soggetto, ma che anche laddove la vittima non presenti tali sintomi può configurarsi la fattispecie, concludendo che *molto è lasciato alla capacità e alla prudenza del giudice nel tracciare un limite tra la normale conflittualità nel posto di lavoro e comportamenti vessatori inaccettabili*. In un'altra recente pronuncia, *Green v. DB Group Services (UK) Ltd* (³⁰), la giurisprudenza ha specificato che non è sufficiente che il lavoratore dimostri di essere stato vittima di stress e di ansia, dovendo anche provare che la causa di tali stati emotivi sia stato il comportamento datoriale o dei colleghi. Tale comportamento deve essere oggettivamente idoneo a causare ansia e deve essere oppressivo e irragionevole, nonché tale per cui una persona ragionevole lo avrebbe ritenuto idoneo a creare ansia e stress nella vittima. Pertanto, conclude la giurisprudenza, perché si sia in presenza di *mobbing* ai sensi del *Protection from Harassment Act 1997*, i comportamenti di cui il lavoratore lamenta di essere stato vittima debbono:

- essere avvenuti in almeno due occasioni;
- essere stati indirizzati al lavoratore;
- essere oggettivamente idonei a creare ansia e stress;
- essere oggettivamente irragionevoli e vessatori.

Ulteriori definizioni di *mobbing* si trovano nei regolamenti di alcuni organi amministrativi, quali ad esempio la *Advisory, Conciliation and Arbitration Service* (ACAS), la quale definisce il *mobbing* come un comportamento non desiderato che lede la dignità della persona nel posto di lavoro, il quale può essere correlato al sesso, alla razza, alle menomazioni fisiche o psichiche, alla religione, alla nazionalità o a qualunque altra caratteristica della persona colpita, e che può concretarsi in una serie persistente di atti oppure in un episodio isolato. Secondo un'altra definizione (quella del *General Whitley Council Equal opportunities Agreement for the National Health Service*) il *mobbing* consiste in ogni comportamento – motivato da ragioni di età, sesso, orientamento sessuale, razza, menomazioni fisiche o psichiche, salute, colore, lingua, religione, appartenenza religiosa o sindacale o di altro tipo, nazionalità, origine sociale, appartenenza a minoranze sociali o di altro genere, condizioni familiari, economiche o di nascita – che non sia desiderato e che leda la dignità della persona sul posto di lavoro. In questo caso la definizione sembra fare riferimento quasi esclusivamente a casi in

(²⁸) Lord Philips of Worth Matravers MR in *Thomas v. News Group Newspapers Ltd*, in *Entertainment and media law reports*, 2002, 78. Non di rado nel diritto inglese si fa ricorso al c.d. *elephant test* nei casi in cui non si riesce a dare una definizione di qualche cosa che pur si conosce perfettamente (come, appunto, nel caso di un elefante che, secondo quanto affermato in *Cadogan Estates Ltd v. Morris* [1998] EWCA Civ 1671, sarebbe difficile da descrivere, pur essendo facilmente riconoscibile da chiunque lo veda).

(²⁹) *Majrowski v. Guy's and St. Thomas NHS Trust*, cit.

(³⁰) *Green v. DB Group Services (UK) Ltd* [2006] EWHC 1898 (QB), in *Boll. Adapt*, 2006, n. 63.

cui il *mobbing* tragga origine da atteggiamenti discriminatori. Una definizione più ampia viene offerta dall'*Health and Safety Executive* (HSE), secondo cui il *mobbing* è definito come un comportamento persistente, indesiderato (oppure un singolo atto, assolutamente inaccettabile) – posto in essere da uno o più individui che lavorano in un'azienda contro uno o più dipendenti – che sia percepito dalle persone che lo subiscono come intimidatorio, irridente, insultante, e che comporta l'abuso di un potere. Ulteriori spunti si trovano anche nelle c.d. *policies* adottate sempre più spesso dalle aziende al fine di prevenire comportamenti di *mobbing* da parte dei propri dipendenti. Una di queste *policies* ⁽³¹⁾ definisce il *mobbing* come il comportamento tenuto da una persona in una posizione di forza, autorità o di responsabilità, che abusi del potere dovuto alla posizione che riveste tramite comportamenti intimidatori, vessatori o minacciosi; tale comportamento può risultare dall'abuso di ogni forma di potere, sia esso dovuto alla forza fisica, alla personalità, all'età o all'azione di gruppo; il *mobbing* è ancora definito come un comportamento persistente nel tempo, con finalità distruttive, e comporta un effetto distruttivo sulla fiducia e sulla autostima della persona; alcuni esempi di *mobbing* sono le critiche continue ed immotivate, l'umiliazione, l'esclusione dai rapporti con i colleghi e con i superiori, l'irrogazione di sanzioni immotivate. Anche nel caso inglese, quindi, come nella maggior parte dei Paesi europei ⁽³²⁾, si è ben lontani dal raggiungere un'univoca definizione di *mobbing*, ed è probabile che nel prossimo futuro si presentino nuove interessanti pronunce in materia.

8. Il datore di lavoro non è responsabile solamente per gli atti compiuti personalmente, ma anche di quelli posti in essere dai propri dipendenti, quando questi ledano l'integrità psico-fisica dei colleghi attraverso atti di *mobbing* ⁽³³⁾. Tale principio di *common law* (c.d. *vicarious liability*) è stato elaborato dalla giurisprudenza inglese per permettere al lavoratore di chiedere il risarcimento dei danni patiti non solo al soggetto direttamente responsabile del danno, ma anche all'azienda da cui dipende, con l'evidente vantaggio di avere una maggiore garanzia economica delle proprie pretese. Perché il datore di lavoro possa essere chiamato a rispondere dei danni causati da un suo dipendente, peraltro, è neces-

⁽³¹⁾ Si tratta in questo caso della *policy* adottata da Coca Cola Enterprises, che si può leggere in C. WOLFF, *Ousting the workplace bully: learning from experience*, cit., qui 9.

⁽³²⁾ Nel caso italiano, in assenza di una specifica normativa, si rilevano numerose pronunce della giurisprudenza – soprattutto di merito –, relative alla definizione di *mobbing*. Tra le molte si segnalano Trib. Torino 11 dicembre 1999, in *LG*, 2000, 832; Trib. Milano 20 maggio 2000, in *OGL*, 2000, I, 958; Trib. Forlì 15 marzo 2001, in *RGL*, 2002, II, 103; Trib. Como 22 maggio 2001, in *OGL*, 2001, I, 277; Trib. Milano 22 agosto 2002, in *OGL*, 2002, 536; Trib. Milano 28 febbraio 2003, in *OGL*, 2004, 91; Cass., sez. un., 4 maggio 2004 n. 8438, in *NGL*, 2004, 290; Trib. Milano 23 luglio 2004, in *OGL*, 2004, 571; Trib. Milano 29 ottobre 2004, in *OGL*, 2004, 889; vedi anche in *q. Rivista*, la rassegna di giurisprudenza, soprattutto di merito, di A. CORVINO, *Mobbing, straining e altre etichette*, 2006, n. 3, 801.

⁽³³⁾ Anche l'ordinamento italiano prevede che il datore di lavoro risponda dei danni subiti anche in caso di *mobbing* c.d. orizzontale, cioè posto in essere dai colleghi o superiori gerarchici, in quanto l'art. 2087 c.c. impone al datore di lavoro non solo un obbligo di astenersi da condotte lesive dell'integrità del lavoratore, ma anche un obbligo *in vigilando* teso a evitare che si verificano tali condotte ad opera di altri dipendenti. In questo secondo caso il lavoratore adempie all'onere su lui incombente dimostrando, se non la conoscenza, quantomeno la conoscibilità, da parte del datore, dei comportamenti di cui sia stato vittima.

sario non solo che tale soggetto sia un dipendente del datore (nel senso che si tratti di un rapporto di lavoro subordinato), ma anche che il danno sia stato causato in occasione di lavoro, ovvero mentre il soggetto stava prestando attività per il datore (*course of employment*). Anche nel caso in cui il datore di lavoro non abbia autorizzato, o addirittura vietato, gli atti posti in essere dal dipendente, può essere considerato responsabile laddove il comportamento tenuto dal lavoratore che ha causato il danno sia così strettamente connesso e legato all'attività lavorativa svolta da giustificare comunque la responsabilità del datore (*close connection test*)⁽³⁴⁾.

Il datore di lavoro può essere quindi ritenuto responsabile non soltanto in casi di *mobbing* verticale (o *bossing*), ma anche di *mobbing* orizzontale, cioè posto in essere da colleghi del lavoratore, laddove si verificano le condizioni di cui si è detto. Si è anche visto come la legislazione antidiscriminatoria preveda però la possibilità per il datore di provare in giudizio di aver preso tutte le misure ragionevolmente necessarie al fine di liberarsi dalla responsabilità in ordine ad atti compiuti da altri lavoratori (*employer's defence*). Tale previsione è però assente nel *Protection from Harassment Act 1997*. In *Majrowsky*, dove il risarcimento dei danni da *mobbing* era stato richiesto sulla base di tale legge, pur trattandosi di molestie dovute a ragioni potenzialmente discriminatorie, l'azienda convenuta aveva sostenuto l'applicazione in via analogica dell'istituto dell'*employer's defence* anche nell'ambito di applicazione del *Protection from Harassment Act 1997*, ma i giudici – pur riconoscendo che allo stato si ha una sovrapposizione tra norme interne ed europee sul punto – hanno ritenuto che una tale applicazione non sia possibile, poiché l'istituto dell'*employer's defence* è previsto dalla normativa comunitaria solo in materia di discriminazione.

9. Nel caso in cui il lavoratore, di fronte a comportamenti di *mobbing*, decida di dimettersi, potrà chiedere in giudizio che le dimissioni siano equiparate a tutti gli effetti al licenziamento illegittimo (*unfair dismissal*). Si tratta del c.d. *constructive dismissal*, per cui, secondo quanto previsto dall'*Employment Rights Act 1996*, le dimissioni estorte al lavoratore valgono come licenziamento ordinato direttamente dal datore di lavoro.

La giurisprudenza ha precisato che perché trovi applicazione l'istituto del *constructive dismissal*, l'inadempimento del datore deve *colpire le radici del contratto* (*Western Excavating (EEC) Ltd v. Sharp*)⁽³⁵⁾, ovvero riguardare un'obbligazione *essenziale* del contratto. Di norma sono state considerate essenziali le obbligazioni previste dalle *implied terms* del contratto di lavoro, di cui si è detto, tra cui rientrano quella di garantire la salute dei lavoratori e di agire secondo buona fede⁽³⁶⁾. Anche in caso di *mobbing* quindi il lavoratore può richiedere di

⁽³⁴⁾ Per un maggior approfondimento in materia di responsabilità del datore di lavoro si veda B. JAMES, *op. cit.*, 288 ss.

⁽³⁵⁾ *Western Excavating (EEC) Ltd v. Sharp* (CA), in *ICR*, 1978, 221.

⁽³⁶⁾ Si vedano ad esempio i casi *Lewis v. Motorworld Garages Ltd* (CA), in *ICR*, 1986, 157, qui 167; *The Post Office v. Roberts* (EAT), in *IRLR*, 1980, 347, e *Woods v. WM Car Services (Peterborough) Ltd* (CA), in *ICR*, 1982, 693.

essere stato *constructively dismissed*. Il lavoratore, in questi casi, può abbandonare immediatamente il posto di lavoro, senza preavviso, oppure comunicare la sua intenzione di dimettersi e prestare il periodo di preavviso. La giurisprudenza ha precisato che la decisione del lavoratore di dimettersi in seguito ai comportamenti del datore di lavoro deve essere presa a ridosso degli avvenimenti stessi, mentre se la decisione viene presa dopo un considerevole lasso di tempo, il lavoratore non potrà più invocare di essere stato *constructively dismissed* ⁽³⁷⁾.

10. In caso di *mobbing*, il lavoratore può, innanzitutto, richiedere in giudizio il risarcimento dei danni sofferti, sulla base dei principi generali elaborati dalla *common law*, che distinguono, di norma, i danni in generali (*general damages*) – quantificati in via equitativa dal giudice (tra cui rientrano i danni non patrimoniali come, ad esempio, il danno alla professionalità o il danno relativo a *loss of amenity*, paragonabile al danno esistenziale elaborato dalla giurisprudenza italiana) –, e quelli speciali (*special damages*), che invece possono essere precisamente quantificati (come ad esempio quelli relativi alle spese mediche sostenute) ⁽³⁸⁾. In caso di *mobbing* il lavoratore può richiedere i danni subiti a livello psicologico, e in particolare per l'ansia, lo stress e la depressione patiti. Il lavoratore ha l'onere di provare non soltanto la sussistenza dei fatti allegati a fondamento delle sue pretese, ma anche il nesso causale (*causal connection*) intercorrente tra gli atti posti in essere dal datore e i danni subiti.

Di norma, ai sensi del *Limitation Act 1980*, il termine per promuovere un'azione per il risarcimento dei danni – sia che si tratti di responsabilità contrattuale che di responsabilità extracontrattuale – è di tre anni dal momento dell'evento che provoca il danno. La legislazione antidiscriminatoria prevede invece un termine più breve di tre mesi per richiedere il risarcimento dei danni. Per i danni richiesti in base al *Protection from Harassment Act 1997* il termine è invece molto maggiore, sei anni, così che anche in questo caso risulta maggiormente vantaggiosa per il lavoratore.

⁽³⁷⁾ Anche in altri ordinamenti europei le dimissioni estorte con violenza morale sono equiparate al licenziamento intimato direttamente dal datore di lavoro (come nel caso del *despedimento indirecto* dell'ordinamento spagnolo o del *licenciement indirect* dell'ordinamento francese). Il caso italiano è leggermente diverso. La giurisprudenza ha infatti affermato (Cass. 15 gennaio 2004 n. 515, in *D&G*, 2004, 37) che le dimissioni rassegnate dal lavoratore in conseguenza di gravi atti di *mobbing* possono essere annullate per incapacità naturale, ma in relazione alle conseguenze economiche è stato anche di recente affermato (Cass. 17 giugno 2005 n. 13045, inedita a quanto consta) che l'annullamento non comporta il diritto per il lavoratore alla retribuzione maturata *medio tempore*, dalla data delle dimissioni a quelle dell'effettiva reintegra nel posto di lavoro, ma solo dalla data della sentenza che dichiara l'annullamento. È evidente come in questo caso la tutela offerta dall'ordinamento italiano sia minore rispetto a quella degli altri ordinamenti esaminati. Il lavoratore può comunque rassegnare le proprie dimissioni per giusta causa, con il conseguente diritto all'indennità sostitutiva del preavviso ex art. 2119 c.c.

⁽³⁸⁾ Il diritto inglese distingue anche tra *nominal damages* e *substantial damages*, per cui nel primo caso il risarcimento dei danni viene riconosciuto quando un soggetto provi che un suo diritto sia stato violato, pur non potendo provare di aver subito uno specifico danno. Nell'ordinamento italiano, in materia di demansionamento, è stato di recente affermato (Cass., sez. un., 24 marzo 2006 n. 6572, in *DPL*, 2006, 1057), che il lavoratore deve sempre dare prova dei danni subiti, non potendo questi essere considerati *in re ipsa*.

Per quanto riguarda la quantificazione del danno, questa viene di norma effettuata in via equitativa dal giudice per quanto riguarda i *general damages* di cui si è detto. In casi di danni di natura psicologica, la giurisprudenza⁽³⁹⁾ – analizzando un caso in cui il lavoratore aveva subito danni psicologici in conseguenza dell'eccessivo stress sul posto di lavoro, ma anche di una difficile situazione coniugale e familiare – ha affermato che il datore di lavoro è tenuto a risarcire solo la parte di danni che abbia causato direttamente, restando esclusi invece i danni che il lavoratore possa aver subito in conseguenza di altri eventi (per cui, nel caso citato, il datore di lavoro è stato condannato al risarcimento del danno in misura proporzionalmente minore). Il datore di lavoro è comunque responsabile anche nel caso in cui i comportamenti di *mobbing* aggravino disturbi psicologici preesistenti.

Infine, i giudici possono ordinare al datore di lavoro di astenersi da comportamenti ritenuti illegittimi nei confronti del lavoratore, attraverso l'istituto della *injunction*, il cui mancato rispetto configura reato, penalmente sanzionato.

11. Da ultimo, si deve segnalare il già menzionato disegno di legge denominato *Dignity at Work Bill*, il quale – proposto una prima volta nel 1997 e una seconda nel 2001 –, non è ancora stato trasformato in legge, ma contiene alcune previsioni interessanti in materia di *mobbing*. Secondo tale disegno di legge il lavoratore ha diritto a veder rispettata la propria dignità sul luogo di lavoro, di maniera che il datore di lavoro viola la sua dignità se (*Section 1*) il lavoratore è vittima di molestie o *mobbing* di qualunque genere, o di altri atti, omissivi o commissivi, che provochino stress o ansia, come ad esempio:

- comportamenti vessatori, umilianti, derisori o intimidatori, tenuti in più di un'occasione;
- critiche ingiustificate in più di un'occasione;
- sanzioni inflitte senza motivo;
- cambi di mansioni o trasferimenti che non siano giustificati da ragioni obiettive.

Il disegno di legge prevede anche la *employer's defence* secondo cui il datore di lavoro adottando una *policy* aziendale per prevenire atti di *mobbing*, secondo le modalità previste dallo stesso disegno di legge, e prendendo le ragionevoli iniziative per farla rispettare, non sarebbe responsabile per gli atti di *mobbing* posti in essere dai suoi dipendenti.

Per quanto riguarda la quantificazione dei danni conseguenti a *mobbing*, il *Dignity at Work Bill* prevede (*Section 6*) che questa sia commisurata *alla serietà, alla frequenza e alla persistenza* dei comportamenti tenuti dal datore di lavoro.

Come detto, il *Dignity at Work Bill* rimane per ora solo un disegno di legge, e non si può prevedere se e quando sarà approvato e trasformato in legge. La previsione della *employer's defence* potrebbe, comunque, rendere ancora preferibile agire in base al *Protection from Harassment Act 1997* anche se il disegno di legge fosse approvato.

⁽³⁹⁾ *Sutherland v. Hatton*, in *IRLR*, 2002, 263.

12. Dall'analisi svolta emerge innanzitutto come, anche nel diritto inglese, il fenomeno del *mobbing* sia, da un punto di vista giuridico, tutt'altro che vicino a trovare una soluzione univoca e definitiva, tanto che, come si è visto, si è fatto ricorso ad una legge che, inizialmente, nulla aveva a che vedere con il *mobbing* sul luogo di lavoro.

In assenza di una specifica disciplina legale, la giurisprudenza inglese sembra orientata verso una definizione piuttosto ampia della fattispecie *mobbing*, che comprenda ogni atto o comportamento che leda la dignità del lavoratore, pur dovendo presentare un certo grado di persistenza e di oggettiva idoneità ad arrecare danno all'integrità psichica del lavoratore. È comunque prevedibile che, nei prossimi anni, la giurisprudenza avrà modo di affrontare nuovamente il problema e definire più specificamente la fattispecie, in attesa che, eventualmente, venga approvato dal Parlamento il *Dignity at Work Bill*.

Dal punto di vista della responsabilità del datore di lavoro, si è visto come, anche nel caso inglese, quest'ultimo risponda non solo degli atti compiuti direttamente, ma anche per quelli posti in essere da altri dipendenti. Sul lavoratore incombe comunque l'obbligo di provare non solo i fatti posti a fondamento della domanda di risarcimento dei danni, ma anche il nesso causale fra questi e i danni lamentati, nonché la sussistenza di questi ultimi. La quantificazione dei danni, in particolare di quelli non patrimoniali, in linea del resto con quanto accade nella maggior parte delle altre legislazioni, è rimessa alla valutazione equitativa del giudice.

Infine, si è visto come il problema delle molestie sul luogo di lavoro si ponga, nel caso inglese, quasi sempre in relazione a casi di discriminazione, mentre solo raramente la giurisprudenza ha esaminato casi di *mobbing*, per così dire, "puro". Atteso che normalmente in altri Paesi, con una legislazione più rigida in materia di licenziamenti, i casi di *mobbing* sembrano invece trovare origine nella volontà di costringere il lavoratore a dimettersi al fine di evitare i rischi economici connessi al licenziamento intimato dal datore, ci si può chiedere se esista un rapporto tra maggior rigidità normativa in materia di licenziamento e fenomeni di *mobbing*. In assenza di dati specifici non è evidentemente possibile dare una risposta certa in un senso o nell'altro, per cui il quesito non può che restare uno spunto di riflessione.

Esperienza e prospettive nel Regno Unito – Riassunto. *L'A. analizza le modalità di regolamentazione del mobbing nel Regno Unito dalla prospettiva di sollecitare alcune riflessioni con riferimento al caso italiano. Muovendo dalla constatata assenza di una regolamentazione specifica, l'A. esamina i diversi strumenti che sono utilizzati nell'ordinamento di riferimento per fronteggiare il fenomeno. Sono così considerati i principi generali in tema di obbligazioni del datore di lavoro rispetto alla salute e sicurezza del lavoratore, i problemi derivanti dalla difficoltà di ricostruire, con riferimento alle ipotesi di mobbing, i rapporti intercorrenti tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale e, successivamente, alcuni specifici provvedimenti di fonte legale che, benché originariamente diretti a scopi ulteriori, sono generalmente utilizzati come strumenti di tutela a favore delle vittime di condotte vessatorie sul luogo di lavoro. In particolare vengono in rilievo la legislazione britannica in materia di discriminazioni e il Protection from Harassment Act del 1997, provvedimento che mira a reprimere in generale il fenomeno delle molestie sugli individui. L'A. rileva, esaminando in particolare gli esiti recenti della causa Majrowski v. Guy's and St. Thomas NHS Trust, come, allo stato, la via più efficace di tutela derivi proprio dalla legislazione del 1997 poiché l'applicazione di tale disciplina esclude la possibilità per il datore di lavoro di liberarsi di-*

mostrando di avere adottato le misure ragionevolmente necessarie (reasonable steps) ad evitare che si verificassero episodi di molestia (c.d. employer's defence). L'A., considera quindi, gli ulteriori profili relativi all'ipotesi di dimissioni derivanti da mobbing e quelli connessi con l'ampiezza della tutela risarcitoria di cui il lavoratore può beneficiare. Dopo alcuni rilievi circa le attuali prospettive di una legislazione sulla materia, l'A. svolge, quindi, alcune considerazioni conclusive con riferimento all'ampiezza della tutela nel Regno Unito con particolare riferimento alla nozione emergente di mobbing e alla configurazione della responsabilità del datore di lavoro.

Experiences and prospects in the United Kingdom (Article in Italian) – Summary. *The author analyses the measures taken to regulate bullying in the workplace in the United Kingdom (referred to in Italy as “mobbing”) with a view to providing some insights into the Italian case. Noting the absence of specific regulations, the author examines the various instruments that have been used in the legal framework to deal with this phenomenon. The paper deals with the general principles underlying the obligations of the employer with regard to the health and safety of the employee, the problems arising from the difficulty of identifying the relations between contractual and non-contractual liability, and then certain specific provisions in the legal sources which, though originally intended for other purposes, have generally been used for the protection of those subject to bullying at work. In particular, reference is made to the Protection from Harassment Act, 1997, aimed at dealing with harassment in general. The author argues, with reference also to the recent ruling in *Majrowski v. Guy's and St. Thomas NHS Trust*, that the most effective form of protection is to be found in the 1997 Act, as pursuant to this legislation the employer is no longer able to evade liability by adopting the employer's defence of showing that reasonable steps had been taken to avoid harassment. The author then considers various aspects of dismissal in the event of bullying in the workplace, and the compensation that workers may be entitled to. After considering the prospects for legislation in this area, the author draws conclusions in relation to the wide-ranging protection available in the United Kingdom, with particular reference to the emerging notion of bullying at work and the employer's liability.*

L'iniziativa legislativa in tema di mercato del lavoro nel decennio 1991-2001

Domenico Garofalo

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Il sistema delle fonti: *a)* l'aderenza dell'ordinamento interno ai vincoli comunitari. – **2.1.** *Segue:* *b)* il rispetto delle competenze regionali, dopo la riforma Bassanini del 1997. – **2.2.** *Segue:* *c)* la tecnica normativa utilizzata dal legislatore. – **3.** Le riforme realizzate nel decennio 1991-2001. – **3.1.** La riforma del sistema dell'istruzione e della formazione professionale. – **3.2.** Il sistema della formazione professionale. – **3.3.** Le novità in tema di collocamento e di servizi per l'impiego. – **3.4.** La riforma degli ammortizzatori sociali. – **3.5.** La riforma degli incentivi all'occupazione. – **3.6.** La lotta al sommerso. – **4.** Conclusioni.

1. Il contributo di Umberto Carabelli al dibattito in tema di riforme del lavoro, apparso sulla *Labour List* col titolo *La c.d. legge Biagi e le riforme del lavoro del futuro governo*, si fa apprezzare non tanto e non solo per la lucida messa a fuoco dei problemi che l'attuale legislatura è chiamata ad affrontare nonché per le proposte che Carabelli formula in modo chiaro e diretto, quanto e soprattutto per l'impostazione metodologica, che affiora in un passaggio del suo intervento, quando viene giustamente evidenziato che il progetto di riforma del lavoro, risultante dal Programma dell'Unione, "appare ancora, a ben vedere, abbastanza generico e, comunque, nel suo complesso, pronò ad un'elaborazione culturale effettuata con lo sguardo rivolto piuttosto al passato che al futuro".

Carabelli guarda, pertanto, al futuro anche se, in una logica propositiva, può essere utile ed opportuno volgersi al passato, stigmatizzandolo, onde evitare di ripetere gli errori. Può essere utile, allora, ricostruire il quadro normativo in tema di mercato del lavoro che la legislatura appena conclusasi ha ereditato dalle due precedenti.

L'analisi che segue viene svolta utilizzando due chiavi di lettura. La prima, di carattere sistematico, riguarda tre profili generali del sistema delle fonti:

1) l'aderenza del nostro ordinamento ai vincoli comunitari, sotto entrambi gli aspetti dell'adeguamento alle direttive e/o alla giurisprudenza della Corte di Giu-

* *Domenico Garofalo è Professore straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Bari.*

stizia della CE e dell'osservanza dei vincoli posti dal Trattato istitutivo in materia di tutela della concorrenza;

2) il rispetto delle competenze regionali, specie dopo la riforma del 1997 (federalismo amministrativo);

3) la tecnica normativa utilizzata dal legislatore.

La seconda chiave di lettura, di carattere teleologico, riguarda le riforme relative al mercato del lavoro realizzate nei dieci anni oggetto di verifica e le loro ricadute rispetto ai problemi che si intendeva affrontare e risolvere con tali interventi.

2. Dalla prospettiva circa l'adeguamento alle direttive e alla giurisprudenza della CGCE, si ha davvero l'imbarazzo della scelta nello stigmatizzare il ritardo sistematicamente accumulato dal legislatore nazionale; è sufficiente richiamare le condanne subite dall'Italia e i conseguenti interventi legislativi adottati in tema di *monopolio pubblico del collocamento* [che hanno prodotto i due interventi legislativi del 1997 in tema di lavoro interinale (articoli 1-11, legge n. 196) e di mediazione privata (articolo 10, decreto legislativo n. 469)]; di *nozione di licenziamento collettivo* (decreto legislativo n. 110/2004); ed infine di orario di lavoro (decreto legislativo n. 66/2003). Non diversamente accade con riferimento ai vincoli posti dal Trattato CE in materia di tutela della concorrenza. Anche in questo caso non si ha che l'imbarazzo della scelta: può richiamarsi la nota vicenda connessa alla normativa sui contratti di formazione e lavoro, i cui effetti sul grado di affidabilità del sistema di incentivi alle imprese sono difficilmente neutralizzabili, per la comprensibile diffidenza maturata dalle nostre imprese verso le agevolazioni concesse per incrementare i livelli occupazionali.

2.1. Le ipotesi di invasioni di campo sono svariate, alcune colte dalla Corte Costituzionale, altre stranamente "sfuggite" alla stessa, sovente per omessa denuncia: si tratta dei provvedimenti legislativi in tema di *gestione del mercato del lavoro*, specie con riferimento alla *formazione professionale*.

Si possono citare due casi: il primo è quello esaminato da Corte Costituzionale n. 74/2001, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 1, lettere *b)*, *c)* e *d)*, decreto legislativo n. 469/1997, in tema di politiche del lavoro; il secondo è quello della eliminazione, ad opera del decreto ministeriale n. 142/1998, delle competenze regionali in materia di tirocini di formazione e orientamento, parte integrante della formazione professionale di competenza delle regioni (v. *infra*).

2.2. Il decennio 1991-2001 è stato caratterizzato da una marcata delegittimazione del Parlamento per il frequente uso di entrambe le tipologie di intervento legislativo dell'Esecutivo. Ed infatti, da un lato non si è smesso, nonostante l'ammonimento della Corte Costituzionale, di far ricorso al decreto legge. Numerosi sono gli interventi in materia di mercato del lavoro, affidati a decreti legge convertiti (vedi le leggi n. 236/1993, n. 451/1994, n. 608/1996); ma l'aspetto più negativo di tale prassi è che il Parlamento è stato "preso per stanchezza", cioè alla conversione si è arrivati attraverso la reiterazione a cadenza bimestrale del decreto legge, fintanto che non ci scappava la conversione (vedi l'esperienza

della legge n. 608/1996, che ha convertito il 14° decreto legge varato dal Governo).

Dall'altro lato, si è diffuso il fenomeno della decretazione delegata, con leggi delega sempre meno precise nei principi e nei criteri direttivi, con conseguente ulteriore delegittimazione del Parlamento.

3. Utilizzando la seconda chiave di lettura, cioè quella che considera l'intervento legislativo in materia di mercato del lavoro del decennio 1991-2001 sotto il profilo teleologico, si può aggregare il materiale normativo in 6 aree tematiche:

- 1) Istruzione e formazione.
- 2) Formazione professionale regionale.
- 3) Collocamento e servizi per l'impiego.
- 4) Ammortizzatori sociali.
- 5) Incentivi alle imprese.
- 6) Lotta al sommerso.

3.1. L'articolo 17, comma 1, legge n. 196/1997 (c.d. pacchetto Treu) individuava nella premessa, quale strumento per assicurare ai lavoratori adeguate opportunità di formazione ed elevazione professionale, in funzione dell'occupabilità, l'integrazione del sistema di formazione professionale per un verso col sistema scolastico e universitario e per altro verso col mondo del lavoro.

Impostazione corretta, pienamente aderente alle indicazioni comunitarie, tra cui quelle contenute nei regolamenti sui Fondi strutturali, alle cui risorse possono accedere esclusivamente iniziative orientate in questa direzione. Impostazione recepita dai due documenti di diversa valenza, che racchiudevano l'iniziativa riformatrice del sistema di istruzione e formazione professionale e cioè il Patto di Natale del 22 dicembre 1998 e la legge quadro in materia di riordino dei cicli dell'istruzione 10 febbraio 2000, n. 30; la seconda precipitato normativo degli impegni assunti dal Governo nel primo.

La quasi totale mancata attuazione del riordino dei cicli dell'istruzione viene solitamente imputata allo scarso tempo intercorso tra il varo della legge (febbraio 2000) e la fine della legislatura (maggio 2001).

Tuttavia tale giustificazione non tiene per due ordini di ragioni: la prima è che a non voler risalire agli impegni in questo senso già presenti nel Patto del settembre 1996 (quindi di inizio legislatura), tra il Patto di Natale (dicembre 1998) e la fine della legislatura (maggio 2001) sono passati circa due anni e mezzo, cioè più di mezza legislatura; la seconda, che vanifica totalmente ogni possibile giustificazione, è connessa alla particolarità che connota la legge n. 30/2000, e cioè l'essere una legge quadro scritta dopo e non prima dell'intervento attuativo; ed infatti, alla data di pubblicazione della legge n. 30 (23 febbraio 2000), buona parte dell'apparato normativo per la modifica del sistema educativo di istruzione e formazione in funzione dell'integrazione dei sistemi, era stata già emanata, come conferma il ricorrente rinvio in essa contenuto ai seguenti provvedimenti:

- legge n. 196/1997 (Legge Treu);
- legge n. 9/1999 (elevamento dell'obbligo di istruzione da otto a dieci anni);
- legge n. 144/1999 (articolo 68 introduzione dell'obbligo formativo fino a 18 anni e connesso decreto del Presidente della Repubblica n. 257/2000);

– decreto legislativo n. 112/1998 (riordino delle competenze in tema di istruzione e formazione professionale a seguito della legge n. 59/1997).

L'apprezzabilità della riforma (nota come riforma Berlinguer) può affidarsi a due constatazioni. La prima, *sul versante dell'istruzione*, è che l'elevazione dell'obbligo scolastico da otto a dieci anni, disposta con la legge 20 gennaio 1999, n. 9, a decorrere dall'anno scolastico 1999-2000, non è mai stata attuata nei due anni che hanno seguito il varo della legge (1999-2000 e 2000-2001): il Ministero della pubblica istruzione ha impiegato otto mesi per varare il regolamento attuativo della legge n. 9/1999 (decreto ministeriale 9 agosto 1999, n. 323), regolamento attuativo della legge n. 9/1999 (decreto ministeriale 9 agosto 1999, n. 323), prevedendo all'articolo 1, comma 2, che l'elevazione operasse frequentando i primi due anni (il primo nella fase transitoria) delle scuole superiori.

La seconda, *sul versante della formazione*, è che l'introduzione dell'obbligo formativo fino al 18° anno di età, prevista dall'articolo 68, legge n. 144/1999, doveva camminare su tre gambe; ed infatti la norma affermava che tale obbligo potesse essere assolto in percorsi anche integrati:

- nel sistema di istruzione scolastica;
- nel sistema della formazione professionale di competenza regionale;
- nell'esercizio dell'apprendistato.

Anche in questo caso per l'emanazione del regolamento attuativo ⁽¹⁾ sono passati ... appena 16 mesi ed inoltre in mancanza di un reale progetto riformatore del sistema di istruzione scolastica e di quello di formazione professionale, l'obbligo è stato interamente scaricato sull'apprendistato, prevedendo (articolo 5, decreto ministeriale n. 257) che esso è assolto attraverso la frequenza di moduli formativi aggiuntivi per la durata di almeno 120 ore annue che si vanno ad aggiungere all'altro modulo formativo, sempre di 120 ore annue di formazione esterna, previsto dall'articolo 16 della Legge Treu, con l'evidente effetto di disincentivare l'utilizzo dell'apprendistato da parte delle imprese, proprio mentre la Commissione Europea metteva in discussione la legittimità del c.f.l. per il contrasto con la normativa comunitaria sugli incentivi di Stato all'occupazione.

Quindi, concludendo su questo primo aspetto, una non riforma che giustifica – ora è chiaro – la scelta fatta dalla legge n. 53/2003 (comunemente nota come riforma Moratti) sulla riforma del sistema di istruzione e formazione professionale, di abrogare da subito, e non all'esito dell'attuazione delle deleghe conferite da essa legge n. 53, sia la legge n. 9/1999 sia la legge n. 30/2000.

3.2. Le linee portanti della riforma del sistema regionale di formazione professionale sono tutte contenute nel c.d. pacchetto Treu, precipitato normativo degli impegni assunti dal Governo nel Patto del 1996 e ribaditi in quello del 1998, poi travasati nella legge n. 144/1999.

Con riferimento al *sistema generale di formazione professionale*, i cardini della riforma, enunciati nell'articolo 17 della legge n. 197/1996, erano:

⁽¹⁾ D.P.R. 12 luglio 2000, n. 257, pubblicato in *GU*, 15 settembre 2000.

1) l'integrazione del sistema di formazione professionale con il sistema scolastico e con il mondo del lavoro. A tale riguardo, tutte le iniziative assunte nel quinquennio 1997-2001 sono andate in direzione esattamente opposta (emblematico di tale singolare atteggiamento è il decreto legislativo n. 112/1998 che nel ripartire le competenze tra Stato e Regioni in materia di formazione professionale (articoli 140-147) ipotizza due sistemi, e cioè quelli della formazione professionale regionale e della istruzione statale, rigorosamente separati);

2) l'adozione di norme di natura regolamentare costituenti la prima fase di un più generale e ampio processo di riforma della disciplina in materia; alcuna iniziativa in tal senso è stata mai varata.

3) la valorizzazione dello strumento della formazione professionale da un lato per rendere competitive le imprese, specie le PMI e le imprese artigiane, dall'altro lato per la promozione e l'aggiornamento professionale di imprenditori, lavoratori autonomi, soci di cooperative;

4) la sostituzione del fondo di rotazione per la formazione professionale *ex* articolo 9, comma 5, legge n. 236/1993, con i fondi bilaterali interprofessionali per la formazione continua, destinati a gestire tutte le iniziative di formazione continua nell'ambito di piani formativi aziendali o territoriali, concordati tra le parti sociali (la norma attuativa di tale previsione è stata emanata ben tre anni e mezzo dopo con l'articolo 118, legge n. 388/2000; è doveroso segnalare che il bilateralismo, compresi i fondi, costituisce uno degli assi portanti della c.d. riforma Biagi). Con riferimento allo *strumento dei tirocini formativi e di orientamento*, è stata adottata una disciplina estremamente articolata con l'articolo 18 del pacchetto Treu e col connesso decreto ministeriale n. 142/1998, palesemente invasiva delle competenze regionali in materia, previste dall'articolo 15 della legge quadro del 1978 e totalmente azzerate con l'abrogazione di quest'ultima norma ad opera dell'articolo 10 del decreto ministeriale n. 142/1998.

Considerando infine la *riforma dei contratti formativi*, va ricordato che su questo importante aspetto della riforma del sistema di formazione professionale, specificatamente destinato ai giovani anche in prospettiva occupazionale, nel quinquennio 1996-2001 sono state conferite al Governo ben due deleghe, e cioè quella *ex* articolo 16, comma 5, legge n. 196 (da esercitarsi entro nove mesi dall'entrata in vigore della legge) e quella *ex* articolo 45, comma 1, lettera *b*), legge n. 144/1999 (da esercitarsi entro il 31 dicembre 1999, termine poi prorogato al 30 aprile 2000).

Orbene, l'intervento di modifica della disciplina dei contratti formativi, tanto più urgente e indifferibile dopo la decisione della Commissione UE dell'11 maggio 1999 sul c.f.l., totalmente inattuata le due deleghe testé richiamate, nonostante i quattro anni a disposizione, si è limitato, con riferimento all'apprendistato, all'elevazione dell'età di assunzione e all'abbassamento della durata massima, con introduzione di quella minima. C'è stato anche l'intervento sulla formazione esterna, ma per adottare i decreti ministeriali attuativi ci sono voluti circa tre anni (dal giugno 1997 al febbraio 2000).

3.3. L'intervento legislativo in materia, concentrato nel quinquennio 1996-2001, è sintetizzabile in quattro nuclei essenziali.

Il primo attiene alle procedure di collocamento e più nello specifico agli adempimenti a carico del datore di lavoro (articoli 9-bis, ter e quater, legge n. 608/1996) nonché alla riforma del collocamento obbligatorio (legge n. 68/1999). Al secondo è riconducibile il trasferimento di competenze in materia di collocamento e di politiche attive del lavoro dallo Stato alle Regioni e alle Province (decreto legislativo n. 469/1997).

Il terzo ricomprende le misure per agevolare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro (decreto legislativo n. 181/2000 e decreto del Presidente della Repubblica n. 442/2000).

Il quarto e ultimo si sostanzia nell'ingresso del soggetto privato nella gestione dell'intermediazione (articolo 1-11, legge n. 196/1997) nonché della mediazione tra domanda e offerta di lavoro (articolo 10, decreto legislativo n. 469/1997, come modificato dall'articolo 117, legge n. 388/2000).

Come si vede una riforma a 180 gradi del sistema di gestione del mercato del lavoro già fortemente liberalizzato sotto il profilo della strumentazione, col passaggio dalla funzione pubblica del collocamento ai servizi per l'impiego, e totalmente modificato sotto quello delle competenze, con la scomparsa del monopolio pubblico statale in favore di un concorso pubblico (regionalizzato)-privato.

L'obiettivo di grande respiro di tale intervento si è però infranto su una serie di criticità, anche di rilievo costituzionale, per la maggior parte poi risolte dall'intervento realizzato nel corso dell'ultima legislatura, per certi versi correttivo, per altri di indispensabile completamento.

Partendo dal primo nucleo, e con riferimento specifico agli adempimenti a carico del datore di lavoro, i decreti legislativi n. 297/2002 (articolo 6) e n. 276/2003 (articolo 19) hanno reso tali adempimenti più funzionali all'attività di controllo dello *status* di disoccupazione, svolta dai servizi competenti, e di contrasto del lavoro irregolare, di competenza del servizio ispezione, recentemente riformato.

Con riferimento, poi, alla disciplina dell'inserimento lavorativo dei disabili, realizzata nel delicato momento del passaggio di competenze dallo Stato alle Regioni, l'intervento dell'ultimo quinquennio, specie ad iniziativa delle Regioni, ha contribuito a diradare i dubbi di legittimità costituzionale che aleggiavano sulla legge n. 68/1999, connotata da un'impostazione fortemente centralistica, anche per quei profili di stretta competenza regionale.

Con riferimento al secondo nucleo, lo stesso ha indubbiamente risentito della ravvicinata riforma del titolo V della Costituzione, com'è confermato dall'adozione, a partire dal 2005, di alcune leggi regionali (Marche, Toscana, Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia), che hanno integralmente sostituito quelle emanate ai sensi del decreto legislativo n. 469/1997, onde conformare la disciplina regionale sui servizi per l'impiego e sulle politiche attive del lavoro al nuovo assetto di competenze legislative conseguente alla riforma costituzionale. Ciò ha evitato verosimilmente interventi della Corte Costituzionale ulteriori rispetto alla sentenza n. 74/2001 prima citata.

Radicale è stata, poi, la modifica dell'originaria disciplina in tema di misure per agevolare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, realizzata col decreto legislativo n. 297/2002 e con numerose disposizioni del decreto legislativo n. 276/2003, che hanno, da un lato, istituzionalizzato un sistema in originale carat-

terizzato da una sorta di sperimentality e, dall'altro lato, lo hanno armonizzato con l'intervento ricondotto al secondo nucleo prima esaminato.

Non meno radicale è stata, infine, la modifica della disciplina della mediazione privata, liberata dal vincolo dell'attività svolta in via esclusiva che aveva fortemente condizionato il decollo delle agenzie di mediazione e di quelle di fornitura di lavoro temporaneo.

Il corposo intervento correttivo del quinquennio 2001-2005 conferma quindi che la riforma del mercato del lavoro realizzata nel quinquennio precedente rappresentava una grossa incompiuta, pur se in parte giustificata in relazione al periodo storico che l'ha partorita.

3.4. Com'è noto era in discussione nella passata legislatura un disegno di legge, recante il n. 848-*bis*, che conteneva la delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di ammortizzatori sociali e di strumenti di sostegno al reddito (articolo 2).

È altrettanto noto che tale disegno di legge fosse la risultante dello scorporo di quattro norme, tra cui quella in oggetto, dal disegno di legge n. 848, poi divenuto legge n. 30/2003.

Si trattava di un progetto di riforma estremamente impegnativo sia per le ricadute di sistema sia per quelle di ordine finanziario, il che può spiegare la lentezza che ne ha caratterizzato l'*iter* parlamentare e determinato alla fine il mancato varo. Non può, però, non sottolinearsi che in realtà una riforma degli strumenti di sostegno al reddito è *stata in parte già realizzata*, attraverso una serie di provvedimenti legislativi emanati a cavallo dell'ultimo biennio; si allude nell'ordine ai seguenti provvedimenti:

1) articolo 3, comma 137, legge n. 350/2003;

2) articolo 1-*quiquies*, legge n. 291/2004 (di conversione del decreto legge n. 249/2004);

3) articolo 13, comma 2, 7-10, legge n. 80/2005 (di conversione del decreto legge n. 35/2005).

Si tratta di una "miniriforma" degli ammortizzatori sociali molto importante perché esporta negli istituti di sostegno al reddito, diversi dall'indennità di mobilità, la filosofia sottesa alla legge n. 223/1991 sul ruolo attivo della tutela (*proactive*), al punto che è lecito chiedersi se sia davvero necessaria una riforma ovvero non sia sufficiente una semplice sistematizzazione della materia, utilizzando l'esistente e *in primis* i provvedimenti dell'ultimo biennio ai quali si è fatto innanzi riferimento, fermo restando il ripensamento sul campo di intervento degli ammortizzatori sociali sotto entrambi i profili, oggettivo (causali) e soggettivo (beneficiari).

Ma tornando al contributo in materia delle due precedenti legislature, il progetto riformatore degli ammortizzatori sociali può farsi risalire a metà anni Novanta, e cioè quando, all'indomani del varo della legge n. 223/1991, ci si è resi conto che le limitazioni (di durata e di campo di intervento) previste da tale legge si scontravano con situazioni escluse dalla tutela, pur meritandola sul piano dell'opportunità.

Di riforma degli ammortizzatori sociali parlava l'articolo 2, comma 28, legge n. 662/1996, ma soprattutto se ne occupava la commissione governativa *ad hoc* costituita che elaborò la nota relazione Onofri del 28 febbraio 1997; di riforma si

parlava, altresì, nel Patto di Natale del dicembre 1998 e, dopo tanti annunci e proclami, la stessa è stata oggetto di una delega al Governo ad opera dell'articolo 45, comma 1, lettera g), legge n. 144/1999.

La delega andava esercitata entro il 31 dicembre 1999; inattuata entro questo termine, è stata prorogata al 30 aprile 2000 (dall'articolo 1, legge 2 agosto 1999, n. 263). Ancora inattuata entro questo termine, è stata fatta poi definitivamente cadere, nonostante mancasse più di un anno alla fine della legislatura.

3.5. Gli studi e le riflessioni in materia, risalenti alla fine degli anni Novanta, evidenziavano le criticità del sistema italiano di incentivi alle imprese per creare occupazione: si parlava di "rigidità" del sistema di aiuti alle imprese, individuandone essenzialmente quattro:

1) il primo fattore di rigidità era connesso alla complessità e frammentarietà delle procedure previste per attivare i meccanismi agevolati, donde un'esigenza di semplificazione e razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese;

2) il secondo fattore era riconducibile alle condizioni alle quali la normativa statale subordina la concessione e la fruizione delle agevolazioni (occupazione stabile e integrale applicazione del Ccnl), donde l'esigenza di "attenuare" tali oneri (ad esempio consentendo l'assunzione a termine ovvero limitando l'applicazione del Ccnl alla sola parte salariale), tenendo conto che in un mercato globalizzato l'utilizzo da parte delle imprese italiane di incentivi e agevolazioni non è più una facoltà ma è diventata una necessità;

3) il terzo fattore di rigidità era connesso al regime di incumulabilità che, nel nostro sistema, accompagna quasi sempre ogni singola misura, anche quando la normativa comunitaria non lo prevede;

4) il quarto ed ultimo fattore di rigidità era quello della aleatorietà del godimento dell'agevolazione, specie quando era fissato il tetto delle risorse disponibili.

Tali riflessioni precedevano il varo della legge n. 144/1999, il cui articolo 45 prevedeva la riforma degli incentivi all'occupazione. Non mancavano in tale progetto riformatore luci ed ombre, ma ne era comunque auspicabile la realizzazione.

È quasi superfluo dire che anche tale delega, con scadenza al 31 dicembre 1999, prorogata al 30 aprile, è decaduta, salvo la modifica della normativa sugli incentivi all'autoimpiego e all'autoimprenditorialità adottata col decreto legislativo n. 185/2000, peraltro subordinata, per l'entrata in vigore, all'emanazione, con decreti ministeriali, di vari regolamenti, ad oggi non completamente adottati.

3.6. Il decreto legislativo n. 276/2003 dedica al fenomeno molta più attenzione di quanto si dica; ed infatti possono richiamarsi le seguenti disposizioni:

1) l'articolo 13, che per combattere l'utilizzo irregolare dei lavoratori percettori di trattamenti di disoccupazione, veicola il loro utilizzo tramite le agenzie di somministrazione;

2) l'articolo 19, che ridefinisce l'apparato sanzionatorio in caso di violazione degli obblighi di comunicazione relativi all'assunzione a carico del datore di lavoro;

3) l'articolo 34, che, introducendo l'istituto del lavoro intermittente, tende a combattere il fenomeno, largamente diffuso, dell'utilizzo a nero dei lavoratori saltuari o occasionali (v. camerieri);

4) gli articoli 70-73 sul lavoro occasionale accessorio, che ricomprende situazioni lavorative irregolari alquanto ricorrenti (badanti, giardinieri);

5) ed infine, gli articoli 75-81 sulla certificazione.

A queste norme del decreto legislativo n. 276/2003 va ovviamente aggiunto l'intero decreto legislativo n. 124/2004 sulla riforma del servizio ispettivo. Si tratta di strumenti concreti ed operativi, sulla cui valutazione, quanto a opportunità, non può non tenersi presente la politica di contrasto al sommerso varata fino al 2001. Per rendersi conto dell'«efficacia» della stessa affidata allo strumento del contratto di riallineamento, basta qualche numero:

I: intervento legge n. 389/1989;

II: intervento legge n. 210/1990;

III: intervento legge n. 608/1996 (articolo 5);

IV: intervento legge n. 196/1997 (articolo 23 che modifica l'articolo 5);

V: intervento legge n. 448/1998 (articoli 44-78-79);

VI: intervento legge n. 144/1999 (articoli 44, comma 1; 45, comma 20; 58, comma 13; 63, comma 3);

VII: intervento legge n. 388/2000 (articolo 116, commi 1-7).

Quindi sette interventi in 12 anni, di cui ben cinque in 5 anni e cioè uno all'anno. Come sempre, la "bontà" dell'intervento legislativo si misura in base al numero dei provvedimenti adottati, nel senso che se il legislatore interviene su un istituto più volte allora vuol dire che esso non funziona.

4. L'analisi innanzi svolta, anche prescindendo da una valutazione comparativa tra ciò che è stato fatto nel decennio 1991-2001 (ma sarebbe più corretto dire ciò che non è stato fatto in questo decennio) e le importanti ed impegnative riforme realizzate nel corso dell'ultima legislatura, può essere utile a individuare i campi di intervento della legislatura appena iniziata, specie se come si sente dire – si vuole eliminare quanto fatto in quella passata, anche se – va detto – è molto doloroso rifiutare le fortune che piovono dal cielo.

L'iniziativa legislativa in tema di mercato del lavoro nel decennio 1991-2001 – Riassunto.

L'A., ritenuta l'utilità della ricostruzione storica delle recenti riforme del mercato del lavoro, anche in un'ottica propositiva volta a individuare i più opportuni campi di intervento della legislatura appena iniziata, si occupa, in particolare, di ricostruire il quadro normativo in materia sviluppatosi nel decennio 1991-2001 e dunque ereditato dalla legislatura successiva. L'analisi viene svolta utilizzando due chiavi di lettura: la prima, di carattere sistematico, riguarda tre profili generali del sistema delle fonti (l'adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario, il rispetto delle competenze regionali, specie dopo la riforma del 1997, la tecnica normativa utilizzata); la seconda, di carattere teleologico, relativa alle ricadute effettive delle riforme in esame rispetto ai problemi che si intendeva affrontare e risolvere con tali interventi. In conclusione l'A., rilevate nell'analisi lacune e omissioni di tali interventi, sottolinea nuovamente l'utilità della ricostruzione storica per la valutazione dei campi di intervento della legislatura in corso con specifico riferimento alla ipotesi, dall'A. non condivisa, di una cancellazione delle importanti ed impegnative riforme intervenute durante la scorsa legislatura.

Legislative intervention in the Italian labour market 1991-2001 (Article in Italian) – Summary. *This paper underlines the importance of an historical reconstruction of recent labour market reforms, also with a view to identifying the most effective measures to be taken by the legislature starting in the middle of 2006, and provides a reconstruction of the provisions adopted in the decade 1991-2001, inherited by the legislature previous to the current one. The analysis is carried out in a dual perspective: the first, of a systematic kind, considers in general the sources (updating domestic legislation on the basis of Community provisions, the question of the powers of the Regions, especially after the reform of 1997, normative techniques adopted), whereas the second, of a more theoretical kind, considers the outcomes of the reforms implemented in relation to the problems they were intended to solve. In conclusion, after pointing out the ineffectiveness and omissions of certain legislative provisions, the author once again underlines the importance of an historical reconstruction in order to identify the area of intervention of the present legislature with specific reference to proposals, not supported by the author, to cancel a significant part of the provisions adopted by the legislature preceding the present one.*

Tre anni di Legge Biagi: bilancio e prospettive

Michele Tiraboschi

Sommario: **1.** Un primo bilancio della Legge Biagi. – **2.** Le prospettive di superamento costruttivo della Legge Biagi: lo Statuto dei lavori. – **3.** Un bilancio culturale della Legge Biagi. – **4.** Le prospettive evolutive della Legge Biagi. – **5.** Abrogare la Legge Biagi?

1. Sono già tre anni di Legge Biagi. Un bilancio è a questo punto doveroso. Anche perché se è vero, come ha scritto Pietro Ichino sulle colonne del *Corriere della Sera* ⁽¹⁾ a proposito di questa legge, che il tempo è galantuomo, è questo forse il modo migliore per ricordarne l'autore e ispiratore. Non possiamo infatti dimenticare che quando Marco Biagi scriveva, nell'agosto del 2001, il famoso *Libro Bianco sul mercato del lavoro* la disoccupazione veleggiava a doppie cifre (oltre l'11 per cento) mentre i tassi di occupazione regolare erano inchiodati a un misero 53,5 per cento, ben 10 punti percentuali al di sotto della media europea. In termini di competitività e di inclusione sociale, i dati sulla occupazione stavano dunque a indicare che solo una persona su due in età lavorativa (tra i 15 e i 64 anni) era coinvolta attivamente – e in modo regolare – nel mercato del lavoro italiano.

In questo contesto, la fondamentale intuizione di Marco Biagi – sinteticamente codificata nell'articolo di apertura del decreto di attuazione della sua “legge 30” (articolo 1 del decreto legislativo n. 276 del 2003) – è stata quella di riprogettare le politiche sociali e le norme di tutela del lavoro anche in chiave di sviluppo economico e competitività ⁽²⁾.

Incrementare drasticamente i tassi di occupazione rispondeva all'obiettivo di una società più giusta perché dinamica, competitiva, inclusiva. Aumentare il numero di persone che concorrono a creare ricchezza rappresentava cioè lo snodo imprescindibile per disporre delle risorse (umane ma anche finanziarie) necessarie allo sviluppo e, con esso, alla concreta attuazione di quegli inderogabili doveri di

* Michele Tiraboschi è Professore straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

⁽¹⁾ P. ICHINO, *La vera anima della Biagi*, in *Il Corriere della Sera*, 26 settembre 2006.

⁽²⁾ Cfr. 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 (ma 2001), 148-182.

solidarietà economica e sociale di cui enfaticamente parla la nostra Carta costituzionale (articolo 2 della Costituzione). Operazione questa invero non da poco in un ambiente culturale come quello italiano, ancora oggi dominato, per un verso, da una visione conflittuale e strutturalmente antagonista dei rapporti tra capitale e lavoro e, per l'altro verso, da una radicata diffidenza del mondo delle imprese verso lo statuto protettivo del diritto del lavoro. Un diritto che, nel disegno della riforma Biagi, non è più un ottuso vincolo di conservazione, che frena inutilmente le esigenze di competitività e innovazione organizzativa delle imprese, ma diventa, piuttosto, uno strumento per la piena valorizzazione del capitale umano.

Chi imputa alla Legge Biagi tutti i mali del nostro mercato del lavoro dovrebbe allora riflettere sulla circostanza che oggi la disoccupazione è scesa in Italia al minimo storico (siamo al 7 per cento, ben al di sotto della media europea), mentre il tasso di occupazione – che è poi l'obiettivo strategico di Lisbona – è cresciuto di ben 6 punti percentuali. Oltre il doppio rispetto alla media europea. Si tratta di oltre 2,5 milioni di persone in più, soprattutto donne e giovani, che partecipano attivamente al mercato del lavoro e alla produzione della ricchezza del Paese ⁽³⁾.

Non tutto è merito della Legge Biagi, certamente. Perché il buon andamento dei dati occupazionali si spiega anche con altri fattori, tra cui la regolarizzazione della forza-lavoro extracomunitaria (circa 600 mila lavoratori) e gli effetti positivi del pacchetto Treu con cui la riforma Biagi si pone in rapporto di stretta continuità e di coerente sviluppo progettuale oltre che normativo. È comunque fuori discussione che le recenti riforme non hanno affatto destrutturato e reso più precario il lavoro; vero è semmai che questi provvedimenti hanno contribuito in modo determinante, in una situazione di scarsa crescita, a includere nel mercato del lavoro centinaia di migliaia di persone altrimenti escluse o relegate all'economia sommersa.

È proprio per questo motivo che, in sede di bilancio della legge, appare fuori luogo ogni enfasi celebrativa. Effettivamente, al di là di alcuni innegabili successi, ancora molto resta da fare rispetto a quel processo di modernizzazione del mercato del lavoro e delle relazioni industriali programmaticamente annunciato da Marco Biagi nell'ultimo editoriale con cui si apriva la nuova serie di *Diritto delle Relazioni Industriali* ⁽⁴⁾. Tanto è vero che i *target* occupazionali di Lisbona (tra cui l'obiettivo di un tasso di occupazione al 70 per cento) sono ancora ben lontani soprattutto per quanto riguarda donne, giovani, *over 50*, Mezzogiorno.

Forte appare in ogni caso lo scarto tra le prime esperienze applicative, soprattutto quelle mediate dalla contrattazione collettiva, e gli enormi spazi di azione e operatività aperti dalla legge, specie sul versante della innovazione organizzativa e dello sviluppo del capitale umano. Tanto più che una parte non secondaria della riforma risulta ancora oggi non pienamente operativa a causa della colpevole

⁽³⁾ Per un bilancio più approfondito e per gli imprescindibili riferimenti bibliografici e documentali cfr. il *Boll. Adapt*, 2006, n. 52, *Tre anni di riforma Biagi: bilanci e prospettive* (il *Bollettino Adapt* è reperibile sul sito del Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi", www.csmb.unimo.it).

⁽⁴⁾ M. BIAGI, *Una rivista che si rinnova*, in *q. Rivista*, 2002, n. 1, qui 4.

inerzia delle Regioni ma anche delle parti sociali e degli operatori giuridici chiamati ad assistere le imprese nella fase di messa a regime ⁽⁵⁾. È sufficiente assistere ad uno dei numerosi dibattiti sugli effetti della riforma per rendersene conto. Molti, infatti, ne parlano. Ancora pochi, tuttavia, dimostrano di conoscerla davvero. Non i decisori politici, che pure non perdono occasione per presenziare a convegni e intasare le agenzie di stampa con giudizi perentori sulla bontà o meno di questa legge. Paradossalmente neppure gli stessi imprenditori, che, pur non facendole mancare una debole difesa d'ufficio, stentano poi ad applicarla nei luoghi di lavoro e non solo per una più o meno convinta resistenza sindacale. Non di rado non la conoscono neppure gli addetti ai lavori – consulenti del lavoro e ispettori in prima linea – ancora pervicacemente attenti al dettaglio e al formalismo fine a se stesso, dimenticando così la logica di sistema e l'impianto complessivo di una legge che, pertanto, non ha ancora potuto esprimere le sue enormi potenzialità.

Stenta così a decollare uno strumento decisivo per la produttività del lavoro e l'inserimento dei giovani come l'apprendistato professionalizzante ⁽⁶⁾, rispetto al quale non sono ancora stati individuati in forma organica e condivisa i percorsi volti a renderne effettiva e utile la componente formativa. Così come deboli, anche perchè spesso di natura meramente programmatica, appaiono le (poche) normative regionali volte a ottimizzare, mediante i nuovi regimi di accreditamento e autorizzazione degli operatori privati, le fasi di incontro tra domanda e offerta di lavoro ⁽⁷⁾. Eccetto qualche timida esperienza locale ⁽⁸⁾, ancora tutti da costruire sono i canali di transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro, mediante il *placement* nelle scuole e nelle università e la borsa lavoro, così come ancora largamente sottovalutato, anche in quei settori (edilizia, artigianato, terziario) dove pure esiste una robusta tradizione in proposito, è il ruolo della bilateralità nella (nuova) funzione strategica di governo attivo e regolazione del mercato del lavoro attraverso la formazione, la certificazione dei contratti di lavoro, l'intermediazione tra domanda e offerta di lavoro, la costruzione di nuovi percorsi formativi in apprendistato e alternanza scuola-lavoro ⁽⁹⁾. Le stesse tipo-

⁽⁵⁾ Rinvio, in proposito, M. TIRABOSCHI, *A due anni dalla riforma Biagi del mercato del lavoro*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006, 357-373.

⁽⁶⁾ Per un progressivo aggiornamento circa lo stato di attuazione della disciplina in materia si vedano le note e i commenti pubblicati nell'*Osservatorio di legislazione, prassi amministrativa, contrattazione collettiva* di *q. Rivista* alla voce *Apprendistato* e in particolare per una quadro di sintesi il mio *La messa a regime del nuovo apprendistato tra chiarimenti ministeriali e regolamentazioni regionali*, 2005, n. 1, 226, e l'aggiornamento di L. CAROLLO, *Il lungo processo per la messa a regime del nuovo apprendistato*, 2006, n. 1, 195.

⁽⁷⁾ Per un quadro di sintesi sulla legislazione regionale in materia di mercato del lavoro cfr. M. MAROCCO, *L'evoluzione della legislazione regionale in materia di mercato del lavoro*, in *q. Rivista*, 2006, n. 1, 863, e in *q. Fascicolo, Osservatorio di legislazione, prassi amministrativa e contrattazione collettiva*, G. FALASCA, *La regolamentazione regionale del mercato del lavoro e dell'apprendistato: il caso della Regione Marche*.

⁽⁸⁾ Cfr. P. REGGIANI GELMINI, M. TIRABOSCHI, *Scuola, Università, Mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁽⁹⁾ Si vedano i contributi di A. REGINELLI, M. LAI, A. VALLEBONA che precedono in *q. Fascicolo*, sezione Ricerche *Il rinnovamento delle relazioni industriali tra proposte di riforma e bilateralismo*.

logie contrattuali più innovative come lo *staff leasing*, il lavoro a chiamata, il lavoro occasionale di tipo accessorio, su cui si giocava l'equazione maggiore flessibilità tipologica uguale minor ricorso al lavoro nero, sono rimaste al palo in virtù di un veto (ma, considerati gli elevati livelli di lavoro nero e irregolare presenti nel nostro Paese, sarebbe meglio dire pregiudizio) sindacale che non consente oggi di valutarne in modo pragmatico i reali effetti sugli assetti di tutela del lavoro.

Queste innegabili zone d'ombra rendono ancor più grave la mancata messa a regime del sistema di monitoraggio previsto della legge (articolo 17 del decreto legislativo n. 276 del 2003), quanto mai necessario per superare anche a livello di confronto sindacale un dibattito fortemente politicizzato e, dunque, poco attento al merito del contendere. Ad essere largamente compromessa è stata così la natura genuinamente sperimentale di una legge che, nelle originarie intenzioni di Marco Biagi, prevedeva dopo una prima fase di applicazione un momento di verifica, incentrato sulle risultanze offerte da basi conoscitive condivise con le Regioni e le parti sociali, quale condizione indispensabile per valutarne l'efficacia e per ipotizzare i necessari correttivi (si veda l'articolo 86, comma 12, del decreto legislativo n. 276 del 2003) ⁽¹⁰⁾.

Si può così certamente continuare a discutere, in quello che sembra un dialogo tra sordi, di abrogazione, superamento o integrazione della Legge Biagi. A ben vedere, tuttavia, proprio questa prima fase di sperimentazione pare indicare con chiarezza che la cosa di cui oggi ha davvero bisogno il nostro Paese è la definizione di parametri condivisi per il monitoraggio e la valutazione delle politiche del lavoro. È questo il percorso obbligato per sostenere la rinascita del dialogo sociale e, con esso, avviare un confronto finalmente costruttivo sui temi del lavoro. Ed in effetti, almeno rispetto alle posizioni di principio maturate a livello politico e sindacale all'indomani della riforma, ben pochi passi in avanti sembrano essere stati compiuti.

Neppure le prime significative applicazioni e conferme – tra cui, si segnala, l'utilizzo da parte del Governo Prodi della nuova normativa sul lavoro a progetto introdotta dalla Legge Biagi per contrastare il lavoro precario nei *call center* ⁽¹¹⁾ – hanno indotto i più a cambiare una opinione formatasi in modo preconcepito perché largamente condizionata da logiche di appartenenza e viziata da una dialettica intersindacale assai di rado ancorata al merito del contendere ⁽¹²⁾. Gli stessi principali indicatori del mercato del lavoro a cui si è poco sopra fatto riferimento, pur segnalando consistenti miglioramenti, risultano di difficile lettura proprio a causa della cronica assenza di strumenti autorevoli e condivisi di misurazione e valutazione dei processi di riforma in atto ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Si veda quanto precisato in 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, 3-31.

⁽¹¹⁾ Cfr. la circ. Min. lav. n. 17/2006. Il testo è disponibile sul sito del Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi», www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*.

⁽¹²⁾ Cfr., *amplius*, gli interventi pubblicati in *Boll. Adapt*, 2006, n. 53, *Call center: un dibattito aperto*, e in *Boll. Adapt*, 2006, n. 42, *Il dibattito sui call center*.

⁽¹³⁾ Rinvio ancora a M. TIRABOSCHI, *A due anni dalla riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit.

2. In questa prospettiva sarebbe peraltro possibile porre le giuste premesse per superare la Legge Biagi o, meglio, le divisioni ideologiche che l'hanno accompagnata. A ben vedere, ciò è connesso alla stessa natura sperimentale di una riforma che immaginava un percorso graduale di revisione complessiva della legislazione sul rapporto e sul mercato del lavoro in modo da pervenire, alla fine del tragitto, ad un sistema di regole semplici e adattabili, sostanziali più che formali, di gestione delle risorse umane. È la prospettiva dello «Statuto dei lavori» avanzata nel 1997 da Tiziano Treu e Marco Biagi⁽¹⁴⁾ e successivamente ripresa nel *Libro Bianco* sul mercato del lavoro e, a seguire, nel Patto per l'Italia del 5 luglio 2002. Ed è su questo scenario che dovrebbe aprirsi un rinnovato e autentico confronto tra governo e parti sociali, perché è quanto mai necessario affinare nuove tecniche di tutela utili per regolare tutte le forme di lavoro, anche quelle più atipiche e marginali.

Il vero obiettivo dovrebbe però essere quello di superare definitivamente una strumentazione giuridica e concettuale del passato che non è più in sintonia con la moderna organizzazione del lavoro. Il pacchetto Treu e per certi aspetti anche la stessa Legge Biagi sono in effetti ancora in parte condizionati, almeno sul piano culturale, dalla vecchia idea dell'organizzazione del lavoro della fabbrica fordista incentrata cioè su rapporti giuridici statici di mera subordinazione e gerarchia. Là dove lo «Statuto dei lavori», per contro, si fonda su una concezione più moderna e dinamica dei rapporti di lavoro, a partire dal superamento della tradizionale (quanto oramai ineffettiva) contrapposizione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato. Ed ancora è la prospettiva dello «Statuto dei lavori» a porsi sulla strada della compiuta valorizzazione dei contesti regolatori dei diversi mercati del lavoro superando, non solo nei fatti ma anche in ambito giuridico e concettuale, la centralità del lavoro della impresa manifatturiera. Perché è evidente che le logiche organizzative e le dinamiche del lavoro di settori specifici devono poter contare su un quadro normativo adeguato alle proprie peculiarità.

Sono infatti oramai maturi i tempi per assetti regolatori e statuti normativi specifici per tipologia di settore produttivo, ma anche territorialmente diversificati fermo restando uno standard protettivo minimo e omogeneo sull'intero territorio nazionale – soprattutto per quanto riguarda il regime di sicurezza sul lavoro e il regime delle responsabilità giuridiche legate alle soluzioni contrattuali di volta in volta prescelte (esternalizzazioni, internalizzazioni, ecc.) – volto essenzialmente a scongiurare fenomeni di *dumping sociale*.

Per chi vuole guardare ai temi del lavoro con gli occhi rivolti al futuro, quello dello «Statuto dei lavori» è probabilmente l'unico percorso praticabile ed economicamente sostenibile per poter riconoscere a tutte le persone che lavorano in un contesto organizzativo a favore o nell'interesse di altri, a prescindere dalla tipologia contrattuale, uno zoccolo standard di diritti fondamentali tra cui quello a un giusto compenso. L'applicazione delle restanti tutele, a partire da quella dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, dovrebbe per contro essere stabilita in

⁽¹⁴⁾ M. BIAGI, *Progettare modernizzare*, in T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 269-280.

funzione dell'effettivo grado di dipendenza economica e di ulteriori parametri oggettivi quali l'anzianità di servizio presso uno stesso datore di lavoro, le condizioni soggettive e oggettive del lavoratore o del committente, le finalità formative o di inserimento del contratto e altri parametri affidati alla contrattazione collettiva.

Si tratta di uno scenario utopistico? Non necessariamente, almeno a prestar fede alla oramai imponente elaborazione progettuale in materia di «Statuto dei lavori»⁽¹⁵⁾. E, comunque, l'ultima parola sul punto non spetta alle mutevoli (quanto composite) coalizioni di governo ma alle parti sociali che sono chiamate, da almeno un decennio a questa parte, ad avviare un confronto finalmente costruttivo sui temi del lavoro. Cosa possibile a una sola condizione, che riprenda cioè a funzionare come si deve il sistema di relazioni industriali. A partire dalla oramai ineludibile riforma degli assetti contrattuali⁽¹⁶⁾. Invero, il metodo delle relazioni industriali non ha mai riscosso molta fortuna in Italia, dove di gran lunga prevale una tradizione formalistica e conflittuale nella gestione dei rapporti di lavoro (basta pensare che gran parte del contenzioso civile è, nel nostro Paese, contenzioso di lavoro, con oltre 500 mila cause ogni anno)⁽¹⁷⁾. Ma questa è la strada obbligata visto che non è ancora stato inventato uno strumento migliore, e più efficiente, in grado di contemperare le istanze di tutela del lavoro con le esigenze di competitività delle imprese.

3. Per tutte queste ragioni, e per molte altre ancora⁽¹⁸⁾, ci pare inutile formulare un freddo bilancio numerico dei primi tre anni di Legge Biagi e tanto meno insistere nel segnalare il rilevante numero di posti di lavoro che con essa sono stati creati⁽¹⁹⁾. Più importante invece, almeno così ci pare, è tornare al progetto culturale di Marco Biagi e riflettere sul perché sia così difficile, apparentemente solo nel nostro Paese, avviare una profonda riforma della strumentazione giuridica di regolazione dei rapporti di lavoro.

A questo riguardo, la prima grave anomalia dell'Italia è stata spiegata ancora una volta sulle colonne del *Corriere della Sera*⁽²⁰⁾, da Anthony Giddens: «questo è l'unico Paese che conosco nel quale un uomo, Marco Biagi, è stato ucciso perché

⁽¹⁵⁾ Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Statuto dei lavori*.

⁽¹⁶⁾ Si vedano i contributi di P. SESTITO, P. ICHINO, M. MAGNANI, G. COLAVITTI, C. ENRICO, che precedono in *q. Fascicolo*, sezione Ricerche *Il rinnovamento delle relazioni industriali tra proposte di riforma e bilateralismo*.

⁽¹⁷⁾ Vedi i dati raccolti in ISTAT (a cura di), *Le cause di lavoro, previdenza e assistenza in Italia. Anni 2000-2004*, 16 maggio 2006. Il testo è disponibile in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Processo del lavoro*. A commento in *q. Fascicolo*, in *Osservatorio di legislazione, prassi amministrativa e contrattazione collettiva* vedi il commento di A. BELSITO, *Controversie di lavoro e previdenziali: impressioni sui dati Istat concernenti la litigiosità nel territorio nazionale*. Si veda anche la documentazione raccolta in *Dossier Adapt*, numero monografico sulle *Proposte di riforma del Processo del lavoro*, dicembre 2006.

⁽¹⁸⁾ Si veda M. TIRABOSCHI, *Le riforme del mercato del lavoro dell'ultimo decennio in Italia: un processo di liberalizzazione?*, in *RIDL*, 2006, n. 4.

⁽¹⁹⁾ Si rinvia ai periodici rapporti dei più importanti centri di analisi e ricerca pubblicati sul sito www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

⁽²⁰⁾ Il riferimento è all'intervista a Antony Giddens di Gian Guido Vecchi pubblicata sul *Corriere della Sera*, 9 ottobre 2006, con il titolo *Giddens: la Finanziaria? La sinistra non fa le riforme*, reperibile in *Boll. Adapt*, 2006, n. 52, cit.

aveva tentato di introdurre una riforma del mercato del lavoro”. Ma forse è proprio qui – in una diffusa conflittualità sui temi del lavoro che giunge persino, nelle sue forme degenerative, alla eliminazione fisica dell’avversario – la seconda grande anomalia. E cioè l’incapacità di superare una cultura antagonista dei rapporti di produzione ⁽²¹⁾ che, a partire dalla stessa strumentazione giuridica, manifesta ben più di una semplice riserva mentale sull’impresa quale fattore di sviluppo e inclusione sociale.

Sottovalutate e ritenute marginali, anche in ambito imprenditoriale, rispetto ai grandi temi della crescita e della competitività, le riforme del lavoro risultano invece fondamentali e decisive proprio in Paesi come il nostro dove l’impresa viene ancora troppo spesso intesa come sede inesorabile dello sfruttamento dell’uomo sull’uomo. E questo, a ben vedere, dimostrano di averlo ben capito più di tutti proprio le Brigate Rosse allorché hanno individuato nei (pochi) riformisti del lavoro gli obiettivi da eliminare. Perché sono proprio riforme come quella progettata da Marco Biagi a rendere possibile, sul piano della innovazione organizzativa e delle regole di gestione dei rapporti di lavoro, l’avvio di una alleanza strategica tra imprenditori e loro collaboratori (non necessariamente dipendenti a tempo indeterminato ma anche autonomi, interinali, in *staff leasing*, collaboratori a progetto, ecc.).

È proprio sul piano culturale e valoriale, e dunque ben al di là delle singole soluzioni tecniche e di dettaglio, che la Legge Biagi non è stata affatto capita e, quando capita, violentemente osteggiata. Non solo, come era prevedibile, dal sindacalismo di matrice ideologica, che trova nell’antagonismo l’unico strumento di proselitismo anche, se non principalmente, di tipo politico. Ma neppure dai detentori di quel sapere tecnico che alimenta, nel formalismo e nella inaccessibilità del dato legale, potere, ricchezza e prestigio. La Biagi ha spaccato il Paese a metà perché spiazza quanti hanno costruito modelli di rappresentanza e posizioni di potere su un diritto del lavoro inteso come mero vincolo e divieto. Un diritto di matrice repressiva che nega i valori della libertà e della responsabilità degli attori dello sviluppo economico e, per questo, si traduce poi inesorabilmente, nella pratica quotidiana, lacci e laccioli per quanti si fanno carico del rischio d’impresa.

La sfida della Biagi è tutta qui: in una nuova cultura giuridica del lavoro che pone al centro del sistema un quadro di convenienze reciproche tra i fattori della produzione. Un diritto delle risorse umane, dove il vantaggio competitivo e

⁽²¹⁾ Secondo l’autorevole invito formulato già ad inizio degli Ottanta da Gino Giugni allorché auspicava una evoluzione del diritto del lavoro italiano secondo moduli teorici e assetti di tutela coerenti con i valori della cultura industriale. Così: G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in G. GIUGNI, *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989 (ma 1983), qui 334-335. Questo profilo, a lungo rimasto negletto o comunque minoritario nella cultura giuslavoristica italiana (cfr. L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro e il suo ambiente*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Giuffrè, Milano, 1998, vol. I, qui 346-348), è ora ripreso, nella prospettiva del riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica privata, da M. PERSIANI, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, in M. PERSIANI, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004 (ma 2002), qui 91. Per una valutazione fortemente critica cfr. tuttavia M.G. GAROFALO, *Il diritto del lavoro e la sua funzione economico-sociale*, in D. GAROFALO, M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, qui 140, che parla di «egemonia della c.d. cultura d’impresa».

l'efficienza delle imprese sono un interesse primario anche del lavoratore in carne ed ossa.

4. È in questa prospettiva culturale che possono e devono ora essere lette le prospettive evolutive della Legge Biagi e, con essa, gli interventi avviati (e in parte annunciati) dal Governo Prodi in materia di mercato del lavoro. La riduzione del cuneo fiscale e contributivo sul lavoro dipendente, in particolare, è certamente una risposta energica per sostenere l'incremento dei tassi di occupazione e, con essi, il rilancio della crescita e della competitività. Eppure anche questa soluzione, per quanto da tempo auspicata, rischia di essere vanificata da persistenti incrostazioni ideologiche che spingono, nel contempo, a una controriforma delle attuali regole di funzionamento del mercato del lavoro. Il Dpef 2007-2011 ⁽²²⁾ parla invero, in termini assai generici, di rivisitazione e non di abrogazione della Legge Biagi e dei relativi decreti attuativi. Ma è evidente che, al di là delle sfumature terminologiche, un ulteriore irrigidimento nell'impiego di forme di lavoro flessibili e non-standard avrebbe come effetto non certo quello di aumentare i rapporti di lavoro a tempo indeterminato che, in percentuale, sono sostanzialmente stabili da un decennio a questa parte. Assai più probabile sarebbe, infatti, un incremento dei già consistenti tassi di lavoro nero e irregolare che tanto incidono sulla competitività del nostro Paese e sulle tutele dei lavoratori ⁽²³⁾.

Vero è che se i tanto temuti *job on call* e *staff leasing* – per citare solo le norme più contestate della Legge Biagi e di maggiore interesse – non sono da noi ancora decollati è unicamente in ragione del fatto che, per come regolati dalla Legge Biagi, comportano costi assai più elevati per le imprese rispetto non tanto e non solo al lavoro nero e irregolare ma anche, più semplicemente, ai numerosi rapporti di collaborazione a fattura e agli appalti di manodopera tanto diffusi quanto tollerati nella prassi.

Invero, gli stessi incentivi economici alla emersione e/o stabilizzazione dei contratti di lavoro, contemplati nella legge Finanziaria per il 2007 ⁽²⁴⁾, risulterebbero di fatto depotenziati da quei disincentivi normativi che tanto condizionano le scelte degli operatori economici e dei loro consulenti giuridici. E questo sino al punto di alimentare nuovi fenomeni di precarizzazione e segmentazione del mercato del lavoro. Forte è, in effetti, il rischio di replicare in altre forme l'errore contenuto nella riforma previdenziale del 1995, quando venne istituita la gestione separata per i collaboratori coordinati e continuativi. Avviata in parallelo alla riduzione delle flessibilità di impiego del lavoro dipendente, la proposta di innalzare la contribuzione a fini pensionistici dei collaboratori a progetto, dei vecchi co.co.co. e delle associazioni in partecipazione ma anche (e incomprensibilmente) del contratto di apprendistato, lungi dall'assicurare a questi lavoratori un trat-

⁽²²⁾ Cfr. il *Documento di Programmazione economico-finanziaria per gli anni 2007-2011*, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro dell'Economia e delle Finanze e approvato dal Consiglio dei Ministri il 7 luglio 2006, in *Boll. Adapt*, 2006, n. 41.

⁽²³⁾ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Le riforme del mercato del lavoro dell'ultimo decennio in Italia: un processo di liberalizzazione?*, cit.

⁽²⁴⁾ Vedi al riguardo la documentazione raccolta in *Boll. Adapt*, 2006, n. 50.

tamento pensionistico adeguato, finirebbe infatti per legittimare e ampliare una area di lavoro dipendente di serie B. Né più né meno appunto di quanto già avvenuto a seguito della Riforma Dini che ha di fatto dato luogo a un processo di normalizzazione (e accettazione sociale) delle collaborazioni fittizie ⁽²⁵⁾.

Così come posto nella legge Finanziaria (e prima ancora nel Dpef 2007-2011) l'innalzamento della aliquota contributiva del lavoro autonomo coordinato e/o associato è, in realtà, un falso problema. Perché se si tratta di forme di lavoro autonomo fittizie esse vanno attratte – attraverso robuste azioni ispettive che però tardano a venire, ma anche mediante adeguati incentivi normativi – nell'area del lavoro dipendente con la relativa contribuzione. Là dove, per contro, non si spiegherebbe un inasprimento contributivo su forme di lavoro autonome genuine, che nulla hanno cioè a che vedere con fenomeni di marginalizzazione e precarizzazione del lavoro.

Ben altra cosa sarebbe, ovviamente, una rivisitazione complessiva delle forme di impiego del lavoro, nel senso già prospettato di ripensare complessivamente le tutele del lavoro, e non solo le aliquote contributive, in funzione del grado di dipendenza economica e di altri parametri oggettivi quali l'anzianità continuativa di servizio presso uno stesso datore di lavoro, le condizioni soggettive e oggettive del lavoratore, le finalità formative o di inserimento del contratto e via discorrendo ⁽²⁶⁾. È la prospettiva, già ricordata, dello «Statuto dei lavori». Una prospettiva che tuttavia, per essere seriamente coltivata, ha un passaggio obbligato. E cioè il completamento della Legge Biagi. A partire dalla fondamentale riforma del sistema degli ammortizzatori sociali. Una riforma di cui da troppo tempo si parla senza che, tuttavia, le ipotesi di revisione prospettate dalle diverse coalizioni di governo si traducano poi in fatti concreti ⁽²⁷⁾.

5. Abrogare la Legge Biagi – e con essa, inevitabilmente, tutto il pacchetto Treu, che di fatto non esiste più ed è stato integralmente assorbito dalla legge n. 30 – significherebbe in realtà peggiorare drasticamente la situazione di un mercato del lavoro che resta tra i peggiori d'Europa. Demolire uno sforzo più che decennale di modernizzazione e potenziamento del sistema dei servizi per l'impiego. Stravolgere i delicati percorsi di raccordo tra i sistemi della educazione e della formazione professionale e il mercato del lavoro. Incentivare irresponsabilmente l'occupazione irregolare che già oggi riguarderebbe, secondo stime molto incerte, oltre 5 milioni di unità lavorative. Riproporre da capo il rebus dei contratti a contenuto formativo e del nuovo apprendistato che, grazie alla paziente collaborazione delle Regioni e delle parti sociali, stanno poco alla volta diventando il principale canale di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro. Indebolire uno

⁽²⁵⁾ Per un'analisi complessiva dei provvedimenti in materia di lavoro e mercato del lavoro intervenuti nel corso degli anni Novanta, da una prospettiva critica e funzionale al dibattito circa le attuali prospettive di riforma, si veda D. GAROFALO, *L'iniziativa legislativa in tema di mercato del lavoro nel decennio 1991-2001*, che precede in questa sezione.

⁽²⁶⁾ Per un opportuno approfondimento rinvio a M. TIRABOSCHI, *Le riforme del mercato del lavoro dell'ultimo decennio in Italia: un processo di liberalizzazione?*, cit.

⁽²⁷⁾ Rinvio al mio M. TIRABOSCHI, *Il sistema degli ammortizzatori sociali: spunti per un progetto di riforma*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 1105-1121.

strumento contrattuale come il lavoro a tempo parziale che, nel nostro Paese, non è mai decollato, con grave danno per le opportunità di occupazione delle donne. Frenare il processo di bonifica delle collaborazioni fittizie attraverso la modalità operativa del lavoro a progetto. Rendere ancora più difficili e incerti i già deboli e insufficienti processi di esternalizzazione e/o internalizzazione del lavoro. Allontanarci irrimediabilmente, in poche parole, dall'obiettivo di Lisbona dell'aumento del tasso di occupazione regolare che è poi la vera priorità per la competitività del nostro Paese.

Rinunciare a una stabilità come quella proposta dalla Legge Biagi, basata su un sistema di convenienze reciproche piuttosto che su formalistiche e intollerabili imposizioni di legge, ha in realtà un solo obiettivo che poco ha a che fare con il tema della precarizzazione. Riproporre cioè la centralità di un modello di relazioni industriali di tipo conflittuale e antagonista. E con esso archiviare una stagione riformista che, al di là dei pur importanti risultati concreti, ha avuto il merito di porre le basi per la costruzione di un nuovo diritto del lavoro. Un diritto partecipe della cultura industriale perché finalmente capace di coniugare i valori della giustizia sociale con gli altrettanto imprescindibili obiettivi di efficienza e competitività delle imprese.

Tre anni di Legge Biagi: bilancio e prospettive – Riassunto. *L'A., muovendo da una prospettiva di bilancio degli esiti attuali della Legge Biagi sul mercato del lavoro si interroga sulla possibile evoluzione del quadro normativo. Ritenuto lo Statuto dei lavori l'unica direttiva perseguibile in chiave di dibattito costruttivo, l'A. verifica tale conclusione attraverso un confronto tra la visione e i valori sottesi all'impianto complessivo della Legge Biagi e il contesto culturale di riferimento – con specifica attenzione al sistema delle relazioni industriali ancora fortemente connotato da tratti antagonisti tra capitale e lavoro – e, successivamente, applica tale analisi alle linee di politica del lavoro delineate dall'attuale governo evidenziandone, così, opportunità e profili di criticità. All'esito, l'A. affronta l'interrogativo di sintesi circa l'opportunità di abrogare la Legge Biagi e, rispondendo in senso negativo, argomenta piuttosto nel senso di un suo completamento come passaggio essenziale per proseguire sulla strada tracciata dalla stagione riformista cui tale provvedimento è riconducibile e che ha avuto, nella ricostruzione prospettata dall'A., il merito fondamentale di aver posto le basi per la costruzione di un diritto del lavoro nuovo capace di coniugare i valori della giustizia sociale con gli obiettivi di efficienza e competitività delle imprese.*

Three years since the Biagi law: review and prospects (Article in Italian) – Summary. *This paper provides a review of the Biagi law on the labour market and considers the prospects for future developments in the legal framework. The author argues for the adoption of a Work Statute as the only way forward, and examines this strategy in terms of the vision and values underlying the Biagi reform and the cultural context, with regard in particular to the industrial relations system, that still suffers from elements of antagonism between capital and labour. The paper then applies this analysis to the labour policies adopted by the present government, considering the critical aspects of these policies. The author examines recent proposals for the abrogation of the Biagi law, and responds to such proposals by arguing for the need to complete the reform, since it has the fundamental merit of providing the foundations for the construction of a new system of labour law capable of conciliating social justice with the objectives of efficiency and competitiveness of the enterprise.*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Il principio essenziale e il teorema fondamentale delle relazioni industriali

Bruce E. Kaufman

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** La definizione ed i confini intellettuali delle relazioni industriali. – **3.** Sviluppo scientifico. – **4.** La risoluzione dei problemi. – **5.** Etica ed ideologia. – **6.** Il principio fondamentale delle relazioni industriali. – **7.** Il teorema fondamentale delle relazioni industriali. – **8.** Conclusioni.

1. Il settore delle relazioni industriali si trova in fase di declino nella maggior parte delle Nazioni del mondo. Alcuni tra i più importanti studiosi del settore dipingono un quadro funesto. In occasione di un intervento, in qualità di Presidente, ad un convegno dell'Associazione Internazionale per lo Studio delle Relazioni Industriali (IIRA), John Niland fece, per esempio, questa tetra dichiarazione: "non sarebbe eccessivamente drammatico chiedersi se la disciplina sopravvivrà dopo l'anno 2000". Altrettanto negativo fu nel 1998 il presidente dell'IIRA Thomas Kochan, quando osservò che "il settore delle relazioni industriali sta attraversando una crisi profonda" ⁽¹⁾.

Le ragioni del marcato declino delle relazioni industriali come settore di studio scientifico sono numerose. Presumibilmente, il fattore più importante è la continua e crescente erosione del numero degli iscritti ai sindacati che si registra nella maggior parte dei Paesi. In una prospettiva più ampia, la maggior parte degli studiosi considera il sindacato, la contrattazione collettiva, le relazioni per l'organizzazione del lavoro, la politica nazionale per l'occupazione e per il diritto del lavoro all'interno della quale essi si ritrovano ad operare come questioni fondamentali della materia. Effettivamente questi temi sono esaminati da una moltitudine di prospettive disciplinari, punti di vista teoretici ed esperienze nazionali, che arricchiscono e diversificano la ricerca nel campo delle relazioni industriali. Si deve altresì riconoscere che altri temi, quali il lavoro temporaneo, la conci-

* *Bruce E. Kaufman* è membro del *Department of Economics* e del *W.T. Beebe Institute of Personnel and Employment Relations* presso la *Georgia State University di Atlanta*.

Traduzione dall'inglese a cura di *Alessia Pautasso* e di *Michele Tiraboschi*.

⁽¹⁾ J. NILAND, *Change and the International Exchange of Ideas*, in J. NILAND, R. LANSBURY, C. VERE-VIS (eds.), *The Future of Industrial Relations: Global Change and Challenges*, Sage, London, 1994, 451-72; T. KOCHAN, *What is Distinctive about Industrial Relations Research*, in K. WHITFIELD, G. STRAUSS (eds.), *Researching the World of Work*, Cornell University Press, Ithaca, 1998, 31-50.

liazione tra la famiglia ed il lavoro e la risoluzione delle controversie di lavoro, sono elementi fondamentali all'interno del dialogo intellettuale in questo ambito disciplinare. Nonostante tutto, resta inconfutabile come lo studio dei sindacati e delle relazioni tra capitale e lavoro nell'ambito dell'organizzazione del lavoro restino al centro delle relazioni industriali. Come sottolineato da Berndt Keller: "le discussioni sul futuro delle relazioni industriali tendono inevitabilmente a trasformarsi in dibattiti sul futuro dei sindacati" ⁽²⁾. Siccome da alcuni decenni il numero di iscritti ai sindacati ha subito una lenta ma continua diminuzione in tutte le parti del mondo, si sono avute ripercussioni negative anche nel campo delle relazioni industriali. Inoltre, data l'impossibilità di prevedere il momento di svolta in questo declino dei sindacati, il futuro delle relazioni industriali appare fosco e colmo di crisi, come indicato nelle citazioni di Niland e Kochan.

Non esiste alcuna via d'uscita per le relazioni industriali? Può intravedersi un futuro più luminoso per questo settore? Sembra che ci troviamo davanti due possibilità e decisioni strategiche. La prima presupporrebbe che il movimento sindacale (o qualunque altra forma alternativa di coalizione dei lavoratori in una sola voce) mettesse in atto una resurrezione che portasse con sé un rinnovato interesse in tutti i temi centrali delle relazioni industriali, quali scioperi, negoziazioni contrattuali collettive, strutture di contrattazione nazionali e diritto del lavoro comparato. Come un lago svuotato da una grave siccità ma ricolmato da inaspettate piogge, una resurrezione dei sindacati porterebbe a termine lo stato di crisi del settore, rivitalizzando le relazioni industriali con nuovi studiosi, nuovi temi su cui focalizzare la ricerca e l'attività politica e nuovi fondi dedicati alla ricerca da parte di governi e fondazioni private. Se questo scenario costituisse davvero una seria possibilità, allora la miglior scelta strategica sarebbe continuare a focalizzarsi sui sindacati aspettando che la siccità lasciasse il posto a tempi migliori.

Adottare quest'opzione strategica rappresenta tuttavia un vero e proprio azzardo per il futuro di questo settore. Se la resurrezione dei sindacati non avvenisse, o si verificasse solo tra parecchi anni, il settore delle relazioni industriali potrebbe declinare fino a divenire insignificante.

Allo scopo di evitare questo declino, gli studiosi del settore hanno a disposizione una seconda strategia. Questa prevede essenzialmente di ristrutturare e ricollocare le relazioni industriali in termini di temi di indagine, di teorie e di questioni politiche, così che possano risultare più rilevanti per lo studio del mondo del lavoro e contemporaneamente allentino la loro dipendenza dal movimento sindacale. Tuttavia questo ricollocamento non può assumere una qualsiasi forma o direzione, in quanto una vasta percentuale del settore del mondo del lavoro subisce rivendicazioni da parte di altre discipline quali la gestione, l'economia del lavoro, la sociologia dell'organizzazione e il diritto del lavoro. Inoltre un tale riposizionamento non potrebbe spingersi fino al punto di abbandonare alcuni principi etici e teoretici che costituiscono il cuore delle relazioni industriali, perché in

⁽²⁾ B. KELLER, *The German Approach to Industrial Relations: A Literature Review*, in *European Journal of Industrial Relations*, 1996, vol. 2, n. 2, 199-210.

questo caso il settore rischierebbe di perdere la sua identità e la sua coerenza intellettuale.

Ciononostante, se gli studiosi, muovendosi entro questi vasti confini, potessero ridelineare il campo d'azione delle relazioni industriali così da renderlo più inclusivo e rilevante rispetto alle questioni lavorative e ai dibattiti politici, allora si potrebbe intravedere un futuro più roseo e prospero per il settore. Dovrei comunque precisare che questo riposizionamento non significherebbe abbandonare la questione dei sindacati o adottare *in toto* il programma neoliberale, ma implicherebbe relativizzare l'importanza dei sindacati da argomento principale e portante delle relazioni industriali ad uno dei molti e parimenti importanti temi di indagine, sottoponendo altresì lo stesso sindacato ad analisi più critiche ed obiettive di quelle avutesi fin'ora.

In questo studio cercherò di sviluppare la seconda opzione strategica, creando una visione rinnovata ed ampliata del prototipo delle relazioni industriali. La tesi di fondo del presente saggio è che la teoria contemporanea che pone i sindacati al centro del sistema non rispecchia fedelmente il paradigma originale delle relazioni industriali quale progressivamente emerso negli Stati Uniti tra il 1910 e il 1920.

Allo scopo di sviluppare in dettaglio questa ipotesi di indagine è preliminarmente necessario illustrare, seppure solo brevemente, questo paradigma originale, per poi descrivere nel dettaglio quelli che ho precedentemente chiamato i "tre aspetti delle relazioni industriali" ⁽³⁾. Questi tre aspetti costituiscono nel complesso il cuore della disciplina e ne definiscono il valore ideologico, almeno secondo quanto enunciato dagli Stati Uniti. Verrà poi esaminato il principio fondamentale intellettuale ed ideologico che costituisce la base di questi tre aspetti e che li unisce creando un unico insieme. Il comune denominatore, secondo la tesi sostenuta in questo lavoro, è il rifiuto del modello proposto dalla teoria concorrenziale del mercato del lavoro relativo a domanda ed offerta. Questa teoria può anche essere espressa affermando che *il lavoro non è una merce*. Successivamente si farà ricorso a questi principi chiave per sviluppare una visione più ampia ed inclusiva delle relazioni industriali, compresa una proposizione che considero essere il "teorema fondamentale" del settore. Questa teoria rivela come il paradigma originale delle relazioni industriali includa sì i sindacati e le relazioni tra capitale e lavoro per l'organizzazione del lavoro, ma allo stesso tempo contenga una serie di altri temi ugualmente importanti relativi al lavoro e all'occupazione. Il saggio termina infine con alcune riflessioni conclusive e l'indicazione delle principali implicazioni del ragionamento. Sebbene scritto in gran parte seguendo una prospettiva propria del sistema di relazioni industriali americano, l'auspicio è che i principi generali sviluppati in questo scritto possano essere rilevanti per lo studio delle relazioni industriali in tutti i Paesi.

⁽³⁾ In tema cfr. altresì quanto già rilevato in B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, ILO, Geneva, 2004, e in B. KAUFMAN, *Industrial Relations and Labor Institutionalism: A Century of Boom and Bust*, in *Labor History*, August 2006, vol. 47, 295-318.

2. Il paradigma originale delle relazioni industriali nasce un secolo fa in Inghilterra e soprattutto negli Stati Uniti. Gli studiosi e gli scrittori di questa disciplina, tuttavia, traggono la loro ispirazione da numerosi fonti europee, tra cui Marx, gli economisti storici tedeschi, sociologi quali Durkheim e Weber, ed il nascente movimento sul continente che si batteva per il diritto del lavoro e la previdenza sociale.

In Inghilterra i “genitori” delle relazioni industriali sono considerati Sidney e Beatrice Webb, il cui fondamentale contributo alla disciplina è individuabile nel libro *Democrazia industriale* ⁽⁴⁾. Il lavoro svolto dai coniugi Webb pose le fondamenta per il futuro delle relazioni industriali, ma essi non ricorsero mai al termine “relazioni industriali” né ne svilupparono il concetto. Addirittura, come ribadirò in seguito, si potrebbe sostenere che i Webb fossero in conflitto con la teoria primordiale delle relazioni industriali, visto che ne sposarono la causa ma sostituendo il capitalismo con il socialismo, mentre uno degli scopi fondamentali delle relazioni industriali (almeno nella versione originale americana) è appunto quella di preservare il capitalismo.

Le relazioni industriali non emersero quale autonomo oggetto di ricerca e pratica almeno sino alla fine degli anni Dieci e l’inizio degli anni Venti del secolo scorso e la terra d’origine fu gli Stati Uniti. Nel mondo accademico si può riconoscere che il “padre” delle relazioni industriali è l’economista istituzionale John R. Commons, che, con i colleghi della cosiddetta Scuola del Wisconsin, contribuì a definire e sviluppare il primo modello delle relazioni industriali. In un precedente lavoro ho altresì affermato come anche l’industrialista John D. Rockefeller Jr. possa essere considerato uno dei padri delle relazioni industriali, data la sua notevole influenza nel diffondere lo studio e la pratica delle relazioni industriali nelle imprese americane così come nelle università e attraverso l’Organizzazione Internazionale del Lavoro ⁽⁵⁾.

Il paradigma originale delle relazioni non può certo essere racchiuso in un solo articolo o in un solo libro. Ciononostante ritengo che sia possibile esaminare questo primo lavoro e trarre da esso un ritratto sintetico delle idee e dei principi chiave che hanno contribuito a delineare la teoria primitiva delle relazioni industriali.

La prima cosa da fare per descrivere il paradigma originale delle relazioni industriali è definire quale sia l’oggetto di studio e fissarne i confini intellettuali. La fonte più autorevole a questo proposito è un rapporto del 1928 preparato dal Consiglio Statunitense di Ricerca delle Scienze Sociali ⁽⁶⁾ intitolato *Analisi della ricerca nel campo delle relazioni industriali*, in cui si sostiene come il punto focale della disciplina sia *la relazione lavoratore-datore di lavoro*. Altro documento rilevante è il rapporto del Consiglio della Conferenza Industriale Nazio-

⁽⁴⁾ S. WEBB, B. WEBB, *Industrial Democracy*, Longmans Green, London, 1897.

⁽⁵⁾ B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, cit.

⁽⁶⁾ Social Science Research Council.

nale ⁽⁷⁾ pubblicato qualche anno dopo, in cui si legge che “il termine «relazioni industriali» copre qualunque avvenimento legato al lavoro dipendente” ⁽⁸⁾.

Sulla base di questa ed altre prove possiamo quindi concludere che il cuore del paradigma delle relazioni industriali sia rappresentato dalla relazione tra datore di lavoro e lavoratore e, nello specifico, da tutti i comportamenti, i risultati, le prestazioni e le istituzioni che derivano o che fanno parte del rapporto di lavoro dipendente. Viste da questa prospettiva, quindi, le relazioni industriali potrebbero più propriamente essere definite come *relazioni di lavoro (employment relations)*.

Risulta altresì chiaro che, sempre seguendo questa definizione, l'area delle relazioni industriali non racchiuda al suo interno solamente lo studio dei sindacati, il diritto del lavoro e altri argomenti correlati, ma sia molto più ampia. Il paradigma originale delle relazioni industriali, invece, copre ogni aspetto legato al rapporto di lavoro dipendente, di qualunque tipo esso sia (sindacalizzato o meno, pubblico e privato, formale ed informale) così come un vasto numero di aree limitrofe, quali l'economia del lavoro, la gestione delle risorse umane, la psicologia industriale, la sociologia industriale, il diritto del lavoro, la storia del lavoro e le scienze politiche.

Sebbene il paradigma originale delle relazioni industriali si concentrasse principalmente sul rapporto di lavoro, esso non costituiva un concetto unitario in termini di ricerca e pratica. Invece, le relazioni industriali erano in parte un progetto intellettuale, in parte un programma applicato di risoluzione dei problemi e alla riforma del lavoro, ed in parte un impegno morale e ideologico. Personalmente considero queste tre dimensioni del paradigma originale delle relazioni industriali i “tre aspetti” delle relazioni industriali ⁽⁹⁾. E propongo qui di seguito una descrizione di ognuna.

3. Il primo aspetto delle relazioni industriali è costituito dallo sviluppo scientifico. Si tratta principalmente di un tentativo intellettuale ed accademico volto ad allargare le frontiere della conoscenza. Gli strumenti dello sviluppo scientifico sono la teoria e la ricerca, quali la matematica ed i modelli astratti, il cui scopo è trarre principi generali utili e percezioni relativi ai rapporti di lavoro.

Nel primo modello americano le relazioni industriali concordavano fondamentalmente con le scuole dell'economia istituzionale, e nello specifico con il filone istituzionale tipico della Scuola del Wisconsin, guidato da Commons e dai suoi colleghi. In termini generali si può affermare che l'economia istituzionale sia un insieme di economia, sociologia, psicologia, storia e diritto. È lo stesso approccio induttivo allo sviluppo della teoria a sostenere un empirismo storico, che si rifà al motto “va e controlla tu stesso”. Ed è sempre lo stesso approccio che cerca di sostituire il modello dell’“uomo economico” con uno più umano che racchiude al

⁽⁷⁾ National Industrial Conference Board.

⁽⁸⁾ SOCIAL SCIENCE RESEARCH COUNCIL, *Survey of Research in the Field of Industrial Relations*, New York, 1928, 31; NATIONAL INDUSTRIAL CONFERENCE BOARD, *Industrial Relations: Administration of Policies and Programs*, New York, 1931.

⁽⁹⁾ B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, cit.

suo interno una razionalità ristretta, relazioni sociali interpersonali ed etiche, e che vede l'economia come un insieme di istituzioni organizzate da diritti di proprietà e influenzate non solo dal prezzo, ma anche da direttive e consuetudini (come nelle aziende e nelle famiglie, ad esempio). La competizione imperfetta è vista come la norma nei mercati e si sostiene inoltre che il vero e più appropriato obiettivo del benessere sociale non sia solo l'efficienza e soddisfazione dei desideri del consumatore, ma anche il dibattito sulla giustizia, sullo sviluppo umano e sul benessere dei lavoratori in quanto tali. Commons cercò di esporre tutte queste sue teorie nel suo trattato *Institutional Economics* ⁽¹⁰⁾, riscuotendo tuttavia un limitato successo.

Le relazioni industriali costituiscono la branca dell'economia istituzionale applicata al lavoro e, di conseguenza, ne rispecchiano debolezze e punti di forza. Il campo di indagine dominante delle relazioni industriali è, come sottolineato in precedenza, il rapporto di lavoro. Nell'economia neoclassica il rapporto di lavoro era considerato una specie di scambio di mercato tra acquirenti e venditori di lavoro, con particolare enfasi sul prezzo di equilibrio, così come sulla quantità e le proprietà di efficienza dello scambio. L'assunto di base è che i mercati siano competitivi, creino curve di domanda ed offerta ben definite, un prezzo di mercato, salari che massimizzano il benessere ed altre condizioni. Altri due assunti fondamentali fanno implicitamente parte di questa teoria, come Ronald Coase e Oliver Williamson hanno affermato. Si tratta dell'assenza dei costi di transazione e dei contratti completi ⁽¹¹⁾. In un mondo in cui i costi di transazione sono pari a zero, i lavoratori ed i datori di lavoro si fronteggiano avendo gli stessi poteri di contrattazione, entrambe le parti onorano gli impegni presi ed i lavoratori sono protetti dallo sfruttamento e da un trattamento ingiusto grazie alle forze della competitività, ma soprattutto grazie alla minaccia di eventuali dimissioni. Il concetto di "problemi di lavoro", così centrale per le relazioni industriali (come evidenziato nel prossimo paragrafo), diventa un elemento estraneo a questa teoria, dove le condizioni di efficienza sono separabili da quelle di distribuzione ed equità, grazie al teorema fondamentale neoclassico del benessere.

La teoria del lavoro applicata alle relazioni industriali considera il rapporto di lavoro in tutt'altri termini. Il rapporto di lavoro non è solamente una sorta di scambio di mercato, ma implica una rete di rapporti legali, politici, sociali ed economici e deve perciò essere analizzato con una prospettiva interdisciplinare. Una ragione è che i contratti di lavoro sono per forza incompleti (a causa della presenza di costi di transazione positivi), e quindi la contrattazione tra prezzo e mercato risulta incapace di specificare ed implementare i termini e le condizioni dell'offerta di lavoro. Queste lacune contrattuali sono per forza di cose colmate da altri mezzi, quali le consuetudini sociali, i precetti etici riguardanti il giusto e

⁽¹⁰⁾ Cfr. J. COMMONS, *Institutional Economics: Its Place in Political Economy*, Macmillan, New York, 1934, su cui ora B. KAUFMAN, *The Institutional Economics of John R. Commons: Complement and Substitute for Neoclassical Economic Theory*, in *Socio-Economic Review*, 2007.

⁽¹¹⁾ R. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, November 1937, vol. 4, 386-405; O. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, New York, 1984.

sbagliato, le regole e gli accordi negoziati bilateralmente, così come le interpretazioni giuridiche.

Un secondo motivo è che il lavoro, diversamente da altri fattori, sia per natura parte dell'essere umano e che quindi numerose preoccupazioni e considerazioni tipiche degli uomini entrino a far parte del rapporto di lavoro⁽¹²⁾. Gli elementi che costituiscono il capitale, ad esempio, non si curano delle relazioni sociali sul luogo di lavoro, non provano emozioni quali gelosia, rabbia o amore, e le modalità con cui vengono utilizzati non contengono un elevato significato morale. Il lavoro si differenzia in tutti questi aspetti e questa è la ragione fondamentale che diversifica l'oggetto delle relazioni industriali dall'economia convenzionale e, similmente, questo spiega perché esista un campo delle relazioni industriali ma non uno delle "relazioni del capitale" o delle "relazioni della terra". Nel contempo, e diversamente dall'economia convenzionale, le relazioni industriali riconoscono come l'efficienza dipenda dalla correttezza e dalla giustizia sociale, perché, in caso queste vengano a mancare, chiunque consciamente tratterebbe parte della propria offerta di lavoro.

Un'ulteriore fondamentale differenza tra relazioni industriali ed economia ortodossa riguarda l'operare dei mercati. L'economia neoclassica è in grado di bandire l'importanza teorica e pratica dei problemi correlati al lavoro solamente costruendo una teoria utopica del mercato del lavoro. E riesce a farlo, nella sua versione principale, ipotizzando l'esistenza di persone perfette, mercati perfetti, ed un ordine globale altrettanto perfetto. In questo mondo, esemplificato da Arrow-Debreu nella sua teoria generale dell'equilibrio, la mano invisibile di Adam Smith può facilmente trasformare una situazione di scarsità di risorse ed interessi contrastanti, traendone i migliori risultati possibili. Tuttavia l'economia istituzionale e le relazioni industriali ribadiscono la necessità che questa teoria resti fedele agli aspetti fondamentali della realtà, che in questo caso significa riconoscere come le persone, i mercati ed il sistema giuridico siano profondamente imperfetti, e quindi che i costi di transazione siano positivi ed i contratti incompleti.

Commons sostiene che le persone siano imperfette perché il loro modo di ragionare e la loro logica sono profondamente influenzati da "stupidità, ignoranza e passione", elementi che più tardi Herbert Simon racchiuse nel concetto di razionalità ristretta⁽¹³⁾. Allo stesso modo i mercati operano in modo imperfetto perché i costi positivi delle transazioni e i contratti incompleti portano ad una serie di fallimenti di mercato e problemi di coordinazione. Esempi a questo riguardo possono essere esternalità, beni pubblici, problemi degli agenti principali, rischio morale, opportunismo e quello che, secondo gli istituzionalisti è il peggior difetto del capitalismo, cioè la disoccupazione persistente involontaria⁽¹⁴⁾. Da ul-

⁽¹²⁾ J. BUDD, *Employment with a Human Face: Balancing Efficiency, Equity and Voice*, Cornell University Press, Ithaca, 2004.

⁽¹³⁾ J. COMMONS, *Institutional Economics*, 1934, 874; H. SIMON, *Models of Bounded Rationality*, MIT Press, Cambridge, 1982, vol. 2.

⁽¹⁴⁾ J. COMMONS, *Industrial Relations*, in J. COMMONS (ed.), *Trade Unions and Labor Problems*, Augustus Kelly, New York, 1967, II ed., 1-16; B. KAUFMAN, *Labor Markets and Employment Regulation: The*

timo il sistema giudiziario è da considerarsi imperfetto in quanto la razionalità ristretta, le risorse giudiziarie limitate e la corruzione del sistema legale da parte di interessi legati agli investimenti impedisce un'attuazione imparziale dei contratti. Per tutti questi motivi i mercati non sono quindi in grado di auto-regolarsi, non conducono a risultati efficienti e perfetti, e creano una serie di problemi correlati al lavoro.

La terza divergenza fondamentale tra l'economia convenzionale e le relazioni industriali riguarda la questione del potere all'interno del rapporto di lavoro. Secondo Commons, il potere economico deriva dal possesso di risorse scarse e, nello specifico, dalla capacità di negare ad altri lo sfruttamento di tali risorse. L'economia neoclassica si astraie dalla questione del potere considerando come "garantite" la distribuzione dei diritti alla salute e alla proprietà, assumendo che i mercati siano competitivi e che quindi tutte le imprese ed i lavoratori siano "soggetti che ritirano il salario", ma senza alcun potere, e modellando il concetto di impresa quale concetto tecnologico sinonimo di produzione. Tuttavia la realtà del rapporto di lavoro quale emersa nel XX secolo evidenziava come i lavoratori dovessero fronteggiare una sostanziale ineguaglianza di potere in tre settori fondamentali della loro vita: nella gestione interna delle imprese, nella contrattazione dei salari nei mercati esterni del lavoro e nell'esercitare un'influenza politica sul governo ⁽¹⁵⁾.

Tuttavia, nella concezione legata allo sviluppo scientifico, le relazioni industriali sono considerate uno strumento interdisciplinare e di scienza sociale, il che permette di sviluppare una teoria del rapporto di lavoro basata sull'economia ma con il contributo di altre discipline quali il diritto, le scienze politiche, la psicologia, la sociologia e la scienza dell'organizzazione. Questa teoria vuole essere più realistica tenendo conto della natura imperfetta di uomini, mercati e del sistema legislativo, ponendo la propria attenzione sull'interazione tra economia, diritto e società. In perfetto accordo con la metodologia induttiva dell'economia istituzionale, basata sul "va e controlla tu stesso", gli studiosi delle relazioni industriali rifiutano gli assunti deduttivi a favore di una teoria empirica e basata sul fatto che i presupposti, le leggi e le relazioni causali siano dedotte da ricerche sul campo, studi di casi e tecniche di osservazione dei soggetti.

Come effettivamente accadde ai primi studiosi delle relazioni industriali, lo sviluppo scientifico rimase un aspetto senza spessore e ampiamente sottosviluppato, in parte perché la loro attenzione di enfasi si focalizzò sul secondo aspetto delle relazioni industriali, la risoluzione dei problemi.

4. Il secondo aspetto delle prime relazioni industriali è quindi la risoluzione dei problemi, che consiste nell'applicare conoscenze ed esperienza nella risoluzione dei problemi pratici sorti nel mondo del lavoro. Sebbene i fondatori istituzionali delle relazioni industriali fossero interessati agli aspetti intellettuali del lavoro, le

View of the 'Old' Institutionalists, in B. KAUFMAN (ed.), *Government Regulation of the Employment Relationship*, Industrial Relations Research Association, Madison, 1997, 11-55.

⁽¹⁵⁾ J. COMMONS, *The Legal Foundations of Capitalism*, Macmillan, New York, 1924; B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, cit.

questioni pratiche ebbero una tale importanza da fare in modo che essi se ne occupassero. Guardando a quella che era stata la sua carriera, per esempio, Commons rilevò che “nel mio percorso accademico stavo cercando di salvare la scuola del Wisconsin e la nazione dalla politica, dal socialismo o dall’anarchia, occupandomi del difficile conflitto tra capitale e lavoro”⁽¹⁶⁾.

I fondatori delle relazioni industriali sposarono altresì una forma di risoluzione dei problemi alquanto pragmatica e non ideologica, un orientamento che li rese profondamente diffidenti nei confronti degli intellettuali di sinistra e delle soluzioni radicali marxiste relative ai problemi del lavoro⁽¹⁷⁾. In questi aspetti gli istituzionalisti americani furono considerevolmente più conservativi rispetto ai Webb e a molti altri intellettuali europei del lavoro del XX secolo, che sposarono alcune forme socialiste di trasformazione della società⁽¹⁸⁾.

Il concetto di risoluzione dei problemi nelle relazioni industriali era profondamente legato al concetto di “problemi di lavoro”. Come Dale Yader dichiarò nel 1931, infatti, “l’approccio generalmente accettato nello studio delle relazioni industriali è quello che comprende l’esame dei fenomeni solitamente descritti quali problemi del lavoro”⁽¹⁹⁾. Presumibilmente questo approccio allo studio delle relazioni industriali trova la sua prima formale espressione nel lavoro di due economisti della scuola del Wisconsin, Thomas Adams e Helen Sumner. Nel 1905 pubblicarono il primo testo scritto negli Stati Uniti dedicato allo studio del lavoro, intitolato *Labor Problems*⁽²⁰⁾.

Sebbene precedette di 15 anni la nascita del settore delle relazioni industriali, il loro lavoro influenzò notevolmente l’evoluzione della parte delle relazioni industriali dedicata alla risoluzione dei problemi. La prima parte della loro opera era dedicata ad una serie di problemi sul lavoro, anche chiamati “mali”. Questi mali – tra cui salari alla soglia di povertà, lavoro minorile e in condizioni di sforzo per i lavoratori – erano considerati problemi legati al rapporto di lavoro che richiedevano attenzione e necessitavano una risoluzione. La seconda parte dello studio era dedicata alle soluzioni, o “rimedi”. Tra questi figuravano i sindacati, la legislazione d’impresa e la suddivisione dei profitti.

I primi riformatori nel settore del lavoro concentravano la loro attenzione principalmente sul sindacalismo e la contrattazione collettiva. Ma col passare del tempo ampliarono i loro campi di ricerca e gli strumenti per la risoluzione dei problemi e incrementarono una strategia politica globale. Riguardo la strategia, gli economisti istituzionali del lavoro elaborarono un programma a tre punti⁽²¹⁾.

Il primo punto era la stabilizzazione dei mercati dei prodotti e del mercato. L’obiettivo era smussare le fluttuazioni dannose nella produzione e nell’impiego,

⁽¹⁶⁾ J. COMMONS, *Myself*, University of Wisconsin Press, Madison, 1934, 170.

⁽¹⁷⁾ S. PERLMAN, *A Theory of the Labor Movement*, Macmillan, New York, 1928.

⁽¹⁸⁾ R. HARRISON, *The Life and Times of Sidney and Beatrice Webb, 1858-1905: The Formative Years*, Palgrave, London, 2000; B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, cit.

⁽¹⁹⁾ D. YODER, *Introductory Courses in Industrial Relations*, in *Personnel*, February 1931, vol. 7, 123.

⁽²⁰⁾ T. ADAMS, H. SUMNER, *Labor Problems*, Macmillan, New York, 1905.

⁽²¹⁾ B. KAUFMAN, *John R. Commons and the Wisconsin School on Industrial Relations and Strategy*, in *Industrial and Labor Relations Review*, 2003, vol. 57, n. 1, 3-30.

impedendo a condizioni di eccessiva offerta di abbassare gli standard di lavoro, garantendo ai lavoratori un impiego sicuro e a tempo pieno. Il secondo punto era garantire lo stesso potere di contrattazione a datori di lavoro e ai lavoratori. Notando che la possibilità di influenzare l'andamento del processo di determinazione dei salari era notevolmente favorevole ai datori di lavoro, gli istituzionalisti cercarono di trascinare le curve delle condizioni di lavoro ad un livello più giusto e competitivo, incrementando il potere di contrattazione dei lavoratori, così che le due parti potessero competere a pari livello. Il terzo punto era l'organizzazione democratica nella fabbrica, ciò che i Webb e molti altri chiamavano democrazia industriale ⁽²²⁾. L'obiettivo era di introdurre nel mondo industriale quei diritti di cui godono i cittadini nella sfera politica, quali accordi scritti o "costituzioni", per garantire che "le regole di legge" sostituissero "le regole degli uomini", o ancora dare la possibilità di partecipare ed essere rappresentati nel determinare e rinforzare le regole vigenti sul posto di lavoro, così come veder garantito il ricorso ad un giusto processo nella risoluzione delle controversie nate sul luogo di lavoro o nell'amministrazione della giustizia. In generale essi sostenevano che il raggiungimento di questi obiettivi avrebbe ridotto i problemi sul lavoro e migliorato l'efficienza, la giustizia e la soddisfazione umana all'interno delle relazioni di lavoro.

Dopo aver identificato una strategia ed una serie di obiettivi, il passo successivo era quello di capire come implementarli e raggiungerli. Gli istituzionalisti non riuscirono ad ottenere una risposta immediata ma gradatamente e accortamente elaborarono il loro metodo durante i prime tre decenni del 1900. Entro la fine degli anni Venti il loro programma di riforma del lavoro fu relativamente smussato e riorientato attraverso quattro revisioni istituzionali di base riguardanti il mercato del lavoro di quel periodo, che era disorganizzato e sregolato. Questo programma composto da quattro punti definì, a sua volta, l'aspetto denominato "risoluzione dei problemi" delle relazioni industriali ⁽²³⁾.

I primi strumenti istituzionali che essi proponevano allo scopo di promuovere la stabilità del mercato, un uguale potere di contrattazione ed una gestione democratica nelle fabbriche erano il sindacato e la contrattazione collettiva. All'inizio del XX secolo Commons divenne un esplicito sostenitore dei sindacati e, nello specifico, di quelli organizzati nelle industrie (piuttosto che nelle imprese artigiane). Considerava questi sindacati in grado di raggiungere tutti e tre questi obiettivi. Ad esempio coordinando tutte le imprese nel mercato dei prodotti, un sindacato sarebbe in grado di portare il costo del lavoro al di fuori della concorrenza e aiuterebbe la stabilizzazione dei salari, delle condizioni e dell'impiego. Ad un livello macroeconomico, Commons credeva che incrementando i salari, i sindacati avrebbero favorito la stabilità macroeconomica bilanciando le tendenze del sottoconsumo. Ovviamente i sindacati incrementano l'influenza dei lavoratori nel determinare i salari, sostituendo la contrattazione individuale con quella collettiva, dando allo stesso tempo ai lavoratori la possibilità di esprimersi con una sola

⁽²²⁾ S. WEBB, B. WEBB, 1897, *op. cit.*; M. DERBER, *The American Idea of Industrial Democracy*, University of Illinois Press, Urbana-Champaign, 1970.

⁽²³⁾ B. KAUFMAN, *John R. Commons and the Wisconsin School on Industrial Relations and Strategy*, cit.

voce ed una rappresentanza indipendente. Commons descrisse questo accordo di contrattazione collettiva, riferendosi al Governo dell'Inghilterra, come "una camera dei Lords e dei Comuni di tipo industriale, ma senza un Re" ⁽²⁴⁾.

Quando negli Stati Uniti le prospettive di un sindacalismo diffuso nelle fabbriche diminuì nella parte finale della prima decade del XX Secolo, Commons ed i suoi colleghi rivolsero la loro attenzione ad un secondo metodo volto a promuovere questi obiettivi. Questo consisteva nell'attuazione legale delle norme di diritto del lavoro e in programmi di assicurazione sociale. Il diritto di lavoro a tutela dei lavoratori può assumere diverse forme, quali un salario minimo, un massimo di ore lavorative, il lavoro minorile, gli statuti per la tutela dagli infortuni sul lavoro e la riforma del servizio civile nel settore pubblico. Parimenti alla contrattazione collettiva, queste leggi fissano una serie di standard minimi nel mercato del lavoro e aumentano il potere della contrattazione. Nel caso della riforma del servizio civile, promuovono altresì un processo più giusto e garantiscono voce in capitolo ai lavoratori. I programmi di previdenza sociale, dal canto loro, cercano di proteggere i lavoratori dai rischi e gli stenti legati al lavoro, quali risarcimenti agli operai, assicurazioni per la disoccupazione, pensioni di anzianità ed assicurazioni sanitarie.

Grazie a questi programmi è possibile trasferire i costi di questi sottoprodotti negativi dai lavoratori, le loro famiglie e le loro comunità, ai soggetti che secondo gli istituzionalisti, dovrebbero sopportarli, e cioè i datori di lavoro, i consumatori e la società nel suo complesso ⁽²⁵⁾. Il coinvolgimento degli istituzionalisti nelle questioni giuridiche emerge per la prima volta nel 1906 quando Ely e Commons fondano l'Associazione Americana per la Legislazione in materia di lavoro ⁽²⁶⁾. Il secondo esempio tangibile del loro crescente interesse ed impegno nel diritto del lavoro è dato dalla pubblicazione nel 1916 del testo di Commons e Andrew intitolato *I principi della legislazione in materia di lavoro* ⁽²⁷⁾. La maggior parte delle loro idee in materia di diritto del lavoro ed assicurazione sociale derivano dall'Europa continentale, ed in particolare dalla Germania.

La terza punta del programma di riforma del lavoro ad opera dei primi istituzionalisti si occupava della gestione del personale. Questo elemento non comparve fin dopo la Prima Guerra Mondiale, quando i datori di lavoro iniziarono a sperimentare nuovi metodi di organizzazione del lavoro e di *welfare capitalism* ⁽²⁸⁾. Secondo il sistema tradizionale del lavoro, il lavoro stesso era considerato un bene da acquistare al minor costo possibile, lavorato al massimo ed eliminato una volta divenuto inutile. Le direzioni del personale erano inesistenti, le procedure informali e decentralizzate, e i capireparto trattati con il guanto di ferro. Inutile dire che questo approccio di gestione della forza lavoro creò notevoli perdite, in-

⁽²⁴⁾ J. COMMONS, *Myself*, cit., 72.

⁽²⁵⁾ D. STABILE, *Activist Unionism: The Institutional Economics of Solomon Barkin*, M.E. Sharpe, Armonk, 1993.

⁽²⁶⁾ D. MOSS, *Socializing Security: Progressive-era Economists and the Origins of American Social Policy*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

⁽²⁷⁾ J. COMMONS, J. ANDREWS, *Principles of Labor Legislation*, Harper, New York, 1916.

⁽²⁸⁾ S. JACOBY, *Employing Bureaucracy: Managers, Unions and the Transformation of Work in American Industry, 1900-1945*, Columbia University Press, New York, 1985.

soddisfazione e conflitti. Ma i datori di lavoro più progressisti e lungimiranti, come sottolineato da Commons nel suo *Benevolenza Industriale* ⁽²⁹⁾, notarono che si ottenevano maggiori profitti considerando il lavoratore alla stregua di un collaboratore e di un essere umano piuttosto che un bene o al peggio uno schiavo. Da questa idea nacque negli anni Venti il movimento del *welfare capitalism*, che cercò di ottenere la massima efficienza ed il massimo profitto raggiungendo una miglior cooperazione sul lavoro attraverso salari di mercato, sicurezza dell'impiego, diversi benefici a livello del benessere (pensioni, ferie retribuite, ecc.), supervisione umanamente accettabile, ed una voce formalizzata dei lavoratori tramite un consiglio aziendale o un piano di rappresentanza degli impiegati. Gli operatori del *welfare capitalism*, in particolare all'interno della rete di compagnie e società di consulenza della Rockfeller, adottarono coscientemente il termine di "relazioni industriali" quale loro motto per indicare una forma di gestione del lavoro più strategica e progressiva ⁽³⁰⁾. Nonostante lo scetticismo di alcuni istituzionalisti della Wisconsin, la maggior parte si convinse entro la fine degli anni Venti di come i programmi per la gestione del personale e le forme di rappresentanza costituissero uno strumento importante ed encomiabile per la stabilizzazione dei mercati, rendendo uguale il potere di contrattazione e garantendo una voce ai lavoratori ⁽³¹⁾.

Il quarto punto del programma di riforma del lavoro comprendeva politiche macroeconomiche anticicliche volte ad appianare il ciclo commerciale, prevenire rovinose espansioni e frenate nella produzione o nell'impiego. All'interno della scuola del Wisconsin, Commons fu il promotore principale di queste politiche macroeconomiche, anche se altri economisti quali Summer Slichter e Paul Douglas scrissero su questi temi. Commons dichiarò che "la fluttuazione delle valute costituisce il problema principale del lavoro [...] il primo strumento per raggiungere la pace all'interno del mondo industriale è costituito dalla stabilizzazione del dollaro" ⁽³²⁾. Egli dedicò molti degli anni tra il 1920 e il 1930 allo studio della politica monetaria e divenne uno dei principali esperti nazionali, consigliando alla Federal Reserve il ricorso ad operazioni a mercato aperto per stabilizzare il livello del prezzo aggregato ⁽³³⁾.

Commons cercò inoltre di promuovere l'idea volta ad incorporare l'elemento del calcolo dell'esperienza nell'assicurazione per la disoccupazione, per indurre i datori di lavoro ad evitare i licenziamenti. Collaborò altresì alla redazione dell'opera *Può il business prevenire la disoccupazione?*, dove esaminò vari modi in cui le imprese possono contribuire alla stabilizzazione dell'occupazione ⁽³⁴⁾. Numerosi articoli apparsi nella *American Labor Legislation Review* durante gli anni

⁽²⁹⁾ J. COMMONS, *Industrial Goodwill*, McGraw-Hill, New York, 1919.

⁽³⁰⁾ B. KAUFMAN, R. BEAUMONT, R. HELFGOTT, *Industrial Relations to Human Resources and Beyond: The Evolving Practice of Employee Relations Management*, M.E. Sharpe, Armonk, 2003.

⁽³¹⁾ B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, cit.

⁽³²⁾ J. COMMONS, *Industrial Government*, McGraw-Hill, New York, 1921, 4.

⁽³³⁾ C. WHALEN, *Saving Capitalism by Making It Good: The Monetary Economics of John R. Commons*, in *Journal of Economic Issues*, 1991, vol. 27, n. 4, 1155-79.

⁽³⁴⁾ J. COMMONS, S. LEWISOHN, E. DRAPER, D. LESCOHIER, *Can Business Prevent Unemployment?*, Alfred Knopf, New York, 1925.

Venti promossero la spesa anticiclica nel settore dei lavori pubblici. Questi programmi non stabilizzarono solamente i mercati di prodotti e lavoro, ma garantirono condizioni di piena occupazione incrementando la forza della minaccia di dimissioni da parte dei lavoratori, e rafforzarono il potere di contrattazione dei lavoratori, inducendo i datori di lavoro ad offrire loro maggiori opportunità di espressione e partecipazione.

Alla fine degli anni Venti, questi quattro punti della politica del mercato del lavoro costituivano il cuore dell'approccio delle prime relazioni industriali all'aspetto chiamato di "risoluzione dei problemi". I datori di lavoro progressisti che adottarono un modello "unitario" della gestione del lavoro secondo lo schema del *welfare capitalism* rappresentano la punta avanzata nelle pratiche di gestione delle risorse umane. Il vero compito dei sindacati e della legislazione di tutela del lavoro è stabilire standard economici e normativi minimi, agire quali controllori riguardo le condizioni di lavoro e garantire ai lavoratori l'adeguata protezione contro lo sfruttamento e l'ingiustizia soprattutto nelle fasce medio-basse del mercato del lavoro. Oltre a fornire una legislazione di tutela del lavoro, i governi hanno un ruolo fondamentale nello stabilire programmi di sicurezza sociale per i lavoratori di tutte le industrie, considerando che i problemi di esternalità, rischio morale e beni pubblici fanno sì che si riducano pensioni, compensazioni per gli infortuni sul lavoro e le assicurazioni sanitarie in un sistema di libero mercato. Da ultimo, il governo si assume la responsabilità di mantenere piena occupazione e stabilità a livello macroeconomico attraverso politiche fiscali e monetarie anticicliche.

5. Le prime relazioni industriali americane possedevano anche un terzo lato, definito in termini di valori etici e posizioni ideologiche relative al rendimento lavorativo, alla struttura dei rapporti di lavoro, e alla soluzione dei problemi legati al lavoro.

Slichter riconobbe esplicitamente questo aspetto delle relazioni industriali quando osservò: "esistono due modi per osservare i problemi legati al lavoro. Uno è il punto di vista scientifico, a cui aspira lo studioso che analizza i sindacati, il lavoro minorile, la disoccupazione, allo scopo di determinare cos'è o *potrebbe essere*, ma senza speculare su ciò che *dovrebbe essere* [...]. Per la maggior parte delle persone, tuttavia, compresi economisti e sociologi, il problema del lavoro è molto più ampio. Si tratta di una questione etica, non solo di cos'è e cosa potrebbe essere, ma di cosa dovrebbe essere. Dal punto di vista etico, inoltre, il problema del lavoro è legato a due questioni principali: all'effetto delle istituzioni dominanti riguardo al conflitto tra vita e lavoro, e ai cambiamenti istituzionali necessari ad armonizzare le attività degli uomini in quanto lavoratori ed i loro interessi in quanto uomini" ⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ S. SLICHTER, *What is the Labor Problem?*, in J. HARDMAN (ed.), *American Labor Dynamics in Light of Postwar Developments*, Harcourt Brace, New York, 1928, 287 [corsivo nell'originale].

L'aspetto etico ed ideologico delle relazioni industriali ha diverse componenti⁽³⁶⁾. Il primo elemento fondamentale è l'assunto che il lavoro sia parte integrante dell'essere umano e perciò non debba essere considerato una merce. Questo significa che il lavoro, diversamente da capitale, terra ed altri fattori, sia inseparabile dalla persona che lo fornisce, e che quindi le condizioni, così come i risultati del lavoro effettuato dalle persone, portino con sé un significato più elevato. La società non si preoccupa, ad esempio, che l'acciaio venga immagazzinato in un luogo rovente o che un macchinario lavori ventiquattro ore al giorno. Ma deve preoccuparsi che i lavoratori godano di condizioni di impiego ragionevoli, in quanto esseri umani in possesso di diritti umani di cui gli oggetti sono sprovvisti. Seguendo lo stesso filone, Commons osserva come nella teoria neoclassica i lavoratori siano trattati come "beni da vendere e comprare secondo la domanda e l'offerta"; mentre nella prospettiva istituzionale "sono trattati quali cittadini con determinati diritti nei confronti degli altri, grazie alla loro importanza per la nazione in quanto tale". In modo analogo Slichter sottolinea come "sia di vitale importanza che i metodi di produzione possano essere pianificati non solo allo scopo di produrre beni a basso costo, ma anche per affidare ai lavoratori mansioni che contribuiscano a svilupparne le capacità"⁽³⁷⁾.

Una serie di obiettivi di benessere sociale fanno altresì parte dell'aspetto etico ed ideologico delle relazioni industriali. Gli obiettivi di benessere sociale dell'economia neoclassica possono essere riassunti nel concetto di massima *efficienza*, considerata come uso ed allocazione ottimale delle risorse per produrre ad un costo minimo l'insieme dei beni e servizi destinati a soddisfare i consumatori. Le relazioni industriali sostengono inoltre che l'efficienza sia importante in quanto senza un'adeguata offerta di beni materiali la vita viene interrotta ed eventualmente potrebbe estinguersi. Ma questa disciplina prende sul serio anche il detto della Bibbia secondo cui "l'uomo non può vivere di solo pane", e quindi debba aggiungere all'efficienza due altri obiettivi di benessere. Il primo prevede che le procedure ed i risultati derivanti dal rapporto di lavoro debbano essere *equi*, ed il secondo che si debbano anche promuovere opportunità che portino alla *massima realizzazione e sviluppo personale*.

A sostegno di questi due obiettivi di benessere c'è la tesi che il benessere possa essere raggiunto e garantito non solo offrendo ai consumatori una vasta gamma di beni e servizi, ma anche garantendo ai lavoratori un'esperienza lavorativa equa e ben ripartita, e allo stesso tempo estrinsecamente ed intrinsecamente soddisfacente.

Dal punto di vista delle relazioni industriali, inoltre, lo scopo della politica sociale dovrebbe essere di ricorrere all'ingegneria sociale e ai progetti istituzionali per strutturare il rapporto di impiego in modo da massimizzarne efficienza, equità e

⁽³⁶⁾ B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, cit., B. KAUFMAN, *The Social Welfare Objectives and Ethical Principles of Industrial Relations*, in J. BUDD, J. SCOVILLE (eds.), *The Ethics of Human Resources and Industrial Relations*, Labor and Employment Relations Association, Champaign, 2005, 23-60.

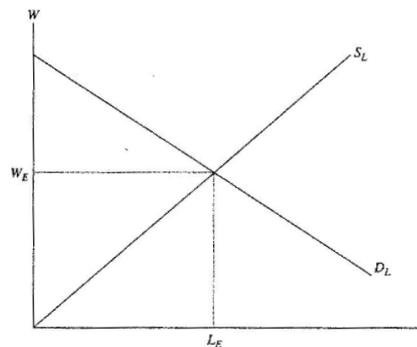
⁽³⁷⁾ J. COMMONS, *Industrial Goodwill*, cit., 33; S. SLICHTER, *Modern Economic Society*, Henry Holt, New York, 1931, II ed., 651-2.

sviluppo, così come auto-realizzazione degli individui ⁽³⁸⁾. Mentre gli economisti neoclassici considerano generalmente efficienza ed equità come *sostituti*, assumendo che una maggior equità implichi una riduzione dell'efficienza, l'economia istituzionale e delle relazioni industriali sostiene che in diversi casi equità ed efficienza siano da considerare *complementari*, e che quindi una maggior equità incrementi l'efficienza invece di diminuirla ⁽³⁹⁾. Questo avviene perché, mentre negli oggetti inanimati quali carbone ed acciaio forniscono la stessa energia e la stessa resistenza alla trazione indipendentemente dal modo in cui sono trattati, lo stesso non può dirsi per gli esseri umani. Al contrario gli uomini forniscono migliori prestazioni lavorative quando vengono trattati giustamente e viene loro assicurata un'esperienza lavorativa soddisfacente.

6. Dopo aver descritto i tre aspetti fondamentali del paradigma originale delle relazioni industriali, risulta implicito domandarsi se esista un principio comune che li leghi. Personalmente ritengo che la risposta a questa domanda sia positiva. Questo principio fondamentale costituisce il denominatore intellettuale e normativo comune a tutti gli studiosi e pratici delle relazioni industriali e ne costituisce la sua ragion d'essere un tale campo di studio di teoria e pratica. Altrimenti detto, senza questo principio fondamentale, un settore distinto intellettualmente e socialmente rilevante come le relazioni industriali non potrebbe esistere.

Il principio fondamentale delle relazioni industriali può essere affermato in due diversi modi, che si completano a vicenda, come le due facce di una stessa medaglia. La prima versione di questo principio fondamentale è il rifiuto *del modello convenzionale di un mercato del lavoro basato sulla domanda e sull'offerta concorrenziali* quale contesto appropriato per l'analisi e la comprensione delle caratteristiche ed i risultati chiave dei rapporti di lavoro. Questo modello è raffigurato dalla Figura 1.

Figura 1 – *Equilibrio competitivo in un mercato del lavoro.*



⁽³⁸⁾ B. KAUFMAN, *The Social Welfare Objectives and Ethical Principles of Industrial Relations*, cit., J. BUDD, *Employment with a Human Face: Balancing Efficiency, Equity and Voice*, cit.

⁽³⁹⁾ N. MELTZ, *Industrial Relations, Balancing Efficiency and Equity*, in J. BARBASH, K. BARBASH (eds.), *Theories and Concepts in Comparative Industrial Relations*, University of South Carolina Press, Columbia, 1989, 109-14.

Questa figura mostra la curva di domanda del lavoro (D_L), la curva di offerta (S_L) e la determinazione del salario di equilibrio e della quantità di lavoro (W_E, L_E). Si può dichiarare che questo sia l'assunto teoretico più importante della teoria neoclassica del lavoro, che offre un punto di partenza e un modello di riferimento di tutte le analisi del lavoro e dell'impiego degli economisti convenzionali, e che costituisce il postulato da cui scaturì l'attacco neoclassico e neoliberale alle istituzioni e alle norme del mercato del lavoro. Allo stesso tempo costituisce anche il modello del mercato del lavoro e dei rapporti di lavoro rifiutato dai fondatori delle relazioni industriali, o meglio, il modello che essi cercarono di rivedere completamente. Come descritto successivamente, questo diagramma e la teoria che esso rappresenta, è in grado di descrivere alcune fra le tendenze specifiche, ampie o a lungo termine, relative al lavoro, ma nonostante ciò deve essere rifiutato dagli studiosi delle relazioni industriali quale tesi fondamentale del settore.

La seconda versione del principio fondamentale presuppone che *il lavoro non sia una merce*. Questo presupposto si applica sia all'aspetto positivo che normativo delle relazioni industriali. In quanto positivo, il postulato assume che, nello studio scientifico delle relazioni industriali, risulti essenziale riconoscere il lavoro come parte integrante dell'essere umano per comprendere appieno e spiegare i fenomeni relativi al lavoro. Il risvolto di questo assunto è che i modelli e le teorie che considerano il lavoro alla stregua degli input inanimati, quali il capitale o la terra, rischiano di rivelarsi strumenti parziali ed incompleti per lo studio delle relazioni industriali. In quanto presupposto normativo, la proposizione che il lavoro non sia una merce sostiene la fondamentale convinzione morale ed etica di come, in quanto parte integrante dell'essere umano, il lavoro non possa essere valutato con gli stessi criteri usati per gli input inanimati (ad es. massima produttività, minimo costo). Il risvolto di questo assunto normativo è che la società abbia un obbligo morale e legittimo di ricorrere alle leggi e alle istituzioni per modificare termini e condizioni di impiego ritenute inumane, anti-sociali o in violazione ai diritti umani fondamentali.

Queste due versioni del principio fondamentale delle relazioni industriali, ripeto, sono l'una l'immagine speculare dell'altra. In altre parole, il modello concorrenziale di offerta/domanda possiede una coerenza teorica solo se il lavoro viene considerato simile ad un bene. L'essenza di un bene è che si tratta di una merce omogenea in cui ogni unità è identica alle altre. La teoria neoclassica riconosce limitatamente che il lavoro sia parte integrante degli esseri umani, visto che i lavoratori sono ritenuti agenti massimizzanti con una serie di preferenze. D'altra parte questa teoria considera i lavoratori come beni allo scopo di trarne il modello di domanda/offerta, così come determinarne il salario di equilibrio e di impiego. Si deve anche sostenere questo postulato per poter concludere che un mercato del lavoro perfettamente concorrenziale massimizza l'efficienza.

Per approfondire questi punti è necessaria una breve incursione nella teoria economica di base ⁽⁴⁰⁾. Se i lavoratori non sono considerati alla stregua di una merce, numerosi aspetti del modello concorrenziale di offerta/domanda del lavoro rischiano di crollare. Uno, ad esempio, è una curva di domanda del lavoro inclinata verso il basso. La curva di domanda del lavoro equivale al prodotto marginale del programma del lavoro di un'industria concorrenziale, ottenuta aggiungendo unità di lavoro omogenee alla funzione di produzione. Perché la domanda di lavoro assuma la forma di un'unica mappatura individuale tra il tasso di salario e la quantità di lavoro richiesta, è essenziale che il lavoro sia un bene, come una tonnellata di carbone, così che il prodotto marginale di ogni unità di lavoro sia completamente e tecnologicamente determinata dalla funzione di produzione. Ma se il lavoro non è una merce, allora lo schema del prodotto marginale e la curva di domanda del lavoro rappresentata nella Figura 1 si trasformano da una linea ad un'instabile fascia di valori conformi con numerose combinazioni di tassi di salario e di lavoro. Il motivo è che il numero di servizi produttivi offerti da input inanimati è fisso per natura, mentre i servizi del lavoro (o i "poteri del lavoro" usando la terminologia marxiana) dipendono dai lavoratori e possono coprire una gamma di valori molto estesa (da zero quando il lavoratore dorme sul posto di lavoro, fino ad un livello di rendimento massimo), a seconda di una serie di variabili non tecnologiche, quali la morale, la sensazione di essere giustamente pagati ed il trattamento ricevuto dal datore di lavoro. Tuttavia un qualunque tasso di salario è coerente con diversi possibili prodotti marginali derivabili dalla funzione di produzione, rendendo quindi impossibile tracciare una curva di domanda del lavoro determinata e definita, quale quella della Figura 1.

Parimenti la curva di offerta del lavoro modifica la sua forma se il lavoro non è considerato una merce. Un assunto fondamentale nel derivare la curva di offerta del mercato del lavoro della Figura 1 è che ogni singola impresa assuma una curva di offerta del lavoro perfettamente elastica (orizzontale), il che indica che si tratta di un *wage taker*.

Ma un'industria può assumere il salario come un dato, solo se il lavoro è considerato un bene omogeneo, altrimenti il lavoro sarebbe differenziato e con ciò la curva di offerta dell'impresa si inclinerebbe positivamente (proprio come la curva di domanda di un prodotto si inclina negativamente quando il bene è differenziato). Uno dei fattori che differenzia il lavoro è l'esistenza di un rapporto personale tra datore di lavoro e lavoratore, elemento che è ormai universale da quando i servizi lavorativi sono considerati parte integrante del lavoratore, e quindi il lavoratore deve instaurare rapporti personali col datore di lavoro o i suoi dirigenti. Per una qualche ragione quando la curva di offerta del lavoro è inclinata negativamente il mercato del lavoro non è più perfettamente concorrenziale ma si trasforma in una specie di monopsonio. Un mercato del lavoro monopsonico, di conseguenza, non rispecchia il grafico della Figura 1 in quanto ha tre curve (pro-

⁽⁴⁰⁾ Questa sezione del contributo è tratta da B. KAUFMAN, *The Institutional and Neoclassical Schools in Labor Economics*, in D. CHAMPLIN, J. KNOEDLER (eds.), *The Institutionalist Tradition in Labor Economics*, M.E. Sharpe, Armonk, 2004, 13-38; B. KAUFMAN, *The Impossibility of a Perfectly Competitive Labor Market*, unpublished paper, Georgia State University, Atlanta, 2006.

dotto marginale, curva di offerta e costo marginale del lavoro), fornisce un salario di equilibrio inferiore al salario concorrenziale, dà origine ad alcune forme di sfruttamento del lavoro e non possiede uno schema definito di domanda del lavoro ⁽⁴¹⁾.

Secondo il modello raffigurato nella Figura 1 il lavoro deve essere considerato simile ad un bene per determinare un unico salario di equilibrio e sgombrare il mercato del lavoro in caso di eccesso di offerta. Nessuna situazione potrebbe verificarsi se il lavoro è considerato parte integrante degli esseri umani. Ad esempio la domanda e l'offerta non forniscono un salario di equilibrio concorrenziale perché il tasso di salario svolge due funzioni, e cioè distribuisce il lavoro ma allo stesso tempo è usato dalle industrie per motivare il lavoro, e solitamente il tasso di salario che raggiunge un obiettivo non può raggiungere anche l'altro (la condizione macroeconomica in cui si hanno più "obiettivi" di "strumenti").

Nei mercati dei beni, al contrario, la domanda e l'offerta sono in grado di determinare un unico equilibrio in quanto il prezzo assolve solamente la funzione allocativa e non quella motivazionale (ossia una botte di petrolio non deve essere motivata per fornire una certa quantità di energia). Parimenti i tassi di salario si riducono raramente in condizioni di eccesso di offerta di lavoro (cioè disoccupazione generalizzata) perché le imprese evitano volutamente l'imposizione di tagli al salario, sapendo che questi potrebbero aumentare il costo del lavoro a causa degli effetti negativi sul morale dei lavoratori, la collaborazione e la loro produttività. Se però il tasso di salario non diminuisce in seguito ad un'eccessiva offerta di lavoro, il mercato del lavoro resterà lontano dal punto di equilibrio e la disoccupazione involontaria potrebbe persistere per un lungo periodo.

In tutta risposta un economista neoclassico potrebbe controbattere che un modello di perfetta concorrenza presuppone un mondo in cui l'informazione ed i contratti sono a loro volta perfetti, e con contratti perfetti scompaiono tutte le anomalie cui sopra. Ad esempio con un contratto perfetto (ovvero un contratto negoziato prima dello scambio e che specifica dettagliatamente ogni aspetto del bene o del servizio da offrire), l'impresa conosce l'esatto valore del prodotto marginale del lavoratore; la quantità di lavoro offerta dal dipendente è racchiusa e protetta dall'accordo contrattuale antecedente a qualsiasi contatto personale sul luogo di lavoro; e la questione della motivazione è irrilevante in quanto il contratto stabilisce in precedenza la quantità di lavoro che deve essere fornita.

Questa argomentazione è però destinata a fallire a causa delle sue contraddizioni interne. Come sostenuto da Ronald Coase, i contratti completi di lavoro possono esistere solamente in un mondo senza alcun costo di transazione (ossia senza costi per il trasferimento dei diritti di proprietà). Tuttavia, come dimostrano Coase ed altri economisti "neo-istituzionalisti", in una situazione senza costi di transazione le imprese non hanno motivo di assumere lavoratori, ma preferiscono ricorrere ai servizi offerti da contraenti indipendenti (siccome il controllo del lavoro, cioè il criterio principale che definisce la condizione di impiegato, non ha alcun

⁽⁴¹⁾ B. KAUFMAN, J. HOTCHKISS, *The Economics of Labor Markets*, Thompson-Southwestern, Cincinnati, 2006, cap. 6.

valore economico in un mondo di informazione perfetta e zero costi di transazione) ⁽⁴²⁾. Il risultato finale netto, continua Coase, è che tutte le imprese si dissolvono in singole persone proprietarie, ottenendo il lavoro da contraenti individuali, comprando e vendendo servizi lavorativi sui mercati dei prodotti, e in tal modo sia il mercato del lavoro che il rapporto di lavoro scompaiono. La contraddizione, tuttavia, è che il modello neoclassico della domanda e dell'offerta della Figura 1 può essere mantenuto solamente assumendo che i servizi lavorativi siano scambiati in contratti perfetti, anche se questo implica che il mercato del lavoro e il rapporto di lavoro non esistano. Uno quindi invalida l'altro. Contrariamente, se i contratti di lavoro sono incompleti (come accade nella maggior parte dei casi), allora ricompaiono tutte le anomalie di cui si è parlato precedentemente e che derivano dall'essere umano, distruggendo il modello concorrenziale della domanda e dell'offerta raffigurato nella Figura 1.

Nonostante possa non essere immediatamente ovvio, queste conclusioni sono fondamentali per le relazioni industriali e secondo me costituiscono le basi di questa materia. Per comprenderne il motivo dobbiamo tornare ai tre aspetti delle relazioni industriali descritti precedentemente. Il punto essenziale da sottolineare è che ogni aspetto acquisisce potere intellettuale e credibilità morale proporzionalmente all'estensione del modello di domanda ed offerta della Figura 1 e la teoria del lavoro quale bene che la supporta risulta quindi essere falsa.

Ho sostenuto precedentemente come lo sviluppo scientifico delle relazioni industriali si focalizzi sull'esistenza, le caratteristiche principali ed i risultati del *rapporto di lavoro*. La comprensione dell'economia istituzionale si basa sul fatto che il modello neoclassico concorrenziale della domanda ed offerta del lavoro precluda per definizione l'esistenza di un rapporto di lavoro. Come descritto, il diagramma di domanda ed offerta della Figura 1 può esistere solo in un mondo in cui i costi di transazione non esistono, ma in un mondo di questo tipo la teoria economica prevede che tutte le imprese ricorrano allo schema dei "titolari individuali" e acquistino i servizi lavorativi da contraenti indipendenti, non da impiegati che operano sul mercato del lavoro.

Per fare un esempio pratico è come se la Ford Motor Company non assumesse le centinaia di migliaia di lavoratori in cambio di un salario dal mercato del lavoro, ma si rivolgesse al mercato dei prodotti e pagasse per ottenere i servizi di migliaia di persone che lavorano individualmente e svolgono le funzioni al posto dei dipendenti. Ma è da sottolineare come in questo mondo senza alcun costo di transazione (contratti completi), non esiste alcun rapporto di lavoro ed alcun lavoratore subordinato, in quanto i servizi lavorativi vengono offerti da contraenti indipendenti. Questo preclude logicamente un'allocazione delle relazioni industriali, in quanto il loro oggetto di studio, e cioè il rapporto di lavoro, scompare.

⁽⁴²⁾ R. COASE, *The Nature of the Firm*, cit.; E. FURUBOTN, R. RICHTER, *Institutions and Economic Theory*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997; B. KAUFMAN, *The Organization of Economic Activity: Insights from the Institutional Theory of John R. Commons*, in *Journal of Economic Behavior and Organization*, 2003, vol. 52, n. 1, 71-96.

In questo caso l'analisi del lavoro dovrebbe rispondere al nome di "relazioni commerciali" e non di "relazioni industriali" ⁽⁴³⁾.

Nonostante il rapporto di lavoro esista in un mercato del lavoro concorrenziale, il modello della domanda e dell'offerta resta ancora fatalmente imperfetto quale base per lo sviluppo scientifico. Questo perché elimina la maggior parte degli aspetti interessanti che si potrebbero analizzare nelle relazioni industriali. Ad esempio in questo modello tutti i termini e le condizioni di impiego sono determinate completamente dal mercato, eliminando qualunque possibilità di negoziazione e contrattazione. Allo stesso modo è esclusa l'esistenza di mercati interni del lavoro, delle pratiche di gestione del personale e delle norme istituzionali associate ai mercati interni del lavoro (programmi di formazione, promozione per anzianità di servizio). Siccome un mercato concorrenziale del lavoro prevede costi di transazione del lavoro pari a zero, tutti i contratti di lavoro si presumono completi e i termini e le condizioni di lavoro, una volta concordati, vengono eseguiti completamente e fedelmente. Questa caratteristica elimina parecchi ed importanti campi di studio delle relazioni industriali che hanno a che fare con i problemi degli agenti principali e col rischio morale (ad esempio molestie da parte dei superiori, impiegati che si imbosciano sul posto di lavoro). Inoltre il presupposto dell'esistenza di una perfetta informazione all'interno del modello elimina un altro elemento importante delle relazioni industriali, vale a dire gli scioperi. Non si potrebbe mai verificare uno sciopero in un mercato del lavoro perfettamente concorrenziale in quanto entrambe le parti potrebbero prevederne gli effetti salariali e si accorderebbero precedentemente, riuscendo ad eliminare in tal modo per entrambe le parti i costi dello sciopero.

Ora, dato questo ragionamento, la conclusione menzionata precedentemente sembra inevitabile. Gli studiosi che costruiscono le fondamenta della materia non possono basarsi sul modello del mercato concorrenziale che vede il lavoro come una merce, considerandolo la base dell'evoluzione teorica, in quanto questo modello elimina la maggior parte, se non addirittura tutti gli aspetti principali della materia di studio. Arrivando a questa conclusione non voglio dichiarare che il modello concorrenziale della domanda e dell'offerta sia completamente inutile e dovrebbe essere abbandonato, in quanto ritengo fornisca contenuti e previsioni utili per un'esposizione testuale delle forze di base del mercato e le analisi empiriche di alcuni andamenti e sviluppi di fenomeni aggregati e di lungo periodo (ad esempio i cambiamenti nel differenziale salariale qualificato e non negli ultimi venti o trent'anni). Ciò che sostengo è che per analizzare gli aspetti più importanti delle relazioni industriali, soprattutto nel corto periodo e a livello di impresa, sia necessario un modello sostanzialmente rivisitato che consideri l'essenza umana del lavoro in quanto tale e la natura imperfetta del mercato del lavoro.

Successivamente sono da considerare le implicazioni del modello concorrenziale del lavoro quale bene sul secondo aspetto delle relazioni industriali, vale a dire la risoluzione dei problemi. Così come il modello concorrenziale elimina la mag-

⁽⁴³⁾ B. KAUFMAN, *Employment Relations and the Employment Relations System: A Guide to Theorizing*, in B. KAUFMAN (ed.), *Theoretical Perspectives on Work and the Employment Relationship*, Industrial Relations Research Association, Champaign, 2004, 41-75.

gior parte degli oggetti di studio analitico delle relazioni industriali, così si verifica con gli aspetti che ne rappresentano l'attuazione pratica e che servono al suo sviluppo politico.

Come sottolineato in precedenza il concetto di *problema del lavoro* è fondamentale per le relazioni industriali. L'essenza del problema del lavoro è costituito dal mancato adattamento o dai difetti causati dal mercato del lavoro e dal rapporto di lavoro, così come la *raison d'être* delle relazioni industriali è costituita dall'offrire una soluzione ai problemi del lavoro. È da sottolineare tuttavia come in un modello concorrenziale del mercato del lavoro, non solo non esiste alcun rapporto di lavoro, ma neanche alcun problema legato al lavoro. Ciò detto, si deduce così come scompare anche il secondo aspetto delle relazioni industriali!

Il modello concorrenziale bandisce i problemi legati al lavoro grazie ai suoi presupposti. Analizzando il suo livello più profondo, quindi, la teoria prevede un sistema di persone perfette che si scambiano beni e servizi all'interno di mercati perfetti, agendo secondo norme contrattuali scorrevoli, attuate ed implementate da governi perfetti. Come consacrato dal teorema fondamentale del benessere della microeconomia neoclassica, l'operare di questa economia su persone/mercati e governi perfetti porta alla creazione del "migliore dei mondi possibili", dove la mano invisibile del libero mercato assegna le risorse e conduce ad un livello di produzione ottimale secondo la teoria di Pareto, e cioè il più efficiente in assoluto. All'interno di questo mondo efficiente, tutte le risorse sono completamente utilizzate, di modo che non esiste più il problema della "disoccupazione" (o almeno la disoccupazione involontaria). Allo stesso modo in un mercato del lavoro concorrenziale tutti i lavoratori sono pagati secondo il valore del prodotto marginale del lavoro, di modo che problemi quali sfruttamento e discriminazione non possano esistere. Per dare un altro esempio, i problemi legati al lavoro quali orari eccessivi, sicurezza inadeguata sul posto di lavoro e molestie sessuali non possono esistere in un mercato concorrenziale perché i lavoratori possono lasciare il loro posto con estrema facilità e trovarne un altro.

Basandomi su questo ragionamento ribadisco come il modello concorrenziale del lavoro quale merce debba essere rifiutato, e in questo caso perché esso elimina la maggior parte, se non tutti i problemi del mondo reale legati al lavoro, che costituiscono materia di studio per l'aspetto della risoluzione dei problemi all'interno delle relazioni industriali.

L'argomentazione è difendibile anche per il terzo aspetto delle relazioni industriali, e cioè quello etico ed ideologico. Ad un livello etico ed ideologico, i sostenitori delle relazioni industriali sostengono che il lavoro non debba essere considerato una merce. In pratica questo significa che i termini e le condizioni di lavoro debbano soddisfare standard sociali ed etici ragionevoli riguardanti la sicurezza sul posto di lavoro, la giustizia sociale, l'equità di trattamento e il rispetto dei diritti umani fondamentali. Il modello concorrenziale di domanda ed offerta elimina tutti questi assunti etico-ideologici. All'interno del modello concorrenziale l'unico criterio usato per valutare i termini e le condizioni del lavoro è costituito dall'efficienza. A sua volta l'efficienza è garantita da uno scambio illimitato di lavoro sul libero mercato, dove la competizione determina le condizioni ed i termini dell'impiego. Se l'efficienza è intensificata da lavoro minorile, dai turni di dodici ore giornalieri o da salari sotto la soglia della povertà, il mo-

dello di domanda e offerta non lascia spazio ad obiezioni sociali o etiche. Al contrario in questo modello ogni intervento istituzionale volto a modificare i risultati offerti dal mercato, che possa derivare da un sindacato o da una legislazione a tutela del lavoro, è considerata un'interferenza stolta che disturba un'allocazione delle risorse altrimenti ottima.

Il modello concorrenziale di domanda ed offerta si rivendica ideologicamente neutrale. Ma in pratica questo modello si basa su una serie di assunti che promuovono gli interessi di consumatori e datori di lavoro a danno dei lavoratori. Dopo tutto in questa teoria i lavoratori sono considerati elementi legati ai beni che non hanno altra funzione se non creare il maggior numero di beni per i consumatori (e per le imprese) al minor costo possibile. L'assunzione etico-ideologica delle relazioni industriali vede i lavoratori come esseri umani, non come beni, e presuppone che il benessere sociale sia promosso non solo producendo beni a basso costo e in grandi quantità, ma anche attraverso l'adozione di metodi che soddisfino e gratifichino i lavoratori.

Il terzo aspetto delle relazioni industriali quindi richiede il rifiuto del modello concorrenziale del mercato del lavoro quale merce. Questo modello è intrinsecamente ed inerentemente antagonista ai principi fondamentali etici e morali che guidano la ricerca, la pratica e lo sviluppo politico delle relazioni industriali. Aderire al modello concorrenziale del mercato del lavoro quale bene eliminerebbe la ragione d'esistenza non solo delle relazioni industriali, ma anche di organizzazioni quali l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO).

Riassumendo, dichiaro che il campo delle relazioni industriali ed il modello concorrenziale di domanda ed offerta siano incompatibili e non possano convivere logicamente o eticamente. Quindi il teorema alla base delle relazioni industriali in quanto campo di studio e di attuazione pratica deve essere il rifiuto del modello di domanda ed offerta del lavoro in quanto merce.

È interessante notare come questa dichiarazione non sia solo una mia opinione, ma costituisca l'asserzione fondamentale degli studiosi che contribuirono alla creazione delle relazioni industriali all'inizio del XX secolo. Questi studiosi non affermano che la contrattazione collettiva, una legislazione del lavoro protettiva o qualunque altra istituzione o pratica costituiscano il principio fondamentale delle relazioni industriali. Piuttosto questo principio fondamentale è costituito da quanto io stesso ho affermato in precedenza, e cioè che *il lavoro non sia una merce*. A dimostrazione di ciò si può notare che nella costituzione dell'ILO, adottata nel 1919 quando furono create le relazioni industriali quale campo di studio, si ritrovano ben nove principi, il primo dei quali afferma: "il lavoro non dovrebbe essere considerato alla stregua di una merce o di un articolo di commercio". Riguardo allo sviluppo scientifico nelle relazioni industriali, Commons, il padre americano delle relazioni industriali, non consigliò il rifiuto completo del modello di domanda ed offerta, ma sostenne nel suo libro *Reputazione Industriale* che si trattava di un modello incompleto e fuorviante, da analizzare in profondità e rivisitare. Seguendo questo filone, egli dichiarava che "la teoria del lavoro quale bene, se non falsa, è almeno incompleta". Un terzo esempio deriva dal *Rapporto sulle Relazioni Industriali*, pubblicato nel 1919 dall'Associazione dei Commercianti di New York. In questo rapporto si sostiene che ci siano "tre caratteristiche all'interno del nostro sistema industriale che non sono compatibili con relazioni indu-

striali soddisfacenti”. Il terzo di questi principi è “la legge di domanda quale fattore determinante per fissare salari e condizioni di impiego”⁽⁴⁴⁾.

7. Il principio fondamentale delle relazioni industriali esprime esattamente ciò che questo campo rifiuta. Tuttavia non è sufficiente dichiararsi contrari a qualcosa. La disciplina delle relazioni industriali deve anche indicare gli obiettivi che si propone. Questa asserzione, a mio giudizio, fa parte di ciò che ho chiamato “il teorema fondamentale delle relazioni industriali”⁽⁴⁵⁾.

Il teorema fondamentale delle relazioni industriali contiene le premesse basilari che indirizzano lo sviluppo scientifico, la risoluzione dei problemi e gli aspetti etici/ideologici di questa disciplina. Questo teorema contiene due parti. La prima parte sostiene che: “Un mercato del lavoro libero, senza cioè l’equilibrio, una tutela sociale giusta ed una guida macroeconomica offerta dalle istituzioni delle relazioni industriali e l’evidente influenza dello Stato, creerebbe o manterrebbe determinate condizioni che potrebbero minarne l’efficacia e la loro stessa sopravvivenza. In altre parole il libero mercato incrementerebbe l’insicurezza, condurrebbe ad una ineguaglianza crescente, impedirebbe l’automatica eliminazione della disoccupazione grazie alla flessibilità dei prezzi, creerebbe condizioni lavorative al di sotto degli *standards*, non darebbe la possibilità ai lavoratori di far sentire la propria voce e di ricevere la giusta protezione contro un trattamento ingiusto e discriminatorio, ed infine costruirebbe alla nascita di altri problemi che danneggerebbero l’efficienza, la giustizia sociale e lo sviluppo umano, rimettendo in questione la legittimità stessa del sistema di mercato e l’ordine capitalistico”⁽⁴⁶⁾. La seconda parte offre gli obiettivi del settore e ne esprime la *raison d’être*. Secondo questo assunto: “l’obiettivo delle relazioni industriali è di permettere un miglior funzionamento del sistema di mercato e del capitalismo. Per raggiungere tale scopo le relazioni industriali cercano di stabilizzare il sistema di mercato, rendendolo più umano, più professionale e democratico grazie a istituzioni nuove, ampie (e riformate)”⁽⁴⁷⁾.

Il teorema fondamentale dovrebbe servire da bussola etica ed intellettuale nel campo delle relazioni industriali, indicandone direzioni e vie da seguire e dovrebbe operare all’interno dei tre aspetti del settore.

Il principio fondamentale delle relazioni industriali rifiuta il modello di domanda/offerta del lavoro in quanto bene quale strumento utile per lo sviluppo scientifico, o almeno fino a che questo non possa essere ampliato e rivisto per più applicazioni. Per progredire nello sviluppo scientifico, le relazioni industriali hanno bisogno di un modello teorico alternativo. Il teorema fondamentale indirizza il settore quando sottolinea il ruolo delle *istituzioni*.

⁽⁴⁴⁾ ILO, *The International Labour Organization: The First Decade*, Allen & Unwin, London, 1931; J. COMMONS, *Industrial Goodwill*, cit., 17; MERCHANTS’ ASSOCIATION OF NEW YORK, *Report on Industrial Relations*, 1919, 6.

⁽⁴⁵⁾ B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, cit., 631.

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*. Ho aggiunto la parola “riformate” (*reformed*) alla frase originale.

Il modello che non viene preso in considerazione è quello che prevede soggetti e mercati perfetti, governi che operano in un'economia senza costi di transazione e attriti, e senza l'intervento delle istituzioni. Il modello alternativo delle relazioni industriali è esattamente l'opposto, in quanto costituito da persone imperfette, mercati imperfetti, governi imperfetti che operano in un'economia dove i costi di transazione sono positivi, dove si verificano attriti e dove sono presenti una serie di istituzioni commerciali e non.

Nonostante l'economia di lavoro neoclassica esamini dettagliatamente molte di queste imperfezioni (ad esempio i problemi degli agenti principali, l'azzardo morale, i mercati monopsonici), la teoria rimane basata su di un modello principale (come illustrato nella teoria generale dell'equilibrio di Arrow Debreu), che nella sua analisi finale considera tutti questi difetti come piccole modifiche o imperfezioni irrilevanti, rispetto a quello che potrebbe essere un modello concorrenziale gestito dalla "mano invisibile" ⁽⁴⁸⁾.

Tuttavia il miglior approccio per le relazioni industriali è considerare il paradigma dell'economia istituzionale quale loro struttura teorica, visto che il paradigma stesso è esplicitamente costruito supponendo persone, mercati e governi imperfetti. Nello specifico l'economia istituzionale si basa su costi di transazione positivi dovuti a soggetti che operano nella vita reale, cioè con una razionalità ristretta e preferenze sociali.

All'interno di un'economia con costi di transazione positivi, le caratteristiche principali delle relazioni industriali invitano all'analisi del rapporto di lavoro e delle diverse istituzioni presenti sul mercato del lavoro (per esempio i sindacati), come avviene nelle imprese multi-personali ⁽⁴⁹⁾. Una razionalità ristretta, le preferenze sociali e istituzioni che non operano sul mercato indicano altresì che le relazioni industriali devono necessariamente superare l'analisi puramente economica per includere altre discipline, quali psicologia, sociologia, *management*, diritto e storia.

Il teorema fondamentale fornisce inoltre una bussola intellettuale per la risoluzione dei problemi applicati alle relazioni industriali. Il teorema evidenzia come un mercato del lavoro completamente libero, sregolato e non istituzionalizzato porti con sé seri *problemi di lavoro*. Anche assumendo un modello di mercato perfettamente concorrenziale, i problemi legati al lavoro emergono ogni qual volta si riconosca che il lavoro non è una merce. Le persone reali, ad esempio, desiderano avere un lavoro sicuro, un salario giusto e la possibilità di avere voce in capitolo nell'ambiente di lavoro, ma i mercati concorrenziali sottovalutano e non garantiscono nessuno fra questi elementi (c'è costantemente il pericolo di perdere il lavoro, le differenze di salario determinate da domanda ed offerta possono non essere considerate giuste, e la sola "voce" a loro disposizione in un mercato concorrenziale è la minaccia di dimettersi). Nel mondo imperfetto della economia istituzionale, i problemi legati al lavoro sono ancora maggiori. Motivare i lavoratori, alimentare la collaborazione, prevenire la discriminazione, elimi-

⁽⁴⁸⁾ K. ARROW, F. HAHN, *General Competitive Analysis*, Holden-day, San Francisco, 1971; G. DEBREU, *The Theory of Value*, Yale University Press, New Haven, 1959.

⁽⁴⁹⁾ B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, cit.

nare il lavoro minorile, raggiungere un equilibrio tra lavoro e famiglia, così come garantire un giusto processo nei casi in cui si debba porre termine al rapporto di lavoro. Tutti questi aspetti appaiono importanti una volta superato il limite del mondo utopico di un mercato concorrenziale del lavoro. Come dovrebbero essere risolti questi problemi? Il teorema fondamentale sostiene che è possibile farlo attraverso istituzioni nuove, più estese e riformate, che rendano i rapporti di lavoro più umani, democratici, stabili, professionali e che ne garantiscano un certo equilibrio. Queste istituzioni possono assumere diverse forme, quali rappresentanza sindacale sui luoghi di lavoro, sindacati, leggi che garantiscono salari minimi, dipartimenti per la gestione delle risorse umane e assicurazioni contro il rischio di disoccupazione.

Ciò nonostante le relazioni industriali devono tenere in considerazione che la creazione del profitto e di nuovi lavori sono fondamentali al fine di garantire un rapporto di lavoro prospero ed umano all'interno di un'economia capitalista, e che quindi la creazione di istituzioni deve rispettare determinati limiti ed assicurare una crescita sul lungo periodo. Da sottolineare altresì che non solamente il fallimento del mercato giustifica l'intervento delle istituzioni, ma anche che un fallimento dei sindacati o del governo giustiziano parimenti una limitazione degli obiettivi del mercato del lavoro attraverso la contrattazione collettiva e la legislazione in materia di lavoro. Si può quindi sostenere che il marchio delle relazioni industriali sia l'equilibrio⁽⁵⁰⁾.

Il teorema fondamentale fornisce altresì una bussola per l'aspetto etico ed ideologico delle relazioni industriali. Esso, infatti, asserisce che gli obiettivi principali siano *rendere il rapporto di lavoro più umano, stabile, professionale, democratico ed equilibrato*. Si tratta quindi di obiettivi normativi che ampliano ed integrano quello che era lo scopo unitario neoclassico della massima efficienza. Nello specifico, l'efficienza rappresenta un obiettivo estremamente importante in quanto l'abbondanza di beni materiali è un elemento centrale per la qualità della vita. Ma le relazioni industriali riconoscono che per accrescere il benessere umano si debba fare molto di più che fornire ai consumatori beni e servizi a basso costo. In particolare il teorema fondamentale sostiene che un lavoro ben pagato, sicuro e svolto in ragionevoli condizioni sia cruciale per la qualità della vita, così come lo sono la possibilità di esprimere la propria opinione e la tutela dai rischi e le molestie sul luogo di lavoro⁽⁵¹⁾.

Mentre l'economia neoclassica ha spesso sostenuto che si potesse ottenere una maggior equità e giustizia sociale a discapito dell'efficienza, le relazioni industriali riconoscono come equità e giustizia sociale siano invece spesso complementari all'efficienza, ma senza i difetti che questa esprime.

8. In questa esposizione ho esposto e descritto il paradigma originale delle relazioni industriali, quale sviluppato negli Stati Uniti negli anni nelle prime decadi

⁽⁵⁰⁾ J. BUDD, *Employment with a Human Face: Balancing Efficiency, Equity and Voice*, cit.

⁽⁵¹⁾ Questa idea sta alla base del lancio da parte dell'ILO del recente programma sul "lavoro dignitoso" nelle economie mondiali. Cfr. *Reducing the Decent Work Deficit: A Global Challenge*, International Labour Organization, Geneva, 2001.

dello scorso secolo. Non sostengo sia l'unico paradigma, in quanto l'articolazione e concezione delle relazioni industriali si differenzia a seconda del Paese e tutte hanno merito ed interesse. Tuttavia il primo paradigma americano merita un certo interesse in quanto è proprio negli Stati Uniti che le relazioni industriali comparvero come concetto formale ed entità istituzionalizzata nel mondo accademico e nella prassi degli affari.

Come sottolineato nell'introduzione, il mondo delle relazioni industriali ha sofferto un declino significativo in molti Stati del mondo negli ultimi anni. Ritengo che un motivo sia dato dal fatto che col passare del tempo le relazioni industriali siano state sempre più associate (non esclusivamente, ma sovente) ad una ristretta gamma di campi relativi ai sindacati e alla contrattazione collettiva, così come alle norme e ai regimi politici che li regolano. E siccome i movimenti legati al lavoro hanno perso la loro importanza in molti Stati, le relazioni industriali hanno inevitabilmente avuto lo stesso destino.

Il messaggio che voglio dare con questo mio saggio è quindi che una possibile soluzione sia ritornare alla concezione ampia delle relazioni industriali, quale contenuta nel suo paradigma originale. E cioè che, come affermato nel paradigma originale, la questione fondamentale per le relazioni industriali sia il rapporto di lavoro, un problema che comprende sindacati e legislazione del lavoro, ma anche molti altri aspetti legati al lavoro.

Tuttavia non è sufficiente sostenere che le relazioni industriali coprano l'intera questione del rapporto di lavoro. La disciplina deve anche soffermarsi sul contesto normativo, intellettuale e produttivo del rapporto di lavoro, in modo da dare coerenza e valore aggiunto alle relazioni industriali. Per l'appunto, offrire uno schema per un tale contesto è uno degli obiettivi di questo mio studio.

Il resoconto inizia con un principio fondamentale: il rifiuto del modello convenzionale del mercato concorrenziale di domanda ed offerta di lavoro, e quindi dell'assunto che il lavoro sia una merce. Considerato il posto che occupano, le relazioni industriali dovrebbero sostituire la teoria alternativa del rapporto di impiego. Io suggerirei di trarre spunto dalla teoria economica istituzionale e dalle teorie complementari (cioè socio-economica e la scuola di regolamentazione francese). La parte centrale della teoria offre una spiegazione accurata all'esistenza di un rapporto di lavoro, assente nell'economia neoclassica, e giustifica l'esistenza di numerosi problemi legati al lavoro che la teoria neoclassica rifiutava o minimizzava. Infine l'economia istituzionale fornisce una spiegazione teorica e razionale ad un regime produttivo, selettivo ed equilibrato relativo alla regolamentazione istituzionale del rapporto di lavoro, che comprende la contrattazione collettiva e leggi di tutela del lavoro, contrariamente alla politica neoliberale dell'economia convenzionale, che considera queste regolamentazioni e istituzioni come ostacoli indesiderati al raggiungimento dell'efficienza. Certamente le regolamentazioni del mercato del lavoro e gli interventi delle istituzioni possono essere portate all'eccesso (come è successo in qualche caso), ma il teorema fondamentale delle relazioni industriali prevede che capitalismo e libero mercato si sarebbero autodistrutti senza la presenza di infrastrutture istituzionali che rendessero la meravigliosa (ma difettosa) operazione della domanda ed offerta più umana, stabile, professionale, democratica ed equilibrata. Quindi si può sostenere come le relazioni industriali costituiscano lo studio e l'applicazione pratica volti

a raggiungere un equilibrio tra le forze di mercato, le istituzioni e obiettivi sociali quali efficienza, giustizia e sviluppo umano all'interno del rapporto di lavoro.

Il principio essenziale e il teorema fondamentale delle relazioni industriali – Riassunto. *Il saggio descrive il paradigma originale delle relazioni industriali, così come si è sviluppato negli Stati Uniti all'inizio del XX secolo. Originariamente, il paradigma si componeva di tre aspetti: lo sviluppo scientifico, la risoluzione dei problemi, l'etica e l'ideologia. Si sostiene, in particolare, che il principio fondamentale in grado di unire ed accomunare questi tre aspetti fosse il rifiuto del modello economico convenzionale basato su di un mercato del lavoro concorrenziale. Questa teoria può altresì basarsi sull'assunto che il lavoro non è una merce. Viene infatti argomentato che un sistema economico capitalista basato sul libero mercato non possa sopravvivere senza le prassi e le istituzioni del sistema di relazioni industriali, in grado di rendere più umani, stabili, professionali, democratici ed equi i rapporti di lavoro.*

The Core Principle and Fundamental Theorem of Industrial Relations (Article in English) – Summary. *This paper describes the original paradigm of industrial relations, as developed in the United States in the early part of the 20th century. The original paradigm had three faces: science-building, problem-solving, and ethical/ideological. It is argued that the core principle that spans and unites these three faces is rejection of the orthodox economic model of a competitive labour market. This proposition may also be stated as rejection of the proposition that labour is a commodity. Building on this core principle is the fundamental theorem of industrial relations. It states that a free market capitalist economic system cannot survive and efficiently perform without the practices and institutions of industrial relations that humanize, stabilize, professionalize, democratize and balance the employment relationship.*

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Condotta antisindacale

- *violazione di accordo collettivo relativo alle modalità di riallocazione delle eccedenze derivanti da una procedura di mobilità (gruppo di imprese) (1.1.)*

Congedi parentali

- *indennità di maternità in caso di minori adottati o in affidamento al padre adottivo libero professionista (2.1.)*
- *congedo straordinario per assistenza al fratello portatore di handicap in caso di inabilità totale dei genitori (2.2.)*

Dimissioni

- *limiti convenzionali all'esercizio della facoltà di recesso (3.1.)*

Dirigenti

- *licenziamento dovuto a ristrutturazione, riorganizzazione,*

riconversione o crisi settoriale o aziendale o intervenuto nella ipotesi di Amministrazione Straordinaria (4.1. – 4.2.)

Diritti sindacali

- *delega al datore di lavoro per versamento dei contributi sindacali (qualificazione giuridica) (5.1.)*

Provvedimenti disciplinari

- *specificità della contestazione e di immutabilità dei fatti contestati (6.1.)*

Rapporti interpositori

- *appalto di manodopera (presupposti) (7.1.)*

Trasferimento d'azienda

- *omessa informazione sindacale preventiva (8.1. – 8.2.)*

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 in materia di lavoro e relazioni industriali e con Assindustria di Genova, Associazione Industriale Bresciana, Associazione Industriali della Provincia di Vicenza, Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Confindustria Bergamo, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro, Unione degli Industriali della Provincia di Pordenone, Unione Industriale Torino, Unione degli Industriali della Provincia di Treviso, Unione degli Industriali della Provincia di Varese.

1. Condotta antisindacale

1.1. Trib. Roma 26 maggio 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 22).

Condotta antisindacale - Gruppo di imprese - Procedura di mobilità - Accordo collettivo avente ad oggetto la valutazione congiunta con le OO.SS. delle modalità di riallocazione di parte delle eccedenze - Riorganizzazione unilaterale del datore all'interno del gruppo - Sussistenza.

Costituisce condotta antisindacale l'autonoma riorganizzazione, da parte del datore di lavoro facente parte di un gruppo di imprese, del personale eccedente in violazione di un precedente accordo stipulato con le OO.SS. nell'ambito di una procedura di mobilità, nel quale le parti avevano pattuito una individuazione concordata delle singole riallocazioni presso altre società del medesimo gruppo, qualora il provvedimento, che pure non integra un'esternalizzazione in senso stretto, sia preordinato alla dismissione dei rapporti in questione.

***Pacta sunt servanda*: ancora un caso di condotta antisindacale per violazione di accordo collettivo**

La pronuncia in commento, pur non discostandosi significativamente dai principi generali in tema di condotta antisindacale, si mostra di particolare interesse per la peculiarità della fattispecie portata all'attenzione del giudice.

La controversia trae origine da una procedura di mobilità ai sensi dell'art. 4, l. n. 223/1991, avviata da due società facenti parte del medesimo gruppo di imprese, nel corso della quale veniva raggiunto un accordo sindacale per la riconversione di una parte del personale eccedente tramite riallocazioni infragruppo, da attuarsi mediante distacchi presso le società collegate, ridefinizione delle mansioni, nonché cessioni del contratto individuale, con conservazione dell'anzianità di servizio e senza sottoposizione dei vincoli lavorativi ad alcuna soluzione di continuità. Il tutto, con il dichiarato intento di contenere l'impatto sociale delle ridondanze strutturali e salvaguardare, per quanto possibile, l'occupazione dei soggetti in esubero. A tal fine – ed è questa la parte dell'accordo su cui si è incentrato il giudizio – le parti prevedevano l'attivazione di sessioni di confronto per addivenire ad una individuazione concordata delle singole posizioni da riorganizzare e delle più opportune modalità di intervento.

Senonché, una volta proceduto ad effettuare i licenziamenti in ossequio all'espletata procedura sindacale, le due società comunicavano di non poter dar seguito alle operazioni di valutazione congiunta per il personale da riassorbire, avendo già provveduto di propria iniziativa ad istituire delle nuove unità organizzative, alle quali sarebbero stati destinati i lavoratori eccedenti, secondo un piano già determinato di riassegnazione interna. Seguiva la destinazione di un primo gruppo di lavoratori alle nuove divisioni, nonostante l'intimazione delle OO.SS. al rispetto degli accordi intercorsi: ciò, unito ad una successiva comunicazione datoriale dalla quale emergeva l'intento di cedere in futuro le neocostituite unità ad un'altra società del gruppo – peraltro non controllata – determinava il ricorso all'origine del decreto in epigrafe.

Il percorso logico-ricostruttivo seguito per giungere all'accoglimento dell'istanza dei sindacati ricorrenti, si è svolto lungo un tragitto piuttosto lineare.

In primo luogo, la decisione del datore di procedere in maniera unilaterale ad una riorganizzazione interna è stata ritenuta lesiva dell'obbligo – assunto in sede di pattuizione collettiva – di attivare sessioni congiunte con le organizzazioni sindacali. Violazione, questa, che sarebbe da riferirsi, secondo quanto si legge nel provvedimento, alla parte *normativa*

dell'accordo controverso, in quanto destinata ad avere diretta incidenza sui rapporti individuali di lavoro (in dottrina, v. M. FRANCESCHELLI, *Ricerca sulla giustiziabilità delle clausole dei contratti collettivi concernenti il «sistema di informazione»*, in *RGL*, 1977, I, 3 ss., nonché G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2003, 147-148. Per una ricostruzione delle diverse posizioni sul tema, v. C. ZOLI, *Le clausole di proceduralizzazione dei poteri imprenditoriali*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, Bari, 1990, 379-401, ivi a 391-394).

In secondo luogo, in ragione dell'atipicità della condotta, il giudice ha ritenuto di dover aderire a quell'impostazione giurisprudenziale secondo la quale, nei casi in cui non sia posta in essere una diretta lesione di specifiche norme imperative, l'indagine sull'antisindacalità del contegno datoriale non può prescindere – oltre che dal riscontro circa l'oggettiva idoneità degli atti posti in essere a pregiudicare l'interesse protetto dall'art. 28 Stat. lav. – dalla verifica della sussistenza dell'elemento soggettivo, identificabile nella volontà di limitare la libertà e l'attività sindacale (cfr., in proposito, Cass. 19 luglio 1995 n. 7833, in *MGL*, 1995, 683, con nota di S. LIEBMAN; nonché Cass. 8 settembre 1995 n. 9501, in *MGL*, 1996, 14; Cass. 7 marzo 2001 n. 3298, in *NGL*, 2001, 422, ed in *LPO*, 2001, 1017; Trib. Roma 4 settembre 2002, in *OGL*, 2002, 471. V., invece, in senso contrario, Cass. 22 aprile 2004 n. 7706 (in *RIDL*, 2005, II, 65, con nota di A. BOLLANI) secondo la quale, anche nel caso di condotte non tipizzate, la sola presenza del requisito oggettivo è di per sé sufficiente ad integrare la fattispecie).

Ciò detto, l'analisi delle circostanze di fatto, pur limitata dalla sommarietà della fase processuale, ha fatto propendere per la sussistenza sia dell'elemento oggettivo, che di quello intenzionale.

Sotto il primo profilo, è stata ravvisata l'obiettiva idoneità della violazione dell'accordo collettivo ad impedire di fatto alle organizzazioni sindacali di svolgere la fondamentale funzione di controllo e garanzia circa la salvaguardia delle posizioni lavorative e delle professionalità coinvolte nella vicenda, cui l'impegno alla valutazione congiunta era inteso (sulla rilevanza *ex art. 28 Stat. lav.* degli atti di vanificazione del ruolo sindacale, v. altresì Pret. Milano 24 aprile 1990, in *L80*, 1990, 253; Pret. Milano 16 luglio 1993, in *D&L*, 1994, 54; Pret. Roma 21 ottobre 1993, in *D&L*, 1994, 56; Pret. Milano 7 febbraio 1994, in *RIDL*, 1994, 627, con nota di L. NOGLER; Pret. Firenze 21 febbraio 1995, in *TLG*, 1995, 201; Pret. Lecco 27 aprile 1998, in *D&L*, 1998, 638, nonché, recentemente, Trib. Benevento 26 settembre 2005 n. 3187, in *Boll. Adapt*, 2006, n. 22 che segue in *q. Osservatorio*, con nota redazionale *Violazione degli obblighi di informazione in caso di trasferimento d'azienda: antisindacalità della condotta e relative conseguenze*).

Su tale specifico punto non ha rivestito, peraltro, alcun valore la circostanza, invocata dalla difesa delle resistenti, che l'autonoma ridefinizione interna dell'attività non abbia in concreto messo a repentaglio – non potendosi tecnicamente qualificare come “esternalizzazione” – l'interesse dei lavoratori alla continuazione del rapporto.

Secondo la ricostruzione del giudice infatti – e viene qui in essere il secondo profilo, quello relativo alla sussistenza dell'elemento soggettivo – l'iniziativa del datore è stata, seppure sotto la veste formale di un provvedimento conservativo, scientemente preordinata alla elusione degli impegni assunti con l'accordo sindacale, nonché alla futura dismissione delle posizioni lavorative in questione (per una decisione analoga, richiamata anche dal decreto in commento, cfr. Cass. 22 marzo 2004 n. 5700, in *OGL*, 2004, I, 405). Su tale considerazione, è evidente il peso esercitato dalla comunicazione scritta con la quale le società convenute avevano informato la controparte dell'intenzione di trasferire, in un momento successivo, le nuove unità.

Si evince, insomma, dal tenore complessivo della decisione, pur non essendovi a ciò alcun espresso riferimento, che il *modus operandi* delle resistenti è stato ritenuto non conforme ai fondamentali canoni di buona fede e correttezza *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*, i quali

debbono improntare anche lo svolgimento dei rapporti sindacali (sull'argomento, v. anche Pret. Milano 26 luglio 1985, in *OGL*, 1986, 205, e Trib. Livorno 25 marzo 1995, in *TLG*, 1995, 201. In dottrina, sia sufficiente il rinvio a M. D'ANTONA, *I licenziamenti per riduzione di personale nella l. 223/1991*, in *D&L*, 1992, II, 317-324, ivi a 322, ed anche, dello stesso A., *Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/1991*, in *FI*, 1993, I, qui 2030; inoltre, R. DEL PUNTA, *I licenziamenti per riduzione del personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, in *LD*, 1994, I, qui 134, nonché C. ZOLI, *La procedura*, in *QDLRI*, 1997, n. 19, qui 80. Sull'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale del principio di buona fede in relazione alla fattispecie di condotta antisindacale vedi per un quadro di sintesi M. PAPALEONI, *Sub Art. 28, Statuto dei lavoratori*, in M. GRANDI, G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2005). Per quanto concerne le conseguenze, infine, è da segnalare la particolare severità del decreto di accoglimento del ricorso, il quale ha disposto non soltanto l'obbligo per le resistenti di effettuare l'omessa consultazione, ma ha altresì ordinato – sul piano della rimozione degli effetti voluta dalla norma – la riassegnazione alle unità di appartenenza originarie dei lavoratori già trasferiti, evidentemente individuando nel rispetto dei vincoli procedurali contenuti nell'accordo collettivo una condizione di efficacia dei conseguenti atti di gestione del personale coinvolto.

Lisa Amoriello

Dottoranda di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

2. Congedi parentali

2.1. C. Cost. 11-14 ottobre 2005 n. 385 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 37).

Maternità - Lavoro (tutela del) - Liberi professionisti - Indennità di maternità in caso di minori adottati o in affidamento preadottivo nei primi tre mesi dall'ingresso in famiglia - Limitazione alla madre adottiva, con esclusione del padre adottivo - Ingiustificata disparità di trattamento tra figure genitoriali e fra lavoratori autonomi e lavoratori dipendenti - Violazione del principio di tutela della famiglia e del minore - Illegittimità costituzionale in parte qua.

Sono costituzionalmente illegittimi gli artt. 70 e 72 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della paternità e della maternità), nella parte in cui non prevedono il principio che al padre, libero professionista, affidatario in preadozione di un minore, spetti di percepire, in alternativa alla madre lavoratrice, l'indennità di maternità, attribuita dal decreto solo a quest'ultima, durante i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia.

Il riconoscimento dell'indennità di maternità anche al padre libero professionista affidatario in preadozione di un minore

Nella sentenza 11-14 ottobre 2005 n. 385, che si annota, la Consulta si è pronunciata su un'importante questione, dinanzi alla stessa sollevata dal Tribunale di Sondrio in funzione di giudice del lavoro, relativa alla legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 29, comma 2, 30, comma 1, 31 Cost., degli artt. 70 e 72 del d.lgs. n. 151/2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della paternità e della

maternità), nella parte in cui non consentono al padre libero professionista, affidatario in preadozione di un minore, di beneficiare, in alternativa alla madre, dell'indennità di maternità, attribuita dal decreto citato solo a quest'ultima, durante i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia.

Il giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione fa riferimento alle numerose pronunce con cui in passato la stessa Corte ha esteso al padre lavoratore l'applicabilità di norme a protezione della maternità e del minore (in dottrina vedi R. NUNIN, *Congedi parentali e tutela dei diritti del padre lavoratore: novità normative ed orientamenti della giurisprudenza*, in *LG*, 2001, n. 11, 1052): in particolare, per quanto riguarda l'affidamento preadottivo, già nel 1991 la Consulta, con la sentenza n. 341 (pubblicata in *GI*, 1991, I, 1249) aveva riconosciuto il diritto all'astensione obbligatoria nei primi tre mesi di ingresso del minore in famiglia, in alternativa alla madre lavoratrice, al padre lavoratore; con le pronunce n. 179/1993 e n. 104/2003 (entrambe in www.cortecostituzionale.it) invece è stato consentito al padre lavoratore affidatario di minore di usufruire dei riposi giornalieri per l'assistenza al figlio nel primo anno di ingresso in famiglia.

Il Tribunale rimettente rileva, in particolare, che l'art. 31 del d.lgs n. 151/2001, che riconosce al padre lavoratore il diritto al congedo di maternità *ex artt.* 26, comma 1, e 27, e al congedo di paternità, *ex art.* 28, con le relative indennità economiche, è applicabile ai soli lavoratori dipendenti, mentre analogo diritto non viene riconosciuto ai padri liberi professionisti, in quanto i successivi artt. 70 e 72 fanno espresso riferimento solo alle madri libere professioniste.

La Corte Costituzionale, dopo aver ripercorso sinteticamente l'evoluzione normativa relativa al riconoscimento in capo ai genitori preadottivi o affidatari di minori degli stessi diritti già attribuiti ai genitori biologici (in particolare vengono citate la l. n. 903/1977, di portata molto ampia; le specifiche leggi in materia di adozione e affidamento n. 184/1983 e n. 476/1998; la l. n. 379/1990, importante nel caso *de quo*, in quanto ha riconosciuto alle libere professioniste l'indennità di maternità, anche in caso di adozione o affidamento preadottivo: in dottrina vedi M. MISCIONE, *La maternità per le donne professioniste*, in *LG*, 1998, n. 6, 469), riconosce che il d.lgs. n. 151/2001, che ha provveduto ad una ricognizione organica della materia (tra i commenti in merito cfr. E. MINALE COSTA, *Il Testo Unico sui congedi parentali*, in *q. Rivista*, 2002, n. 1, 63, e, più di recente, L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2004), pone su un piano di parità e uguaglianza i genitori che svolgono un'attività lavorativa e sancisce definitivamente l'equiparazione dei genitori adottivi o affidatari a quelli biologici.

Mentre però al padre lavoratore dipendente vengono ormai riconosciuti tutti i diritti spettanti alle lavoratrici madri (ad es., l'astensione dal lavoro, obbligatoria e facoltativa, i riposi giornalieri, l'indennità di maternità, ...), la Corte rileva che effettivamente l'art. 72, comma 1, del T.U. esclude dal godimento dell'indennità di maternità, nei primi tre mesi di ingresso del minore in famiglia, il padre libero professionista (in alternativa alla madre), in quanto tale diritto viene espressamente riconosciuto solo alla madre libera professionista.

Secondo la Corte Costituzionale (che accoglie *in toto* i rilievi del giudice rimettente) tale discriminazione costituisce un *vulnus* sia del principio di parità di trattamento tra le figure genitoriali e tra lavoratori autonomi e dipendenti, sia del valore della protezione della famiglia e della tutela del minore.

Infatti dall'evoluzione sia normativa, che giurisprudenziale, si evince che ormai i vari diritti riconosciuti in caso di maternità o di paternità non hanno più, come in passato, la precipua finalità di tutelare la lavoratrice madre, ma sono volti principalmente a difendere gli interessi del bambino, sia figlio biologico, che entrato in famiglia a seguito di un'adozione o di un affidamento: in particolare in questi ultimi casi i diritti riconosciuti (astensione, riposi, ...) sono volti a garantire al minore una completa assistenza al momento del

suo inserimento in una nuova famiglia (sul punto vedi anche C. Cost. 8-16 giugno 2005 n. 233, che segue in *q. Osservatorio*, con nota redazionale *Un ulteriore caso di estensione dei «diritti sociali della famiglia» ad opera della Corte costituzionale*).

Nel caso di specie secondo la Consulta gli artt. 70 e 72 del d.lgs n. 151/2001, nella parte in cui non garantiscono al padre libero professionista, in alternativa alla madre anch'ella libera professionista, il diritto di percepire l'indennità di maternità, devono essere considerati palesemente illegittimi, in quanto violano gli artt. 3, 29, comma 2, 30, comma 1, e 31 della Carta Costituzionale.

Anche a seguito di tale importante pronuncia della Corte rimane comunque riservato al legislatore il compito di approntare un meccanismo attuativo che consenta pure al padre libero professionista di avere un'adeguata e completa tutela in caso di adozione o di affidamento di un minore.

Valentina Forti

*Dottoressa di ricerca in Legislazione sociale europea
Specializzata in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza
Università degli Studi di Macerata*

2.2. C. Cost. 8-16 giugno 2005 n. 233 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 24).

Congedi parentali - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Disabile - Fratelli o sorelle conviventi - Diritto al congedo straordinario per l'assistenza - Fruizione consentita nel solo caso di scomparsa dei genitori e non anche per inabilità totale degli stessi - Irragionevolezza e lesione del principio di eguaglianza - Illegittimità costituzionale in parte qua - D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, art. 42, comma 5 - Costituzione, art. 3. (In *GU*, 22 giugno 2005, n. 25).

È costituzionalmente illegittimo l'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, a norma dell'art. 15, l. n. 53/2000), nella parte in cui irragionevolmente prevede che le sorelle o i fratelli del soggetto portatore di handicap possono fruire, in maniera continuativa o frazionata e per il periodo massimo di due anni, di congedo straordinario retribuito solo in caso di scomparsa dei genitori e non anche nella ipotesi in cui questi ultimi non siano scomparsi, ma siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio portatore di handicap, perché totalmente inabili e in possesso dei requisiti di cui all'art. 1, l. n. 18/1980 (Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili).

Un ulteriore caso di estensione dei «diritti sociali della famiglia» ad opera della Corte Costituzionale

La Corte Costituzionale torna ancora una volta, con la sentenza in esame, ad occuparsi del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, adottato con d.lgs. n. 151/2001, concludendo il proprio giudizio con la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma impugnata.

In particolare, con la decisione in esame la Consulta affronta il caso peculiare posto dalla Corte d'Appello di Torino, avanti alla quale pendeva la richiesta di accertamento del diritto al congedo per assistenza ad un familiare da parte di una donna, la quale desiderava assistere il fratello handicappato. Ebbene, all'accoglimento di tale richiesta ostava il fatto che l'art. 42, comma 5, del Testo Unico (su cui, in generale, si veda E. MINALE COSTA, *Il Testo Unico sui congedi parentali*, in *q. Rivista*, 2002, 63 ss.) limitava questa possibilità

al caso in cui i genitori fossero scomparsi, mentre, nel caso di specie, la madre era ancora vivente (ed anzi convivente con il disabile), ma ella stessa inabile al 100% e bisognosa, a sua volta, di assistenza. Da qui, a giudizio del giudice *a quo*, la violazione del principio di eguaglianza, per il fatto che la norma riconosceva il diritto al congedo per il caso in cui i genitori fossero premorti e non per quello analogo di genitori che, se pure viventi, fossero di fatto impossibilitati ad assistere il figlio disabile.

La Corte Costituzionale, per risolvere la questione, individua preliminarmente la *ratio* della normativa nell'obiettivo di favorire la continuità assistenziale nei confronti del soggetto portatore di handicap, garantendo al familiare che presta assistenza un congedo straordinario remunerato. In questo senso, il giudice delle leggi richiama la propria giurisprudenza, per sottolineare come in questa sia stato chiaramente individuato il ruolo della famiglia come essenziale per il recupero ed il superamento della situazione di emarginazione in cui versano i soggetti deboli. Così, la Corte ha riconosciuto ai disabili il diritto alla frequenza scolastica (sentenza n. 215/1987), il diritto a provvidenze economiche che garantiscano una effettiva assistenza (sentenze n. 467/2002, n. 329/2002 e n. 167/1999, sulle quali si vedano F. GIRELLI, *Certezza del diritto e ricerca di collaborazione a proposito di provvidenze economiche in favore delle persone disabili*, in *GI*, 2003, 2234 ss.; P. TORRETTA, *Diritto alla formazione (professionale e scolastica) e logiche dell'eguaglianza sostanziale: appunti dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *FI*, 2003, I, 1022 ss.; G. SERGES, *Anacronismo legislativo, eguaglianza sostanziale e diritti sociali (Note a margine della sentenza costituzionale in materia di servitù coattiva di passaggio per esigenze abitative dei portatori di handicap)*, in *GI*, 2000, 684 ss.; A. PALMIERI, *Accesso all'abitazione e tutela dei disabili: nuovi orizzonti per l'art. 1052 c.c.*, in *CG*, 2000, 179 ss., e M. ROBERTI, *La servitù coattiva per fondo non intercluso: nuove prospettive degli interessi generali*, in *NLCC*, 2000, 150 ss.) ed il diritto alla detenzione domiciliare per la madre che debba assistere un figlio handicappato (sentenza n. 350/2003, su cui F. GIRELLI, *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *GI*, 2004, 2240 ss.; P. PITTARO, *La Consulta estende la detenzione domiciliare alla madre convivente con il figlio invalido totale*, in *Famiglia e diritto*, 2004, 151 ss.). Sullo sfondo di questo filone giurisprudenziale, peraltro, vi è sempre l'art. 3, comma 2, Cost. che enuncia il dovere per la Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della personalità. Fatte queste premesse, la Consulta afferma dunque che l'attuazione della tutela della salute psico-fisica dei disabili postula anche l'adozione di interventi economici, tra cui si iscrive il congedo straordinario *de quo* che, paradossalmente, nel caso portato all'esame del giudice delle leggi verrebbe meno proprio in una situazione di maggiore bisogno, quale quella determinata da una persona che si trovi a dover assistere non solo il fratello portatore di handicap, ma anche il genitore totalmente inabile. Da qui la sentenza additiva della Corte con cui viene dichiarata l'illegittimità della norma nella parte in cui non prevede che la scomparsa del genitore debba essere accertata in riferimento alla concreta impossibilità di occuparsi del figlio disabile.

La sentenza esaminata si segnala, con la successiva sentenza dell'11-14 ottobre 2005 n. 385 (che precede in *q. Osservatorio* con nota di V. FORTI, *Il riconoscimento dell'indennità di maternità anche al padre libero professionista affidatario in preadozione di un minore*) per l'estensione che ne deriva di quelli che, con espressione efficace, sono stati definiti «diritti sociali della famiglia»: situazioni in cui il bisogno di assistenza di uno dei componenti di questa formazione sociale trova un riconoscimento non atomistico, ma in correlazione al riconoscimento del diritto di un altro familiare a prestare detta assistenza (così, in relazione alla sentenza in esame, V. TONDI DELLA MURA, *Diritto al congedo straordinario per l'assistenza al soggetto disabile: verso una preferenza estesa ai familiari diversi dai genitori?*, in *GCost*, 2005, 2007 ss.).

3. Dimissioni

3.1. Cass. 7 settembre 2005 n. 17817 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 37).

Dimissioni - Limiti convenzionali all'esercizio della facoltà di recesso da parte del lavoratore (es: pattuizione di una garanzia di durata minima del rapporto di lavoro) - Contrarietà a principi o norme dell'ordinamento giuridico - Esclusione - Legittimità - Sussistenza - Fattispecie.

Il lavoratore subordinato può liberamente disporre della propria facoltà di recesso dal rapporto, come nell'ipotesi di pattuizione di una garanzia di durata minima del rapporto di lavoro, per cui non contrasta con alcuna norma o principio dell'ordinamento giuridico la clausola con cui vengono previsti limiti all'esercizio di detta facoltà, stabilendosi a carico del lavoratore un obbligo risarcitorio per l'ipotesi di dimissioni anticipate rispetto ad un periodo di durata minima (nel caso di specie un pilota di aerei e la società datrice di lavoro avevano convenuto che, a fronte dell'onere sostenuto da questa per consentire al lavoratore di effettuare un corso di abilitazione professionale negli Stati Uniti, il lavoratore in caso di dimissioni anticipate rispetto al termine di quattro anni dalla cessazione del corso, avrebbe dovuto rimborsare alla società la somma relativa al costo del corso di abilitazione).

Limitazioni alla facoltà di recesso del lavoratore e tutela dell'investimento formativo dell'impresa

Sommario: **1.** Le dimissioni del lavoratore. – **2.** Libertà di recesso e tutela dell'investimento aziendale. – **3.** Il caso sottoposto all'attenzione della Corte. – **4.** L'interpretazione del patto. – **5.** Le dimissioni come diritto disponibile del lavoratore.

1. La sentenza in commento riguarda il recesso dal contratto di lavoro subordinato nella particolare ipotesi in cui, esercitato dal lavoratore, possa cagionare danni al datore di lavoro. La Suprema Corte è chiamata a decidere sulla legittimità di un patto raggiunto tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato (nella specie una compagnia aerea e un pilota) finalizzato a prevenire un esercizio «troppo liberale» del diritto alle dimissioni riconosciuto al lavoratore dipendente.

Le dimissioni rappresentano, come noto, un atto volontario del lavoratore, attraverso il quale egli dà manifestazione della sua volontà di cessare il contratto di lavoro in corso. La fonte normativa risiede nel codice civile che si limita a disciplinare il «recesso dal contratto a tempo indeterminato» (art. 2118). La norma stabilisce, in particolare, che «ciascuno dei contraenti» – lavoratore o datore di lavoro – «può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dalle norme corporative dagli usi o secondo equità».

In origine, la disciplina sulla risoluzione del rapporto di lavoro subordinato è di stampo totalmente liberista: ciascuna delle parti (datore di lavoro e prestatore di lavoro), infatti, a motivo soltanto della personale convenienza ad interrompere il rapporto di lavoro, hanno la piena facoltà di recedere dal contratto. Il principio accolto dal codice civile eredita, nei termini testé richiamati, la «filosofia puramente liberale» in cui la materia del recesso dal rapporto di lavoro era stata piantata e coltivata: «le parti del rapporto di lavoro così come avevano piena libertà di costituire e di disciplinare il rapporto, disponevano in piena autonomia anche della sua cessazione» (cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del Lavoro 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2005, qui 297).

Tuttavia, questa situazione è rimasta invariata unicamente per i lavoratori.

I datori di lavoro, invece, incontrano diverse limitazioni alla libertà di recesso, in tal caso parlandosi più propriamente di licenziamento del personale. Diversi sono stati gli interventi normativi volti a vincolare la decisione di risoluzione di un rapporto di lavoro a partire dalla l. n. 604/1966 e dalla l. n. 300/1970, lo Statuto dei lavoratori, che ha introdotto la tutela reale con riferimento ai datori di lavoro che, nell'unità produttiva, occupano più di 15 dipendenti. Tutti interventi che risultano finalizzati a tutelare la posizione del lavoratore in quanto soggetto socialmente sottoprotetto (cfr. E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2000, 340), anche a ragione della difficoltà che egli incontra, una volta persa un'occupazione, nel trovare un nuovo posto di lavoro (cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, qui 300).

2. Rispetto all'indirizzo liberista da cui, nel 1942, traevano origine le norme del codice civile sul recesso dal contratto di lavoro, la disciplina vigente ha sterzato ideologicamente per preferire gli aspetti *utilitaristici* derivanti da un rapporto di lavoro. Da questa prospettiva infatti il contratto di lavoro è stato sottratto alla sfera della libera contrattazione per divenire strumento di politica sociale. E ciò – lo testimonia il quadro evolutivo del diritto del lavoro a partire dal codice napoleonico – nella convinzione che la tutela dell'interesse dei lavoratori (classe sociale più numerosa, in un contesto di economia industriale) alla sicurezza di un'occupazione, per mezzo del conseguimento di un'indipendenza dal contrasto di interessi con la controparte (datore di lavoro) e dai pericoli dell'incertezza del domani, determinasse tranquillità e benessere sociale. Basti ricordare, al riguardo, come alle attuali normative che limitano, per il datore di lavoro, la facoltà di procedere al licenziamento nelle sole ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo – salvo che per alcune categorie di lavoratori, come quella dei domestici, rispetto ai quali permane il regime di libera recedibilità – si contrappone, da un punto di vista di confronto teorico, la disciplina del codice civile del 1865 il quale, pur confermando la piena autonomia delle parti quanto alla nascita e alla cessazione di un rapporto di lavoro subordinato, si preoccupava, tuttavia, di *proteggere* il lavoratore da un'eventuale *subordinazione* senza limiti di tempo nei confronti del datore di lavoro, prescrivendo a tal fine il divieto di sottoposizione all'altrui servizio se non per un tempo limitato o per una determinata impresa (art. 1628, codice civile del 1865).

Tornando, quindi, alle regole del presente, alla più o meno intensa *sicurezza* del posto di lavoro garantita al lavoratore si contrappone la preoccupazione, talvolta davvero grave, del datore di lavoro circa l'esodo di personale qualificato dalle proprie aziende. Non sono, infatti, pochi i datori di lavoro che hanno vissuto l'esperienza di ritrovarsi tra le mani una lettera di dimissioni da parte del giovane lavoratore, accuratamente formato investendo capitali e tempo, che accetta – legittimamente perché è la legge vigente a consentirgli, ma anche giustamente, in una ottica puramente *utilitaristica* – la più «ghiotta» proposta di lavoro formulata da un'altra impresa. Dinanzi alle dimissioni, il datore di lavoro non può fare più nulla, perché la libertà di recesso è riconosciuta pienamente, come detto, ai lavoratori senza incontrare limitazioni di alcun genere. A questo punto il datore di lavoro può solo verificare i costi sopportati per l'investimento formativo andato male, sperare meglio per il futuro e attivarsi per ricercare nuove maestranze con cui ricominciare il circolo formativo.

Questa premessa consente di introdurre una considerazione pragmatica dei principi generali circa la *disponibilità del diritto alle dimissioni in capo al lavoratore* ribadita dai giudici della Cassazione nella sentenza n. 17817 depositata il 7 settembre 2005 che qui si annota. Prendendo spunto, infatti, dal caso di specie è possibile svolgere alcune riflessioni circa gli strumenti a disposizione dell'impresa per tutelarsi rispetto all'ipotesi di dimissioni del lavoratore particolarmente qualificato a seguito di un investimento aziendale sulla sua formazione. Si tratta dei diversi strumenti ascrivibili alle strategie di fidelizza-

zione del personale (su cui, in generale, cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, qui 560). In particolare, nel caso di specie, vengono in questione le clausole di durata minima del rapporto di lavoro attraverso le quali, in sede di stipulazione del contratto di lavoro o anche successivamente, datore di lavoro o lavoratore ovvero entrambe le parti, si impegnano a non recedere unilateralmente dal contratto per un certo periodo di tempo. Oltre alle ipotesi di limitazioni di carattere temporale, la sentenza in esame legittima la validità anche di limitazioni di carattere economico come, ad esempio, la previsione di un risarcimento nel caso in cui il recesso dovesse intervenire in un predeterminato periodo oggetto di pattuizione limitativa.

Quanto agli effetti di siffatte limitazioni, va considerato che quella temporale determina l'obbligo di eseguire la prestazione lavorativa in un momento in cui il lavoratore preferirebbe, per qualsiasi ragione, non *collaborare* più con l'impresa-datore di lavoro. Dunque, il rischio è che la situazione possa tradursi in un deterioramento del rapporto di lavoro dalla prospettiva della *lealtà* collaborativa del prestatore di lavoro. La limitazione economica, invece, rappresenta una ipotesi di clausola penale a carico del soggetto che contravviene al patto (ad esempio nel caso di lavoratore che si dimetta nel periodo in cui è vigente il patto) e a risarcimento delle conseguenze sofferte dalla controparte (nell'esempio dal datore di lavoro). È la formula che può maggiormente proteggere le imprese rappresentando, come nel caso esaminato dalla sentenza in nota, un ottimo paracadute contro il rischio di perdita di investimenti in formazione del lavoratore che decida di abbandonare il posto di lavoro. (Si evidenzia che una parte della dottrina ritiene ammissibili soltanto le limitazioni a carattere economico, mentre vede rischiose quelle temporali «potendosi degenerare altrimenti in ipotesi di *lavoro coatto*, cioè contro la volontà del lavoratore» – O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, II ed., Giuffrè, Milano, 2005, 622).

3. La sentenza in commento vede in opposte posizioni le controparti di un rapporto di lavoro: da un lato una compagnia aerea nelle vesti di datore di lavoro, dall'altro un pilota di aeromobili nelle vesti di lavoratore subordinato. Tra le parti, in data 12 luglio 1996 era stato sottoscritto un accordo attraverso il quale la compagnia aerea si assumeva l'onere (di ammontare pari a 33 milioni di vecchie lire) relativo al costo di un corso di abilitazione del pilota e, quest'ultimo si vincolava a non rassegnare le proprie dimissioni dal lavoro per almeno 4 anni (il tempo necessario all'ammortamento delle spese di formazione); in caso contrario avrebbe dovuto rimborsare alla compagnia la somma non ancora ammortizzata delle spese sostenute.

Il patto tra pilota e compagnia, in altre parole, impegnava:

- la compagnia a sostenere le spese necessarie al conseguimento dell'abilitazione;
- il lavoratore a seguire la formazione che, di conseguenza, gli avrebbe procurato anche l'acquisizione di un titolo di abilitazione a pilotare un particolare tipo di aeromobile;
- il lavoratore a prestare attività lavorativa alle dipendenze della compagnia, in qualità di copilota, per almeno 4 anni interi dopo il conseguimento dell'abilitazione;
- il lavoratore a rimborsare alla compagnia, in caso di dimissioni anticipate (cioè prima dei 4 anni pattuiti), la quota residuale delle spese sostenute per la sua formazione, non ancora ammortizzata.

Ignorando il *patto*, il pilota si dimetteva dal lavoro in data 30 settembre 1997. In considerazione dell'impegno preso e non rispettato, la compagnia aerea chiedeva, quindi, al pilota il rimborso delle spese formative con apposito decreto ingiuntivo.

La questione era quindi posta all'attenzione dei giudici della Suprema Corte di cassazione dopo i precedenti due gradi di giudizio.

In particolare, in primo grado, il Tribunale di Aosta, accogliendo il ricorso del lavoratore, aveva revocato il decreto ingiuntivo e aveva accolto l'ulteriore richiesta del lavoratore di condanna della compagnia aerea al pagamento di tutte le differenze retributive dovute al suo errato inquadramento quale pilota in addestramento anziché quale membro effettivo

di equipaggio.

Il giudice di Aosta stabiliva tra l'altro:

- che tra le parti era in corso un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato;
- che il *patto* aveva comportato un limite non indifferente alla facoltà di recesso del lavoratore dipendente di cui all'art. 2118 c.c., che è invece una disposizione inderogabile, essendosi il lavoratore assunto l'obbligo di provvedere al pagamento di una somma di denaro di importo variabile, ma consistente, in relazione al momento del recesso futuro; concludendo che, sussistendo una lesione di diritti indisponibili del lavoratore subordinato a tempo indeterminato, veniva ad essere fondata sia l'impugnazione che il successivo annullamento del *patto*.

La Corte d'Appello di Torino, la cui sentenza è stata cassata dalla pronuncia in esame, con rinvio alla Corte di Appello di Genova, aveva rimarcato la tesi del Tribunale di Aosta, con particolare riferimento al fatto che il *patto* in questione era indebitamente limitativo della facoltà di recesso del lavoratore garantita dall'art. 2118 c.c. «disposizione sicuramente inderogabile».

La compagnia aerea fonda la propria impugnazione davanti alla Suprema Corte argomentando intorno a cinque motivi di ricorso. Di questi, i primi due fanno esplicito riferimento al *patto* controverso e lamentano difetti di interpretazione e qualificazione in quanto i giudici di merito lo avevano ritenuto di natura transattiva. Mentre gli altri tre motivi si riferiscono al contendere della materia retributiva.

All'esito del giudizio, la Cassazione accoglie i primi due (di cui si dirà presto) e il quinto motivo, mentre rigetta il terzo e il quarto motivo (qui non espressamente considerati in quanto non rilevanti ai fini della presente riflessione).

La pronuncia giurisprudenziale indica, così, i criteri corretti per l'interpretazione della volontà negoziale, nonché fornisce indicazioni utili per la giusta ricostruzione del diritto alle dimissioni.

4. Quanto al primo profilo, la sentenza giudica del tutto errata la conclusione accolta dai giudici di merito circa la qualificazione del *patto* quale vera e propria transazione in evidente contrasto con il contenuto del *patto* medesimo poiché dai giudici stessi interpretato in violazione dei canoni ermeneutici di cui all'art. 1362 c.c. e in particolare del «fondamentale e prioritario criterio letterale che resta suscettibile d'integrazione mediante gli altri criteri interpretativi – i quali svolgono una funzione sussidiaria e complementare – solo quando le espressioni dei contraenti siano di oscuro o equivoco significato (Cass., sez. un., n. 4635/1988) per pervenire, così nella specie, a un inesatto accertamento e, conseguentemente, a una illegittima definizione». A sostegno peraltro dell'erroneità di qualificazione del *patto*, la Cassazione ribadisce che «al fine di ritenere una transazione validamente perfezionata, è necessario, da un lato, che essa abbia a oggetto una *res dubia* (e, cioè, che cada su un rapporto giuridico avente, almeno nella opinione delle parti, caratteri di incertezza) e, dall'altro, che, nell'intento di far cessare la situazione di dubbio, venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano delle concessioni reciproche». In ultimo, considera che oggetto della transazione «non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discorde valutazione della parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o può dar luogo, e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni [...] (Cass. n. 6662/2001)».

5. Quanto al secondo, la pronuncia è ancora più risoluta nel ritenere errata la decisione, resa nei precedenti gradi di giudizio, secondo cui con il *patto* si sarebbe verificata una lesione di diritti indisponibili del lavoratore subordinato, tanto da giustificare l'impugnazione e l'annullamento del *patto* medesimo. I giudici ribadiscono, quindi, e fanno proprio il principio, già esplicitato dalla medesima corte, secondo cui «il lavoratore subordinato può liberamente disporre della propria facoltà di recesso dal rapporto, come nell'ipotesi di pattuizione di una garanzia di durata minima dello stesso, per cui non contrasta con al-

cuna norma o principio dell'ordinamento giuridico la clausola con cui vengono previsti limiti all'esercizio di detta facoltà, stabilendosi a carico del lavoratore un obbligo risarcitorio per l'ipotesi di dimissioni anticipate rispetto a un periodo di durata minima [...] (Cass. n. 1453/1998)».

Daniele Cirioli

Collaboratore Adapt – Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi»

4. Dirigenti

4.1. Cass. 13 luglio 2005 n. 14769 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 35).

Dirigenti - Licenziamento - Accordo collettivo 16 maggio 1985 per i dirigenti di aziende industriali - Licenziamento di dirigente da parte di impresa in Amministrazione Straordinaria - Riconducibilità del licenziamento, sul piano del nesso eziologico, al processo di ristrutturazione avviato con l'Amministrazione Straordinaria - Diritto del dirigente licenziato all'indennità supplementare - Sussistenza.

Nel caso di licenziamento di dirigente da parte di impresa in Amministrazione Straordinaria, ove il licenziamento sia eziologicamente riconducibile al processo di ristrutturazione avviato con la procedura stessa, il dirigente ha diritto alla corresponsione dell'indennità supplementare prevista dall'accordo collettivo 16 maggio 1985 per i dirigenti di aziende industriali.

4.2. Cass. 13 luglio 2005 n. 14769 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 35).

Dirigenti - Licenziamento - Accordo collettivo 16 maggio 1985 per i dirigenti di aziende industriali - Licenziamento di dirigente da parte di impresa in Amministrazione Straordinaria - Licenziamento adottato dopo oltre sei anni dall'inizio dell'Amministrazione Straordinaria, conclusasi con l'accertata impossibilità di proseguire nell'attività produttiva - Diritto del dirigente licenziato all'indennità supplementare - Sussistenza.

Nel caso di licenziamento di dirigente da parte di impresa in Amministrazione Straordinaria adottato dopo oltre sei anni dall'inizio della procedura, conclusasi con l'accertata impossibilità di proseguire nell'attività produttiva e con la conseguente apertura della fase liquidatoria, ove il licenziamento sia riconducibile, sul piano del nesso eziologico, al processo di ristrutturazione avviato con la procedura stessa, il dirigente licenziato ha diritto alla corresponsione dell'indennità supplementare prevista dall'accordo collettivo 16 maggio 1985 per i dirigenti di aziende industriali.

(4.1. – 4.2.) Indennità supplementare per i dirigenti dell'industria e licenziamento adottato dall'impresa in Amministrazione Straordinaria successivamente posta in liquidazione

La sentenza della Cass. 13 luglio 2005 n. 14769, in epigrafe, si è pronunciata in tema di diritto del dirigente licenziato a percepire l'indennità supplementare prevista dall'accordo collettivo 16 maggio 1985 per i dirigenti di aziende industriali in caso di licenziamento dovuto a ristrutturazione, riorganizzazione, riconversione o crisi settoriale o aziendale dell'impresa o di licenziamento intervenuto nell'ipotesi di Amministrazione Straordina-

ria, sempreché l'azienda motivi il recesso con riferimento alla situazione, di cui alla l. n. 95/1979.

Con sentenza di primo grado il Tribunale di Roma ha respinto la domanda che un dirigente aveva proposto nei confronti della società datrice di lavoro, in Amministrazione Straordinaria, al fine di ottenere la condanna della convenuta a corrispondergli l'indennità supplementare a quella d'anzianità prevista dall'accordo collettivo 16 maggio 1985 per le ipotesi sopra ricordate.

La peculiarità della fattispecie oggetto della sentenza in commento è rappresentata dal fatto che il licenziamento è stato adottato dopo oltre sei anni dal decreto del Ministro dell'Industria, che ha posto la società in Amministrazione Straordinaria, ed a causa dell'accertata impossibilità di rilancio dell'impresa, che ha aperto la fase liquidatoria della medesima.

La sentenza della Corte d'Appello di Roma, sul preteso presupposto che la società datrice di lavoro, quale grande impresa in crisi, era stata collocata in Amministrazione Straordinaria in applicazione della l. n. 95/1979 per favorirne il risanamento ed il suo consolidamento e non in funzione della sua liquidazione, confermando integralmente la decisione di primo grado (e richiamandosi alle sentenze n. 11519/1966 e n. 12936/2003 del Supremo Collegio), ha ritenuto che tale indennità, essendo connessa allo specifico scopo del risanamento aziendale, non poteva essere attribuita al prestatore in questione, licenziato dopo oltre sei anni di Amministrazione Straordinaria, allorché era emersa l'impossibilità di proseguire l'attività produttiva, essendo venuta meno, con l'apertura della fase liquidatoria (caratterizzata dalla finalità di soddisfare i creditori), la causa della sua attribuzione. Questi i fatti che hanno condotto alla presentazione del ricorso per cassazione da parte dell'ex dirigente ed alla sentenza, che siamo ora chiamati a commentare.

Con tale sentenza la Suprema Corte ha accolto la domanda del collaboratore, adducendo che l'istituto dell'Amministrazione Straordinaria si connota per essere preordinato alla riorganizzazione delle strutture produttive delle grandi imprese in crisi in vista del loro auspicato risanamento e che, qualora questa finalità non risulti più conseguibile, si sviluppa la procedura di liquidazione per il soddisfacimento delle ragioni creditorie, come fase necessariamente conseguente all'esaurimento dell'esperimento conservativo (v. Cass. 5 settembre 2003 n. 12936, in *GC*, 2004, I, 349).

Sulla base di criteri interpretativi, della cui validità, a nostro sommo avviso, non è possibile dubitare, la tesi accolta dalla Suprema Corte, in contrasto con i precedenti gradi di giudizio, sembra pienamente condivisibile.

Osserva il Supremo Consesso, infatti, che la Corte di merito, senza offrire alcuna plausibile giustificazione del suo argomentare, ha ritenuto di desumere dalla disciplina collettiva l'esistenza di una cesura di carattere non solo temporale, ma logica fra i due momenti della fase dell'azione di rilancio dell'azienda e della fase della procedura di liquidazione, negando la fondatezza della pretesa del dirigente unicamente perché il suo licenziamento era intervenuto nella fase estintiva del processo di risanamento, esaurito dalla constatata impossibilità di perseguire l'obiettivo conservativo.

Orbene, non sembra potersi negare il diritto ad un'indennità, che, in base all'accordo collettivo, compete al dirigente per il solo fatto di essere stato licenziato in connessione con una delle due situazioni individuate dall'accordo stesso, quando si è provato che il provvedimento risolutorio è eziologicamente riconducibile al processo di ristrutturazione avviato con la procedura di Amministrazione Straordinaria, e quando appare evidente che detta procedura, nella sua unitarietà concettuale, può, per definizione, concludersi o con il rilancio dell'impresa o con la sua messa in liquidazione (in tal senso, sostanzialmente, vedi Trib. Milano 17 maggio 2005 n. 3341, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 47; Cass. 23 settembre 2000 n. 12628, in *RIDL*, 2001, II, 751; Cass. 1° giugno 1998 n. 5371, in *MGL*, 1998, 873; Trib. Milano 16 novembre 1995, in *Diritto Industriale*, 1997, n. 3, 16. Cfr.

anche, sull'argomento, Mario Berruti "Il rapporto di lavoro del dirigente", Cedam, Padova, 2005, e G. PERDONÀ, *Il licenziamento del dirigente pubblico e privato*, Cedam, Padova, 2004).

In tale ottica non sembra potersi comprendere l'iter logico seguito dalla Corte di merito secondo cui «la società datrice di lavoro venne posta in amministrazione straordinaria con D.M. Industria del 28 ottobre 1981, per cui il licenziamento del dirigente – sopravvenuto dopo oltre sei anni – non può porsi in relazione con tale evento e, quindi, generare il diritto all'indennità supplementare invocata, poiché non conseguente alla ristrutturazione dell'azienda, bensì all'accertata impossibilità di proseguire nell'attività produttiva».

In sostanza – secondo la Corte d'Appello – anche se nel momento del licenziamento l'azienda soggiaceva formalmente alla procedura di Amministrazione Straordinaria e, quindi, versava nella situazione di ristrutturazione identificata dal contratto collettivo, i due fatti, rispettivamente, del periodo di oltre sei anni trascorso e dell'impossibilità di proseguire nell'attività produttiva accertata dopo un lasso di tempo così ampio, non consentono più, né logicamente, né concettualmente, di ricollegare il licenziamento alla procedura di ristrutturazione, essendo obiettivo della medesima il rilancio dell'impresa e non la sua messa in liquidazione.

Tale *interpretatio* sembra doversi respingere a fronte delle seguenti considerazioni:

a) la procedura di Amministrazione Straordinaria costituisce una delle due situazioni identificate dall'accordo collettivo 16 maggio 1985 per i dirigenti di aziende industriali, situazioni che possono, per definizione, condurre al rilancio dell'impresa o alla sua messa in liquidazione;

b) il licenziamento del dirigente eziologicamente riconducibile ad una delle due summenzionate situazioni, vigenti al tempo del licenziamento, fa sorgere, in capo a detto prestatore, il diritto alla corresponsione dell'indennità supplementare prevista dall'accordo stesso;

c) posto che le premesse, di cui ai suesposti punti a) e b), sono inconfutabilmente fondate sul diritto positivo, e poiché il licenziamento, nel caso di specie, è stato adottato nel rispetto delle condizioni, di cui al punto b), non può che conseguire, con forza di sillogismo, il diritto del dirigente licenziato al percepimento dell'indennità supplementare in questione;

d) alla luce di quanto sopra argomentato si evince anche, ed in modo illuminante, che il mero dato temporale (nella specie, il lasso di tempo di oltre sei anni) ed il fatto che il provvedimento risolutivo del rapporto sia intervenuto in fase di accertata impossibilità di proseguire l'attività produttiva e, quindi, con l'apertura della fase liquidatoria, sono elementi assolutamente inidonei ad impedire di riconnettere il licenziamento alle situazioni individuate dall'accordo collettivo, in quanto elementi non ricollegabili al dettato contrattuale, che, ai fini del diritto alla corresponsione dell'indennità supplementare, si limita a richiamare, quali requisiti, la vigenza di una delle due situazioni e la riconducibilità ad una delle medesime, sul piano del nesso causale, del provvedimento risolutivo.

Non si può, pertanto, che concordare con il pensiero espresso nella sentenza *de qua* dalla Corte Suprema, secondo cui la tesi dei giudici di merito «non trova un plausibile collegamento con il dettato contrattuale», posto che tale dettato ricollega il diritto all'indennità in questione «ad una situazione *in itinere*, insorta con intenzione conservativa, il rischio del cui esito negativo non può trasferirsi sul dirigente esclusivamente in base al dato temporale offerto dall'epoca del recesso [...]» e – noi aggiungeremmo – in base all'esito negativo della procedura.

Così come già accaduto con la sentenza della stessa Corte di Cassazione, 17 gennaio 2005, n. 775 (con mia nota *Licenziamento del dirigente: interpretatio prevalente in tema di recesso nell'area della libera recedibilità*, in *q. Rivista*, 2005, n. 3, 789) in tema di «giustificatazza» del licenziamento del dirigente, anche la sentenza in esame si segnala

per aver apportato, in questa materia, la necessaria chiarezza, che – ci auguriamo – possa risultare, sul *punctum juris*, definitiva.

Sabrina Moneghini
Consulente in gestione dei rapporti di lavoro
Studio Legale Stefano Lenghi – Milano

5. Diritti sindacali

5.1. Cass., sez. un., 21 dicembre 2005 n. 28269 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 5).

Diritti sindacali - Contributi sindacali - Delega al datore di lavoro per versamento contributi sindacali ad associazione sindacale non firmataria del contratto collettivo - Qualificazione giuridica (cessione del credito) - Rifiuto del datore di procedere al versamento - Condotta antisindacale - Sussistenza.

A seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 26, commi 1, 2 e 3, Stat. lav., la delega conferita al datore di lavoro a versare la quota associativa mediante ritenuta sul salario ad una associazione sindacale non firmataria dei contratti collettivi applicati in azienda si qualifica come cessione del credito, perfezionantesi anche in mancanza del consenso del datore di lavoro ceduto (art. 1260, comma 1, c.c.). Il rifiuto opposto dal datore di lavoro di procedere al suddetto versamento integra condotta antisindacale, in quanto oggettivamente idoneo a limitare l'esercizio della attività e della iniziativa sindacale.

Le Sezioni Unite sulle trattenute sindacali, tra cessione del credito e delegazione di pagamento

Sommario: **1.** L'oscillante giurisprudenza in tema di trattenute sindacali e sindacati non firmatari dei contratti collettivi a seguito del referendum dell'11 giugno 1995. – **2.** Il periodo pre-statutario e l'inquadramento dogmatico delle clausole collettive. – **3.** Il periodo statutario. – **4.** Il periodo post-referendario e la restituzione della materia all'autonomia privata individuale e collettiva. – **5.** L'intervento delle Sezioni Unite. – **6.** Novella del d.P.R. n. 180/1950 e contributi sindacali.

1. Con la sentenza in epigrafe le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ricondotto ad uniformità gli oscillanti orientamenti della giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, che, successivamente all'abrogazione referendaria (cfr. d.P.R. n. 313/1995) dell'art. 26, comma 2 ("Le associazioni sindacali dei lavoratori hanno diritto di percepire, tramite ritenuta sul salario nonché sulle prestazioni erogate per conto degli enti previdenziali, i contributi sindacali che i lavoratori intendano loro versare, con modalità stabilite dai contratti collettivi di lavoro, che garantiscono la segretezza del versamento effettuato dal lavoratore a ciascuna associazione sindacale") e 3 ("Nelle aziende nelle quali il rapporto di lavoro non è regolato da contratti collettivi, il lavoratore ha diritto di chiedere il versamento del contributo sindacale all'associazione da lui indicata") Stat. lav., aveva talora negato la sussistenza della condotta antisindacale nel caso di rifiuto opposto dal datore di lavoro di versare i contributi sindacali ai sindacati non firmatari del contratto collettivo disciplinante la materia, riconducendo la fattispecie negoziale posta in essere allo schema della delegazione di pagamento; talaltra, aveva affermato la stessa, qualificando il negozio in termini di cessione di credito.

La delegazione, infatti, richiedendo il consenso anche tacito del datore di lavoro delegato

(art. 1269, comma 2, c.c.), rende legittimo il rifiuto dello stesso, mentre la cessione del credito si perfeziona anche in mancanza del consenso del debitore ceduto (art. 1260, comma 1, c.c.), coerentemente col principio della libera cedibilità dei crediti (a tal proposito, cfr. C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in ID., *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1998, IV, 571).

2. Nel periodo pre-statutario, con riferimento alle *sole ipotesi regolate dalla contrattazione collettiva*, la dottrina si era interrogata sull'inquadramento dogmatico delle trattenute sindacali ed aveva finito per concludere che "la riscossione dei contributi sindacali, nel modello fornito dalla autonomia collettiva, corrisponde ai modi legali di sostituzione del soggetto debitore ed in particolare della delegazione" (G. BRANCA, *Osservazioni sulla riscossione dei contributi sindacali nell'esperienza italiana attuale*, in DL, 1968, I, 296 ss., che qualifica l'attività negoziale come *delegatio solvendi*). Una voce in dottrina (e l'unico precedente giurisprudenziale sul punto: v. Pret. Castel Franco Veneto 17 giugno 1950, in *Corti Brescia*, Venezia, 1952, 300 ss.) riconduceva la fattispecie alla *delegatio accipiendi* o indicazione attiva di pagamento di cui all'art. 1188, comma 1, c.c. (P. RESCIGNO, voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc dir.*, 1962, XI, 941, che aderisce alla teoria che assimila la *delegatio accipiendi* all'indicazione attiva di pagamento; *contra* C.M. BIANCA, *op. cit.*, 302 ss., che mette in luce l'unilateralità dell'indicazione contrapposta alla bilateralità della cessione, nonché i differenti effetti dei due istituti: l'indicazione "designa un ulteriore legittimato a ricevere mentre [la delegazione], se accettata, impegna il debitore ad eseguire il pagamento al terzo"). Peraltro nessuno si è posto il problema di inquadrare le suddette ipotesi di fonte autonoma entro lo schema della cessione del credito.

3. Nel periodo statutario la dottrina maggioritaria propende per la riconduzione delle due fattispecie di cui all'art. 26, commi 2 e 3, Stat. lav. alla *delegatio solvendi* (G.F. MANCINI, *Proselitismo e contribuzione sindacale nello Statuto dei lavoratori*, in RDL, 1971, I, 487, nota 22, in merito alle clausole collettive disciplinanti la materia; G. SANTORO PASSARELLI, *Commentario sub art. 26*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, 438; M. DELL'OLIO, *Commentario sub art. 26*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei Lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975, 860; per la riconduzione allo schema della *delegatio promittendi* in riferimento alle sole ipotesi di fonte collettiva v. P. CIPRESSI, *I contributi sindacali*, in RDC, 1971, I, 77). L'argomento principale a sostegno di tale opzione si rifà alla natura bilaterale del contratto di cessione del credito, cui consegue la non revocabilità della delega di versamento del contributo (G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 440), ciò che non sarebbe conforme alla garanzia costituzionale della libertà sindacale negativa. Secondo tale linea ricostruttiva, non pone invece problemi di costituzionalità l'istituto della delegazione di pagamento, potendo il delegante revocare la delegazione, fino a quando il delegato non abbia assunto l'obbligazione in confronto del delegatario o non abbia eseguito il pagamento a favore dello stesso (art. 1270, comma 1, c.c. in relazione all'art. 1269, comma 1, c.c.).

Contro tale ricostruzione si è messa in luce l'insufficienza dello schema della delegazione ai fini della spiegazione della fattispecie statutaria, in quanto "il rapporto «esterno» delegato-delegatario è, nell'art. 26, una diretta creazione normativa, e prescinde dalla volontà del delegato" (M. GRANDI, *L'attività sindacale nell'impresa*, F. Angeli, Milano, 1976, 199). Secondo tale orientamento le norme di cui all'art. 26, commi 2 e 3, Stat. lav. prescindono anche dall'esistenza del rapporto di valuta, cioè del debito associativo, rilevando solo l'esistenza del credito in capo al lavoratore, che semplicemente autorizza il debitore ad adempiere ad un terzo legittimato: si rivaluta così l'orientamento pre-statutario (v. *supra*) che riconduceva la fattispecie alla *delegatio accipiendi* (termine usato anche in tal caso come sinonimo di indicazione di pagamento al terzo) (M. GRANDI, *op. cit.*).

A favore della riconduzione della fattispecie statutaria alla cessione parziale del credito retributivo, si è fatto notare come non si possa parlare di lesione della libertà sindacale in

quanto “il lavoratore, con la adesione al proprio sindacato, contrae il debito di pagare la propria quota associativa per la durata del vincolo associativo che è, secondo gli statuti delle associazioni sindacali, annuale”, conseguendone che la cessione è limitata al massimo per l’anno (A. ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Milani, Padova, 1981, 222-223).

La giurisprudenza maggioritaria propende per la riconduzione delle trattenute sindacali di cui all’art. 26, commi 2 e 3, Stat. lav. alla delegazione di pagamento (v. per la giurisprudenza di legittimità Cass. 7 febbraio 1989 n. 761, in *GC*, 1989, I, 1853 ss. con nota di R. ROMEI), escludendo in tal modo che il credito per il contributo sindacale sia assistito dal privilegio generale per i crediti retributivi *ex art. 2751-bis c.c.* (la riconduzione allo schema della cessione del credito comporterebbe l’applicazione della norma dell’art. 1263, comma 1, c.c. ai sensi del quale “per effetto della cessione, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e con gli altri accessori” e quindi l’approdo ad una soluzione affermativa; cfr. in dottrina A. ARANGUREN, *op. cit.*, 223).

Più correttamente, secondo altra giurisprudenza di legittimità, la previsione dell’art. 26, comma 2, disciplina un “diritto autonomo che discende *ex lege* dall’atto negoziale e unilaterale del lavoratore, atto non qualificabile né come cessione di credito, in considerazione della sua unilateralità e revocabilità, né come *delegatio solvendi*, in considerazione del suo carattere vincolante per il datore di lavoro” (Cass. 9 settembre 1992 n. 10318; in senso conforme cfr. Cass. 5 febbraio 1990 n. 778 e Cass. 19 gennaio 1990 n. 307).

Invero la stessa dottrina favorevole alla riconduzione allo schema della delegazione mette in luce la debolezza del richiamo alla disciplina di diritto comune dettata per la ricostruzione della fattispecie di cui all’art. 26 Stat. lav., fonte da cui scaturisce “direttamente, [...] come effetto della *delegatio*, il c.d. terzo rapporto, tra delegato e delegatario, senza richiedere un atto di volontà del delegato” (M. DELL’OLIO, *op. cit.*, 859; cfr. pure G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 439), per cui “la stessa distinzione tra *delegatio solvendi* e *promittendi* è assorbita in una nuova figura tipica, la quale se mai comprende i profili di fondo, comuni alle due ora indicate” (M. DELL’OLIO, *op. cit.*, 860; cfr. pure P. LAMBERTUCCI, voce *Contributi sindacali*, in *EGT*, 1996, 3, che osserva come il dibattito dottrinale abbia svolto una funzione descrittiva, a fini d’inquadramento dogmatico, “laddove, sotto il profilo prescrittivo [...] la presenza della disciplina legale costituiva il fondamento del diritto del sindacato di percepire i contributi”; recentemente è stata pure sostenuta da V. VERDICCHIO, *La Cassazione e la pretesa incedibilità dei crediti retribuiti futuri in pagamento dei contributi sindacali (osservazioni di un civilista)*, nota a Cass. 26 febbraio 2004 n. 3917 e Cass. 3 giugno 2004 n. 10616, in *DLM*, 2004, 619, la tesi che vede nell’(abrogato) art. 26, commi 2 e 3, Stat. lav. uno *ius speciale* rispetto alle norme comuni in tema di delegazione. V. pure P. ALLEVA, *La delega per i contributi sindacali: la Cassazione e il diritto octroyé; una svolta verso il regresso?*, nota a Cass. 3 giugno 2004 n. 10616, in *RGL*, 2004, II, 626, secondo cui l’art. 26 Stat. lav. prescriveva “un obbligo legale a carico del datore di lavoro di diventare lui autonomamente debitore del sindacato, seppur su disposizione dei lavoratori”, configurandosi come “norma speciale, diversa e non comunicante con la cessione del credito”).

4. L’effetto dell’abrogazione referendaria dell’art. 26, commi 2 e 3, Stat. lav. è stato la restituzione della materia all’autonomia privata, *individuale e collettiva*, come era nello stesso intento dei promotori del quesito (cfr. C. Cost. 12 gennaio 1995 n. 13, in *DL*, 1995, II, 22 ss., con nota di E. ALES), per i quali “l’operare di altri istituti civilistici quali la cessione di credito o la delegazione di pagamento, al medesimo fine utilizzabili, si collocherebbe su un piano contrattuale e non sarebbe attuativo di una prescrizione legislativa” (C. Cost., cit.). Le norme abrogate infatti, lungi dal potersi ricondurre a schemi civilistici, costituivano una “figura specifica e ben definita” (C. Cost., cit.).

Il problema esecutivo, ora non più avente mera finalità ricostruttiva a seguito della suddetta abrogazione (v. P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 3), si è posto in merito alle trattenute per i contributi sindacali da versare, su richiesta del lavoratore, alle organizzazioni sindacali non firmatarie dei contratti collettivi applicati in azienda e disciplinanti la materia. La dottrina (R. PESSI, *Le regole della rappresentanza sindacale in azienda dopo il referendum*, in *DL*, 1995, I, 443; P. LAMBERTUCCI, *I contributi sindacali dopo il referendum*, in *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 1996, 1, 79-80; L. PELAGGI, *Agenti sindacali, protocollo del luglio 1993 ed esiti referendari del giugno 1995 in tema di r.s.a. e di contributi sindacali*, in *q. Rivista*, 1996, 59) e la giurisprudenza di merito maggioritaria (Pret. Venezia 31 ottobre 1995, Pret. Padova 13 ottobre 1995, Pret. Milano 27 novembre 1995, tutte in *NGL*, 1995, 693; Pret. Milano 28 novembre 1995, in *MGL*, 1995, 670 ss., con nota di I. INGLESE; Pret. Torino 28 dicembre 1995, in *LG*, 1996, 404; Pret. Napoli 28 novembre 1995, Pret. Torino 16 gennaio 1996, tutte in *MGL*, 1996, 22 ss., con nota di L. PELAGGI; Pret. Monza 5 gennaio 1996, in *D&L*, 1996, 368 ss.; Pret. Milano 13 febbraio 1996, Pret. Milano 31 gennaio 1996, tutte in *MGL*, 1996, 162 ss., con nota di M. RENDINA; Pret. Torino 1° aprile 1996, in *LG*, 1996, 576 ss.; Pret. Lanciano 10 giugno 1996, in *DL*, 1997, II, 518 ss., con nota di P. RIZZO; Pret. Milano 13 novembre 1996, in *RIDL*, 1997, II, 642 ss., con nota di L. NOGLER, ed in *DL*, 1997, II, 229 ss., con nota di C. FACCHINI; Pret. Bergamo 15 novembre 1997, in *OGL*, 1997, 936 ss.; Trib. Milano 12 ottobre 1999, in *OGL*, 1999, I, 598 ss.; App. Firenze 24 maggio 2005, in *D&L*, 2006, 93 ss., con nota di F. ALVARO) si sono orientate nel senso della riconduzione della delega del lavoratore al datore di lavoro allo schema della delegazione di pagamento, non integrando pertanto condotta antisindacale il rifiuto del datore-delegato di operare le trattenute.

A favore della riconduzione all'istituto della cessione del credito e conseguente antisindacalità del rifiuto del datore si è pronunciata la giurisprudenza di merito minoritaria (Pret. Cassino 5 febbraio 1996, in *MGL*, 1996, 163 ss., con nota di M. RENDINA; Pret. Padova 20 dicembre 1997, in *NGL*, 1997, 577 ss.; Trib. Milano 28 ottobre 1999, in *OGL*, 1999, I, 867 ss.; Trib. Milano 28 luglio 2000; Trib. Milano 31 luglio 2000; Trib. Larino 27 dicembre 2000, in *DL*, 2001, II, 205 ss., con nota di A.E. DE CAPOA).

Prima dell'intervento delle Sezioni Unite, la Cassazione ha mostrato un orientamento oscillante, in alcune pronunce favorevole alla qualificazione in termini di delegazione di pagamento (Cass. 3 febbraio 2004 n. 1968, in *RGL*, 2005, 139 ss., con nota di A. RIBOLDI, in *RIDL*, 2004, II, 497 ss. con nota di C. OGRISEG, ed in *MGL*, 2004, 458 ss., con nota di M. DEL CONTE; Cass. 3 giugno 2004 n. 10616, in *RGL*, 2004, II, 613 ss., con nota di P. ALLEVA, *op. cit.*), in altre favorevole all'applicazione dell'istituto della cessione di credito (Cass. 26 febbraio 2004 n. 3917, in *MGL*, 2004, 458 ss., con nota di M. DEL CONTE; Cass. 26 luglio 2004 n. 14032, in *RGL*, II, 2005, 341 ss., con nota di M.M. MUTARELLI).

5. Le Sezioni Unite, con l'intervento qui annotato, hanno confermato il decreto pretorile, il quale aveva ritenuto antisindacale il rifiuto opposto dal datore di procedere al pagamento al sindacato delle quote associative mediante trattenuta sul salario, ancorché lo stesso non risultasse firmatario del contratto collettivo applicato in azienda regolante la materia. La prima censura opposta dalla parte ricorrente riguardava la sussistenza di un negozio in frode alla legge, posto che il ricorso all'istituto della cessione parziale del credito retributivo a favore dell'associazione sindacale determinerebbe un risultato contrario all'esito referendario, a seguito del quale lo scopo del versamento delle quote associative mediante trattenuta sulla retribuzione potrebbe essere conseguito solo mediante fattispecie civiliistiche perfezionatesi mediante il consenso del datore di lavoro. A tale tesi le Sezioni Unite hanno opposto il carattere meramente abrogativo e non propositivo del referendum, come del resto già rilevato in dottrina a proposito della giurisprudenza di merito che aveva escluso l'applicabilità delle norme sulla cessione del credito sulla base dello stesso rilievo (L. NOGLER, *Sulle trattenute sindacali prima e dopo il referendum*, in *RIDL*, 1997,

II, nota a Trib. Milano 6 luglio 1996 e a Pret. Milano 13 novembre 1996, 644).

Quanto all'argomento, sostenuto in precedenti pronunce sia di merito che di legittimità e dalla dottrina maggioritaria (v. *supra*), per cui il ricorso alla cessione del credito, comportando la non revocabilità della delega di versamento del contributo, si porrebbe in contrasto con la libertà sindacale negativa, le Sezioni Unite, aderendo alla tesi che individua la causa del contratto di cessione "mediante il collegamento con il negozio al quale è funzionalmente preordinata", attribuiscono alla stessa nel caso concreto "una funzione di assolvimento degli obblighi nascenti dal rapporto di durata originato dall'adesione associativa", per cui, venendo meno quest'ultima, si determinerebbe "la caducazione della funzione del negozio di cessione" (cfr. in senso adesivo in dottrina V. VERDICCHIO, *op. cit.*, 626-627).

La precedente giurisprudenza di legittimità aveva anche censurato il ricorso allo schema della cessione di credito a causa degli "oneri aggiuntivi – non solo in termini pecuniari ma anche in termini organizzativi – che tale negozio determinerebbe a carico del datore di lavoro, che finirebbe per dovere sopportare pregiudizi maggiori e non giustificabili anche in relazione al quadro normativo risultante dall'esito referendario" (Cass. 3 giugno 2004 n. 10616, cit.). Rispetto a tale tesi le Sezioni Unite, oltre a ribadire la natura abrogativa del referendum, non impeditiva del ricorso ai normali istituti civilistici previsti dall'ordinamento, osserva come "il limite della non esigibilità di una modificazione eccessivamente gravosa, da identificare in concreto con l'applicazione del precetto di buona fede e correttezza (art. 1175 c.c.), non riguarda la validità e l'efficacia del contratto di cessione del credito, ma soltanto il piano dell'adempimento, del pagamento". In presenza di eccessiva gravosità "a norma dell'art. 1218 c.c., è il debitore che deve provare la giustificata dell'inadempimento". Nel caso in esame le Sezioni Unite ravvisano solo un "modesto" aggravamento della posizione debitoria (cfr. pure Cass. 26 febbraio 2004 n. 3917, ove si afferma che "gli oneri del pagamento non potranno – intuitivamente – essere superiori a quelli previsti per l'accredito delle quote associative ai sindacati firmatari del contratto collettivo nazionale di lavoro, rispetto ai quali la società ha già contrattualmente assunto il relativo compito organizzativo"; *in puncto* già la giurisprudenza di merito ha correttamente richiamato la norma dell'art. 1196 c.c., ai sensi del quale le spese del pagamento sono a carico del debitore – *ex multis* Pret. Cosenza 22 maggio 1996, in *D&L*, 1997, 263, con nota di F. PORTERA; Trib. Milano 28 luglio 2000, cit.).

6. Le Sezioni Unite sembrano limitare temporalmente le conclusioni cui sono giunte in tema d'inquadramento della fattispecie affermando che alla stessa "va applicato il regime normativo vigente fino al 31 dicembre 2004, non rilevando la modificazione del testo dell'art. 1 del d.P.R. n. 180/1950 ("Insequestrabilità, impignorabilità e incedibilità di stipendi, salari, pensioni ed altri emolumenti"), operata dall'art. 1, comma 137, della l. n. 311/2004, mediante l'aggiunta, nel primo comma, delle parole «nonché le aziende private», rendendo così incedibili, fuori dei casi consentiti dal medesimo testo normativo (come modificato dall'art. 13-bis del d.l. n. 35/2005, convertito in l. n. 80/2005) anche i compensi erogati dai privati datori di lavoro ai dipendenti".

La novella del d.P.R. n. 180/1950 estende ai lavoratori privati le norme, dapprima applicabili ai soli dipendenti pubblici, in tema di c.d. cessione del quinto (v. M. MISCIONE, *I divieti o le conferme e non le estensioni con la "cessione del quinto"*, in *LG*, 2005, 842 ss.). Secondo un indirizzo dottrinale maturato nei primi commenti alla sentenza in esame, la cessione dei crediti di lavoro è, a seguito di detta modifica normativa, ancorata a profili causali tassativi, ossia è ammessa soltanto per le finalità indicate dal legislatore (estinzione di prestiti contratti con gli istituti finanziari espressamente autorizzati dalla legge), non essendo più ammissibile l'utilizzo di tale fattispecie contrattuale a fini di versamento dei contributi sindacali (T. CARDONE, *Le Sezioni Unite si pronunciano in materia di contributi sindacali*, in *MGL*, 2006, 434, nota a Cass., sez. un., 21 dicembre 2005 n. 28269; I.

INGLESE, *Sulle ragioni che portano ad escludere la cessione del credito in materia di contributi sindacali*, in *MGL*, 2006, 439, nota a Trib. Torino 6 marzo 2006; cfr. anche, per una pronuncia di merito successiva alla sentenza in commento, che rigetta un ricorso *ex art. 28 Stat. lav.*, Trib. Ascoli Piceno 17 marzo 2006, in *NGL*, 2006, 1). In realtà, si ritiene di escludere simile conclusione, in ragione delle censure di incostituzionalità cui potrebbe dar luogo (con particolare riferimento agli artt. 3 e 39, comma 1, Cost.), poiché si consentirebbe la cessione del credito retributivo per i soli fini ammessi dal decreto del Presidente della Repubblica in parola, con esclusione del fine di finanziamento dell'associazione sindacale, cui l'ordinamento riconosce particolare tutela, anche in virtù della permanente vigenza del comma 1 dell'art. 26 Stat. lav. (v. pure L. FRANCESCHINIS, *Contributi sindacali a mezzo cessione di credito: il sì delle Sezioni unite*, in *D&L*, 2006, 78 ss.). Si dovrebbe quindi concludere, volendo adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata, che detta novella non ponga "problemi nuovi, tranne il limite complessivo del quinto della retribuzione corrente" (M. MISCIONE, *Sindacati non-firmatari, legittimazione e quote associative*, in *DPL*, 2006, 542, nota a Cass., sez. un., 21 dicembre 2005 n. 28269), cui unicamente sembra riferirsi l'*obiter dictum* delle Sezioni Unite.

Il contrasto giurisprudenziale sembra comunque non essere sopito, ad analizzare la giurisprudenza di merito immediatamente successiva all'intervento delle Sezioni Unite che esclude la riconduzione della delega per il versamento dei contributi sindacali alla cessione del credito sulla base del rilievo che "al momento della cessione, manca la stessa attualità del debito [nei confronti del sindacato] a fronte del quale la presunta cessione si effettuerebbe", potendo il lavoratore recedere in qualsiasi momento dal rapporto associativo, per cui la causa sarebbe assente fin dal momento genetico del contratto (Trib. Torino 6 marzo 2006, in *NGL*, 2006, 1 ss., ed in *MGL*, 2006, 436 ss.).

Occorre tuttavia considerare che eventuali futuri contrasti in seno alle sezioni semplici della Cassazione dovranno tener conto della recente novella dell'art. 374, comma 3, c.p.c. (avvenuta ad opera dell'art. 8, d.lgs. n. 40/2006), ai sensi del quale "se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso", la cui *ratio* è vincolare di fatto le sezioni semplici al principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite (E. SILVESTRI, *Sub art. 374 c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Cedam, Padova, 2006, 1052).

Nelly Vascello

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia

6. Provvedimenti disciplinari

6.1. Cass. 13 giugno 2005 n. 12644 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 29).

Provvedimenti disciplinari - Principi di specificità della contestazione preventiva dell'addebito e di immutabilità dei fatti contestati - Contenuto - Modificazione della contestazione relativamente a circostanze prive di valore identificativo della fattispecie disciplinare contestata e non idonee a incidere sulla identificazione e gravità della stessa - Compatibilità.

L'operatività dei principi relativi alla specificità della contestazione preventiva dell'addebito e alla immutabilità dei fatti contestati - previsti dall'art. 7 Stat. lav. in funzione di garanzia del diritto di difesa del lavoratore - non esclude la modificazione dei fatti contestati che non

si configurino come elementi integrativi di una fattispecie di illecito disciplinare diversa e più grave ma riguardino circostanze prive di valore identificativo della stessa fattispecie e, perciò, non precludano la difesa del lavoratore sulla base delle conoscenze acquisite e degli elementi a discolta apprestati a seguito della contestazione dell'addebito.

Applicazione del principio della immutabilità della contestazione disciplinare sulla base della concreta idoneità dei nuovi addebiti a ledere il diritto di difesa del lavoratore

La sentenza in epigrafe riconferma l'interpretazione giurisprudenziale ormai consolidata in materia di specificità ed immutabilità degli addebiti nell'ambito della procedura disciplinare richiesta dall'art. 7 della l. n. 300/1970.

Come noto, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che il datore di lavoro non può mutare – nel corso della procedura disciplinare, così come durante il giudizio di impugnazione della sanzione disciplinare irrogata – i motivi posti alla base della stessa, vale a dire i fatti che la rendono valida e che devono essere stati specificamente contestati. È altresì pacifico, in seguito alla nota sentenza della C. Cost. 30 novembre 1982 n. 204, che detti principi valgono anche per il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ritenuti ontologicamente disciplinari.

È stato, peraltro, precisato che questi principi non possono essere intesi ed applicati in maniera rigida. Come ricordato in dottrina, il principio di immutabilità degli addebiti è «un requisito che ha valenza chiaramente processuale, risultando finalizzato a consentire un pieno espletamento del diritto di difesa» del lavoratore (P. TULLINI, F. LUNARDON, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del Lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 1998, vol. III, 220) mutuato da un canone tipicamente processual-penalistico (G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il Diritto del Lavoro. Statuto dei Lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 2001, vol. II, 159).

Ebbene, proprio l'esigenza primaria di garantire il diritto di difesa del lavoratore (sul quale la pronuncia in epigrafe richiama numerose sentenze) ha costituito per la giurisprudenza il parametro per distinguere quando la modificazione degli addebiti costituisca o meno violazione dell'art. 7 della l. n. 300/1970. Alla luce di tale criterio, si è ritenuto che ben possano essere valutate circostanze che non vengono in rilievo come autonome cause di recesso, ma solo a conferma dei fatti contestati o della loro gravità, vale a dire al fine di meglio circostanziare gli elementi che fondano il provvedimento disciplinare. Al contrario, non è possibile irrogare la sanzione sulla base di circostanze che mutino il titolo dell'illecito disciplinare.

In tale contesto interpretativo si inserisce anche la sentenza in esame, che ammette modificazioni dei fatti contestati qualora riguardino circostanze che non integrano una diversa e più grave fattispecie di illecito disciplinare, rivelandosi quindi non significative.

La sentenza si conforma pienamente alla linea di demarcazione esplicitata, a seguito di una diffusa argomentazione, da Cass. 16 luglio 1998 n. 6988 (vedila in *MGC*, 1998, 1544, ed in *FI*, 1998, I, 2772; conformi le successive Cass. 7 giugno 2003 n. 9167, in *MGC*, 2003, fasc. 6, nonché *FI*, 2003, I, 2637, e Cass. 17 maggio 2003 n. 7734, in *MGC*, 2003, fasc. 5, nonché in *OGI*, 2003, I, 422). Secondo tale pronuncia, il criterio per stabilire se le nuove deduzioni del datore di lavoro impediscano la difesa del lavoratore sulla base delle conoscenze acquisite e degli elementi a discolta apprestati, venendo a violare il principio di immutabilità della contestazione, «si snoda in un duplice profilo applicativo, l'uno di tipo ontologico, l'altro di tipo funzionale». Con riferimento al primo aspetto,

è ravvisabile una modificazione sostanziale dell'originaria contestazione – quindi preclusa – quando le circostanze nuove si configurano come elementi integrativi di una fattispecie astratta di illecito disciplinare più grave e previsto in una norma diversa, rispetto alla quale sarebbero insufficienti i fatti originariamente contestati, sicché ne deriva una sorta di “progressione” nell'illecito stesso. Per quanto riguarda il secondo aspetto, una deduzione tardiva è ammissibile (anche a distanza di più di due anni, secondo Cass. 17 maggio 2003 n. 7734, cit., nonché Cass. 24 gennaio 1990 n. 412, in *MGC*, 1990, fasc. 1, e Cass. 10 gennaio 1990 n. 17, in *MGC*, 1990, fasc. 1) soltanto quando riguarda circostanze prive di valore identificativo della fattispecie, quali circostanze confermate della significatività di altri addebiti posti a base del licenziamento per valutarne la complessiva gravità, ad esempio sotto il profilo psicologico delle inadempienze del lavoratore e della proporzionalità del provvedimento.

Si noti che i casi trattati dalla sentenza Cass. 16 luglio 1998 n. 6988, e dalla sentenza in epigrafe sono in parte analoghi: in tutte e due le ipotesi sono stati addebitati atti di concorrenza sleale e, in secondo grado, è stata riconosciuta la violazione del principio di immutabilità. Tuttavia, la conclusione in concreto risulta opposta proprio in ragione dei criteri sopra richiamati. Nel primo caso, infatti, l'impugnata sentenza, confermata dalla Suprema Corte, aveva ritenuto preclusa al datore di lavoro – in quanto idonea a mutare l'addebito – la deduzione, a fronte del licenziamento originariamente fondato sull'avvenuta utilizzazione del computer aziendale per “fini estranei all'azienda”, del compimento di atti di concorrenza sleale in favore di una impresa concorrente della quale il dipendente sarebbe stato vice-presidente ed azionista di maggioranza. Nel caso analizzato dalla pronuncia in epigrafe, invece, la sentenza impugnata è stata cassata perché il datore di lavoro ha sin da subito addebitato al lavoratore la violazione dell'obbligo di fedeltà. Il mutamento ha riguardato solo le modalità dei fatti addebitati e l'identificazione del cliente sviato, mentre non è affatto cambiato il titolo dell'addebito, pur sempre rimasto la concorrenza sleale (che si aggiungeva, sin dall'inizio, ad altri addebiti relativi alla mancata tempestiva giustificazione dell'assenza ed alla insubordinazione, ritenuti peraltro di per sé insufficienti a fondare il licenziamento).

Deve essere rilevato che la menzionata sentenza Cass. 16 luglio 1998 n. 6988 rielabora orientamenti già delineati in precedenza dalla stessa Corte, che aveva anche precedentemente precisato come non sia preclusa al giudice la valutazione di fatti ulteriori attribuiti al dipendente e da considerare non come causa autonoma di recesso ma esclusivamente come circostanza confermativa del fatto contestato e della sua gravità (Cass. 21 dicembre 1991 n. 13829; Cass. 30 ottobre 1990 n. 10483; Cass. 13 novembre 1989 n. 4783, in *OGI*, 1990, I, 123; Cass. 19 gennaio 1988 n. 375; Cass. 23 luglio 1985 n. 4336, in *MGL*, 1985, 426; Cass. 14 ottobre 1981 n. 5368, in *MGC*, 1981, fasc. 10; Cass. 18 novembre 1978 n. 5386, in *GC*, 1979, I, 15; conforme anche Pret. Trento 25 giugno 1996, in *D&L*, 1997, 179, con nota di C. PANDURI). Si ricorda altresì, Cass. 7 maggio 1991 n. 5054, in *MGC*, 1991, fasc. 5, secondo la quale non è possibile un mutamento sostanziale del fatto addebitato, inteso con riferimento alle modalità dell'episodio ed al complesso degli elementi di fatto connessi all'azione del dipendente, che renda il quadro di riferimento talmente diverso da menomare il diritto di difesa. Ed ancora, le sentenze Cass. 27 febbraio 1995 n. 2238, in *MGC*, 1995, 458, e Cass. 16 dicembre 1988 n. 6877, in *MGC*, 1988, fasc. 12, richiamate dalla sentenza in epigrafe, che, con particolare riferimento al principio della specificità, ritengono necessario indicare gli «elementi, dati ed aspetti essenziali dei fatti materiali» necessari per individuare il comportamento nel quale il datore di lavoro ravvisa una infrazione disciplinare sanzionabile.

Non potendosi, quindi, ritenere sussistente una preclusa modificazione degli addebiti in ogni situazione di divergenza tra i fatti posti a base della contestazione iniziale e quelli che sorreggono il provvedimento disciplinare, occorre effettuare caso per caso, in base ai

criteri delineati dalla giurisprudenza e sopra brevemente richiamati, una verifica in relazione all'effettiva incidenza dei nuovi addebiti sul diritto di difesa del lavoratore (in questo senso, tra le molte, Cass. 2 marzo 1995 n. 2414, in *GC*, 1995, I, 3033, con nota G. BOLEGO, nonché in *MGL*, 1995, 428, ed in *NGL*, 1995, 449; Cass. 25 agosto 1993 n. 8956, in *MGL*, 1993, 674).

Resta, peraltro, pacifico che il principio di immutabilità degli addebiti ha ad oggetto i fatti ascritti al lavoratore, vale a dire i dati e gli aspetti essenziali del fatto materiale posto a base del provvedimento sanzionatorio, di modo che l'immodificabilità della causa di licenziamento riguarda solo gli elementi di fatto e non la qualificazione dei medesimi dal punto di vista giuridico, attività valutativa che appartiene in via esclusiva al giudice (per tutte, Cass. 3 novembre 1997 n. 10761, in *MGC*, 1997, 2062; Cass. 16 novembre 1995 n. 11851, in *MGC*, 1995, fasc. 11; Cass. 29 luglio 1994 n. 7105, in *MGC*, 1994, 1032; Cass. 19 dicembre 1992 n. 13464, in *NGL*, 1993, 724).

Marina Mobiglia
Avvocato in Milano

Studio Legale Associato in Associazione con Clifford Chance

7. Rapporti interpositori

7.1. Cass. 19 luglio 2005 n. 15166 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 33).

Rapporti interpositori - Appalto di manodopera - Divieto di interposizione - Configurabilità - Presupposti.

Ai fini della configurabilità del divieto di appalto di manodopera di cui all'art. 1, l. n. 1369/1960 occorre effettuare un'indagine che – tenendo conto del tipo di attività dedotta in contratto ed in particolare del tipo di organizzazione che il suo svolgimento presuppone – sia volta ad accertare l'eventuale preponderanza dell'apporto conferito dall'appaltante rispetto a quello dato dall'appaltatore.

Gli indici rivelatori dell'interposizione illecita in riferimento all'appalto d'opera

È opinione prevalente quella secondo cui in tema di appalto illecito la riforma intervenuta con il d.lgs. n. 276/2003 abbia di fatto recepito i risultati a cui era già approdata la giurisprudenza (v., da ultimo, M.T. CARINCI, *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal D.Lgs. n. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, in *LG*, 2005, 1113), orientata da tempo ad attenuare alcuni aspetti di rigidità della l. n. 1369/1960, considerati incompatibili con i profondi mutamenti intervenuti nei sistemi produttivi ed in particolare con il diffondersi di attività in cui, non essendo richiesto l'impiego di particolari mezzi e strutture, l'organizzazione sia basata essenzialmente sul coordinamento del personale (per un riepilogo dell'evoluzione giurisprudenziale in materia v. 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. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 127 ss.).

La crescente "dematerializzazione" del requisito organizzativo ha fatto sì che il campo di applicazione dell'art. 1, comma 3, della l. n. 1369 – che, come noto, prevede una presunzione di interposizione vietata di manodopera nel caso di fornitura di mezzi, capitale ed attrezzature da parte dell'appaltante – subisse un ridimensionamento a vantaggio di una

lettura più selettiva della disciplina di riferimento, sulla scorta della quale l'indagine circa l'eventuale illiceità dell'appalto (o di uno degli altri contratti dietro ai quali può nascondersi un'interposizione illecita) prenda le mosse dall'attività dedotta in contratto, onde risalire al tipo di apporto che l'appaltatore è in concreto tenuto a fornire ai fini del suo svolgimento. Apporto che, nel caso di appalto di servizi, potrà anche essere connotato dall'assenza o dalla scarsa rilevanza di fattori produttivi diversi dal lavoro, manifestandosi attraverso l'organizzazione, da parte dell'appaltatore, della prestazione resa dai propri dipendenti, da intendersi come esercizio, ad opera dello stesso appaltatore, dei poteri tipici qualificanti la figura del datore di lavoro e non alla stregua di semplice amministrazione (in termini di formazione e gestione sotto il profilo retributivo, contributivo e sindacale) dei rapporti di lavoro (v. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in ID. (a cura di), *I processi di esternalizzazione ecc.*, cit., 48 ss.).

Non era questa, peraltro, la situazione riscontrabile nel caso di specie, in relazione al quale l'opera commissionata implicava l'utilizzo di un significativo apparato strumentale. Nel riscontrarne l'assenza, i giudici rilevano tuttavia incidentalmente – allineandosi ad un principio a più riprese affermato dalla giurisprudenza –, che l'impiego da parte dell'appaltatore di capitali, macchine ed attrezzature messe a disposizione dell'appaltante fa scattare la presunzione di cui all'art. 1, comma 3, solo quando assuma carattere prevalente rispetto all'apporto garantito dall'appaltatore. In altri termini, ai fini della configurabilità di un appalto illecito non è sufficiente un qualsiasi conferimento di risorse da parte del committente, ma è necessario che tale conferimento assuma un'entità tale da escludere che l'appaltatore sia dotato di un'effettiva autonomia organizzativa (v., fra le altre, Cass. 8 aprile 2004 n. 6896, in *RIDL*, 2005, II, 116, con nota di G. MORTILLARO).

Ad ulteriore riprova dell'illegittimità del contratto, i giudici hanno riscontrato anche l'assenza dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore nei confronti dei suoi dipendenti, come testimoniato dal fatto che era un preposto dell'appaltante a farsi carico di impartire ordini e istruzioni ai lavoratori, nonché di organizzarne l'orario di lavoro.

Nel complesso, pertanto, sono stati riscontrati tutti gli indici che depongono a favore della configurabilità di un'interposizione illecita di manodopera ai sensi della l. n. 1369.

Va detto, in conclusione, che probabilmente il percorso argomentativo non sarebbe stato troppo dissimile anche in applicazione dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, posto che la norma pur ponendo come soglia minima attestante l'autonomia organizzativa dell'appaltatore l'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto, sottolinea ancora prima però la necessità di tenere in considerazione ai fini del giudizio di legittimità il tipo di opera o di servizio dedotti in contratto. Questo significa che, a seconda delle situazioni, ai fini della configurabilità di un appalto illecito può continuare ad assumere valore decisivo la circostanza che l'organizzazione dell'appaltatore non sia dotata di sufficienti supporti materiali.

Andrea Morone
Ricercatore in Diritto del lavoro
Università degli Studi dell'Insubria

8. Trasferimento d'azienda

8.1. Trib. Benevento 26 settembre 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 22).

Trasferimento d'azienda - Omessa informazione sindacale preventiva - Condotta anti-sindacale - Sussistenza.

È antisindacale la condotta del datore di lavoro consistente nella omessa comunicazione preventiva alle OO.SS. della cessione di azienda per avere impedito a queste di agire per garantire il rispetto delle disposizioni relative al trasferimento dei lavoratori.

8.2. Trib. Benevento 26 settembre 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 22).

Trasferimento d'azienda - Omessa informazione sindacale preventiva - Accertamento della antisindacalità della condotta - Conseguenze - Invalidità del negozio di trasferimento - Esclusione.

Nel caso di violazione dell'obbligo di informazione del sindacato in occasione di un trasferimento d'azienda tale comportamento pur configurabile come condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 non incide sulla validità del negozio transattivo non potendosi configurare l'osservanza di dette procedure sindacali alla stregua di un presupposto di legittimità e quindi di validità del negozio di trasferimento.

(8.1. – 8.2.) Violazione degli obblighi di informazione in caso di trasferimento d'azienda: antisindacalità della condotta e relative conseguenze

La sentenza in commento rappresenta un utile contributo per chiarire i confini della nozione di condotta antisindacale verificatasi in occasione di un trasferimento di azienda, nonché per affrontare il tema relativo alle conseguenze della accertata antisindacalità della condotta rispetto alla validità del negozio di trasferimento.

La vicenda riguarda una pretesa violazione dei diritti di informazione sindacale previsti dall'art. 47, l. n. 428/1990, in caso di trasferimento d'azienda fatta valere mediante un'azione ex art. 28 Stat. lav. (in argomento v., da ultimo, in dottrina L. GALANTINO, *I diritti di informazione e consultazione nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *DL*, 2005, I, 213; S. MALANDRINI, *L'informativa sindacale nelle procedure di trasferimento d'azienda*, in *DPL*, 2005, 1875).

In riforma del decreto motivato emesso all'esito della procedura ex art. 28 Stat. lav., il Tribunale di Benevento, con il provvedimento in parola, definisce il giudizio di opposizione, dichiarando l'antisindacalità del comportamento tenuto dalle società opposte per non aver rispettato gli oneri di informazione e consultazione sindacale prescritti dalla legge (sul contenuto dell'informativa sindacale nel caso di trasferimento d'azienda v. Trib. Milano 14 gennaio 2003, in *LG*, 2003, 693; Pret. Milano 16 febbraio 1998, in *ADL*, 1999, 579; Pret. Milano 2 aprile 1996, in *D&L*, 1996, 75, nota di F. QUADRIO; Pret. Milano 9 luglio 1992, in *OGL*, 1992, 92, che propongono un'interpretazione piuttosto restrittiva della formula legislativa. In senso contrario, v. in dottrina A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *q. Rivista*, 1992, 7). In particolare, l'antisindacalità della condotta, coerentemente alla tradizionale giurisprudenza di legittimità (al riguardo cfr., da ultimo, Cass. 9 maggio 2005 n. 9589, in *MGI*, 2005; Cass. 6 giugno 2003 n. 9130, in *MGL*, 2003, 770) viene basata innanzitutto sulla circostanza che le società opposte hanno omesso di comunicare preventivamente alla struttura sindacale opponente la cessione di azienda. Di qui la conseguente impossibilità del sindacato di poter concretamente partecipare alla gestione della vicenda traslativa a sostegno e garanzia del rispetto dei diritti a tutela dei lavoratori ceduti. Tanto è vero che la mancata comunicazione preventiva del negozio di cessione ha spianato la strada alla sottoscrizione da parte dei singoli lavoratori ceduti di verbali di conciliazione con i quali gli stessi rinunciavano ad ogni pretesa per diritti maturati fino alla data del tra-

sferimento. È evidente, pertanto, che in tal caso la lesione delle prerogative sindacali è ulteriormente aggravata dal fatto che il sindacato è stato informato del trasferimento d'azienda solo a valle di una operazione di regolazione dei diritti dei lavoratori svolta, contrariamente a quanto stabilito dalla legge, esclusivamente a livello individuale. Il tutto in palese ed evidente contrasto con la *ratio* della normativa che, com'è noto, è diretta a garantire al soggetto sindacale di poter svolgere un ruolo di controllo ed eventualmente, ove ne abbia la forza, anche di concorrere a regolamentare contrattualmente gli effetti dell'operazione di cessione sui lavoratori. In tal modo l'informativa da parte del datore di lavoro dovrebbe conferire al sindacato quel bagaglio di informazioni tali da consentirgli compiutamente lo svolgimento di tali compiti.

Altrettanto in linea con la giurisprudenza prevalente è la pronuncia relativa agli effetti derivanti dalla violazione degli oneri di informazione sindacale.

Al riguardo il Giudice precisa di condividere l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il mancato rispetto dell'obbligo di informazione del sindacato non incide sulla validità del negozio di cessione (sul punto come altre pronunce di merito, cfr. Pret. Lecce 27 luglio 1998, in *FI*, 1999, I, 3313). Tale comportamento non può infatti essere configurato alla stregua di un presupposto di legittimità e quindi di validità del negozio di trasferimento. Pertanto pur integrando gli estremi di una condotta antisindacale non può in alcun modo agire sulle sorti giuridiche del negozio di cessione. In tal modo l'ordine giudiziale di rimozione degli effetti della condotta antisindacale non potrà che riguardare le *conseguenze* e le *misure* che si sono prodotte in capo ai lavoratori ceduti senza essere state oggetto del preventivo confronto sindacale. Proprio in applicazione di tale principio il Giudice, confermata la validità del negozio di cessione, dichiara l'inefficacia del verbale di conciliazione del 5 aprile 2004 e l'attuazione della preventiva procedura di informazione e consultazione sindacale di cui all'art. 47, l. n. 428/1990.

Lo stesso principio è stato più volte affermato dalla Suprema Corte secondo cui il mancato adempimento dell'obbligo di informazione del sindacato, pur costituendo comportamento che viola l'interesse del destinatario delle informazioni, ossia il sindacato, configurabile come condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28, l. n. 300/1970, non incide sulla validità del negozio traslativo, non potendosi configurare l'osservanza delle suddette procedure sindacali alla stregua di un presupposto di legittimità (cfr. Cass. 6 giugno 2003 n. 9130, cit.; Cass. 4 gennaio 2000 n. 23, espressamente richiamata nella sentenza in esame, in *MGL*, 2000, 605, con nota di A. MARESCA).

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Apprendistato

- settore del credito (in generale) (1.1.)
- settore del credito (regolamentazione collettiva) (1.2.)
- settore del credito (regolamentazione regionale) (1.3.)
- regolamentazione regionale (Regione Marche) (6.2.)

Certificazione

- stato e prospettive (2.1.; 2.5.)
- protocollo tra Ministero del lavoro e Consiglio Nazionale dei consulenti del lavoro (2.2.)
- rapporto con le ispezioni del lavoro (2.3.)
- rimedi giudiziali (2.4.)

Contratto di inserimento

- quadro normativo (3.2. – 3.3.)
- condizioni di ricorso e disciplina (lavoro femminile) (3.1.)

Istruzione e formazione (formazione continua)

- quadro di riferimento (4.2.)
- buone prassi (presentazione del caso) (4.1.)
- buone prassi (contesto comunitario e disciplina degli aiuti di stato) (4.3. – 4.4.)
- buone prassi (analisi del caso) (4.5. – 4.9.)

Lavoro (organizzazione del) (temporary management)

- definizione (5.1.)
- distinzioni (5.2.)
- percorso professionale del temporary manager (5.3.)
- analisi dei contesti aziendali (5.4.)
- gestione (5.5.)
- PMI (5.6.)

- variabili di valutazione (5.6. – 5.7.)
- quadro nazionale ed europeo (5.9. – 5.10.)
- bibliografia ragionata (5.11.)

Mercato del lavoro

- regolamentazione regionale (Regione Marche) (6.1. – 6.3.)
- inserimento di categorie di lavoratori svantaggiati (incentivi – lavoratori ultracinquantenni) (6.4.)
- inserimento di categorie di lavoratori svantaggiati (buone prassi – detenuti) (6.6.)
- inserimento di categorie di lavoratori svantaggiati (bibliografia ragionata) (6.5.)

Processo del lavoro

- evidenze empiriche (7.1.)
- quadro normativo e prospettive di riforma (7.8. – 7.9.)
- tentativo obbligatorio di conciliazione (7.2.)
- giurisdizione del giudice ordinario in materia di pubblico impiego (7.3.)
- situazione regionale (Mezzogiorno) (7.4.)
- strumenti deflattivi del contenzioso (aritrato) (7.5.)
- strumenti deflattivi del contenzioso (certificazione) (7.6.)
- impugnazione con ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali (7.10.)
- accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi (7.11.)

*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.

* La documentazione commentata nell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva è raccolta in collaborazione con ADAPT – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati in materia di lavoro e relazioni industriali e con Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confcommercio – Servizio sindacale, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro.

1. Apprendistato

Apprendistato professionalizzante nel settore del credito: l'attuazione in Molise

Sommario: **1.1.** L'evoluzione della disciplina dell'apprendistato e le specifiche esigenze del settore del credito – **1.2.** La regolamentazione collettiva di settore – **1.3.** L'operatività dell'apprendistato professionalizzante nel settore del credito: l'esperienza della Regione Molise.

1.1. Questa nota trae spunto dalla delibera della Giunta del Molise (la n. 1845/2005, vedi in *Boll. Adapt*, 2006, n. 5) con la quale è stata recepita, validata e resa sostanzialmente applicabile sul territorio regionale la normativa collettiva del settore bancario in tema di apprendistato professionalizzante (per una sintesi e un commento agli accordi del settore del credito intervenuti nel corso del 2005, vedi G. DURANTE, *La contrattazione nazionale del settore del credito. Le novità più significative*, in *q. Rivista*, 2005, 849).

La delibera in parola è solo uno dei "tasselli del mosaico" di provvedimenti amministrativi regionali attraverso cui si è sostanzialmente giunti ad un obiettivo di centrale importanza per i datori di lavoro bancari: quello di rendere operativo su tutto il territorio nazionale l'istituto dell'apprendistato professionalizzante in attesa dell'emanazione delle previste leggi regionali.

Il discorso deve essere adeguatamente sviluppato anche perché prospetta i connotati di un "percorso a tappe".

È noto che la formula originaria dell'apprendistato – quella regolata dalla l. n. 25/1955 – non ha rivestito concreto interesse per le banche che in passato non hanno mai fatto uso di tale modello contrattuale a fronte della constatazione che l'istituto era stato pensato essenzialmente per lavoratori addetti a mansioni di ordine "pratico". Soltanto il Regolamento di esecuzione della legge, il d.P.R. n. 1668/1956 disponeva, infatti, all'art. 1, comma 2, che "l'apprendistato può aver luogo anche per categorie impiegate".

Vero è che l'apprendistato odierno (professionalizzante) è maggiormente prossimo al contratto di formazione e lavoro che non all'apprendistato originario. Effettivamente, tra i modelli contrattuali a contenuto formativo introdotti dalla riforma Biagi nel 2003, quello che ha trovato una maggiore diffusione nei diversi settori produttivi, sostituendo di fatto il "vecchio" contratto di formazione e lavoro (espressamente abrogato dal d.lgs. n. 276/2003, sia pure con esclusivo riferimento al settore privato), risulta, allo stato, proprio il contratto di apprendistato professionalizzante.

Come noto, il contratto di formazione e lavoro assolveva, unitamente alle richiamate esigenze di carattere formativo, una funzione di agevolazione occupazionale, anche riconoscendo benefici contributivi a favore delle aziende che se ne avvalevano. Da questa prospettiva la notevole diffusione dei c.f.l. nei diversi settori produttivi ha dimostrato la congruità dell'istituto contrattuale rispetto ai fini perseguiti dal legislatore.

Il settore del credito è tra quelli che hanno fatto un largo utilizzo dell'istituto contrattuale in questione, quale strumento teso ad incrementare i livelli occupazionali nel comparto, considerando che, nella quasi totalità dei casi, i contratti di formazione e lavoro sono stati trasformati, allo scadere dei termini (di norma 24 mesi), in contratti di lavoro a tempo indeterminato.

Questo dato rappresenta anche una chiara risposta alla polemica che talvolta è stata fatta in ordine alla precarietà del rapporto di lavoro *de quo*.

Ora, è proprio su questo terreno che il contratto di apprendistato professionalizzante è chiamato a dar prova della idoneità a rispondere ad esigenze occupazionali, che oltre a soddisfare il bisogno di flessibilità/adattabilità avanzato dalle imprese, rappresentino anche, in prospettiva, modelli di stabilizzazione del rapporto di lavoro.

Uno degli aspetti che maggiormente caratterizzano la disciplina di tale contratto è costi-

tuito dal significativo rinvio alle parti sociali.

Ancor prima della nuova normativa sull'apprendistato – e cioè in vigore della citata l. n. 25/1955 – il ruolo dell'autonomia collettiva trovava, in materia, un primo esplicito riconoscimento sul piano legislativo, ad esempio in ordine alla determinazione della durata dei contratti nell'ambito di limiti minimi e massimi.

L'attuale impianto legislativo rafforza e valorizza ulteriormente tale ruolo. Nel testo originario dell'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003 e ancor più incisivamente con la l. n. 80/2005, integrativa della norma in questione, che, sebbene in via transitoria, ha attribuito alle Parti contrattuali la facoltà di definire, oltre allo schema normativo dell'istituto, anche i c.d. profili formativi dell'apprendistato professionalizzante. Scopo evidente della modifica apportata dalla l. n. 80 è quello di favorire un immediato utilizzo dell'istituto, in attesa delle regolamentazioni regionali che a regime dovranno, comunque, disciplinare la materia.

1.2. Tale opportunità è stata prontamente raccolta dal settore del credito e le Parti collettive che, con il rinnovo contrattuale del 12 febbraio 2005 (in *Boll. Adapt*, 2005, n. 6), hanno anzitutto delineato la disciplina “sostanziale” dell'apprendistato professionalizzante (art. 25 del Ccnl), riservandosi di regolamentare in un momento successivo le altre due tipologie di apprendistato (per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione e per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione).

La normativa contrattuale del settore bancario ha fissato in quattro anni la durata dell'apprendistato professionalizzante ed ha previsto che l'apprendista segua un percorso formativo finalizzato al conseguimento di una qualificazione corrispondente ai profili professionali rientranti nella 3^a area di cui all'art. 84 del Ccnl 12 febbraio 2005 ed alle corrispondenti norme dei contratti integrativi aziendali.

Durante il primo biennio l'apprendista viene inquadrato due livelli al di sotto di quello che risulterebbe dall'applicazione delle norme contrattuali menzionate e, a far tempo dall'inizio del secondo biennio, l'interessato acquisisce l'inquadramento di livello retributivo immediatamente superiore a quello di partenza, conservandolo fino al termine del periodo di apprendistato. Tutto ciò in linea con i principi fissati dall'art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003.

Alla fine del percorso formativo il lavoratore acquisisce la qualificazione – e cioè il profilo formativo – corrispondente a quello previsto nel piano formativo individuale.

In termini economici, l'apprendista percepisce, nel primo biennio contrattuale, circa 60 euro netti in meno (per 12 mensilità) rispetto a quanto percepito da un lavoratore con contratto a tempo indeterminato e la differenza in parola scenderebbe a 30 euro (sempre per 12 mensilità) nel secondo biennio contrattuale.

Ad integrazione di quanto previsto dall'accordo di rinnovo contrattuale del 12 febbraio 2005, si è poi pervenuti alla definizione di una regolamentazione di dettaglio degli aspetti formativi dell'apprendistato professionalizzante con la stipula dell'Accordo del 23 giugno 2005 (diventato Appendice n. 5 del Ccnl), che ha disciplinato:

- a) i profili formativi del settore creditizio e finanziario;
- b) i requisiti essenziali della figura del tutore aziendale;
- c) gli elementi caratterizzanti la capacità formativa interna dell'impresa.

Premesso che tali importanti aspetti vengono più oltre ripresi anche in riferimento alla delibera della Regione Molise in materia, occorre rammentare che, dopo la stipula delle richiamate intese contrattuali, l'Associazione ha ritenuto opportuno promuovere il recepimento della normativa pattizia di settore presso le singole Regioni (tenuto conto di quanto previsto dall'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003), al fine di dare avvio, già a far tempo dal 2005, al concreto utilizzo di tale importante strumento per l'ingresso di giovani nel mercato del lavoro bancario, con conseguente sviluppo dell'occupazione regionale.

In effetti, nonostante il Paese attraversi una congiuntura economica obiettivamente “diffi-

cile”, il sistema bancario italiano è orientato a favorire l’inserimento di nuove leve nel mondo del lavoro e a offrire l’opportunità di un percorso professionale qualificato in linea con la migliore organizzazione delle Aziende del settore.

Di conseguenza, l’Abi ha perseguito una strategia volta a ricercare sul territorio, presso ciascuna Regione, un rapido e proficuo raccordo tra il sistema normativo regionale e la regolamentazione contrattuale dell’istituto definita nel settore creditizio.

Tale obiettivo – seppure si riferisce ad una normativa a valenza transitoria – ha comportato difficoltà non trascurabili, tenuto conto delle varie diversificazioni esistenti tra Regione e Regione (nonché tra Provincia e Provincia), e quindi della difficoltà di far recepire dal sistema regionale criteri applicativi della regolamentazione dell’apprendistato professionalizzante per quanto possibile omogenei, e cioè rispondenti alle esigenze di uniformità delle Banche, quali imprese in prevalenza multiregionali.

È questo il profilo del modello contrattuale in esame che è stato oggetto di maggiori critiche e rilievi da parte degli operatori, quando a fronte di un impianto di sistema del legislatore nazionale che ha definito compiutamente i contenuti dell’istituto, ha collegato – nel quadro normativo esistente – la regolamentazione degli ulteriori aspetti per la parte “formativa” del rapporto alle discipline regionali.

La soluzione adottata nel vigente contesto legislativo conferma aspetti di rilevante problematicità. In primo luogo, la realtà di molti settori produttivi strutturati in articolazioni pluri-regionali, per cui la stessa impresa – ed il fenomeno riguarda la quasi totalità delle aziende bancarie – si trova nella necessità di rispettare discipline regionali diversificate per cui due apprendisti, dipendenti dallo stesso datore di lavoro, seguiranno percorsi formativi diversi solo perché non sono stati assunti nella medesima regione. Sono di tutta evidenza le possibili disfunzioni organizzative che tale soluzione potrà determinare.

Inoltre, è da considerare il fatto che la tipologia contrattuale in oggetto, per le sue caratteristiche strutturali, nonché per le finalità perseguite si presta a diversificazioni normative distinte da regione a regione. In sostanza, il contenuto formativo insito nel contratto di apprendistato è lo stesso, quale che sia l’area geografica in cui il contratto si svolge. Altrettanto dicasi per le modalità di apprendimento e qualificazione, il regime dei *tutor*, la formazione di questi, ecc., per cui, anche per questo aspetto, non si coglie fino in fondo il senso della scelta operata dal legislatore.

Di qui, la necessità di procedere nella direttrice di un significativo coordinamento delle varie discipline regionali, al fine di superare le anomalie sopra riferite.

1.3. Pur in un contesto problematico come quello appena tratteggiato, l’attività di raccordo con il sistema regionale svolta da Abi ai fini anzidetti, ha conseguito risultati positivi, in quanto l’Associazione ha incontrato dalla maggior parte delle Regioni – tra le quali il Molise – l’auspicata disponibilità, anche in riferimento alle finalità di carattere occupazionale perseguite.

Più in dettaglio, la ricezione dei contenuti delle intese contrattuali di settore è stata realizzata, in alcuni casi, con decreti assessoriali (come in Lombardia e in Sicilia), in altri casi è stata attuata mediante delibere delle Giunte regionali (come appunto nel Molise, nonché in Basilicata, Calabria, Campania, Marche, Piemonte, Puglia, Sardegna, Umbria e Veneto), ovvero da provvedimenti amministrativi di diversa natura (come in Abruzzo).

Ancora in altre realtà, l’operatività dell’apprendistato professionalizzante, per il nostro settore, è stata confermata *de facto*, senza necessità di apposito provvedimento: ciò vale per Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Lazio, Toscana, Valle D’Aosta e Liguria, nonché per la Provincia Autonoma di Trento e, con talune specificità, per quella di Bolzano.

In tutto il territorio nazionale, quindi, le imprese creditizie possono procedere alle assunzioni con contratto di apprendistato professionalizzante, in conformità dei contenuti dei rispettivi provvedimenti regionali, che, come detto, hanno sostanzialmente recepito le

previsioni pattizie della contrattazione collettiva di settore.

Ciò è avvenuto anche per la Regione Molise, a seguito dell'emanazione della delibera della Giunta n. 1845/2005.

Con tale provvedimento la Giunta – in attesa del successivo varo della prevista legislazione regionale – ha preso atto e recepito quanto disposto dal Ccnl del settore creditizio del 12 febbraio 2005 e dall'Accordo nazionale del 23 giugno 2005 in materia, nell'ottica di favorire l'inserimento di giovani e adulti fino a 29 anni nel mondo del lavoro e di aumentare l'occupabilità e l'adattabilità mediante la fruizione di adeguati percorsi formativi.

La delibera fa espresso richiamo all'applicazione, nella Regione, delle disposizioni contrattuali di settore riguardanti: la durata del rapporto, i requisiti che caratterizzano l'impresa avente capacità formativa interna; la conseguente possibilità di effettuare la formazione formale (120 ore annue) all'interno dell'Azienda ovvero presso altra Azienda del Gruppo o presso altra struttura di riferimento; i requisiti del tutore aziendale.

Anche per i profili formativi, il metro di riferimento per la disciplina regionale valida per i dipendenti bancari, è rappresentato dalle intese raggiunte, in sede nazionale, dalle Parti collettive di settore; intese messe a punto dopo prolungati approfondimenti, anche di natura tecnica, che hanno adeguatamente "aggiornato" il quadro della materia.

Si tratta, infatti, di profili formativi aventi contenuti innovativi – rispetto a quelli tradizionalmente noti al sistema nazionale e regionale della formazione – in alcuni casi, per la nuova denominazione, in altri, per quanto concerne le competenze delineate in connessione a ciascun profilo.

In particolare con l'Accordo del 23 giugno si è pervenuti alla individuazione di 9 profili, dei quali 5 appartenenti all'Area commerciale (l'Addetto operativo, l'Addetto all'attività commerciale; l'Operatore di banca telefonica, l'Assistente operativo clientela imprese e l'Assistente operativo private), 2 rientranti nell'Area di staff (l'Addetto alle attività di supporto alla gestione dell'azienda e l'Addetto alle attività di supporto aree specialistiche di *business*) e 2 profili nell'ambito dell'Area di supporto esecutivo (l'Addetto ad attività amministrative e/o contabili e l'Addetto ad attività informatiche e/o di telecomunicazione).

Per ciascun profilo formativo le Parti contrattuali hanno precisato, oltre alle competenze trasversali (in linea con quanto previsto dal dm 20 maggio 1999), anche le rispettive competenze tecnico-professionali, sia generali che specifiche.

In pratica, l'articolazione delle richiamate competenze assume particolare rilevanza per il settore del credito (e per l'intero sistema nazionale e regionale della formazione) in quanto, attraverso essa, si è realizzato un aggiornamento del "reticolato" del lavoro bancario in linea con la nuova organizzazione dell'impresa creditizia: ciò sulla base di una ampia indagine sui fabbisogni formativi delle Banche, svolta da Enbicredito – l'Ente bilaterale nazionale del settore del credito, nonché sulla base di ulteriori approfondimenti e aggiornamenti realizzati congiuntamente con le Organizzazioni sindacali.

Altro aspetto di rilievo generale è costituito dalla definizione, sul piano contrattuale, dei requisiti caratterizzanti la *capacità formativa interna dell'impresa*: anche tale parte è richiamata nella delibera della Regione Molise, ed è quindi recepita nella vigente disciplina territoriale del modello contrattuale.

Difatti, la questione riguardante la nozione di "impresa formativa" e relativa all'attribuzione, o meno, alla contrattazione collettiva del compito di definirla, riveste notevole importanza ed è tuttora al centro del dibattito in corso tra Parti sociali e Regioni in materia.

Sul punto è intervenuta di recente anche la Direzione generale del Ministero del lavoro, precisando, nella risposta ad uno specifico interpello (del 24 marzo 2006), che la valutazione della capacità formativa delle imprese spetta alla contrattazione collettiva (vedilo in

📖 *Boll. Adapt*, 2006, n. 18).

In tale contesto il contratto collettivo nazionale del settore del credito risulta uno dei pochi – come le stesse Regioni hanno riconosciuto in più occasioni – che hanno definito in modo specifico i requisiti che caratterizzano la “capacità formativa interna” dell’impresa, che sono:

- a) risorse umane idonee a trasferire competenze;
- b) tutori con formazione e competenze adeguate secondo quanto stabilito nel Ccnl medesimo;
- c) locali idonei in relazione agli obiettivi formativi.

Anche relativamente a tale aspetto, le Regioni (tra cui il Molise) si sono adeguate all’orientamento innovativo della riforma Biagi (peraltro, a suo tempo, sollecitato dalle Organizzazioni imprenditoriali, inclusa Abi), che ha dato pieno riconoscimento alla capacità formativa d’impresa (art. 49, comma 5, del d.lgs. n. 276/2003), ammettendo anche la possibilità di una formazione del tutto articolata all’interno delle aziende provviste della relativa capacità.

Tale posizione consente alle imprese del settore aventi “capacità formativa”, di superare – almeno in questa fase – le complicazioni e gli oneri procedurali derivanti dall’attuale sistema di accreditamento degli Enti di formazione, ancora molto frazionato e diversificato tra le varie Regioni.

Il riconoscimento della c.d. impresa formativa è tanto più importante e strategico per le Banche, in quanto le stesse trovano da sempre notevoli difficoltà ad avvalersi di Enti formativi esterni, accreditati per l’erogazione della formazione nei confronti del proprio personale, anche in considerazione della peculiare specializzazione dei profili professionali del credito.

D’altra parte, appare congruo ed equo che le Banche si avvalgano della qualificazione e delle capacità acquisite, dai propri esperti, nella materia della formazione.

Per l’insieme dei profili evidenziati va, quindi, ribadita la particolare importanza della menzionata delibera del Molise, che ha per l’appunto agevolato in modo significativo l’avvio dell’apprendistato professionalizzante nella Regione.

Relativamente al terzo aspetto disciplinato dall’Accordo del 23 giugno – i *requisiti essenziali della figura del tutore* – va rilevato che la normativa contrattuale ha di fatto recepito quanto già espresso in materia dal dm 28 febbraio 2000, sia per quanto concerne le funzioni assegnate ai tutori aziendali, che relativamente alla formazione da effettuare nei confronti degli stessi.

Ciò ha agevolato il recepimento anche di tale normativa da parte della Regione Molise e delle altre Regioni.

L’auspicio è che – conclusa la c.d. fase transitoria – le Regioni possano ricavare dalla sperimentazione realizzata elementi di giudizio favorevoli, che le portino a confermare, in sede di varo della relativa legislazione regionale, le previsioni e i contenuti – in materia di formazione degli apprendisti in Banca – delineati nell’Accordo nazionale del settore creditizio ed attualmente applicati nel territorio regionale sulla base della menzionata delibera.

Permane, infatti, il rischio che nella definizione delle leggi, le Regioni tendano a introdurre vincoli eccessivi, eventualmente su aspetti della regolamentazione che dovrebbero restare di competenza della contrattazione collettiva e delle intese con le Parti sociali, ovvero profili che richiedono un raccordo normativo di carattere nazionale con le altre Regioni: mi riferisco, ad esempio, ai criteri di certificazione della formazione dell’apprendista nel libretto formativo del cittadino.

Relativamente a tale argomento, come noto, presso il Ministero del lavoro è stato costituito da diversi mesi un organismo tecnico – composto dai rappresentanti del Dicastero del lavoro, delle Regioni e delle Parti sociali (inclusa Abi), che ha definito il testo del li-

libretto formativo del cittadino (approvato con dm 10 ottobre 2005, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 40) – e sta ora affrontando il problema delle modalità di compilazione e certificazione della formazione sul suddetto libretto formativo.

Conclusa la fase di sperimentazione in atto del libretto formativo in alcune Regioni, tale organismo dovrebbe pervenire alla definizione delle indicazioni generali da diramare in materia per le imprese, su tutto il territorio nazionale.

Auspichiamo, quindi, che le differenziazioni tra le legislazioni regionali in tema di apprendistato professionalizzante – anche in ragione delle considerazioni svolte in precedenza – non risultino rilevanti e che le procedure da applicare non si presentino troppo complesse per le imprese, in quanto solo attraverso una semplificazione dell'istituto dell'apprendistato professionalizzante e della relativa regolamentazione si potrà pervenire ad una reale diffusione dello stesso anche in Banca.

Vi è da sottolineare, infatti, che le aspettative sull'utilizzo del contratto di apprendistato professionalizzante nel settore del credito sono alte, in tutte le Regioni. Secondo stime dell'Associazione, si prevede che sarà di circa 4-5.000 unità/anno il flusso di assunzioni sull'intero territorio nazionale.

Inoltre, tenuto conto che relativamente ai contratti di formazione e lavoro le Banche hanno confermato in servizio, come accennato, la gran parte degli interessati, è prevedibile che anche per l'apprendistato professionalizzante sarà elevata la percentuale di contratti che, alla scadenza, saranno trasformati a tempo indeterminato.

Per questi motivi attribuiamo particolare importanza alla futura legislazione regionale in materia in quanto, se le linee di tendenza normativa saranno nel senso auspicato, il settore creditizio potrà certamente contribuire in modo concreto ad un'ampia diffusione dell'istituto ed al conseguente sviluppo dell'occupazione.

Giancarlo Durante

Direttore Centrale Abi – Responsabile dell'Area Sindacale e del Lavoro

2. Certificazione

Certificazione dei contratti e ispezione del lavoro. Una riflessione dopo il Protocollo d'intesa del 24 marzo 2006 tra Welfare e Ordine dei Consulenti del lavoro

Sommario: **2.1.** Certificazione dei contratti di lavoro. Promozione e resistenze. – **2.2.** Il Protocollo d'intesa sulla certificazione. – **2.3.** L'opponibilità della certificazione all'ispezione del lavoro. – **2.4.** Rimedi giudiziali all'illegittimità del rapporto certificato. – **2.5.** Conclusioni.

2.1. Il 24 marzo scorso è stato firmato un Protocollo d'intesa tra il Ministero del lavoro e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro in materia di certificazione dei contratti di lavoro (in *Boll. Adapt*, 2006, n. 19). In linea di prima approssimazione, l'accordo assume a proprio obiettivo le auspicabili sinergie tra le istituzioni coinvolte, al fine di una più corretta e uniforme applicazione della disciplina della legge recentemente riformata. Ma, per i più attenti osservatori, esso viene tra l'altro a rappresentare l'occasione per l'approfondimento di uno degli aspetti – forse il più cospicuo – connaturati all'istituto della certificazione e alla sua stessa ragion d'essere. Vale a dire, il rapporto esistente tra la finalità ultima della verifica in sede amministrativa dei negozi di lavoro e l'attività di vigilanza – non ultima quella di competenza dello stesso Ministero del lavoro – sui vari aspetti inerenti le relazioni di lavoro.

Si tratta di un rapporto di immediata evidenza. Esso attiene alla efficacia stessa della certificazione, venendo a correre tra il perseguito esito di consolidamento dei contratti sottoposti al vaglio delle oramai numerose Commissioni di certificazione e la vigilanza degli

organi preposti. I quali pure – in particolar modo quelli qui in considerazione del Ministero del lavoro – conoscono degli accordi formali, sebbene dirigano, poi, il proprio interesse primario all’effettività dei rapporti che vi sottostanno. In sintesi il riferimento riguarda il tipico effetto validante del negozio lavorativo, il quale offre il non indifferente pregio della sua opponibilità agli organi di controllo. Tale stabilità relativa dei contratti viene descritta espressamente dall’art. 79 del d.lgs. n. 276/2003 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*) ove prevede che l’accertamento della Commissione permane *fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili*.

Va sottolineato come non sia in questione, pertanto, una salvaguardia assoluta per le parti del sinallagma certificato. Tuttavia, sebbene quale frutto di previsioni legislative non sempre in sintonia (cfr. art. 79, d.lgs. n. 276/2003, e art. 14, l. n. 689/1981), si tratta di garanzie di portata tale da potere senz’altro convincere i contraenti più avveduti che vi si possa trovare un riparo quasi insuperabile.

Eppure, tanto non è bastato a fare decollare appieno un istituto che, senza dubbio unico nel suo genere, mostra aspetti di sicura attrattiva per datori di lavoro e lavoratori. In primo luogo – se ne accenna qui immediatamente, correndo consapevolmente il rischio di banalizzarne l’assoluto valore e la ben più stringente pregnanza – poiché si tratta di uno strumento a cui le parti contraenti possono di massima accedere gratuitamente. Una utilità economica, questa, che appare ancor più apprezzabile ove si tenga conto che la via della certificazione del contratto reca già intrinsecamente in sé, senza spesa aggiuntiva alcuna, il vantaggio di una doverosa azione consulenziale e di assistenza che deve essere svolta da parte della Commissione procedente, come indica espressamente il Ministero del lavoro con riferimento alle Commissioni istituite presso le Direzioni provinciali.

E malgrado tutto – ma non inspiegabilmente – i numeri della certificazione in Italia rimangono piuttosto modesti.

D’altro canto, oggi più che mai, sembra indubitabile come non si possa procedere a compiute trattazioni delle dinamiche della certificazione dei contratti di lavoro, se non tenendo consapevolmente conto dei riflessi di prevenzione generale e speciale connessi alla vigilanza e repressione in materia di lavoro. In tale senso potrebbero tornare a prova illuminante le recenti e travagliate vicende dei contratti di lavoro a progetto nei *call center*. Sempre con l’avvertenza a non confondere – sovente non senza malizia – interessi soggettivi e “giustizialismi”, con il dovuto – e spesso, a quanto pare, poco praticato – senso della legalità.

2.2. A seguito della l. n. 233/2005, Legge Finanziaria per il 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 3), sono state istituite, notevole novità in materia di certificazione dei contratti di lavoro, due ulteriori sedi di verifica degli accordi. Esse si aggiungono alle quattro già potenzialmente attivabili. Pertanto, all’abilitazione legislativa di Enti bilaterali, Direzioni del lavoro, Province e Università – con le loro Fondazioni – a essere organi di certificazione, l’art. 1, comma 256, del predetto provvedimento normativo è venuto a aggiungere – modificando l’art. 76, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, con l’introduzione delle ulteriori lettere *c-bis* e *c-ter* –, rispettivamente, la stessa sede centrale del Ministero del lavoro – Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro e i Consigli provinciali dei Consulenti del lavoro.

In realtà non si tratta solo di una mera addizione di ulteriori centri con competenza in materia di certificazione, ma – specialmente nel caso dell’azione accentrata presso il Ministero del lavoro – di vere e proprie innovazioni del senso complessivo – se non dell’effetto – dell’istituto. Tale affermato significato originario – senza volere qui entrare in più puntuali disamine che sfuggono al tema dell’intervento – consisteva, appunto, nel perseguire l’obiettivo di ponderazioni mirate (e svolte *in concreto*) dei singoli contratti sottoposti alla verifica di un organismo tecnico, la Commissione di certificazione, sotto ogni aspetto, *terzo* rispetto alle parti interessate. Comunque sia, la nuova legittimazione

acquisita dalla Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro del *welfare*, così come quella dei Consigli provinciali dei Consulenti del lavoro, costituiscono il presupposto normativo del successivo Protocollo d'intesa in commento.

Come è noto i protocolli d'intesa, a cui oggi si fa un ampio ricorso in ogni settore e livello di pubblico interesse, non possiedono in loro alcuno stringente connotato di cogenza per le parti che li sottoscrivono. Diversamente, rappresentano spontanee dichiarazioni di intenti da parte di tali soggetti i quali si vincolano, di fatto con nulla di più che un *gentlemen agreement*, alle condotte concordate o, comunque al raggiungimento degli obiettivi definiti nei protocolli.

La finalità dichiarata del Protocollo del 24 marzo 2006 è così quella di garantire alla certificazione *un quadro di regole che possano dare maggior certezza e uniformità all'applicazione dell'istituto sull'intero ambito nazionale*. E ciò, da un verso, attraverso la definizione di procedure a cui dovranno attenersi i singoli Consigli provinciali dei Consulenti del lavoro. Dall'altro, determinando un raccordo istituzionale volto a monitorare, coordinare e uniformare l'attività delle singole Commissioni di certificazione. Più evocativo che tecnico il principale dei riferimenti correnti in premessa del Protocollo – assieme a quello relativo all'adozione di codici di buone pratiche – alla possibilità prevista dalla legge di concludere convenzioni con le quali istituire Commissioni unitarie di certificazione. Non si tratta, in realtà, dell'oggetto della disciplina del breve articolato previsto dall'intesa. Essa detta regole in materia di regolamenti interni (art. 1), di pubblicità e trasparenza dell'azione degli Ordini provinciali (art. 2), di Commissioni unitarie (art. 3), nonché di coordinamento dell'azione di certificazione da parte del Consiglio nazionale (art. 4).

Il preminente senso del Protocollo del 24 marzo 2006 si appalesa proprio nella previsione dell'ultima delle citate disposizioni. In essa si fa, infatti, riferimento al ruolo del Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro quale interlocutore e naturale mediatore dell'azione degli Ordini provinciali. Una offerta di centralità che trova indubbe somiglianze con quella perseguita con l'altro Protocollo d'intesa concluso nel periodo con il Ministero del lavoro, Direzione generale dell'attività ispettiva, in materia di modalità di presentazione degli interpelli da parte delle sedi decentrate e possibili filtri a tale attività (vedila in [Boll. Adapt](#), 2006, n. 19). Nell'uno come nell'altro caso – anche per condivisibili ragioni di economia e coordinamento dell'azione di interesse pubblico – è parso opportuno superare il mero dato normativo che forniva legittimazione all'azione agli Ordini provinciali dei consulenti del lavoro, permettendo al Consiglio nazionale di acquisire una centralità *ultra legem*, altrimenti non garantita, né evidentemente ritenuta *a priori* necessaria dal legislatore. Del resto, l'ufficiosità propria dei rapporti istituzionali di cui al Protocollo, risulta con chiarezza dalla stessa lettera dell'accordo, allorché, con riguardo all'istituendo elenco delle Commissioni provinciali, ci si riferisce a quei Consigli provinciali *che intendano operare nell'ambito della presente intesa*.

Che il Protocollo d'intesa 26 marzo 2006 vada interpretato in un'ottica che tenga maggiormente conto del meritorio intento di razionalizzazione, piuttosto che dei puntuali motivi dell'accordo, è dato intenderlo solo ponendo mente al secondo comma del relativo art. 2, lì dove viene stabilita la possibilità dell'istituzione di Commissioni unitarie di più Consigli provinciali. In ciò si supera senz'altro il dato legale (artt. 76, comma 3, e 77, d.lgs. n. 276/2003), il quale ammette sì convenzioni per la costituzione di Commissioni di certificazione unitarie, ma, lì dove partecipate da organismi connotati dalla "territorialità" – attesa l'evidente assorbimento di tale carattere e l'esigenza di non rendere labile la stessa individuazione del giudice naturale – con competenza limitata al solo ambito provinciale. E ancora, va considerato come si tratti nella sostanza di una chiara dimostrazione rafforzativa dell'intendimento di dare vita a un raccordo "preferenziale" tra taluni dei maggiori operatori istituzionali del mondo del lavoro. Ciò, al fine di favorire la diffusione di una

cultura della legalità che risponda all'attuale evoluzione del mercato del lavoro. Quale sia lo scopo principale è riprovato dalla circostanza che, fatto ovviamente noto ai sottoscrittori dell'accordo, l'esigenza di dare uniformità d'insieme all'azione di validazione dei contratti di lavoro sul territorio già era espressamente disciplinata dal legislatore delegato della riforma Biagi. Infatti, l'art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 124/2004 (in  indice A-Z, voce *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*) stabilisce che la Direzione provinciale del lavoro *fornisce i criteri volti a uniformare l'azione dei vari soggetti abilitati alla certificazione.*

Quindi, come già bene dispone l'ordinamento, nessun organismo meglio delle Direzioni provinciali del lavoro può essere ritenuto competente a svolgere nell'ambito provinciale l'imprescindibile azione di mediazione e conformazione tra i diversi protagonisti della certificazione. E ciò, non affatto secondariamente (come dimostra la sede della previsione, il d.lgs. n. 124/2004), specie attesi gli oramai – quasi – assorbenti compiti di vigilanza del lavoro attribuiti a tali sedi. Vigilanza, di cui una corretta azione di certificazione dei contratti viene a costituire, *a priori* e in via, per così dire, promozionale, senz'altro un aspetto sostanziale.

2.3. Il ruolo “uniformatore” delle Direzioni del lavoro in materia di certificazione dei contratti di lavoro risulta invero piuttosto misconosciuto. Esso non può tuttavia prescindere dalla considerazione del fatto che la verifica delle condizioni di lavoro, e le relative tutele, direttamente o in via “coordinata” (cfr. d.lgs. n. 124/2004), passa oggi – come in passato e comunque a prescindere da ulteriori e interessanti intese di fatto – proprio dagli Uffici territoriali del Ministero del lavoro. Prova ulteriore di come, al di là degli immediati effetti giuridici della valutazione delle Commissioni sui contratti di lavoro, non possa validamente adottarsi una politica della certificazione che prescinda dal soppesare l'interrelazione e le conseguenze della medesima sull'andamento e le dinamiche dell'ispezione di lavoro.

Pare allora senza dubbio opportuno conoscere quali siano i reali limiti operativi e formali per gli organi dell'ispezione, discendenti dalla certificazione dei negozi in materia di lavoro.

L'indagine ispettiva che venga a scontrarsi con l'istituto in discorso costituisce una speciale declinazione dell'accertamento, indubitabilmente nuova e originale. Va immediatamente chiarito come in presenza di un atto di certificazione non vengano tanto a mutare i modi e le dinamiche dell'azione ispettiva, quanto, piuttosto, le prospettive dell'indagine stessa. Essa risulta comunque finalizzata alla dimostrazione della rispondenza del rapporto effettivo al vincolo negoziale oggetto di approvazione da parte della Commissione di certificazione. Infatti, oggetto naturale dell'accertamento ispettivo consiste nella prova di una eventuale *erronea qualificazione del contratto* da parte dei predetti organi ovvero di una *difformità tra il programma negoziale certificato e una sua successiva attuazione* (art. 80, cit.).

L'ispettore del lavoro è istituzionalmente chiamato a verificare l'esistenza e la fondatezza di come è stato operato l'inquadramento del rapporto di lavoro rispetto all'attività e alle mansioni effettivamente svolte. Egli ha soprattutto cura e interesse alla reale relazione di lavoro corrente, mentre solo incidentalmente, e a tale fine, viene a conoscere del contratto che lo ammantava. In definitiva, la sua azione è rivolta principalmente alla più completa e veridica rappresentazione della realtà lavorativa, di modo da potere susseguentemente procedere a una idonea verifica della correttezza del procedimento giuridico di qualificazione operata dal datore di lavoro.

Quello dell'osservazione e della ricostruzione dei connotati effettivi del rapporto rappresenta il paradigma e il canone operativo dell'ispettore del Ministero del lavoro, il quale, da organo tecnico del lavoro, deve per l'appunto occuparsi di trascendere i modi e i tipi entro cui il datore di lavoro ha ritenuto di formalizzare la posizione lavorativa del colla-

boratore, per procedere egli stesso a una non dissimile operazione definitiva. Quindi, se del caso, adotta i conseguenti e idonei provvedimenti sanzionatori.

Tanto premesso, la constatazione di trovarsi al cospetto di un rapporto di lavoro di cui le parti facevano certificare il relativo contratto, non viene a modificare in nulla il *modus procedendi* usuale dell'ispettore, che farà pertanto luogo a tutti gli atti di verifica usualmente esperibili in assenza di forme certificate. E ciò poiché, come va ribadito, il contratto certificato non può essere opposto in sede ispettiva, quale limite all'operatività degli organi di vigilanza.

Al contrario, il naturale effetto preclusivo discendente dalla certificazione prende a operare dal tempo in cui deve avere luogo la contestazione dell'illecito, ove l'accertamento ispettivo ne abbia riscontrato i presupposti. A norma dell'art. 79, d.lgs. n. 276/2003, come detto, l'opponibilità della certificazione nei riguardi di tutti i terzi interessati permane fino a che non venga accolto uno dei ricorsi di cui all'art. 80, cit. Nelle more che si provveda ai rimedi di legge, e salva una pure esperibile azione cautelare, non appare preclusa all'ispettore la via della diffida a regolarizzare ex art. 13, d.lgs. n. 124/2004. In sostanza, il funzionario non solo può, ma – come parrebbe – deve – dato il maggior favore della disposizione sulla sanabilità della fattispecie e il fatto che l'esperimento della medesima costituirebbe condizione di procedibilità della successiva eventuale contestazione dell'addebito (cfr. circ. Min. lav. n. 9/2006) – fare luogo all'“invito” al datore di lavoro ad adeguarsi. Ove questi aderisca “spontaneamente”, l'effetto certificatorio, almeno in materia di lavoro, potrà dirsi superato *per facta concludentia*. Altrimenti, fino alla sentenza di merito che lo venga a superare, permarrà il limite legale sopra detto.

2.4. Benché l'esistenza di un provvedimento di certificazione non determini alcun limite operativo per l'ispettore nel corso dell'accertamento, tutt'altra questione concerne, come già anticipato, la contestabilità in via amministrativa dell'esito dell'accertamento, ai sensi dell'art. 14, l. n. 689/1981. Infatti, l'effetto peculiare della certificazione del contratto attiene propriamente all'impedimento all'ordinaria procedibilità delle azioni amministrative di tutte quelle Autorità pubbliche che siano state interessate dall'istanza. Al riguardo, va osservato come nei confronti del contratto certificato – alla stregua della rubrica e dei contenuti dell'art. 80 del d.lgs. n. 276/2003 – gli unici rimedi in realtà azionabili paiono quelli di natura giurisdizionale. La finalità principale della certificazione risiede, infatti, nell'evitare “a monte” l'insorgere di possibili contenziosi sulla natura e la qualificazione del relativo rapporto di lavoro. Vale a dire, che il fine principale di tale speciale verifica del contratto s'incentra sull'opponibilità del medesimo in via amministrativa a tutte quelle *autorità pubbliche* destinatarie degli effetti *civili, amministrativi, previdenziali o fiscali* di cui parla l'art. 78, d.lgs. n. 276/2003.

Va detto che nel primo periodo di vigenza del decreto delegato, apparve tutt'altro che scontato che tra le predette autorità rientrassero anche gli Uffici periferici del Ministero del lavoro. Tuttavia, a seguito delle innovazioni apportate con il correttivo del d.lgs. n. 251/2004 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*, il cui art. 21 prevede, infatti, che “i dirigenti, o i funzionari da essi delegati, delle Direzioni provinciali del lavoro [...] rappresentano e difendono [...] il Ministero del lavoro e delle politiche sociali nei giudizi di cui all'art. 80 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276”) non residua oggi dubbio alcuno che la stessa efficacia inibente concerna la sfera di pertinenza e azione propria degli organi ispettivi del Ministero del lavoro.

La più immediata delle conseguenze pratiche della disposizione contenuta nel decreto delegato si sostanzia nella circostanza per cui, una volta riscontrata l'inosservanza di normative attinenti al rapporto di lavoro di cui si è certificato il relativo contratto, non può procedersi, come ordinariamente, all'immediata contestazione delle infrazioni amministrative e alla contestuale ammissione al pagamento della sanzione in misura ridotta (art. 16, l. n. 689/1981). Al contrario, si dovrà previamente ottenere il disconoscimento in via

giudiziale del contratto certificato.

Va chiarito, ad ogni conto, che non ogni atto di certificazione del contratto di lavoro inibisce l'azione dell'ispettore del lavoro. Tale effetto deve essere desunto dall'analisi testuale del provvedimento della Commissione. Solo ove il contratto di lavoro sia stato espressamente certificato ai fini amministrativi considerati, dovrà desumersi l'opponibilità – operante *ope legis* – del provvedimento tecnico di verifica alle attività del Ministero del lavoro.

Con riferimento ai limiti dell'adozione di provvedimenti amministrativi, un aspetto generalmente poco sottolineato concerne il fatto che non ogni riflesso repressivo dell'ispezione del lavoro deve ritenersi precluso dalla certificazione, bensì solo quelli attinenti – direttamente o incidentalmente –, a una diversa qualificazione dei contratti, data una difforme valutazione del sottostante rapporto di lavoro. Non pare perciò preclusa dall'effetto certificato, ad esempio, la contestazione di riposi non effettuati dal lavoratore, purché il riscontro di una tale infrazione non discenda da una differente qualificazione del relativo rapporto lavorativo. Ciò potrebbe accadere ove l'ispettore desumesse l'inosservanza intendendo disconoscere una collaborazione coordinata e continuativa certificata, per un rapporto di lavoro subordinato.

Una volta constatata l'improcedibilità relativa alla contestazione degli esiti finali dell'ispezione, anziché attivarsi senza ritardo, come ordinariamente, innescando i doverosi provvedimenti del caso – e fatto salvo l'eventuale invito a regolarizzare *ex art.* 13, d.lgs. n. 124/2004, che, come si diceva, non sembra precluso –, l'ufficio ispettivo avrà l'onere di ottenere il superamento, in via preliminare, della situazione giuridica accertata dalla Commissione di certificazione (art. 79, d.lgs. n. 276/2003). Diversamente non potrà dirsi validamente ammessa la contestazione delle infrazioni accertate.

In definitiva, prima di procedere alla rituale notificazione dell'illecito deve intervenire una decisione da parte del Giudice del lavoro che, confermando la tesi ispettiva, vinca, secondo una delle soluzioni di legge (art. 80, d.lgs. n. 276/2003), l'apparenza offerta dalla certificazione. Ma ancor prima, quale condizione di valida procedibilità dello stesso giudizio di cognizione, deve farsi luogo all'esperimento del tentativo di conciliazione d'innanzi allo stesso organo certificante (art. 80, comma 4, cit.). Solo in seguito, mancando l'adesione del trasgressore alle richieste della Direzione provinciale del lavoro – unica ipotesi prospettabile non avendo gli Uffici lo spazio per transare validamente sul contenuto legalmente predefinito delle fattispecie sanzionatorie – si farà luogo all'azione giudiziale finalizzata all'accertamento della difformità tra rapporto rilevato e contratto certificato.

Il vero rischio per il buon esito dell'accertamento ispettivo, a questo punto – e il più pregnante limite di distonia della disciplina, tra quelli a cui si cennava – attiene al breve termine decadenziale stabilito dall'art. 14, l. n. 689/1981. In difetto di una previsione espressa al riguardo, si deve ancora oggi dubitare che si possa considerare sospeso – ma anche solo interrotto nelle more dell'esperimento della prevista azione giudiziale – il tempo dei novanta (trecentosessanta) giorni entro cui deve farsi luogo alla contestazione del fatto illecito. Perciò, eseguito l'accertamento, tale termine inizia a correre di diritto. La migliore soluzione percorribile da una Direzione provinciale del lavoro è a questo punto quella di porre in essere tempestivamente le necessarie attività contenziose, evitando che spiri il termine predetto. Infatti, dal difetto di rituale notifica al trasgressore nei termini di legge, potrà essere rilevata, anche *ope iudicis*, l'invalidità dell'accertamento.

Allo stato della materia, e nell'attesa dei necessari interventi legislativi, deve ritenersi quindi opportuno che la salvaguardia dell'esito degli accertamenti ispettivi passi attraverso un ricorso giudiziale senza ritardi, quanto alla proposizione e alla decisione, vale a dire necessariamente "anticipatorio" rispetto alla preservazione del risultato finale perseguito. In sostanza, allo stato della materia non sembra che alla Direzione del lavoro – così come

a ogni altro ente avvinto dallo stesso termine – rimanga altro che instaurare un giudizio in via cautelare *ex art. 700 c.p.c.* in tale sede venendo a richiedere un accertamento provvisorio – sulla base delle evidenze offerte dall'ispettore all'Ufficio – dell'insussistenza della situazione certificata. Invero, risiedono perplessità circa il *petitum* che – così come il giudizio cautelare sul punto – risulta di natura sostanzialmente amministrativa. Presumibilmente l'oggetto della domanda potrebbe ascrivere alla richiesta di accertamento sommario della situazione lavorativa – rinviando alla fase di merito la conferma più fondatamente provata della medesima – con conseguente “facoltizzazione” alla assunzione, nei termini di legge, dei provvedimenti ordinariamente susseguenti alla rilevazione dell'illecito. Tuttavia, attesa l'estrema incertezza normativa al riguardo, potrebbe essere opportuno esperire – piuttosto quale ulteriore doverosa prudenza che per l'apparente fondatezza della richiesta – anche la subordinata istanza, allo stesso Giudice adito, di diretta emanazione di un provvedimento che tenga luogo dei richiesti effetti “sanzionatori”. Comunque sia, con il successivo giudizio di merito si confermeranno o decadranno le determinazioni ispettive assunte *sub iudice*.

L'intera procedura, beninteso, dovrà rispettare il previsto termine di prescrizione stabilito in cinque anni ai sensi dell'art. 28, l. n. 689/1981. La qual cosa appare tutt'altro che scontata, se si tiene conto della possibile azionabilità, in fase successiva, anche dello speciale rito previsto da quest'ultima legge.

2.5. Volendo trarre una sintetica conclusione dalla breve ricognizione appena condotta, può dirsi che quello della certificazione dei contratti di lavoro risulta senz'altro, tanto più nell'attualità, un istituto dotato di grandi potenzialità applicative. Come peraltro dimostra proprio l'attenzione riservata al riguardo dal Protocollo d'intesa del 24 marzo 2006 tra il Ministero del lavoro e il Consiglio nazionale dei Consulenti del lavoro. Vi è necessità, tuttavia, di indubbi aggiustamenti sistematici, affinché trovino idoneo equilibrio tanto le opportunità offerte, quanto le doverose reazioni dell'ordinamento a eventuali patologie.

In definitiva non può che trovare conferma il fatto che la certificazione costituisce senz'altro un valido presidio per quanti, datori di lavoro e committenti, temono reazioni, in sede di verifica – da parte degli organi preposti – o contenziosa – con il proprio personale –, ai contratti di lavoro già conclusi o in via di perfezionamento. E si tratta di una garanzia talmente ampia e di facile accesso, come osservato, da fare ritenere oggi non più giustificabile qualunque allarme per i possibili riflessi socio-economici di azioni di disconoscimento e riqualificazione, magari su vasta scala, magari di contratti che già il legislatore delegato riteneva a rischio, ascrivendoli fin dalla prima ora nell'area del certificabile (cfr. la versione originaria dell'art. 75, del d.lgs. n. 276/2003). Non vi è dubbio, insomma, che un maggiore e favorito – anche con il concorso di professionisti quali i Consulenti del lavoro – ricorso alla certificazione permetterebbe un effetto di reale prevenzione in materia di lavoro. Non solo nei termini della deflazione del relativo contenzioso lavoristico – come nelle dichiarate finalità primarie dell'istituto – ma altresì nel senso degli indesiderati esiti punitivi dell'azione di vigilanza sui rapporti di lavoro.

Mauro Parisi

Centro Studi Attività Ispettiva – Ministero del lavoro e della previdenza sociale

3. Contratto di inserimento

Contratti di inserimento e disoccupazione femminile. Commento al decreto del Ministro del lavoro 17 novembre 2005

Sommario: **3.1.** I contenuti del decreto. – **3.2.** Il quadro di riferimento normativo. – **3.3.** Criticità degli incentivi all'occupazione.

3.1. Con un certo ritardo rispetto agli obiettivi posti dal d.lgs. n. 276/2003 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), è uscito il decreto ministeriale che definisce la mappatura dei tassi di occupazione femminile in grado di condizionare l'applicazione della disciplina sui contratti di inserimento, e che consente finalmente di attuare la disciplina dei contratti suddetti nei confronti della categoria contemplata dall'art. 54, comma 1, lett. e), del decreto legislativo di riforma del mercato del lavoro, facendo chiarezza in una delle (numerosissime) situazioni di incertezza lasciate aperte dalla riforma.

Il dm 17 novembre 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 7) definisce, all'art. 1, le aree territoriali di cui all'art. 54, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 276/2003, che risultano riferirsi a tutte le Regioni e Province autonome. La definizione ha valenza temporale per gli anni 2004, 2005, 2006, ma, considerata la tardività del decreto (pubblicato in *GU*, 31 gennaio 2006), esso produce un effetto innovativo effettivamente solo per l'anno 2006. L'art. 2 del decreto ministeriale si occupa invece di definire le aree territoriali di cui all'art. 2, lett. f), del regolamento CE n. 2204/2002 del 12 dicembre 2002 (in materia di aiuti di Stato a favore dell'occupazione), e identifica le suddette aree territoriali nelle Regioni Lazio, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia e Sardegna. A seguito dell'intervento del Ministero del lavoro l'accesso al contratto di inserimento da parte delle donne risulta, pertanto, distribuito su tutto il territorio nazionale per la conclusione dei contratti suddetti e per la fruizione del beneficio contributivo c.d. "standard" ovvero del 25%, è invece limitato ad alcune Regioni quanto agli incentivi contributivi superiori alla cifra del 25%. Il dedalo di norme di primo e secondo grado che ha preceduto il decreto in commento richiede tuttavia un'opera di riepilogo, essenziale per comprendere le vicende che si sono intrecciate sul complesso rapporto tra contratto di inserimento e incentivi all'occupazione femminile e per formulare qualche valutazione su questa intricata operazione di ingegneria giuridica (per un primo commento cfr. M.R. GHEIDO, A. CASOTTI, *Contratto di inserimento: definite le aree per gli incentivi*, in *DPL*, 2006, 440).

3.2. Il punto di partenza è costituito dal d.lgs. n. 276/2003, dove, agli artt. 54 e ss., si introduce il nuovo istituto del contratto di inserimento (su cui cfr. tra i tanti P. BELLOCCHI, *Contratto di inserimento*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D. Lgs. n. 276/2003. Commentario*, Zanichelli, Bologna, 2004, 603 ss.; E. BALLETTI, *Contratto di inserimento*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al d.lgs. n. 276/2003*, Cedam, Padova, 2004, 635 ss.; vedi anche il contributo di P. TIRABOSCHI, *L'avvio del contratto di inserimento tra contrattazione collettiva e chiarimenti ministeriali*, in *q. Rivista*, 2005, 234) destinato, per espressa volontà del legislatore, a sostituire la collaudata figura del contratto di formazione e lavoro, che, a giudizio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, non aveva superato il vaglio di compatibilità con il diritto comunitario della concorrenza (C. Giust. 7 marzo 2002, causa C-310/1999, in *Racc.*, 2002, 2289 ss., che conferma la decisione della Commissione dell'11 maggio 1999, al riguardo cfr. P. TIRABOSCHI, *L'epilogo dei contratti di formazione e lavoro (nel settore privato)*, in *q. Rivista*, 2005, 537).

Tra le diverse figure di soggetti destinatari della finalità di reinserimento lavorativo perseguita dalla riforma in oggetto si individuano, all'art. 54, comma 1, lett. e), le "donne di

qualsiasi età residenti in una area geografica in cui il tasso di occupazione femminile determinato con apposito decreto del Ministro dei lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sia inferiore almeno del 20% di quello maschile o in cui il tasso di disoccupazione femminile superi del 10% quello maschile”.

Oltre che mediante l'offerta di una, seppur minima ed eventuale, attività formativa, l'obiettivo di inserimento lavorativo dei soggetti abilitati a stipulare questo contratto è raggiunto, nel disegno del legislatore del 2003, mediante una serie di incentivi, economici e normativi, che dovrebbero rendere il contratto di inserimento particolarmente appetibile nel mercato delle ormai molteplici tipologie contrattuali a disposizione del datore di lavoro. Sul piano degli incentivi normativi, il d.lgs. n. 276/2003, come modificato dal d.lgs. n. 251/2004, offre all'impresa che intenda stipulare un contratto di inserimento la possibilità di discostarsi dalla disciplina del rapporto di lavoro subordinato c.d. standard in ragione della possibilità di apporre un termine al rapporto, della possibilità di non computare i lavoratori assunti con contratto di inserimento nell'organico dell'impresa, e della possibilità di assegnare al lavoratore una categoria di inquadramento inferiore alla categoria spettante, in base al contratto collettivo, ai lavoratori che risultano addetti alle mansioni al conseguimento delle quali è preordinato il contratto di inserimento, fino ad un limite di due livelli. Il versante degli incentivi economici attende pervero un'organica riforma della materia degli incentivi all'occupazione, resasi necessaria dopo la cassazione operata dall'Unione Europea del sistema italiano incentrato sul vecchio contratto di formazione e lavoro (sul tema cfr. per tutti M. TIRABOSCHI, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002). Nelle more della riforma, tuttavia, il d.lgs. n. 276/2003 dichiara applicabili ad alcuni contratti di inserimento, tra cui quelli stipulati con le donne di cui all'art. 54, comma 1, lett. e), gli incentivi che erano previsti per i contratti di formazione e lavoro, richiamando comunque il rispetto del regolamento comunitario in materia di aiuti di Stato all'occupazione (regolamento CE n. 2204/2002 della Commissione del 5 dicembre 2002).

Il labirinto degli incentivi contributivi è chiarito in realtà da un grappolo di circolari, ovvero la circ. Min. lav. n. 31/2004 (in *Giur. Boll. Adapt*, 2004, n. 30), la circ. Inps n. 51/2004 (in *Giur. Boll. Adapt*, 2004, n. 9), integrata dalla circ. Inps n. 74/2006 (in *Giur. Boll. Adapt*, 2006, n. 28), le quali, con una tecnica normativa che non è stata esente da critiche, dicono sul punto molto di più di quanto il legislatore abbia precisato nella fonte di primo grado. Sono previsti in sintesi due regimi di agevolazioni contributive: il primo, che ammonta al 25% e corrisponde al previgente regime calibrato sui contratti di formazione e lavoro, si applica ai contratti di inserimento stipulati con i soggetti indicati all'art. 54, comma 1, lett. b), c), d), e), f); il secondo, che può essere superiore al 25%, deve fare i conti con le previsioni del regolamento comunitario in tema di aiuti di Stato all'occupazione e si applica, con riferimento all'occupazione femminile, alle donne che risiedono in “un'area geografica a livello NUTS 2 nella quale il tasso medio di disoccupazione superi il 100% della media comunitaria da almeno due anni civili e nella quale la disoccupazione femminile abbia superato il 150% del tasso di disoccupazione maschile dell'area considerata per almeno due dei tre anni precedenti”.

Tale complesso panorama di incentivi richiedeva comunque un intervento da parte della decretazione ministeriale per chiarire le aree territoriali cui rinvia sia l'art. 54, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 276/2003, quanto alla definizione dei soggetti abilitati a stipulare contratti di inserimento, sia il regolamento CE n. 2204/2002 richiamato dall'art. 59, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, per l'accesso agli incentivi contributivi superiori alla misura del 25%. Sennonché, nelle more dell'emanazione del decreto del Ministero del lavoro (su cui cfr. P. BELLOCCHI, *Dal contratto di formazione e lavoro al contratto di inserimento*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza socia-*

le, Ipsoa, Milano, 2006, 364 ss.), il quale – pur se avrebbe dovuto vedere la luce entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003 – è giunto a maturazione solo nel novembre 2005, l'assento delle fonti si è ulteriormente complicato a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 35/2005, poi convertito nella l. n. 80/2005, recante "Disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale" (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 19). Quest'ultimo intervento normativo ha modificato il comma 1 dell'art. 59, d.lgs. n. 276/2003, eliminando – con un'opzione lessicale quantomeno insolita per una norma di legge, che sembra mutuata dal gergo della contrattazione collettiva – la misura del "sottoinquadramento" proprio per la categoria, tra quelle ricomprese dall'art. 54, d.lgs. n. 276/2003, che mira a colmare il divario tra occupazione femminile ed occupazione maschile. In sintesi, salvo deroga da parte della contrattazione collettiva, alle donne di cui all'art. 54, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 276/2003 si applicano tutte le norme in tema di contratti di inserimento ad eccezione di quella che prevede il sottoinquadramento.

3.3. È questo il contesto di norme in cui si inserisce il decreto in commento, che interviene a definire le aree geografiche in cui il tasso di disoccupazione femminile rende più urgente incentivare l'inserimento o il reinserimento delle donne nel mercato del lavoro. La definizione di queste aree risulta, tuttavia, decisamente sorprendente: in tutte le Regioni italiane il tasso di occupazione femminile è inferiore di almeno il 20% a quello maschile e il tasso di disoccupazione femminile supera di almeno il 10% quella maschile, mentre qualche differenza tra le diverse aree geografiche si riscontra solo applicando i più rigorosi parametri posti dal regolamento comunitario, che indicano comunque un'area estremamente estesa, coincidente con l'intero territorio posto a sud della Regione Lazio e con entrambe le Regioni insulari italiane.

Lasciando da parte lo sconforto per la disastrosa *performance* italiana in punto a occupazione femminile, che, allo stato, mette seriamente in dubbio la capacità del Paese di raggiungere gli obiettivi posti dall'agenda del Consiglio Europeo di Lisbona del 23-24 marzo 2000, resta da valutare, alla luce dei dati posti dal decreto in commento, l'impatto del contratto di inserimento sul problema della disoccupazione femminile (sui nessi tra formazione e Strategia Europea dell'Occupazione cfr. M. ROCCELLA, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*, Relazione al convegno *Aidlass Formazione e politiche per l'occupazione*, Cagliari, 1-3 giugno 2006). Il problema non è di scarso rilievo sol che si consideri che, vista l'applicazione universale che il contratto di inserimento, in seguito alla definizione delle aree geografiche, finisce per avere nei confronti del lavoro femminile, si pone un concreto rischio di "femminilizzazione" del lavoro precario, o meglio di ghettizzazione del lavoro delle donne nell'ambito delle tipologie di lavoro c.d. flessibili, dove, con buona pace degli argomenti offerti dall'economia neoclassica ortodossa, la flessibilità costituisce un incentivo per l'impresa che la utilizza, piuttosto che uno strumento di libertà per il lavoratore che la subisce (per una critica al modello neoclassico di analisi del mercato del lavoro cfr. R. EDWARDS, *Rights at work: Employment Relations in the Post-Union Era*, Brookings Institutions, Washington D.C., 1993, 42 ss.).

Appare, allora, opportuna la modifica introdotta dal d.l. n. 35/2005, dove, con una disposizione senz'altro criticabile sul piano sistematico – essa introduce, perverso, elementi di forte asimmetria nella disciplina dell'istituto – viene almeno eliminato un precetto che avrebbe, nei fatti, trasformato il lavoro femminile utilizzato mediante contratto di inserimento in un lavoro sottoinquadrate e, di conseguenza, sottoretribuito. È vero che, come alcuni hanno osservato, eliminare il sottoinquadramento per le donne vanifica ogni prospettiva di giustificazione di questo incentivo normativo alla luce della funzione latamente formativa del contratto di inserimento: se la misura del sottoinquadramento vale solo per alcune categorie e non per altre, ciò significa che essa non può giustificarsi alla luce

di un minor apporto del lavoratore causato dalla contestuale formazione (cfr. F. SCARPELLI, *Legge 14 maggio 2005. Lavoro e diritti/competitività, convertito il decreto legge*, in *Note informative CGIL*, 2005, n. 33). Ma è anche vero che l'impatto discriminatorio che si produrrebbe, a seguito dell'applicazione dell'art. 54, comma 1, lett. e), a tutte le donne italiane, di tutte le età ed in qualsiasi Regione, renderebbe il contratto di inserimento totalmente incompatibile con i principi del diritto antidiscriminatorio, la cui forza deriva dalla fonte costituzionale e comunitaria.

Tuttavia, più che l'intreccio tra incentivi all'occupazione e discriminazioni, che qui sembra venire in rilievo quasi "casualmente", di fronte a parametri che appaiono fissati a prescindere da una previa verifica della situazione della disoccupazione femminile nel mercato del lavoro italiano, lo snodo problematico che la vicenda del decreto 17 novembre 2005 lascia scoperto è quello dell'opportunità, e dell'efficacia, di utilizzare, quali strumenti di incentivo all'occupazione, meccanismi derogatori rispetto ai più elementari standard di tutela del lavoro – come quello dell'inquadramento e del corrispondente trattamento economico –, rispetto al quale, al di là delle diverse prospettive di politica del diritto, sarebbe opportuno avviare un dibattito non solo tra giuristi, ma anche tra giuristi ed economisti (per un esempio si v. la questione dell'utilizzo da parte dell'OECD degli indici di rigidità del mercato del lavoro, M. DEL CONTE, C. DEVILLANOVA, S. MORELLI, *L'indice OECD di rigidità del mercato del lavoro: una nota*, in *Politica economica*, 2004, n. 3, 335; M. DEL CONTE, S. LIEBMAN, *I regimi di protezione dell'impiego nelle sintesi econometriche: tre domande per avviare un dibattito*, in *Politica economica*, 2004, n. 3, 389; F. MARTELLONI, *L'uso degli indici OECD come giustificazione della regola: le cifre sono veramente neutrali?*, in A. PERULLI, A. LYON-CAEN (a cura di), *L'efficacité du droit du travail*, Cedam, Padova, in corso di pubblicazione).

Non si intende con ciò revocare in alcun dubbio la necessità di costruire un sistema incentrato su meccanismi di incentivo per i soggetti coinvolti. L'evoluzione della disciplina del mercato del lavoro ha mostrato, infatti, l'inadeguatezza dei modelli vincolistici a funzionare in un mondo ormai condizionato da una competizione globale. Appare, però, allo stesso modo un po' datata la tecnica che concentra il potenziale incentivante delle "nuove" tipologie contrattuali sulla riduzione dei costi del lavoro ottenuta mediante una – seppur temporanea – sottovalutazione di coloro che si considerano svantaggiati sul mercato. Non mancherà, in proposito, una concorrenza verso il basso, sia all'interno delle frontiere nazionali, dove il lavoro sommerso rimane una piaga mai sanata, sia sul versante internazionale, dove è nota l'impossibilità europea di competere sul piano del costo del lavoro. Resta, tuttavia, ancora da dimostrare che la rivitalizzazione del mercato del lavoro debba necessariamente passare attraverso la deregolazione del rapporto di lavoro di chi aspira ad entrare nella cittadella, sempre più arroccata, degli *insiders*.

Luisa Corazza

Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi del Molise

4. Istruzione e formazione

Buone prassi negli strumenti di formazione continua: il progetto Fiat Auto

Sommario: **4.1.** Presentazione dell'intervento. – **4.2.** Lo scenario della formazione continua in Italia. – **4.3.** Coerenza con l'orientamento europeo. – **4.4.** Esclusione dal regime "Aiuti di Stato". – **4.5.** Formazione per l'occupabilità. – **4.6.** Connessione con il piano industriale. – **4.7.** Uso attivo degli ammortizzatori sociali. – **4.8.** Nesso con i Fondi Interprofessionali. – **4.9.** La certificazione e il libretto sperimentale dei lavoratori Fiat Auto.

4.1. Il progetto Fiat Auto, promosso dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali – Direzione generale per le politiche per l'orientamento e la formazione – e realizzato da Italia Lavoro, rappresenta un'importante opportunità di riqualificazione e miglioramento dell'occupabilità, oltre a costituire un esempio di utilizzo attivo della formazione continua combinato a strumenti di protezione sociale (cfr. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, ITALIA LAVORO S.P.A. (a cura di), *Progetto Fiat Auto Formazione per l'Occupabilità – Politiche attive del lavoro e salvaguardie sociali*, Roma, gennaio 2005, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 22, vedi anche il comunicato MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, ITALIA LAVORO S.P.A., *Progetto Fiat: sempre più lavoratori coinvolti nella formazione*, Roma, 13 ottobre 2005, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 36).

Il piano, che si sviluppa nell'arco di tre anni (ottobre 2003-settembre 2006), prevede azioni di assistenza e monitoraggio a supporto del Piano industriale elaborato dal gruppo automobilistico torinese, e si rivolge a circa 21.500 dipendenti appartenenti a categorie svantaggiate o con titolo di studio e competenze professionali deboli. L'obiettivo è quello di investire sul capitale umano attraverso l'apprendimento permanente, per migliorare le *chance* di occupabilità dei lavoratori, facilitandone l'integrazione, l'adattabilità e la permanenza nel mercato del lavoro.

Cinque sono le aree interessate: Piemonte, Lombardia, Lazio, Campania e Sicilia, con particolare riferimento agli stabilimenti di Torino, Arese, Cassino, Pomigliano d'Arco e Termini Imerese.

Il piano formativo messo a punto da Fiat Auto segue l'Accordo di Programma sottoscritto tra Governo e Gruppo Fiat Auto nel dicembre 2002. Si tratta di un intervento, approvato dalla Commissione Europea nel luglio 2003, che prevede diversi obiettivi, dal miglioramento delle *performance* alla conservazione delle competenze essenziali dei lavoratori, dall'accrescimento delle conoscenze acquisite dai soggetti formati alla promozione della loro spendibilità professionale.

Per supportare le attività previste dal piano formativo, il Progetto Fiat Auto offre assistenza e monitoraggio fisico-finanziario, la certificazione delle competenze acquisite durante il percorso formativo e la raccolta di tutte le informazioni utili a favorire la spendibilità interna all'azienda, ma anche nel mercato del lavoro nazionale ed europeo, delle competenze possedute. A questo scopo verrà altresì rilasciato al lavoratore il "Libretto sperimentale dei lavoratori Fiat Auto" che riporterà i dati anagrafici e professionali del lavoratore (dichiarati dal lavoratore e raccolti mediante la scheda anagrafico/professionale), il macroprofilo di riferimento con le competenze ad esso associate e la certificazione delle competenze acquisite durante il percorso formativo secondo le modalità di certificazione concordate con le Regioni interessate.

Tra le azioni del progetto rientra anche l'attività di controllo condotta da Italia Lavoro e finalizzata al monitoraggio degli interventi. Tutte le informazioni vengono gestite in tempo reale mediante l'utilizzo di una infrastruttura tecnologica che registra l'apertura dei moduli e permette di attivare tutte le attività di controllo finanziario e di monitorare l'andamento della formazione. Una specifica attività di controllo in situazione è realizza-

ta mediante controlli a campione nei vari siti interessati e nelle aule ove si svolgono i corsi.

Per seguire passo dopo passo l'andamento del piano, è stato predisposto uno specifico sito web articolato in una area pubblica di informazione-comunicazione ove sono disponibili informazioni sullo stato di avanzamento delle attività, ed è possibile visualizzare il contenuto del piano formativo e del progetto di assistenza svolto da Italia Lavoro e due aree private ("audit" e "gestione progetto"), per il monitoraggio in tempo reale delle attività e la canalizzazione-raccolta delle informazioni per il rilascio del Libretto sperimentale. Le aree private sono accessibili rispettivamente agli attori autorizzati al monitoraggio e agli operatori impegnati nello svolgimento delle attività di servizio associate.

Nel corso dei primi due anni di attività del progetto, da ottobre 2003 a dicembre 2005, sono stati attivati 4.219 moduli formativi. L'87% dei corsi ha avuto un carattere generale finalizzato alla creazione e al consolidamento di un *know-how* "esportabile" anche in altre realtà produttive. Il restante 13%, invece, ha costituito attività di formazione specialistica (in tutto 533 moduli), incentrata sullo sviluppo di competenze legate al funzionamento di specifici settori. Fino ad oggi, sono state erogate in totale 80.554 ore di lezione, durante le quali sono state registrate oltre 42 mila presenze in aula (i lavoratori hanno potuto partecipare anche a più moduli formativi).

4.2. Il Progetto Fiat Auto permette una riflessione concreta sulla formazione continua in azienda e su una serie di elementi ad essa collegati relativamente sia agli aspetti organizzativo-gestionali che di certificazione. Esso incorpora fortemente due elementi concettuali: il "diritto ad apprendere" lungo tutto l'arco della vita e la "valorizzazione dell'occupabilità" quale elemento di "flessibilità" per il lavoratore, rispetto al mercato del lavoro esterno e per l'azienda.

L'ampiezza dell'intervento è sicuramente di rilievo se si considerano i bassi valori percentuali delle attività formative attualmente svolte all'interno del sistema delle imprese italiane.

Secondo il rapporto sulla formazione continua redatto dall'Isfol (cfr. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI (a cura di), *Rapporto 2005 sulla formazione continua in Italia*, 2005, in *Boll. Adapt*, 2006, n. 3, e, per un commento, la nota redazionale *La formazione continua in Italia: la situazione aggiornata al 2005*, in *q. Rivista*, 2006, n. 3, 860) infatti, "la percentuale di lavoratori di aziende private che ha svolto attività di formazione continua nel 2004 è pari al 24,4% del totale dei dipendenti, con un leggero arretramento della propensione formativa soprattutto per quanto riguarda le PMI". Inoltre va rilevato che oltre il 55% della spesa totale in formazione si realizza nelle imprese con più di 250 addetti.

L'attività formativa non è diffusa equamente ai diversi livelli di inquadramento professionale né è coerentemente correlata al livello di istruzione degli occupati. Dal rapporto suscitato, infatti, risulta che la percentuale di operai che partecipano a corsi di formazione è di molto inferiore rispetto a quella di impiegati, quadri e dirigenti, così come vi è una forte correlazione positiva tra titolo di studio e partecipazione ad attività di formazione. Questo aspetto implica una indubbia "contraddizione": pur avendone bisogno in misura maggiore, i lavoratori con basse qualifiche sono marginalmente coinvolti nei processi formativi. Tale tendenza è in netta contrapposizione, pertanto, con i problemi posti dal decremento demografico, dalle crescenti difficoltà di rimpiazzo della manodopera, nonché dalle politiche che, in tutti i Paesi europei, cercano di trattenerne più a lungo i lavoratori nell'attività lavorativa.

La scarsa inclinazione alle attività formative aziendali risente anche del fatto che la domanda di formazione che rientra più facilmente nella logica dell'interesse condiviso delle imprese è quella relativa alle competenze strettamente necessarie allo svolgimento delle prestazioni. È assai più difficile, invece, che possa essere pienamente rappresentata e so-

stenuta la domanda di formazione orientata alla crescita dell'occupabilità dei lavoratori, cioè costituita da competenze trasferibili anche in settori o segmenti di mercato diversi da quelli di appartenenza o anche di competenze utili a percorsi di carriera interni.

In Italia rimane quindi colpevolmente basso l'indice medio di propensione delle imprese ad investire in una formazione professionale di carattere "generale", che produca un rafforzamento di competenze trasferibili in altre prestazioni e nel mercato del lavoro estero.

Sembra confermata la tendenza a considerare la formazione quale aspetto "marginale del processo" essenzialmente per l'incertezza del ritorno immediato dell'investimento, ma anche a causa della totale mancanza di "politiche di fidelizzazione" che accentuano il timore di perdere le risorse formate.

4.3. Il progetto si inserisce appieno nella logica europea di attuazione dell'istruzione e della formazione permanente in tutte le sfere della vita, sia pubblica che privata, come previsto nel 2000 dal *Memorandum sull'istruzione e la formazione permanente* e dalla *Strategia di Lisbona*.

L'intervento formativo è strettamente connesso alla realizzazione del nuovo Piano industriale (aprile 2003), che prevede il rilancio del Gruppo Fiat Auto e il superamento della crisi attraverso un forte processo di riorganizzazione, di investimenti tecnologici e di messa in produzione di nuovi modelli. L'impegno complessivo di risorse economiche è superiore a 86 milioni di euro e prevede un impegno diretto del Gruppo Fiat Auto e il contributo del Governo italiano. I presupposti e gli obiettivi sono infatti assolutamente in linea con quanto più volte indicato dalla Commissione Europea in materia di formazione. I numeri interessati dal progetto (oltre 21.500 lavoratori coinvolti) sono molto significativi e forniscono la prova della consistenza dell'investimento e della valenza strategica dell'iniziativa.

Rispetto alla tendenza delle imprese a ridurre al minimo la partecipazione alla formazione dei lavoratori più anziani, soprattutto se di basso livello professionale, nel Progetto Fiat Auto viene seguita una logica diversa. Le linee di intervento dell'azione formativa prevedono infatti il coinvolgimento di lavoratori ultraquarantenni, senza titolo di studio o con titolo di basso livello, nonché di laureati con conoscenze tecniche obsolete e di lavoratori interessati dall'intervento della Cassa integrazione straordinaria.

L'obiettivo primario è quello di rafforzare competenze professionali e culturali più deboli e prevenire situazioni di espulsione dal mondo del lavoro che, oltre a determinare difficoltà economiche e sociali per le persone e per le loro famiglie, finiscono per accrescere i costi sociali per l'intera collettività.

L'impianto del Piano formativo e le attività collegate costituiscono un'iniziativa complessa ed articolata di governo ed assistenza al processo di riqualificazione, con un particolare rilievo quali-quantitativo nella storia delle attività di prevenzione del disagio occupazionale mediante l'incremento dell'occupabilità.

Si tratta di un esempio significativo e, per certi versi innovativo, di collaborazione tra una importante azienda privata nazionale e soggetti pubblici per la realizzazione di azioni di governo per la formazione e l'occupabilità dei lavoratori. L'iniziativa, inoltre, può costituire un riferimento importante per le politiche di gestione delle crisi industriali aziendali e di settore.

Le caratteristiche delle azioni, in quanto rivolte a *target* diversi, a siti produttivi dislocati sull'intero territorio nazionale e a tipologie formative generali e specialistiche, permettono di sperimentare un modello di intervento proattivo per l'occupabilità. Come tale, esso è centrato su attività di natura preventiva che propongono un sistema integrato di politiche attive mediante programmi di formazione continua su larga scala da considerare altresì quale riferimento utile in altri settori e contesti professionali.

4.4. L'intervento formativo realizzato da Fiat Auto è stato cofinanziato dal Governo tra-

mite attività coordinate dalla Direzione generale per le politiche per l'orientamento e la formazione del Ministero del lavoro ed ha ricevuto l'approvazione della Commissione Europea per l'alto contenuto di sostegno all'occupabilità dei lavoratori coinvolti. Il cofinanziamento non rientra, infatti, nel regime degli aiuti di stato, in quanto l'iniziativa sostenuta si configura come "aiuto alle persone" e non come "aiuto alle imprese" e, pertanto, non confligge con le garanzie di rispetto della competitività nel mercato.

Nel caso Fiat Auto, infatti, l'intervento formativo intende agire principalmente sui lavoratori e sulle loro competenze/capacità professionali (generali e specifiche). Per arricchire l'impianto progettuale si è provveduto ad associare alle linee del programma formativo un Piano Operativo predisposto da Italia Lavoro (cfr. la documentazione pubblicata sul sito dedicato al progetto, all'indirizzo internet <http://fiat.italialavoro.it/FIAT/home.asp> e qui, in particolare, la voce *Assistenza*), finalizzato sia al monitoraggio fisico-finanziario, al controllo e all'erogazione del contributo che alla rilevazione delle *performance* professionali. Queste attività sono in grado di "misurare" l'accrescimento dell'occupabilità dei lavoratori, rispetto alle nuove necessità operative richieste dei cambiamenti tecnologico-organizzativi e di prodotto previste dal Piano industriale Fiat Auto, e rispetto al mercato professionale italiano ed europeo.

Tali aspetti sono stati esplicitamente richiamati dalla Commissione Europea, all'atto della risposta alla notifica del Piano, in cui è stato rilevato che l'aiuto alla formazione tramite risorse statali è compatibile con le linee di incremento dell'occupabilità e non configurano aiuti di Stato all'impresa.

La notifica europea mette in evidenza altresì che nel piano formativo la distinzione presente tra azioni di *formazione specifica* e azioni di *formazione generale* è operata in base all'art. 4 del regolamento comunitario n. 68/2001, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE sugli aiuti destinati alla formazione. L'art. 2 del regolamento, infatti, stabilisce che per formazione specifica si intende la formazione che comporti insegnamenti direttamente e prevalentemente applicabili alla posizione attuale o futura occupata dal dipendente presso l'impresa beneficiaria e che fornisca qualifiche che non siano trasferibili ad altre imprese o settori di occupazione, o lo siano solo limitatamente.

Per formazione generale, invece, si intende la formazione che comporti insegnamenti non applicabili esclusivamente o prevalentemente alla posizione, attuale o futura, occupata dal dipendente presso l'impresa beneficiaria, ma che fornisca qualifiche ampiamente trasferibili ad altre imprese o settori di occupazione e che pertanto migliori in modo significativo la possibilità di collocamento del dipendente.

La formazione generale è quindi connessa alle attività globali dell'impresa e fornisce qualifiche che sono ampiamente trasferibili ad altre imprese o ad altri campi di attività.

Le informazioni dettagliate fornite dall'Italia hanno permesso alla Commissione di verificare la natura generale o specifica dei corsi di formazione proposti e di dichiararne la conformità al regolamento citato.

È inoltre utile qui evidenziare che la Commissione, sempre nella valutazione richiamata, fa riferimento alla necessità che i programmi di formazione erogati debbano essere certificati dalle competenti autorità regionali e provinciali conformemente alla normativa nazionale.

Quest'ultimo aspetto offre lo spunto per una riflessione di più ampio respiro circa il tema della certificazione delle competenze nelle attività di formazione finanziata e di formazione in azienda. Nel nostro Paese infatti questa è una competenza affidata alle Regioni che attualmente sconta una serie di criticità non ancora superate e che implicano, nel nostro caso, serie difficoltà per la definizione di una procedura di certificazione dei percorsi formativi condivisa, omogenea e concretamente realizzabile.

4.5. Le caratteristiche dei dipendenti Fiat Auto relativamente all'età, alle condizioni professionali, al titolo di studio ed alle esigenze del nuovo Piano industriale dell'azienda

hanno messo in evidenza la pluralità delle ragioni di un ricorso così massiccio alla formazione. Si tratta di ragioni che riguardano prioritariamente la necessità di disporre di competenze necessarie alla nuova organizzazione del lavoro e ai nuovi processi previsti dalle scelte industriali. Allo stesso tempo ha pesato molto la scelta di evitare successivi e più gravi rischi di esclusione sociale e di grave disagio economico per le persone coinvolte nonché la logica strategica di rafforzamento professionale di tutti i lavoratori e della loro capacità di stare anche su mercati del lavoro diversi da quelli in cui sono al momento inseriti.

Nel caso in esame, pur in presenza di necessità intrinseche strettamente connesse al rilancio di un Gruppo produttivo importante per il sistema economico-produttivo nazionale, convivono fattori di rilancio aziendali con aspirazioni più personali da parte dei lavoratori coinvolti.

Si rileva in modo evidente la presenza di fattori e situazioni che, in generale, entrano in gioco tutte le volte che si affronta il tema della formazione continua.

Nel progetto Fiat Auto prevalgono le correlazioni dirette alla migliore attuazione del Piano industriale che è alla base dell'intervento di sostegno. Contemporaneamente emerge come il fattore formazione diviene componente essenziale per conseguire competenze professionali specifiche importanti anche per successivi sviluppi di carriera nell'azienda o nel settore di appartenenza nonché elemento determinante per affrontare cambiamenti di lavoro o rafforzamento della posizione in un mercato del lavoro fortemente flessibile e continuamente insidiato da elementi di incertezza e di instabilità.

Naturalmente la correlazione sopra richiamata deve fare i conti in modo prevalente con i livelli di sensibilità delle imprese. Ma non va trascurato che, in molti casi, è necessario superare forti resistenze, anche da parte del lavoratore, a rientrare in percorsi formativi a causa della chiara enunciazione delle prospettive di miglioramento di ruolo, ovvero solo per la prevalenza di più banali fattori di "comodità".

La possibilità di ridurre le situazioni di "indisponibilità" dei lavoratori alla formazione professionale passa attraverso interventi di familiarizzazione con l'apprendimento che devono seguire vie diverse e stimolanti sia la collocazione interna (inquadramento, percorso di carriera, ecc.) che gli interessi culturali, le passioni hobbistiche, i ruoli e la collocazione socio-culturale nel territorio.

Del resto non è un caso che i documenti europei insistano sui collegamenti tra formazione continua e apprendimento lungo tutto il corso della vita e che in numerosi Paesi le politiche pubbliche sostengano, oltre alla formazione continua finalizzata all'aggiornamento delle competenze professionali, anche l'ingresso individuale in formazione e in attività formative apparentemente lontane dalla collocazione lavorativa.

4.6. Il Progetto Fiat Auto nel suo complesso deve essere valutato anche all'interno del disegno strategico di rilancio che la casa automobilistica ha predisposto nel 2003 con la finalità di consolidare e rilanciare il Gruppo. L'adeguamento delle competenze professionali dei lavoratori rientra appieno nei profondi processi di innovazione collegati alla opportunità di una sostanziale salvaguardia occupazionale.

La costruzione del Piano infatti è stata condotta in stretta relazione all'analisi di bisogni formativi prioritari per ogni sito produttivo e famiglia professionale, differenziata secondo tre macroaree di competenza: organizzativa (competenze necessarie per operare in azienda e quindi specifiche per il mondo Fiat Auto), professionale (competenze tecniche specifiche di ogni famiglia professionale), individuale (competenze tipiche delle figure professionali che operano con sufficiente discrezionalità all'interno dell'organizzazione).

I percorsi formativi pertanto si presentano come una soluzione immediata e congruente all'attuazione del Piano industriale ma diventano occasione per sviluppare nuove competenze (legate alle innovazioni tecnologiche, organizzative e produttive) e mantenere quelle definite *core* (legate ai livelli qualitativi del prodotto/ processo).

L'obiettivo primario è quello di fronteggiare le situazioni di difficoltà (presenti nel Gruppo nel 2003) che hanno richiesto un profondo intervento di cambiamento, nonché la ricostruzione di un tessuto di "appartenenza" profondamente lacerato dalle scelte aziendali precedenti e dalle difficoltà dell'azienda a "rimanere" sul mercato a livelli di concorrenzialità adeguati alle concorrenze europee e mondiali.

L'obiettivo è quello di elevare, in generale, il livello medio delle competenze possedute dai lavoratori in quanto fattore strategico di mantenimento nel tempo delle capacità di tenuta e rilancio del Gruppo Fiat Auto.

Il Piano formativo tiene quindi conto, da un lato, delle implicazioni di natura organizzativa che caratterizzano il lavoro in Fiat Auto, dall'altro, delle modalità con cui viene gestito lo sviluppo del personale. Molto significativo è senza dubbio l'impatto territoriale del progetto, in quanto l'accrescimento delle competenze e il contemporaneo consolidamento e rilancio della produzione permettono sia la conservazione dei livelli occupazionali nelle Regioni interessate che, in prospettiva, la possibilità di utilizzo delle competenze acquisite nel contesto locale, che potranno favorire sviluppo e attrazione di nuovi investimenti.

4.7. Nel progetto Fiat Auto le attività formative si configurano in parte limitata come elemento complementare ad altre forme di tutela del posto di lavoro. Una fascia di destinatari infatti fruisce di attività formative anche in concomitanza di sospensione dell'attività professionale (CIGS). Si realizza, anche se in modo limitato, un interessante intreccio tra l'uso degli ammortizzatori sociali e la loro connessione con il sistema della formazione continua, mirato alla riqualificazione dei lavoratori coinvolti e al miglioramento delle competenze.

È questa una delle ulteriori possibilità di coniugare positivamente forme di *welfare* attivo, al fine di utilizzare i periodi di sospensione dal lavoro con percorsi di sostegno al reinserimento sia all'interno dell'azienda stessa che in altre opportunità di lavoro esterno finalizzando quindi i sostegni economici di ammortizzazione e riducendo costi sociali e disagio individuale.

La partecipazione a percorsi formativi, individuata come parte integrante di un sistema di «tutele attive», è funzionale alla riduzione del periodo di non occupazione ed all'incentivo ad un atteggiamento responsabile e dinamico verso il lavoro. Così operando il sostegno economico diviene più facilmente "temporaneo" e riduce la sua connotazione di strumento assistenziale passivo a vantaggio di una proiezione verso il reinserimento, rapido e professionalmente più soddisfacente.

4.8. Il Progetto Fiat Auto anticipa e si inserisce nello sviluppo delle attività di formazione continua sostenute dai neoistituiti Fondi Interprofessionali, che utilizzano risorse economiche per la riqualificazione aziendale dei lavoratori. Il dispositivo paritetico, concordato e cogestito dalle parti sociali, si aggiunge alle altre forme di finanziamento di sviluppo della formazione continua già esistenti in normativa.

La filosofia della bilateralità, ovvero l'interpretazione dello sviluppo delle competenze dei lavoratori come interesse comune tra le parti sociali contribuirà sicuramente ad accrescere l'utilizzo della formazione nelle imprese aderenti e favorirà altresì la definizione di processi condivisi di riconoscimento degli esiti della stessa in termini di certificazione e di ampliamento delle opportunità di mobilità positiva nel sistema lavoro.

Si tratta di due specifiche e distinte modalità di intervento, ma il collegamento è fatto esclusivamente per mettere in evidenza le analogie del confronto aperto sul terreno della certificazione e, più in generale del rilascio del Libretto sperimentale.

Naturalmente, per quanto attiene il progetto Fiat Auto, va precisato che lo stesso si configura quale intervento autonomo e finalizzato alla specifica situazione del Gruppo Fiat Auto e, pertanto, si muove su direttrici direttamente collegate agli obiettivi di accrescimento dell'occupabilità dei lavoratori coinvolti nei percorsi formativi propri del progetto.

4.9. La certificazione delle competenze acquisite durante il percorso formativo in azienda

accresce il valore del percorso formativo e permette di garantire qualità e riconoscimento dell'apprendimento.

Mentre sono ampiamente attuate forme di certificazione della formazione professionale mancano esperienze di certificazione della formazione svolta totalmente in azienda.

A tale proposito e, al fine di dare conto del processo di incremento dell'occupabilità, il progetto sta organizzando una serie di attività con l'obiettivo di rilasciare ad ogni lavoratore un documento di certificazione che riporti le informazioni raccolte dalla scheda anagrafico-professionale, nonché dei macroprofili di riferimento all'interno del quale verrà ricondotto il "ruolo" di inquadramento aziendale.

Sono 117 i profili individuati e correlati ai moduli formativi previsti nel Piano di formazione.

Per ognuno dei profili verranno definite le competenze associate al fine di poter procedere alla certificazione delle stesse in relazione ai moduli formativi ai quali ha partecipato il lavoratore.

Allo stato attuale il processo è operativo sulla infrastruttura di gestione del progetto ma è ancora in corso il confronto tra Ministero del lavoro, Italia Lavoro e Regioni interessate per definire un percorso di certificazione delle competenze che, nel rispetto dei reciproci ruoli, permetta di rispondere alle esigenze del progetto. Naturalmente, l'assenza di un sistema unificato di descrizione degli standard professionali e le diverse modalità di approccio da parte delle Regioni richiedono confronti continui per la definizione di procedure condivise e concretamente realizzabili nell'ambito dell'economia del progetto Fiat Auto.

Al processo di certificazione sarà collegato il rilascio del Libretto sperimentale del lavoratore Fiat Auto.

Il rilascio del Libretto costituirà sicuramente un fatto importante per il lavoratore e, ci auguriamo, un contributo utile alla definizione di un "sistema standard" in grado di favorire la "occupabilità/collocabilità" del lavoratore nel mercato del lavoro.

*Stefania Coccetti – Collaboratrice al progetto per Italia Lavoro S.p.A.
Domenico Putrella – Responsabile del progetto per Italia Lavoro S.p.A.*

5. Lavoro (organizzazione del)

Flessibilità e lavoro manageriale: le soluzioni offerte dal *temporary management*

Sommario: **5.1.** Una prima definizione di *temporary management* (TM). – **5.2.** Le differenze con altri strumenti di flessibilità e le caratteristiche della professione. – **5.3.** Caratteristiche, professionalità e percorso di carriera del *temporary manager* (TMan). – **5.4.** Possibili situazioni aziendali di ricorso a questo strumento, approccio e aspettative delle aziende. – **5.5.** La gestione operativa e contrattuale dei progetti di TM. – **5.6.** Il TM nelle piccole e medie imprese: uno strumento di sviluppo e competitività. – **5.7.** Le condizioni per l'efficacia dell'intervento del TM. – **5.8.** La valutazione dei costi. – **5.9.** La diffusione del TM in Italia e in Europa. – **5.10.** Fattori di crescita e di ritardo. – **5.11.** Riferimenti bibliografici.

5.1. La definizione più completa di *temporary management* (d'ora in poi TM) è senz'altro la seguente, poiché ha il pregio di evidenziare gli elementi fondamentali su cui si basano questa professione e questo tipo di interventi. Per TM si intende l'affidamento della gestione di un'impresa o di una sua parte a manager altamente qualificati e motivati, al fine di garantire continuità all'organizzazione, accrescendone le competenze manageriali già esistenti, e risolvendone al contempo alcuni momenti critici, sia negativi (tagli, riassetto economico e finanziario) che positivi (crescita, sviluppo di nuovi busi-

ness). L'attribuzione al *temporary manager* (d'ora in poi TMan) della gestione dell'impresa comporta inoltre che il manager venga dotato di tutte le opportune leve (poteri, deleghe).

Il TM dovrebbe essere correttamente interpretato come una terza via, accanto alla consulenza e alla dirigenza tradizionale, attraverso la quale l'azienda può dotarsi di risorse finalizzate a migliorare *performance* e capacità di gestione.

Molto spesso, per accelerare la presa di contatto con il problema e il disegno della soluzione, i manager cui si fa ricorso sono sovraqualificati rispetto all'incarico: ad es. per la risoluzione di un problema nell'area commerciale, si inserisce un manager di estrazione commerciale, ma con l'esperienza di Direttore Generale.

5.2. Nei Paesi come l'Italia ove questo strumento è ancora in fase di sviluppo, è facile imbattersi in alcuni luoghi comuni che rischiano di creare confusione sia nei potenziali utilizzatori sia nei manager che si avvicinano a questa professione. Chiarire cosa non è può aiutare a definirne in maniera più puntuale contenuti e contorni:

a. *Non è consulenza.* Il TMan consiglia, gestisce ed esegue, il consulente consiglia: questa, in sintesi, la distinzione.

La confusione nasce per diversi motivi. Capita spesso che un consulente affermi di "operare nella pratica come un TMan", perché l'azienda cliente, specie se imprenditoriale, segue le sue indicazioni, magari facendosi anche accompagnare nella fase realizzativa. Elemento differenziante sono però le deleghe operative di cui il manager dispone per gestire il progetto e raggiungere gli obiettivi definiti, e che normalmente un consulente non ha. È vero che in alcuni casi il TMan opera con un rapporto di collaborazione professionale e quindi con la veste formale di consulente; non va però confuso l'aspetto contrattuale con l'aspetto sostanziale dei contenuti dell'incarico e delle competenze richieste al manager, ovvero poteri, deleghe e capacità di esecuzione.

In sintesi, il TM non è alternativo alla consulenza, è semplicemente una professione diversa, che richiede a sua volta attitudini, motivazioni e competenze diverse da quelle normalmente identificabili in un consulente. Va infine sottolineato come possa esistere un sottile legame tra TM e consulenza: spesso, un intervento di TM segue un intervento di consulenza, svolto da altri, nel quale sono state identificate e definite una serie di azioni da intraprendere per raggiungere un dato obiettivo: il TMan diviene colui che implementa quanto suggerito dal consulente, il quale a sua volta lo può affiancare; in alcuni casi, l'intervento stesso di TM viene preceduto da un intervento di tipo consulenziale da parte della società di TM, finalizzato ad identificare le leve critiche su cui l'intervento stesso dovrebbe operare.

b. *Non è lavoro interinale (oggi somministrazione di lavoro).* Pur non trascurando le analogie di natura giuridica, dal punto di vista dell'analisi del fenomeno il lavoro interinale opera su figure professionali generalmente di profilo più basso, e quindi con logiche totalmente differenti: non è infatti casuale che a tutt'oggi i maggiori operatori nel settore del TM provengano dalla consulenza e/o dalla ricerca di manager di alto livello. Anche le logiche del *business* sono differenti: alti volumi e bassi margini per l'interinale, bassi volumi e alti margini per il TM.

c. *È una professione full-time, non un riempitivo alla ricerca di un lavoro.* Molti manager in situazione lavorativa precaria si avvicinano al TM con questa idea, non considerando che il TM rappresenta la soluzione umana ad un problema di *business* e non viceversa.

Il vero TMan è colui che opera come un vero imprenditore di se stesso, attento e capace a gestire alcune leve basilari di successo, quali il *marketing* di se stesso, lo sviluppo attento di una propria rete di relazioni, l'autoformazione costante.

In concreto: in una fase di mercato ancora nascente, è possibile che il TM, insieme a risolvere il problema di *business*, risolva anche un problema umano, ma se il manager non mette in atto i cambiamenti richiesti, rischierà di essere emarginato sia dal mercato della

dirigenza tradizionale, che da quello emergente del TM.

Il TM è una professione dai contenuti particolarmente elevati e richiede manager dotati di elevate qualità professionali e personali. Se essere licenziati è oggi un'esperienza più ricorrente che in passato, che può capitare spesso per motivi totalmente slegati dalla qualità del proprio lavoro (fusioni, acquisizioni, rottura con l'imprenditore), ciò che crea la differenza e le premesse per una rinascita professionale è il modo in cui un fatto comunque traumatico viene vissuto e metabolizzato.

È ad esempio la ricerca di nuove sfide intellettuali che spinge manager che hanno già operato come Direttori generali a confrontarsi con incarichi di tipo specialistico-funzionale, senza alcun problema di demotivazione o di accettazione dell'incarico come *extrema ratio*: si tratta di manager che vendono *know how*, che sono ben pagati per questo, e a cui non interessa più una carriera di tipo tradizionale, che hanno già svolto con successo e a cui hanno poco altro da chiedere.

d. *Non è mestiere solo per manager in fine di carriera.* Dalle esperienze europee (Francia, Germania, Inghilterra) emerge un *trend* di progressiva diminuzione dell'età di coloro che valutano seriamente il TM come una possibile opzione professionale.

Per quanto riguarda l'Italia, già oggi molti giovani manager di successo, nella fascia d'età 30-35 anni, mostrano reale interesse per questo tipo di professione, mentre su progetti di un certo respiro temporale (2-3 anni) operano già manager di circa 40 anni, ovviamente a fronte di progetti stimolanti dal punto di vista dei contenuti e sostenuti da un adeguato pacchetto economico.

e. *Non è professione per tutti i manager.* Essere stato un manager di successo è condizione necessaria, ma non sufficiente per diventare un buon *temporary*. È un problema di competenze specifiche, ma anche di caratteristiche psicologiche e personali, non ultima la capacità di gestione dello *stress*.

Non solo: nel caso di interventi di TM assume particolare rilevanza il profilo etico del manager, in quanto, dati i tempi spesso brevi dell'intervento, la delicatezza delle aree da toccare e il livello di sensibilità delle informazioni con cui un TMan può venire a contatto, assai gravi possono essere i danni provocati da manager che perseguono propri obiettivi personali.

5.3. In Inghilterra, attualmente il mercato europeo più evoluto, si ritiene che il TMan debba avere le seguenti caratteristiche:

- avere un'età compresa tra 45 e 55 anni;
- aver attraversato 5 cambiamenti di azienda con fino a 10 diversi ruoli ricoperti durante la propria carriera;
- aver operato per oltre 20 anni come manager permanente;
- aver possibilmente già operato per oltre 3 anni come interim manager;
- essere consapevole di "vendere" *know how*;
- non essere più interessato alla carriera intesa in senso tradizionale.

Soprattutto si deve trattare di un manager capace di coniugare varie qualità: elevata competenza specifica sui problemi oggetto dell'intervento, preferibilmente sovradimensionata rispetto all'incarico e caratteristiche personali che rappresentano forse il vero elemento distintivo di un ottimo TMan.

Tra queste ultime, particolare rilevanza assumono:

- motivazione a ricercare in ogni incarico una nuova sfida;
- rapidità di analisi e di valutazione, unite alla capacità di definire rapidamente piani operativi vincenti;
- attitudine a creare rapidamente un ambiente di lavoro motivante e a gestirlo attraverso l'esempio e il coinvolgimento operativo diretto;
- senso e valore del risultato, uniti ad una forte determinazione a raggiungere gli obiettivi concordati;

- forte coinvolgimento personale unito ad una grande capacità di lavoro;
- capacità di trasmettere *know how* ed esperienza, che racchiude la capacità di gestire gruppi di lavoro, *leadership*, capacità di *coaching* e capacità di comunicazione;
- capacità di *project management* e di *problem solving*;
- forte senso etico.

È in buona sostanza un manager che ha già operato il percorso mentale che lo porta ad essere considerato un vero *temporary* e che poggia su due elementi fondamentali:

- la transizione dal concetto di *status* (legato alla concezione del dirigente tradizionale) al concetto di valore/contributo che si è capaci di fornire all'azienda cliente, ovvero capacità di svincolarsi definitivamente dal concetto di dirigenza;
- la capacità di strutturarsi e pensare come un'azienda, attuando una vera e propria rivoluzione copernicana nel modo di vedere se stessi, il proprio lavoro e il valore del proprio lavoro.

5.4. Aziende e imprenditori si chiedono spesso quando sia opportuno prendere in considerazione il TM per la risoluzione di specifiche problematiche di gestione.

Per la corretta valutazione dell'idoneità di una soluzione di TM, bisogna considerare attentamente almeno tre dimensioni: la tipologia di problema, la non esistenza di soluzioni alternative e le modalità di soluzione.

In termini generali, la letteratura normalmente classifica gli interventi nelle seguenti macrocategorie:

1. *management* transitorio, in cui l'intervento è richiesto per la copertura di improvvisi e non previsti vuoti manageriali;
2. gestione di progetti specifici;
3. gestione di crisi aziendali vere e proprie;
4. *management* delle competenze, ovvero necessità di introdurre in azienda, in tempi brevi e con la massima efficacia, nuovi strumenti e nuove modalità di lavoro;
5. gestione del cambiamento.

Più nello specifico, un intervento di TM può essere utile nelle seguenti situazioni:

- per gestire situazioni di *turnaround* legate a crisi tendenzialmente reversibili;
- per rimettere in sesto un'azienda o una sua parte prima di procedere alla sua vendita;
- per pilotare e gestire un complesso processo di cambiamento, che interessi cultura, strategia e struttura aziendale;
- per avviare nuove attività, specie se all'estero (delocalizzazioni);
- per gestire l'integrazione di aziende/*business* di recente acquisizione;
- per attuare il *coaching* di un manager permanente;
- per gestire la transizione in attesa dell'ingresso di un manager permanente;
- per gestire con successo il passaggio generazionale;
- per gestire un progetto mirato, ad esempio la gestione di attività di *outsourcing* o l'implementazione di un sistema ERP.

Esiste quindi una serie di problematiche che più di altre si presta ad essere risolta con un intervento di TM: la lista sopra riportata può essere un buon punto di riferimento per iniziare a valutarne la fattibilità. Attenzione, però: il fatto che un problema si presti quasi naturalmente ad essere risolto in ottica di TM, non significa necessariamente che questo rappresenti la soluzione ideale per qualsiasi contesto aziendale.

È necessario affinare ulteriormente il processo di analisi, iniziando a definire una lista dei problemi "caldi" esistenti, valutando per ciascuno di essi il costo della non soluzione (o di una soluzione tampone non ottimale) su base annua, per determinarne livello di priorità e grado di urgenza e valutare se, per ciascuno di essi, esistono soluzioni alternative. Esistono risorse interne disponibili, ma il problema risiede nella definizione dei processi e delle metodologie più opportune? Forse potrebbe avere più senso ricorrere ad un intervento di consulenza direzionale. Sussiste la disponibilità di risorse interne di livello ele-

vato e i tempi di risoluzione del problema sono “normali”, ovvero le condizioni ambientali non richiedono di imprimere alcuna accelerazione? Potrebbe essere sufficiente ricorrere ad una soluzione di *management* di tipo permanente.

Nella realtà, una volta identificato il problema da risolvere, molte aziende guardano dapprima al loro interno per verificare la possibilità di una soluzione, con una motivazione che è però più legata a ottimizzare i costi che a ricercare una soluzione ottimale. Può quindi accadere che l'azienda decida di adottare una delle soluzioni che seguono. Può optare per il distacco di un manager interno, che può essere non idoneo in termini di competenze, ma può anche vedere l'incarico come un disturbo nei suoi piani di sviluppo di carriera, finendo per non trasmettere la necessaria motivazione ai suoi collaboratori. Succede anche, nell'ambito di aziende grandi e di multinazionali, che si ricorra a manager altrimenti non utilizzabili o ricollocabili e quindi a maggior ragione incapaci di motivare il gruppo, da cui sono a loro volta poco stimati (ovvero: perché mandarci un riciclato quando ce ne serve uno bravo?). In alternativa, può decidere per la promozione di un buon numero due di funzione: se però il manager non è ancora pronto, è alto il rischio di bruciarlo, creando demotivazione in lui e in tutta la struttura da lui gestita.

In aziende di medie dimensioni si ricorre spesso alla figura del *non executive director* o consigliere di amministrazione non esecutivo: spesso però i profili di questi consiglieri sono più orientati all'aspetto strategico e di coordinamento che all'operatività spinta richiesta dal problema.

In sintesi, la scarsità di risorse manageriali di qualità, la non idoneità di soluzioni alternative e l'impraticabilità di soluzioni interne sono indicatori della opportunità di ricorrere ad un TMan.

Indagini svolte nei principali Paesi europei hanno evidenziato le principali motivazioni per cui le aziende ricorrono ad una soluzione di TM:

- flessibilità, forse la motivazione maggiormente ricorrente, che è possibile leggere in due modi: soprattutto come possibilità di disporre di competenze di alto livello, senza alcun appesantimento dei costi fissi di lungo periodo, ma anche come necessità di lasciare aperto il maggior numero di gradi di libertà possibile prima di definire la soluzione di lungo periodo;
- velocità nell'avviare il progetto: nella norma, in meno di due settimane è possibile far entrare il manager in azienda;
- qualità del manager e della soluzione complessiva;
- efficacia nel raggiungimento della soluzione ottimale al problema posto;
- operatività immediata, derivante dal livello di *seniority* dei manager impiegati e dal loro tendenziale sovradimensionamento di qualifica;
- motivazione dei manager, fortemente orientati allo specifico progetto;
- nessuna complicazione ed onere legato al termine dell'incarico;
- efficienza in termini di costi.

Tali ricerche hanno evidenziato anche le seguenti aspettative:

- spesso, l'azienda avverte l'esigenza di un servizio più che quella di un manager solo: questa esigenza viene manifestata con maggior frequenza dalle PMI che esprimono il bisogno di essere guidate e accompagnate, in forme più o meno intense, durante tutta la vita di un progetto;
- un manager di grande esperienza che sappia anche essere un grande operativo e un realizzatore;
- un manager che sappia integrarsi operativamente con il gruppo alla guida dell'azienda, senza mai scendere ad un eccessivo livello di familiarizzazione e omologazione con lo stesso;
- direttamente legato al punto precedente: un manager intellettualmente indipendente, poco propenso alla “politica” e a fare gruppo per difendere la propria posizione o i propri

interessi, e dotato di forte senso dell'obiettività;

- un manager il cui senso etico sia assolutamente fuori discussione.

Aziende e imprenditori, nell'approcciarsi ad una soluzione di TM, esprimono però anche alcune forme di paura e di diffidenza, legate principalmente al tema della confidenzialità e della riservatezza. Poiché il TMan, per livello di *seniority* e criticità dei problemi su cui operare, viene frequentemente a contatto con informazioni e dati molto delicati e riservati, l'azienda, specie se piccola e di natura imprenditoriale, si pone il problema di un possibile utilizzo improprio di tali informazioni. Nella norma, ciò viene risolto da alcune clausole di garanzia (es. il manager si vincola a non operare per un dato periodo di tempo, direttamente o indirettamente, per aziende direttamente concorrenti dell'azienda cliente);

Una seconda paura riguarda il livello di *commitment* del manager, ovvero: non è che il manager mi lascia a metà progetto non appena trova un posto a lungo termine? Si tratta di un timore legato alla concezione – ormai passata – del TMan come persona impegnata su un progetto per riempire un buco durante la ricerca di un posto da dirigente tradizionale. Con opportune clausole contrattuali è abbastanza semplice proteggersi.

Infine, c'è chi si pone anche la domanda: se è così bravo, perché fa il TMan? Domanda per certi versi "classica", anch'essa legata alla vecchia concezione del TM non come professione a sé stante, ma come impiego tappabuchi.

5.5. Forse la domanda che viene posta con maggior frequenza da parte di aziende e imprenditori è la seguente: è più opportuno rivolgersi ad una struttura specializzata oppure percorrere la via del professionista indipendente, del *free lance*?

In Belgio, il mercato europeo più vicino a quello italiano, emerge la nettissima preferenza per l'utilizzo di società specializzate (in oltre il 75% delle aziende private, e in quasi il 90% di quelle pubbliche).

In Gran Bretagna, mercato evoluto per eccellenza, il mercato opera su base 50/50 attraverso le società specializzate e tramite i manager *free lance*.

Premesso che non esiste una soluzione ottimale, si può osservare come il modello belga, tendenzialmente orientato verso le società specializzate, si dimostri adatto soprattutto ad una situazione di mercato ancora in sviluppo, ove è più che mai necessario fissare determinati parametri di qualità che regolamentino l'esercizio di questa professione. In uno stadio successivo, caratterizzato da un forte sviluppo come in Inghilterra, l'offerta tenderà a basarsi in maniera equilibrata su un numero, più ampio di quello italiano attuale, di società specializzate e sull'utilizzo di manager indipendenti, che però siano stati esposti a corrette metodologie di intervento, sia attraverso esperienze di progetti gestiti con società specializzate, sia attraverso esperienze di tipo formativo originate da chi fa questa professione.

In un mercato maturo ed equilibrato esistono diverse soluzioni caratterizzate da livelli di prezzo differenti in funzione di diversi livelli di servizio offerto: il tutto però a partire da requisiti di qualità assolutamente irrinunciabili.

Una soluzione non è a priori superiore all'altra, si tratta di due modalità differenti di operare, caratterizzate da un diverso livello di servizio che si traduce poi in un diverso livello di costo. In particolare:

- *tempi e livello di servizio*: lo specialista è in grado di fornire più alternative di qualità in tempi brevissimi (giorni, non settimane);

- *selezione*: lavorando esclusivamente su TMan lo specialista è maggiormente in grado di valutare le qualità del singolo. Tenuto presente che nella media su 20 *curricula* spontanei solo 3 rivelano dei reali TMan, qual è la probabilità per l'azienda di individuare uno dei 3 su una base di contatti molto limitata? Qual è il rischio che l'azienda è disposta a correre andando ad imbattersi in uno degli altri 17?

- *garanzia di servizio*: oltre al controllo del progetto è prevista la sostituzione del

manager nel caso insorgano particolari problemi: il lavoro dello specialista prosegue ben oltre l'ingresso del manager e copre tutto l'arco del progetto.

Dal punto di vista della gestione, è utile ricordare che in un progetto di TM tre sono le tipologie di servizi erogati al cliente:

- un'attività di ricerca del manager (attività soggetta ad autorizzazione del Ministero secondo la più recente normativa);
- un'attività di affiancamento e supporto al manager, con intensità variabile in funzione della complessità del progetto;
- l'attività diretta di gestione del manager in azienda.

La distinzione tra aspetti operativi di un progetto e aspetti contrattuali di relazione tra le parti può aiutare a comprendere come i vari elementi si incastrano tra di loro.

Per quanto riguarda gli aspetti operativi, elemento discriminante è il grado di coinvolgimento sul progetto da parte della società di TM.

Nelle situazioni più semplici, in cui il problema da risolvere è strutturato e in cui l'azienda cliente dispone di adeguate risorse a supporto del manager, la società di TM si occuperà della ricerca del manager e del monitoraggio periodico del progetto, più o meno intenso in funzione dello specifico problema (soluzione "leggera").

In situazioni più complesse – problema fortemente destrutturato, quantità e qualità di sistemi di supporto manageriale insufficienti – tende ad intensificarsi la presenza della società di TM, attraverso un accompagnamento più intenso, che arriva fino all'allocazione di un vero e proprio *team* a supporto del manager (soluzione "a progetto"). In questo caso, il costo complessivo sarà funzione del costo del manager prescelto e della quantificazione del lavoro di supporto della società di TM.

Il tutto, specie nelle PMI, deve tener conto di eventuali vincoli di *budget* e organizzativi: una soluzione a progetto può essere troppo onerosa e una realtà piccola può non reggerne l'impatto organizzativo. In questi casi si ricorre ad una soluzione "leggera", accompagnata da un'attività di affiancamento più intensa, senza la complessità di una soluzione a progetto vera e propria.

Ciò viene normalmente regolato in due modi alternativi: con un unico rapporto contrattuale tra cliente e società di TM, che a sua volta gestisce il rapporto contrattuale con il manager, oppure attraverso due distinti rapporti contrattuali, uno con la società di TM per i servizi da essa effettivamente resi (non importa se in modalità leggera o a progetto) ed uno con il manager.

Pur senza addentrarsi in dettagli giuridici, per incarichi funzionali (es. un direttore commerciale o logistica) il doppio contratto sembrerebbe la soluzione formalmente più corretta. Peraltro, le aziende sembrano apprezzare in maniera crescente questo approccio, in quanto completamente trasparente dal punto di vista di costi e servizi resi da ciascuna parte, specie nel caso di soluzioni intermedie; non soggetta al sospetto che la società di TM possa essere indotta, a parità di livello professionale, a orientarsi comunque verso il manager che le costa di meno e al sospetto che ai compensi del manager venga aggiunto un semplice *mark up*.

Come diretta conseguenza, si pone il problema relativo alla miglior forma di contratto tra azienda e manager per l'esecuzione dell'incarico.

Premesso che non esiste una forma contrattuale ideale e che la stessa è il risultato della libera contrattazione tra le parti, un fattore rilevante è il modo in cui il manager ottimizza la propria posizione reddituale e fiscale.

Sono ormai pochissimi i manager che operano con un contratto da dirigente a tempo determinato: manager intorno ai 50 anni, e con oltre vent'anni di contribuzione, preferiscono utilizzare altre forme e provvedere alla loro posizione contributiva attraverso forme private.

In generale le modalità attraverso cui il manager opera sono riconducibili a:

- lavoro a progetto e Co.Co.Co. residuali;
- professionista iscritto all'albo;
- professionista non iscritto all'albo;
- attraverso una propria società di servizi;
- associazione in partecipazione.

5.6. Recentemente il legislatore nazionale e quelli regionali hanno dedicato un particolare sforzo per favorire l'utilizzo di TMan nelle PMI, quale strumento per aumentarne la competitività.

Il primo esempio di legge italiana che riconosce il TM e le società che lo forniscono è la legge n. 7193 del 12 novembre 1997 della Regione Umbria, cui va riconosciuto il merito di interpretarne nel giusto modo i principi (elevata *seniority*; interventi per innovazione e diversificazione, a livello di *top management* e funzionale; necessità di un progetto con obiettivi ben definiti; intervento anche attraverso società specializzate).

Nella Legislatura appena conclusa, la Commissione Lavoro della Camera ha lavorato ad un disegno di legge (il n. 5421/2004, in [📖 Boll. Adapt](#), 2005, n. 9) che prevedeva agevolazioni fiscali per l'assunzione di TMan da parte di PMI.

Un'ottima articolazione viene dalla Regione Friuli Venezia Giulia (l. n. 4 del marzo 2005, nota anche come Legge Bertossi, in [📖 Boll. Adapt](#), 2005, n. 9), che prevede incentivi per l'utilizzo di manager a tempo che, a fronte di un *business plan* definito, aiutino le PMI a gestire progetti di:

- crescita dimensionale (aggregazioni, fusioni e accordi interorganizzativi);
- processi di internazionalizzazione (creazione di reti commerciali all'estero, sviluppo strutturato di relazioni internazionali);
- razionalizzazione degli assetti gestionali e organizzativi;
- situazioni di successione generazionale;
- processi di ricapitalizzazione o di riordino degli assetti di governo societario anche attraverso l'apertura a terzi.

Molta attenzione si presta al profilo del manager, alla valutazione della sua coerenza con il *business plan*, e alla sua capacità di trasferire competenze: la Regione, infatti, incentiva anche iniziative di tirocinio formativo collegate alla permanenza del TMan in azienda.

Il quadro normativo, quale elemento facilitante dell'incontro tra domanda e offerta, è importante, ma non sufficiente per innescare una dinamica positiva nel mercato: bisogna, in contemporanea, creare nelle PMI quella cultura di gestione che consenta loro di comprendere i nuovi strumenti, apprezzarne i vantaggi e utilizzarli correttamente.

Le PMI si trovano oggi più frequentemente che in passato di fronte a significative discontinuità e, a differenza della grande azienda che mobilita grandi risorse per pianificare e gestire il "salto", spesso non hanno al loro interno le competenze necessarie per gestire processi complessi nei tempi ultraveloci imposti dalle situazioni di mercato.

Può essere necessario allora iniettare in azienda nuova managerialità capace di agire da fattore per facilitare e accelerare il processo di cambiamento e di introdurre stabilmente in azienda le capacità critiche richieste: in questo senso il TMan rappresenta un ragionevole punto di equilibrio tra bisogno di managerialità e vincoli economici.

I vantaggi rispetto a soluzioni più classiche sono evidenti. L'assunzione di un dirigente permanente potrebbe creare problemi sia dal lato dei costi (in senso assoluto come appesantimento della struttura di costi fissi di lungo periodo, ma anche in senso relativo in considerazione dell'impatto che la scelta avrebbe sull'equità interna), sia dal lato "relazionale" per le naturali resistenze e la possibile demotivazione del *management* esistente. Infine, il manager, abituato a muoversi in grandi contesti, potrebbe alla lunga non adattarsi ad un ambito in tutti i sensi più ristretto. D'altra parte, la consulenza finalizzata alla messa a punto di una serie di meccanismi e processi operativi potrebbe non essere indicata sia per il difficile passaggio dalla definizione della soluzione alla sua reale implemen-

tazione, sia per la difficoltà di trasferire competenze alle persone dell'azienda.

Si pone allora la domanda su quale sia il livello più opportuno per un progetto: quello di gestione globale dell'impresa oppure quello di gestione e ottimizzazione di una singola area funzionale critica per la crescita?

Posto che le PMI sono per lo più imprese imprenditoriali, dove sono presenti l'imprenditore stesso e, in varia misura, altri rappresentanti del nucleo familiare, è oggettivamente difficile che sulle scelte strategiche e sulla gestione generale l'imprenditore accetti di delegare in maniera sostanziale le proprie prerogative ad un manager "di passaggio".

Inoltre nelle PMI esiste una forte unitarietà e promiscuità di gestione tra interessi familiari e interessi dell'azienda, che l'imprenditore mal gradisce siano conosciuti o addirittura gestiti da manager esterni. Salvo ovviamente che una soluzione di TM venga generata da pressioni esterne all'impresa (es. le banche nel caso di crediti a rischio o di concessione di finanziamenti oltre la norma).

Il tema dell'"ottimizzazione funzionale" diventa quindi quello su cui meno pesano i vincoli di natura culturale: infatti nelle PMI le risorse umane "chiave" hanno in genere un'elevata anzianità aziendale e, spesso cresciute con l'azienda stessa, possono mostrarsi e sentirsi inadeguate a gestire situazioni sempre più complesse, finendo col creare situazioni di tensione personale e nell'organizzazione.

In particolare, esistono aree che più di altre possono risentire della tensione da crescita e da "raggiunto livello di incompetenza" e in cui può rivelarsi necessario ricorrere al supporto di un manager che operi da vero e proprio *coach* del manager presente in azienda.

Perché questo tipo di operazioni abbia successo sono necessari alcuni accorgimenti: massima trasparenza nei confronti del manager oggetto del *coaching* (messaggio: l'azienda sta investendo su di te perché ha scelto te, il TMan è qui per aiutarti) e salvaguardia della sua immagine e credibilità interna. A tal fine il TMan potrebbe entrare come consigliere della Direzione generale con responsabilità progettuale su certe aree.

Sono varie le aree di possibile intervento legate all'aumento della complessità gestionale:

- la logistica e la gestione integrata della *supply chain*;
- l'espansione della capacità produttiva;
- la costruzione di una rete di vendita efficace;
- l'implementazione di sistemi informatici ERP;
- le strategie di internazionalizzazione.

Un caso a parte è quello del ricambio generazionale in cui il TMan agisce come *coach* nei confronti dei componenti della famiglia prescelti per gestire una data area aziendale, al fine di garantire un passaggio di consegne alla generazione successiva non traumatico e di creare e rafforzare le competenze di gestione necessarie allo sviluppo organico dell'azienda.

5.7. Il successo di un intervento si basa sul rispetto di alcune semplici condizioni preliminari: esse sono valide tanto per la grande quanto per la piccola e media azienda, ma soprattutto per quest'ultima, specie oggi che l'imprenditore arriva spesso a delineare in maniera quasi autonoma una soluzione di TM per la propria azienda.

- *Diagnostico preliminare.* Specie nelle situazioni più complesse, e laddove non esista uno studio di fattibilità realizzato da altri, l'intervento di TM vero e proprio viene preceduto da un diagnostico organizzativo-strategico mirato a definire con sufficiente precisione il quadro entro cui l'azienda si muove e da cui discendono gli obiettivi su cui è opportuno che l'intervento stesso si focalizzi e il piano operativo ipotizzato per raggiungere tali obiettivi. Si tratta di un lavoro tipicamente consulenziale, con la notevole differenza rispetto ad uno studio tradizionale, che il piano indicato non verrà delegato a terzi, ma verrà gestito da chi lo ha preparato: quello che viene fornito non sono indicazioni e raccomandazioni generiche, bensì l'impegno su specifiche attività ed azioni. Questo tipo di analisi ha il grande pregio di obbligare l'azienda a rispondere con chiarezza, alla società

di TM ma in primo luogo a se stessa, ad una serie di domande. Sulla base di questi elementi l'azienda viene quindi ad acquisire tutti i dati necessari per decidere di passare alla fase operativa vera e propria, ivi inclusi gli impegni che essa dovrà rispettare perchè l'intervento abbia successo: si può quasi interpretare questa fase del progetto come una sorta di precontratto o di capitolato in cui le parti definiscono con chiarezza i rispettivi ambiti e le rispettive responsabilità.

- *Deleghe, poteri e leve operative.* Inserire un manager *senior* per gestire e risolvere problematiche di gestione senza fornirlo delle adeguate deleghe operative significa dotarsi di un'arma spuntata e inefficace. Capita spesso di sentire: "tanto poi il manager per qualsiasi cosa parla con me...", quasi come se l'imprenditore dovesse privarsi di una parte del proprio corpo delegando al manager una parte dei poteri che sente sua esclusiva prerogativa. Prima dell'avvio di un progetto bisogna quindi verificare:

- deleghe e poteri: devono esistere e devono essere funzionali agli obiettivi del progetto. Non solo: devono essere comunicate con chiarezza a tutta l'organizzazione al fine di dare piena legittimità e adeguato peso all'intervento;

- flussi di comunicazione e decisione: il manager deve poter disporre di tutte le informazioni necessarie e deve altresì essere coinvolto in tutti i processi operativi e decisionali che afferiscono ai contenuti e agli obiettivi dell'incarico;

- reti informali: è infine importantissimo, ma anche difficilissimo, comprendere se e quali reti informali di gerarchia e di potere esistono ed operano all'interno dell'azienda, e valutare i modi più opportuni per inserirvisi ed eventualmente utilizzarle tatticamente ai fini del successo finale.

- *Contesto organizzativo e comportamenti.* Se una data area funzionale è affidata ad un manager esterno, non devono esistere compromessi "organizzativi" per preservare aree di potere di membri della famiglia palesemente non idonei. Allo stesso modo, l'imprenditore non deve delegittimare il manager con atteggiamenti e comportamenti: è al manager che deve indirizzare le persone che prima si rivolgevano a lui, senza la scusa del "ci conosciamo da anni, ci resterebbe male a non poter parlare con me".

- *Comunicazione.* Naturale conseguenza dei punti precedenti è che sia chiaro e noto a tutti cosa fa il manager, senza zone d'ombra. La tipica domanda dell'azienda a questo proposito: devo o meno informare il resto dell'azienda sulla temporaneità dell'incarico? Alcuni sono portati a pensare che la conoscenza del fattore temporaneità potrebbe indurre nei collaboratori, ma anche in altri manager, la sindrome del "tiriamo in lungo, tanto questo fra qualche mese parte", con il risultato di vanificare parte del lavoro. La sindrome indubbiamente esiste ed è per certi versi anche umanamente comprensibile, pur se non giustificabile: solamente un manager nella pienezza e legittimità dei suoi poteri può superare questo tipo di ostacolo. Se il manager ha la facoltà di gestire in piena autonomia e responsabilità le risorse, ivi inclusi i poteri di trasferire e addirittura licenziare le persone, la probabilità che le persone mettano in atto fronde più o meno sistematiche si riduce al minimo. Pertanto, salvo casi estremamente particolari e specifici, la raccomandazione generale è quella di dare piena trasparenza alla temporaneità del mandato, e ai poteri e alle deleghe di cui il manager dispone.

Durante tutto lo svolgimento del progetto, è poi molto importante che si presti adeguata attenzione alla veicolazione, specie agli altri manager "chiave" della struttura, di alcuni messaggi riguardanti i principi base di un intervento di *temporary*, ovvero:

- l'aver optato per una scelta di tipo TM non implica alcuna sfiducia nei confronti del *management* interno: si tratta di una scelta tattica, ampiamente giustificabile in termini di rapporto costi/benefici;

- i compensi del manager, in quanto sensibilmente più elevati dei suoi colleghi permanenti, non devono essere considerati una turbativa al sistema di equità interna, bensì il giusto prezzo di un servizio particolare e la giusta remunerazione di un certo tipo di ri-

schio d'impresa personale che il TMan accetta di correre;

- il TMan non rappresenta un pericolo per la carriera di nessuno: entra ed opera per poter divenire inutile, non per costruire una propria carriera a detrimento di altri. Anzi, spesso entra a servizio della carriera di altri manager, laddove venga chiamato per gestire situazioni di *coaching*.

- *Pensare da subito al trasferimento delle competenze*. A parte i casi di *coaching*, dove la cosa è di per sé ovvia sin dall'inizio, quasi sempre un intervento di TM ha tra i suoi obiettivi collaterali quello di trasferire all'azienda cliente *know how* e competenze per migliorare la gestione di determinati processi o funzioni. Perché la cosa abbia successo, è però necessario che venga identificato, meglio se da subito, chi dovrà ricevere questo *know how* e queste competenze per poter gestire a regime e nella normale operatività quanto implementato dal TMan. Molte aziende non prestano adeguata attenzione a questo punto, finendo per procrastinare la decisione fino alle fasi finali del progetto, e arrivando a maturarne una in maniera affannata e frettolosa. Quanto prima invece si è capaci di pianificare il trasferimento, tanto più efficace esso sarà e tanto più *soft* sarà la fase di distacco del manager.

- *Attenzione alle crisi irreversibili*. In situazioni di grave crisi (es. aziende con patrimonio netto negativo), un intervento di *temporary* in una data area (es. il rilancio commerciale) avrebbe ben poche speranze di successo: è necessario un intervento più radicale, un vero e proprio *turnaround*.

- *Evitare la sindrome del "è bravo, facciamolo fare al TMan"*. Può capitare che, specie su incarichi non brevi (dodici/diciotto mesi) l'azienda si assuefaccia al TMan, al punto di dimenticarsene la temporaneità, considerandolo nè più nè meno un membro permanente della struttura, e di cominciare ad affidargli incarichi collaterali, magari su problematiche di lungo termine. È importante che questi comportamenti non inducano una defocalizzazione rispetto ai piani e agli obiettivi definiti, che peraltro, se richiesto da particolari condizioni, possono anche essere modificati in corso d'opera.

5.8. Poiché il TM è una professione a sé stante che fornisce alle aziende un particolare tipo di servizi, una corretta valutazione dei costi di un progetto deve rispettare questa peculiarità.

È necessario quindi scindere il concetto di TMan da quelli di dirigente e di equità interna e non confrontarsi con il costo aziendale equivalente di un manager a tempo indeterminato, bensì con il costo della non soluzione del problema oggetto dell'intervento (specie se protratta nel tempo).

Se comunque, per avere un parametro di riferimento, ci si vuole riferire al manager permanente equivalente, è opportuno pensare in ottica di *full cost*, ovvero includendo i costi di un'interruzione del rapporto di lavoro, di formazione e tutti gli eventuali costi accessori legati alla posizione. Una regola aurea, generalmente condivisa, è che il TMan dovrebbe costare almeno il 25-30% in più del costo aziendale del manager a tempo indeterminato corrispondente, quale "premio" per il maggior rischio connesso alla professione e per la necessità di "finanziare" il proprio aggiornamento e la propria formazione.

Il TMan opera quasi sempre con una forte incentivazione economica al raggiungimento degli obiettivi: è consigliabile strutturare una parte variabile di tipo "esponenziale", ovvero particolarmente significativa e fortemente crescente in funzione del raggiungimento di obiettivi decisamente rilevanti.

Possono esistere situazioni particolari per cui i costi del manager sono relativamente bassi: manager già in pensione (che coprono già in parte i loro costi fissi) o che operano attraverso proprie strutture societarie (portando in detrazione i propri costi) o altro: sarebbe sbagliato fissarli come criteri per la scelta del manager.

5.9. Nonostante un certo sviluppo, i numeri del mercato italiano sono ancora lontani rispetto ai Paesi europei più avanzati (Gran Bretagna, Olanda, Germania). Capire le ragioni

del successo del TM in questi Paesi può senz'altro aiutare a identificare le linee d'azione più efficaci da seguire, una volta compresi gli elementi ritardanti o addirittura inibenti della crescita e dello sviluppo del mercato e gli elementi che invece le favoriscono.

Il primo grosso ostacolo è stato quello di convincere le aziende che i TMan fossero manager di qualità e non solo il prodotto forzato dei processi di razionalizzazione (in altre parole, i rifiuti) di altre aziende. Si è trattato quindi di lavorare sulla qualità del servizio, per posizionarlo correttamente rispetto a strumenti manageriali in parte affini, soprattutto nei confronti della consulenza, e per qualificare l'offerta, sia per quanto concerne la materia prima (i manager) sia per quanto concerne gli intermediari che offrono il servizio.

Gran Bretagna ed Olanda, seguite a ruota dal Belgio, hanno utilizzato forme associative di matrice professionale per raggiungere questi obiettivi: sono entità estremamente significative in termini di rappresentatività del mercato: ad esempio, l'IMA inglese raccoglie oltre 25 società, ovvero l'85% di un mercato che cresce del 25-30% annuo, mentre oltre 15 sono gli associati dell'olandese RIM; il pur piccolo Belgio raduna in BIMA almeno otto società. In tutti i Paesi il mercato del TM si caratterizza per la forte presenza di gruppi multinazionali.

Uno dei primi obiettivi delle associazioni è stato quello di assicurare al mercato un corretto e stabile grado di qualità, a tutti i livelli, attraverso la definizione e l'implementazione di adeguati standard di riferimento al fine di evitare fenomeni di opzioni nominalistiche da parte di operatori senza tradizione e che non fanno investimenti specifici. Prioritario diviene quindi definire rigorosi criteri di natura professionale per regolare l'ammissione all'associazione, oltre a promulgare un codice di comportamento che regola alcuni aspetti chiave della professione, quali i criteri di selezione dei manager o la gestione del rapporto triangolare manager – società di TM – cliente.

Anche i clienti vanno educati, e un'accurata attività di sensibilizzazione e informazione viene continuamente svolta sui potenziali utilizzatori, in maniera più o meno diretta, per sfatare i falsi miti, ma anche per insegnare ad utilizzare correttamente lo strumento. Non è infrequente incontrare aziende che, pur avendo focalizzato correttamente il bisogno, non sanno poi come muoversi operativamente.

Il tema della qualità dei manager rappresenta forse l'area più delicata, in quanto un cattivo *temporary* crea più danno di quanto beneficio ne creino cinque buoni. Ad esempio in Olanda la Erasmus University di Rotterdam, in collaborazione con le associazioni manageriali di interim, organizza regolarmente due corsi specifici, "Interim Management Essentials" e "Master Class in Interim Management". È proprio con Erasmus che ISTUD e Temporary Management & Capital Advisors hanno dato origine all'"Executive Temporary Management Programme", prima iniziativa del genere in Italia.

L'argomento della qualificazione professionale dei manager ha poi trovato nei due Paesi un'interessante via di soluzione attraverso la creazione dell'associazione nazionale dei TMan, che opera non tanto come entità di matrice ed impostazione sindacale per la difesa di interessi collettivi, quanto come organismo professionale mirato soprattutto a qualificare e posizionare adeguatamente la professione e a creare e sviluppare competenze di interim *management* nel mercato e negli associati.

Nel Regno Unito, così come in Olanda, uno degli aspetti sicuramente più interessanti è rappresentato dallo stretto rapporto di collaborazione esistente con la rispettiva associazione delle società specializzate, vista come un partner con cui condividere un comune obiettivo definibile come lo sviluppo di un mercato di qualità piuttosto che come una controparte con cui confliggere per negoziare clausole contrattuali.

In Inghilterra, l'associazione degli interim manager è stata di fatto promossa e fatta crescere dall'associazione delle società di interim *management*, in *partnership* con il citato Institute of Management.

5.10. La crescita è stata inizialmente favorita dal “cambio culturale” e di atteggiamento nei confronti del TM iniziato verso la fine degli anni Ottanta e rafforzatosi nel corso degli anni Novanta; ciò è stato possibile grazie alla definizione di standard professionali e all’aumento della consapevolezza dei benefici ottenibili da interventi di *temporary*, e del riconoscimento dei risultati ottenuti nei progetti via via realizzati.

I fattori di crescita emersi da indagini effettuate in alcuni Paesi sono:

- la continua attività di “professionalizzazione” dei TMan;
- la tendenza, pressoché generalizzata, a ridurre le risorse permanenti e, specie sulle attività *non-core*, ad operare secondo i canoni più corretti del *Project Management*.
- la necessità da parte di molte aziende, specie medio-piccole, di adeguare, velocemente e in tempi stretti, le competenze chiave per non perdere competitività in un contesto che muta sempre più rapidamente. *Management* diviene per molte aziende sinonimo di gestione del cambiamento, ove la capacità di giocare d’anticipo può determinare il successo;
- la possibilità di avere a disposizione *team* di TMan;
- l’affermarsi, tra i manager, di uno stile di vita maggiormente orientato alla riappropriazione del proprio tempo e quindi alla visione delle pause tra un intervento ed il successivo come momento da dedicare alla propria formazione e alla gestione dei propri interessi;
- una prospettiva di crescita globale dell’economia. È stato peraltro rilevato che il TM, proprio per la sua natura di operare a costi variabili, cresce, seppure ad un tasso minore, anche in situazioni di congiuntura non in sviluppo.

I fattori che invece possono porre delle serie ipoteche sullo sviluppo del TM sono:

- la non percezione del bisogno, intesa nel senso di non saper identificare situazioni o problemi per la cui soluzione il *temporary* potrebbe essere una soluzione quasi ottimale;
- i possibili ritorni derivanti da esperienze negative e non di successo da parte di aziende ricorse a battitori liberi non professionali ed improvvisati;
- la possibile carenza di manager dotati delle necessarie competenze e delle corrette motivazioni per la professione;

In Italia si assiste purtroppo ancora ad un lungo decollo, pur se la nascita ufficiale risale agli anni 1986-1987.

Di *Temporary Management* oggi si parla molto per l’allargamento della discussione sui temi della flessibilità, perché è quasi una moda “manageriale” parlarne, per l’effetto di imitazione di modelli diffusi in altre realtà economiche avanzate, ma anche perché molte, troppe, società di servizi professionali lo includono tra i servizi offerti, spesso come puro fatto nominale di presenza, e perché molti dirigenti in mobilità si improvvisano TMan.

Il numero di operatori specializzati e qualificati si riduce oggi a quattro o cinque nomi o poco più, con scarsa presenza di società multinazionali; varie multinazionali che in altri Paesi operano nel settore non hanno ancora una presenza in Italia.

In questo contesto sembra corretto parlare, più che di un mercato nazionale vero e proprio, di una serie di micromercati gestiti dalle società specializzate.

In generale, il numero di incarichi di tipo funzionale è decisamente prevalente rispetto a quelli di *top management*, in linea con gli sviluppi dei Paesi più evoluti: difficile però dire quali siano le funzioni in cui il TM è maggiormente utilizzato.

A livello associativo, fattore di sviluppo estremamente importante negli altri Paesi, non esiste un’associazione tra i fornitori del servizio, mentre è operativo solo da pochi mesi il *Chapter* italiano di IIM – *Institute of Interim Management* (associazione professionale che in Inghilterra riunisce i TMan), che, avvalendosi del contributo di due delle principali società specializzate e di una importante scuola di formazione manageriale, punta alla definizione di standard di qualità in accordo con la *best practice* del mercato inglese (in cui operano oggi oltre 6.000 TMan) e a meccanismi di accreditamento secondo i principi professionali inglesi.

5.11. Al tema del *temporary management* sono dedicati numerosi siti internet, tra cui: www.temporary-management.com, sito creato da ISTUD e *Temporary Management & Capital Advisors* a supporto del percorso formativo creato in collaborazione con Erasmus University – Rotterdam; www.temporarymanager.it, sezione informativa dedicata all'interno del sito dell'Assessorato del lavoro della Provincia di Milano, curata da Maurizio Quarta e Giorgio Treglia (per la parte legale); www.generazionale.it/temporary.htm, sezione di un sito dedicato al passaggio generazionale; www.ioim.it, sito di IIM – *Institute of Interim Management Italian Chapter*, associazione professionale italo-inglese dei TMan (prima in Europa).

Tra i siti delle principali società di TM (che gestiscono anche progetti di *turnaround*, ovvero di gestione di crisi aziendali), possono menzionarsi: Contract Manager (Angelo Vergani) – www.contractmanager.it, EIM (Guido Tarizzo) – www.eim.com, *Temporary Management & Capital Advisors* (Maurizio Quarta) – www.tmcadvisors.com, TIM-Transition Management (Albino Collini, Domenico Costa) – www.tim-management.com. Tra le pubblicazioni, cfr.: M. QUARTA, *Temporary Management – Ascoltiamo l'Europa*, F. Angeli, Milano, 2003; F. D'EGIDIO, G. MOLTENI, G. TREGLIA, A. VERGANI, *Manager in affitto*, F. Angeli, Milano, 1997; G. GOLDEN, *Interim Management*, Sperling & Kupfer, Milano, 1992; A. VERGANI, G. MOLTENI, *Contract Manager: direttore generale affittasi*, F. Angeli, Milano, 1990; D. RUSSEL, *Interim Management*, Butterworth Heinemann, London, 1998.

Maurizio Quarta

Managing Partner – *Temporary Management & Capital Advisors*
National Coordinator Italian Chapter – IIM Institute of Interim Management

6. Mercato del lavoro

La regolamentazione regionale del mercato del lavoro e dell'apprendistato: il caso della Regione Marche

Sommario: **6.1.** La messa a regime delle disposizioni in materia di intermediazione, autorizzazione e accreditamento. – **6.2.** La regolamentazione regionale dell'apprendistato professionalizzante. – **6.3.** Conclusioni.

6.1. Sul finire del 2005 e nel corso del 2006 la Regione Marche ha portato a termine il proprio percorso attuativo delle disposizioni che, in base allo schema di ripartizione previsto dal d.lgs. n. 276/2003 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*) tra livello di regolamentazione nazionale e regionale, erano riservate alla sua competenza (per un quadro generale del modello regolativo previsto dal 276 con riferimento al mercato del lavoro, vedi da ultimo il mio *Pubblico e privato nei servizi per l'impiego nella legislazione nazionale e regionale*, in *q. Rivista*, 2006, n. 3, e ivi anche, per un confronto rispetto alle altre esperienze regionali, M. MAROCCO, *L'evoluzione della legislazione regionale in materia di mercato del lavoro*).

Può dunque ora essere prospettato un quadro di sintesi dell'esperienza di questa Regione con riferimento non solo alla disciplina del mercato del lavoro ma anche a quella dell'apprendistato professionalizzante.

Con d.g.r. n. 1113/2005 la Regione Marche ha completato il percorso di definizione del regime di autorizzazione all'attività di intermediazione, in attuazione delle norme della l.r. n. 2/2005 (*Norme per l'occupazione, la tutela e la qualità del lavoro*, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 34, da me commentata, all'indomani della sua emanazione, su *q. Rivista*, 2005, n. 3, *Il mercato del lavoro nella legislazione regionale: la legge della Regione*

Marche n. 2). Questa legge costituisce il riferimento essenziale di attuazione dei rinvii contenuti nel richiamato d.lgs. n. 276/2003 (cfr. *infra* § 6.2. con riferimento all'apprendistato professionalizzante).

L'art. 11 nella stessa contenuto è stato oggetto di censura di legittimità costituzionale, in quanto avrebbe istituito un obbligo di autorizzazione regionale esteso a tutti i soggetti intenzionati ad operare nella Regione Marche, compresi quelli già autorizzati dal Ministero del lavoro; in effetti, siffatta costruzione sarebbe risultata incompatibile sia con la disciplina introdotta dalla Legge Biagi sia, soprattutto, con il nuovo riparto di potestà legislativa ed amministrativa previsto dalla riforma del Titolo V.

Tale lettura era un po' forzata, in quanto la norma – pur essendo formulata in maniera potenzialmente ambigua – non sembrava costruita per realizzare l'intento denunciato.

In ogni caso, il tema è stato ridimensionato a seguito dell'approvazione della successiva l.r. n. 4/2006 (*Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 25 gennaio 2005, n. 2*, in *Boll. Adapt*, 2006, n. 32); tale legge ha modificato proprio l'art. 11, introducendo una nuova – e più chiara – formulazione, in virtù della quale “la Giunta [...] determina le modalità per il rilascio ai sensi dell'articolo 6, comma 6, del d.lgs. n. 276/2003 dell'autorizzazione all'esercizio dei servizi di intermediazione, ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale ai soggetti pubblici e privati che intendano svolgere le predette attività esclusivamente nel territorio regionale”.

Tale formulazione non lascia spazio a letture ambigue, e pertanto si può considerare superato il dubbio circa il fatto che le Marche abbiano voluto alterare il modello contenuto nel d.lgs. n. 276/2003 (come si legge nella relazione di accompagnamento, la l.r. n. 4/2006 è stata approvata proprio con l'intento di scongiurare quella che ad avviso del legislatore regionale era solo una errata lettura della prima formulazione normativa); questa valutazione è stata fatta propria anche dall'Avvocatura dello Stato, che ha ritirato l'impugnativa nei confronti dell'art. 11, considerando cessata la materia del contendere.

A conferma di quanto appena detto, e nello spirito della novella, il regolamento di Giunta qui in commento, approvato sotto la vigenza della prima formulazione, chiarisce (art. 1) che la disciplina regionale si applica solo ai soggetti pubblici e privati che intendano ottenere l'autorizzazione all'esercizio, nel solo territorio regionale, delle attività previste.

Il comma 2 della norma esplicita ancora più chiaramente tale aspetto, precisando che “i soggetti già autorizzati dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ai sensi dell'art. 4 del D. Lgs. n. 276/03 non necessitano dell'autorizzazione regionale per l'esercizio delle attività autorizzate”.

Il regolamento approvato dalla Giunta si limita a disciplinare le “procedure” di autorizzazione, mentre non introduce nuovi requisiti per il rilascio dell'autorizzazione stessa (cfr. art. 5 regolamento); le Regioni hanno a lungo rivendicato la facoltà di definire requisiti di autorizzazione aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalla legge nazionale, ma la Corte Costituzionale, con la ormai celebre sentenza n. 50/2005 (vedila in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4 e in *q. Rivista*, 2006, n. 1, con commento di S. SCAGLIARINI, *Competenze dello Stato e competenze delle Regioni in tema di regolamentazione del mercato del lavoro*), ha negato tale facoltà, in quanto la previsione di requisiti differenziati sul territorio produrrebbe effetti distorsivi sulla concorrenza.

Peraltro, anche su questo punto è sorto un conflitto costituzionale, in quanto l'Avvocatura dello Stato ha impugnato il comma 2 del citato art. 11 della l.r. n. 2/2005, il quale prevedeva che le Università e le scuole secondarie avrebbero potuto svolgere l'attività di intermediazione solo nei confronti dei propri studenti. L'impugnativa contesta la facoltà della legge regionale di aggiungere un requisito (*rectius*, un obbligo) ulteriore, rispetto a quelli previsti dal d.lgs. n. 276/2003, per i soggetti interessati ad ottenere l'autorizzazione.

Anche questo punto è stato modificato con la l.r. n. 4/2006; a seguito della novella, la

norma prevede ora che tali soggetti “[...] qualora svolgano l’attività di intermediazione devono garantire ai propri studenti la coerenza tra i percorsi formativi e l’eventuale collocazione lavorativa”. Come nel caso precedente, anche questa modifica è stata giudicata sufficiente dall’Avvocatura dello Stato, che ha ritirato la propria impugnativa sul punto.

Nel merito, il regolamento definisce l’autorizzazione regionale come atto che, nei limiti ed alle condizioni di cui al d.lgs. 276/2003, è “necessario e sufficiente” per l’esercizio delle attività di cui all’art. 1, comma 1; in tal modo si evidenzia la distinzione con il provvedimento di “accreditamento”, che invece costituisce atto necessario ma non sufficiente (serve anche l’affidamento concreto del servizio) per l’erogazione in favore dei servizi pubblici di “servizi al lavoro”.

L’autorizzazione all’esercizio dell’attività di intermediazione comporta automaticamente l’autorizzazione all’esercizio dell’attività di ricerca e selezione del personale e a quella di supporto alla ricollocazione professionale; per queste ultime due attività si può tuttavia chiedere la singola e specifica autorizzazione, beneficiando di requisiti meno impegnativi.

I soggetti che intendono ottenere l’autorizzazione regionale debbono presentare apposita richiesta, sottoscritta dal legale rappresentante e prodotta su appositi formulari predisposti dalla Regione Marche; una volta ricevuta la richiesta, la Regione, previa verifica della sussistenza dei requisiti previsti dal d.lgs. n. 276/2003, rilascia l’autorizzazione, provvedendo contestualmente alla comunicazione al Ministero del lavoro e delle politiche sociali per l’iscrizione del soggetto nella apposita sezione regionale dell’albo delle Agenzie per il lavoro.

Per la conclusione del procedimento è previsto un meccanismo di silenzio-assenso, una volta trascorsi inutilmente sessanta giorni dalla richiesta.

Analogamente a quanto previsto dal d.lgs. n. 276/2003, la prima autorizzazione ha carattere provvisorio ed ha una durata di due anni decorrenti dalla data del rilascio.

Il rilascio dell’autorizzazione a tempo indeterminato avviene a seguito di espressa richiesta; ai fini del rilascio di questa autorizzazione i soggetti richiedenti devono predisporre una relazione analitica dell’attività svolta nel corso del biennio precedente, secondo appositi formulari predisposti dalla Regione; nonostante l’autorizzazione diventi a tempo indeterminato, potrà sempre essere revocata, qualora si verifichi la carenza dei requisiti prescritti dalla legge.

L’autorizzazione a tempo indeterminato non può essere concessa ai soggetti in possesso di autorizzazione provvisoria che non abbiano svolto, o che abbiano svolto con carattere saltuario o intermittente, l’attività o le attività per le quali sono direttamente autorizzati.

Infine, il regolamento (art. 8) disciplina i casi di revoca dell’autorizzazione; qualora siano riscontrate “non conformità” alle disposizioni previste dal regolamento e dalla legge, la Regione Marche procederà alla notifica della irregolarità riscontrata, motivandone le cause e assegnando un termine non inferiore a trenta giorni per il ripristino da parte del soggetto delle condizioni minime di autorizzazione. Nel caso in cui il soggetto non rispetti detto termine, l’autorizzazione verrà revocata e il soggetto cancellato dalla sezione regionale dell’albo nazionale di riferimento.

6.2. Con riferimento all’apprendistato professionalizzante, poi, con la d.g.r. n. 1113 sui profili formativi dell’apprendistato, del 27 settembre 2005 (in *Boll. Adapt*, 2005, n. 34) la Regione Marche ha portato a termine una significativa – anche dal punto di vista quantitativo – fase di attuazione delle nuove norme relative all’istituto; con la delibera in esame, infatti, sono stati approvati i profili formativi dei settori terziario distribuzione e servizi e distribuzione cooperativa, turismo, edile, metalmeccanico, tessile/abbigliamento/moda/calzature/pelli e cuoio, e creditizio e finanziario.

L’approvazione dei profili costituisce il momento conclusivo della procedura prevista dalla d.g.r. n. 976/2005 (in *Boll. Adapt*, 2005, n. 50, Scheda di sintesi), la quale ha se-

gnato il passaggio dal regime transitorio a quello definito nella Regione, disegnando così la disciplina generale degli aspetti formativi del contratto di apprendistato professionalizzante.

In particolare la d.g.r. n. 976, preceduta da un'intesa con le parti sociali, ha definito i criteri e le linee guida che governano la formazione da espletarsi nel corso del contratto di apprendistato professionalizzante e, contestualmente, disciplinano le procedure per l'approvazione dei profili formativi del medesimo.

Con tale regolamentazione è stata data attuazione all'art. 17 della l.r. n. 2/2005 e all'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003; in merito all'art. 17 della legge regionale, va ricordato che questa norma, nella parte (comma 4) in cui dispone che la "formazione teorica" – concetto diverso da quello di formazione "formale" – deve essere erogata in prevalenza all'esterno dell'impresa, è al momento oggetto di impugnazione avanti alla Corte Costituzionale.

La disciplina che scaturisce dall'intesa e dalla successiva delibera di Giunta sembra tuttavia destinata a restare insensibile all'esito del contenzioso costituzionale, in quanto essa trova la propria fonte di legittimazione non nel comma impugnato, quanto piuttosto nel comma 2 del medesimo art. 17 della legge regionale (oltre che nell'art. 49, comma 5, del d.lgs. n. 276/2003) che non è stato oggetto di impugnazione.

La disciplina approvata è destinata a regolamentare stabilmente gli aspetti formativi del contratto, in quanto, seppure si prevede la realizzazione di una verifica da realizzarsi una volta decorsi 18 mesi dalla data della sua approvazione, non viene previsto un termine finale di efficacia.

L'ambito di applicazione della delibera si estende esclusivamente ai settori di attività per i quali la Regione abbia approvato i profili formativi, e la contrattazione collettiva abbia disciplinato gli aspetti di propria competenza; per gli altri settori, sino a che non saranno approvati i profili formativi e la relativa disciplina collettiva, resta in vigore la l. n. 196/1997.

La "formazione formale" viene definita come il percorso formativo, realizzato in un contesto formativo organizzato e in situazione non produttiva, finalizzato all'acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali, secondo gli obiettivi previsti dai profili formativi approvati dalla Regione.

La formazione formale deve essere strutturata, sia per la parte eventualmente realizzata all'interno dell'impresa sia per quella realizzata all'esterno, sulla base di unico progetto, attuato dagli enti di formazione accreditati e dall'azienda, adeguato alla tipologia del settore produttivo di appartenenza e coerente con il piano formativo individuale e con i profili formativi individuati dalla Regione.

L'impegno formativo dell'apprendista è determinato, per l'apprendistato professionalizzante, in un monte di formazione formale esterna o interna all'azienda di almeno 120 ore per ogni anno di apprendistato.

Un aspetto interessante della disciplina marchigiana consiste nell'articolazione "pluralista" della formazione formale che, in aderenza di quanto previsto dal d.lgs. n. 276/2003, può essere erogata tanto all'interno dell'impresa, quanto al suo esterno.

La particolarità della disciplina approvata risiede nella diversa articolazione tra formazione esterna ed interna che può essere realizzata in ragione della capacità dell'impresa di erogare formazione.

Così, la formazione formale può essere erogata, oltre che all'esterno dell'azienda presso gli enti di formazione accreditati dalla Regione Marche per la macrotipologia "formazione continua", direttamente dai datori di lavoro, secondo due diverse modalità.

Qualora il datore di lavoro sia in possesso della qualifica di "impresa formativa accreditata", la formazione formale può essere erogata all'interno dell'impresa per l'intero monte ore previsto, pari a 120 ore.

Qualora invece esso ottenga il riconoscimento – meno impegnativo – della "capacità

formativa interna”, la formazione formale può essere erogata entro un limite di 40 ore medie nel primo anno e di 50 nel secondo.

Tale costruzione è apprezzabile, in quanto coniuga l’esigenza di definire alcuni requisiti minimi che deve possedere il datore di lavoro per poter erogare la formazione interna con quella di valorizzare le realtà dotate di alta capacità formativa, le quali, se accreditate, possono come visto espletare l’intero percorso all’interno dell’azienda.

Come appena ricordato, il riconoscimento della “capacità formativa interna” consente l’erogazione di una quota crescente di formazione formale all’interno dell’impresa.

Al fine di ottenere tale riconoscimento, i datori di lavoro devono possedere alcuni requisiti minimi.

Il primo gruppo di requisiti concerne la presenza di risorse umane al trasferimento di competenze; questa condizione risulta soddisfatta con la presenza di dipendenti che hanno maturato almeno tre anni di esperienza professionale nelle attività inerenti la qualificazione che dovrebbe raggiungere l’apprendista al termine del contratto di apprendistato, e che sono in possesso di alcuni titoli di studio (diploma di scuola media superiore, attestato di qualifica rilasciato da un Istituto professionale di Stato, attestato di qualifica rilasciato ai sensi della l. n. 845/1978 al termine di un corso di formazione professionale).

Viene poi prevista una misura particolarmente adeguata alle realtà produttive di dimensioni ridotte (es. le imprese artigiane); possono svolgere attività di docenza anche datori di lavoro (o loro soci) con almeno 3 anni di esperienza e lavoratori dipendenti sprovvisti dei suddetti titoli di studio, che possono dimostrare di aver maturato almeno 10 anni di esperienza nelle attività inerenti la qualificazione che dovrebbe raggiungere l’apprendista.

Sempre al fine di costruire una disciplina “adattabile” alle caratteristiche dimensionali dell’azienda, che possono essere anche molto ridotte, l’intesa prevede che in assenza di risorse umane in possesso dei predetti requisiti, il datore di lavoro può servirsi di personale in possesso delle caratteristiche sopra descritte, messo a disposizione da altri datori di lavoro appartenenti allo stesso settore produttivo attraverso apposite convenzioni o accordi.

Il secondo gruppo di requisiti concerne la disponibilità di locali idonei al corretto svolgimento della formazione; questi devono essere distinti dagli altri, destinati prevalentemente alla produzione di beni o all’erogazione di servizi, e devono consentire di ospitare adeguatamente l’apprendista o gli apprendisti ai fini dell’erogazione della formazione formale; anche per i locali è prevista la possibilità di ricorrere a “forniture” esterne.

Il terzo gruppo di requisiti concerne la necessaria presenza di tutori aziendali che abbiano frequentato almeno 12 ore di formazione erogata dagli enti di formazione accreditati.

I datori di lavoro interessati al riconoscimento della propria “capacità formativa interna” devono presentare apposita domanda alla Provincia nella quale ha sede l’unità produttiva per la quale si intende ottenere la predetta qualifica, con la quale autodichiarano il possesso dei requisiti prescritti dalla disciplina regionale.

Le “imprese formative accreditate”, come ricordato, sono abilitate ad erogare internamente l’intero monte ore di formazione formale previsto dalla regolamentazione regionale, pari a 120 ore annue.

Al fine di conseguire la qualificazione di cui sopra i datori di lavoro sono tenuti all’ottenimento dell’accreditamento regionale per la macrotipologia formativa “formazione continua”, ai sensi delle vigenti disposizioni regionali in materia di strutture formative (l’accreditamento è disciplinato nelle d.g.r. n. 62/2001, n. 2164/2001 e n. 1449/2003).

La delibera disciplina, infine, le procedure per la richiesta ed il rilascio del “parere di conformità”, configurato come atto obbligatorio che attesta la coerenza del piano formativo individuale con le linee guida ed i profili formativi individuati dalla disciplina regionale.

Il datore di lavoro è obbligato, entro 5 giorni dall'assunzione dell'apprendista, a richiedere il "parere di conformità".

L'ottenimento del parere non condiziona, quindi, la stipulazione del contratto di apprendistato e non si pone come procedura di "autorizzazione", al contrario di quanto previsto in alcuni Ccnl. Tale scelta è opportuna, in quanto l'apprendistato è un contratto di lavoro, seppure connotato da forti tratti di specialità, e in quanto tale non sembra rientrare nella potestà normativa regionale la previsione di "condizioni" di utilizzabilità ulteriori rispetto a quelle previste dal legislatore nazionale (diversa è la disciplina degli aspetti formativi del contratto, che invece rientra nella potestà legislativa regionale).

La disciplina predisposta per il parere di conformità valorizza la funzione di controllo di questo strumento, in quanto il suo mancato rilascio può essere utilizzato dai servizi di vigilanza come elemento per l'esercizio dell'attività amministrativa di controllo sul corretto adempimento dell'obbligo formativo.

Il parere viene rilasciato dagli enti bilaterali costituiti su iniziativa delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, se lo svolgimento di tale funzione sia previsto dalla contrattazione collettiva, o da accordi nazionali o regionali sottoscritti dalle stesse organizzazioni.

In mancanza della suddetta previsione collettiva o in assenza di organismi bilaterali, il parere è rilasciato dalle Province entro il cui territorio è ubicata l'unità produttiva dove si svolgerà in prevalenza il rapporto di lavoro, attraverso le Commissioni provinciali per il lavoro di cui all'art. 8 della l.r. n. 2/2005.

Il parere di conformità è rilasciato dai predetti soggetti entro 20 giorni dal ricevimento della richiesta, anche attraverso il meccanismo del silenzio-assenso.

Infine, l'intesa regionale definisce la procedura per l'approvazione dei profili formativi; tale momento, come già ricordato, è molto importante, in quanto determinerà per ciascun settore interessato l'utilizzabilità del contratto di apprendistato professionalizzante.

Per la individuazione dei profili formativi la Regione prenderà in esame gli elaborati presentati congiuntamente dalle associazioni datoriali e sindacali più rappresentative sul piano regionale. Gli elaborati prodotti dovranno tenere conto di quanto previsto in materia dalla contrattazione collettiva nonché degli elaborati prodotti dalla Commissione Nazionale istituita – ai sensi del dm n. 179/1999 –, presso il Ministero del lavoro e della previdenza sociale con il supporto tecnico dell'Isfol.

La Regione provvederà all'approvazione dei profili formativi mediante recepimento degli elaborati presentati in apposita deliberazione di Giunta; tuttavia, qualora ritenesse che i profili presentati non corrispondono alle linee guida ed agli obiettivi formativi minimi individuati dalla disciplina regionale, potrà indicare gli aspetti che ritiene necessario modificare o integrare.

I profili formativi possono essere approvati a condizione che siano articolati in gruppi omogenei di figure professionali, che siano coerenti con l'istituendo Repertorio delle Professioni di cui all'art. 52 del d.lgs. n. 276/2003, che specifichino i macro-obiettivi professionalizzanti che devono essere conseguiti al termine del contratto di apprendistato.

Inoltre, i profili potranno essere approvati a condizione che facciano riferimento ad alcuni obiettivi formativi minimi (conoscere i prodotti e servizi del settore, conoscere e saper applicare le basi tecniche e/o scientifiche della specifica professionalità, acquisire abilità nelle tecniche e metodi di lavoro, conoscere e applicare strumenti e tecnologie di lavoro, conoscere le misure di sicurezza individuali e collettive, conoscere le innovazioni di prodotto di processo e di contesto).

Per i settori di cui vengono approvati profili, il compito normativo e regolamentare della Regione – che abbiamo visto essere tutt'altro che semplice da gestire – può dirsi concluso, e l'apprendistato professionalizzante diventa utilizzabile da subito se già disciplinato dalla contrattazione collettiva.

L'unico impedimento residuo può verificarsi nel caso in cui la contrattazione collettiva non abbia disciplinato tale tipologia contrattuale; qualora non si verifichi tale condizione, gli effetti dell'approvazione dei profili e la conseguente utilizzabilità del contratto resteranno sospesi sino al momento dell'approvazione della disciplina collettiva (ad esempio, tale ipotesi ricorre per l'industria metalmeccanica).

Proprio sulla base di questa procedura, la d.g.r. n. 1113 completa il percorso attuativo per i settori terziario distribuzione e servizi e distribuzione cooperativa, turismo, edile, metalmeccanico, tessile-abbigliamento-moda-calzature-pelli e cuoio, e creditizio e finanziario.

6.3. Le vicende legislative appena richiamate offrono alcuni spunti interessanti su cui riflettere. La Riforma Biagi è stata oggetto, oltre che di intense dispute accademiche, di alcuni conflitti di natura politica che hanno rallentato l'avvio di una vera fase di sperimentazione, che invece costituisce un momento indispensabile per l'effettiva valutazione di qualsiasi provvedimento legislativo.

Il "caso" della Regione Marche insegna che, anche in presenza di un Governo regionale orientato politicamente in maniera diversa dalla maggioranza parlamentare che, a suo tempo, ha approvato la Riforma, era e resta possibile una gestione pragmatica delle innovazioni in essa contenuta. Questo approccio pragmatico dovrebbe essere diffuso il più possibile, in quanto l'intento meramente distruttivo delle riforme approvate da coalizioni politiche diverse da quelle di appartenenza, specie in una materia complessa come quella del mercato del lavoro, costringe i sistemi oggetto di regolazione a continui strappi e ripartenze, sicuramente dannosi per l'attuazione di quei processi di modernizzazione di cui il mercato del lavoro italiano ha un assoluto bisogno.

Giampiero Falasca
Avvocato del Foro di Roma

6. Mercato del lavoro (*segue*)

Il nuovo reimpiego "assistito" per i lavoratori ultracinquantenni

Sommario: **6.4.** Il reimpiego per i lavoratori ultracinquantenni. – **6.5.** Riferimenti bibliografici essenziali.

6.4. Appena prima del passaggio di testimone, il 6 marzo scorso, il Governo Berlusconi ha emanato il d.l. n. 68 (in *Boll. Adapt*, 2006, n. 14), che, mai pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, ha ottenuto la conversione, con modificazioni, nella l. n. 127/2006 (in *GU*, 29 marzo). In seguito, sono intervenute ulteriori modifiche, di cui si dirà *infra*.

Il decreto-legge convertito (d'ora in avanti, "decreto") riguarda principalmente misure per il reimpiego dei lavoratori ultracinquantenni, oltre che la proroga dei contratti di solidarietà.

Nella premessa del decreto, infatti, la "necessità ed urgenza" ha una duplice declinazione. *In primis* quella di "adottare misure per fronteggiare gravi crisi occupazionali"; in seconda battuta quella di "adottare misure per la rimodulazione di talune dotazioni finanziarie, per la funzionalità dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché per la messa in sicurezza di grandi dighe".

La prioritaria finalità occupazionale del decreto è coerentemente, e compiutamente, esplicitata già nell'art. 1. Si tratta di garantire ad un massimo di tremila lavoratori "adulti", che compiano i cinquant'anni entro il 2006, il reingresso nel mercato del lavoro, in base ad accordi sottoscritti tra le imprese – che "non abbiano cessato l'attività": così la legge di conversione –, le organizzazioni comparativamente più rappresentative dei lavoratori e

il Ministero del lavoro e delle politiche sociali (oggi nuovamente “della previdenza sociale”).

Le unità di personale coinvolte, previa risoluzione del rapporto lavorativo, come precisa ancora l’art. 1, comma 1, entreranno in tal modo in un apposito “Programma sperimentale per il sostegno al reddito finalizzato al reimpiego”, promosso dallo stesso Ministero del lavoro con la collaborazione di Italia Lavoro.

Per quanto concerne le attività poste in essere nel corso del Programma, queste saranno svolte, anche avvalendosi della Borsa continua del lavoro, dai seguenti soggetti (art. 1, comma 2):

- dalle agenzie per il lavoro di cui agli artt. 4 e 5, d.lgs. n. 276/2003 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*);

- “dagli altri operatori autorizzati o accreditati ai sensi degli artt. 4, 5, 6 e 7 del d.lgs. n. 276/2003”;

- eventualmente, in raccordo con le agenzie per il lavoro medesime e/o con gli altri operatori autorizzati, dai centri per l’impiego delle Province competenti, dalle Regioni e dai Fondi interprofessionali per la formazione continua.

Il decreto precisa che i soggetti pubblici opereranno sulla base dei compiti istituzionali e delle risorse finanziarie ordinarie, e pertanto senza dispendio di risorse erariali supplementari.

Il programma avrà una scansione temporale iniziale secondo la periodizzazione di cui all’art. 7, commi 1 e 2, della l. n. 223/1991 (in  indice A-Z, voce *Licenziamento collettivo*, art. 1, comma 3, del decreto), corrispondente alla durata del diritto all’indennità di mobilità: trentasei mesi in generale, quarantotto per i lavoratori delle aree di cui al testo unico approvato con d.P.R. n. 218/1978, vale a dire al Mezzogiorno d’Italia – individuato, lo rammentiamo, nelle Regioni Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia e Sardegna, nelle Province di Latina e di Frosinone, nei Comuni della Provincia di Rieti già compresi nell’ex circondario di Cittaducale, nei Comuni compresi nella zona del comprensorio di bonifica del fiume Tronto, nei Comuni della Provincia di Roma compresi nella zona della bonifica di Latina, nell’Isola d’Elba e nei territori dei Comuni di Isola del Giglio e Isola di Capraia.

Alla fine di tali periodi, così come alla fine del triennio successivo, si procederà all’esame dei risultati ottenuti in base agli accordi sottoscritti e si darà corso all’eventuale proroga di fasi del programma.

Il decreto – emanato, si ricordi, il 6 marzo – prevedeva che entro il 31 marzo il Ministro del lavoro approvasse il piano di riparto del previsto contingente numerico di lavoratori tra le imprese aderenti (il decreto dice genericamente “interessate”), le quali entro il 15 marzo (art. 1, comma 1) avrebbero dovuto già aver sottoscritto gli accordi.

Questa previsione è stata necessariamente modificata in sede di conversione: la legge ha, infatti, introdotto una proroga di quindici giorni sia per la stipulazione degli accordi, il cui termine è stato dunque portato al 31 marzo, sia per l’approvazione ministeriale, slittata al 15 aprile.

In seguito, tali termini sono stati ulteriormente prorogati: il d.l. n. 136/2006 (“Proroga di termini in materia di ammortizzatori sociali”), convertito senza modificazioni in l. n. 202/2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 32), li ha, infatti, differiti di altri due mesi, rispettivamente al 31 maggio e al 15 giugno.

Per i periodi successivi a quelli di cui all’art. 7, commi 1 e 2, della l. n. 223/1991, il sostegno per i lavoratori che seguano il Programma è stabilito nella misura dell’ultima mensilità di mobilità erogata, fino al perfezionamento dei processi di fuoriuscita dal Programma stesso, e comunque non oltre il raggiungimento dei requisiti di cui ai commi da 6 a 9 dell’art. 1 della l. n. 243/2004 (in  indice A-Z, voce *Riforma delle pensioni*), vale a dire non oltre il momento della maturazione del diritto al trattamento pensionistico (cfr. il

decreto all'art. 1, comma 4). Ciò significa che ai lavoratori rientranti nel Programma compete l'80% del trattamento straordinario d'integrazione salariale percepito, o che sarebbe spettato, nel periodo immediatamente precedente la risoluzione del rapporto di lavoro.

Sempre ai sensi del comma 4, al termine dei periodi di cui all'art. 7, commi 1 e 2, della citata l. n. 223/1991, gli oneri relativi al sostegno al reddito dei lavoratori coinvolti, oneri comprendenti la contribuzione figurativa, sono posti a carico delle imprese, con l'esclusione di quelle sottoposte a procedure fallimentari o di concordato preventivo (ex l. n. 223/1991, d.lgs. n. 270/1999 e d.l. n. 347/2003 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 39/2004. Alle imprese in fallimento o in concordato sono riservate milletrecento (così nella legge di conversione: nel decreto erano mille) delle complessive tremila unità di lavoratori. Va notato che il decreto non chiarisce da chi e come saranno erogate, a queste milletrecento unità, le somme per il sostegno del loro reddito.

Inoltre (art. 1, comma 5), per i primi due anni d'attuazione del Programma, compete a tutti i tremila lavoratori prescelti il diritto di precedenza di cui all'art. 15, comma 6, l. n. 264/1949, come modificato dall'art. 6, comma 4, del d.lgs. n. 297/2002 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Collocamento*), e pertanto essi devono essere privilegiati nell'eventuale riassunzione da parte dell'azienda da cui sono fuoriusciti. A questi si applica pure (art. 1, comma 6) l'art. 1-*quinquies* del d.l. n. 249/2004 (in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2004, n. 36), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 291/2004, il che comporta la perdita dell'indennità in caso di non accettazione dell'avviamento ad un corso di formazione o riqualificazione, o d'irregolare frequenza dello stesso, oppure di rifiuto di uno specifico lavoro – sempre che tutte tali attività proposte si svolgano entro il raggio di cinquanta chilometri o richiedano una percorrenza con mezzi pubblici di durata non superiore agli ottanta minuti. Peraltro, il decreto, al comma 7, capoverso 1-*ter*, ha introdotto un'interessante "novità", sottoforma di modifica al medesimo comma 1 dell'art. 1-*quinquies* del d.l. n. 249/2004: i lavoratori in mobilità o in trattamento assistenziale che perdano l'indennità, come testé rammentato, potranno ricorrere entro trenta giorni alla Direzione provinciale del lavoro competente per territorio, che deciderà, in via definitiva, nei venti giorni successivi alla data di presentazione del ricorso.

Tali ultimi termini sono stati poi ampliati dalla legge di conversione, che li ha fissati rispettivamente in quaranta e trenta giorni.

Il comma 7 ha esteso il comma 1 dell'art. 1-*quinquies* del d.l. n. 249/2004 anche con altri due importanti *addenda*: dei nominativi dei soggetti da ritenersi decaduti dai benefici dev'essere data comunicazione direttamente all'Inps e, in caso di mobilità, al Centro per l'impiego territorialmente competente, a cura, secondo i casi, dei responsabili dell'attività formativa, delle agenzie per il lavoro o dei datori di lavoro (art. 1-*bis*, d.l. n. 249/2004), e l'omessa comunicazione come appena citato è valutata ai fini della verifica del corretto andamento dell'attività svolta da parte delle agenzie per il lavoro ex art. 4, comma 5, d.lgs. n. 276/2003 (art. 1-*quater*, d.l. n. 249/2004).

Estremamente generico è il disposto del comma 8 dell'art. 1 del decreto: i lavoratori inseriti nel programma transitati ad un altro rapporto di lavoro, comunque definito, hanno diritto a rientrarvi nel caso in cui questo rapporto di lavoro sia venuto meno per cause non imputabili alla volontà del lavoratore. Nulla è detto riguardo all'eventuale limite temporale per esercitare il diritto qui contemplato, per cui dovrebbe darsi la possibilità che anche dopo anni, in caso di licenziamento non per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, se ancora sussistente il programma di reimpiego, il lavoratore abbia la possibilità di riaccedervi, con le conseguenti difficoltà attuative. Con quali risorse, infatti, potrà avvenire la reimmissione, ed erogate da chi? Dalla parte pubblica o da quella privata? In assenza, tuttora, degli accordi di dettaglio del Programma, i problemi riferiti a questi aspetti restano insoluti.

Al comma 9 del decreto è stabilito che i lavoratori coinvolti possano prestare attività lavorativa temporanea ed occasionale, cumulando il trattamento di sostegno al reddito con la retribuzione/compenso spettante, nel limite massimo complessivo dell'ultima retribuzione aggiornata sulla base dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati calcolato dall'Istat. Se poi gli importi percepiti risultano superiori "al limite complessivo di cui al comma 1" – ma qui pare esservi un errore, perché nulla dice in proposito il comma 1, mentre è facilmente intuibile che il limite a cui ci si riferisce è quello appena menzionato al primo capoverso del medesimo comma 9 –, l'ammontare del trattamento di sostegno al reddito si riduce. In tal caso, dal punto di vista dell'onere contributivo, questo resta in capo al datore di lavoro, o al lavoratore se la prestazione è di carattere autonomo, per l'ammontare percepito dal lavoratore, con contestuale riduzione percentuale dell'accantonamento figurativo da parte dell'Inps.

Per quanto riguarda l'onere finanziario di tutta l'operazione, il comma 10 dell'art. 1 del decreto, come modificato dalla legge di conversione, fissa le seguenti somme:

- anno 2006: un milione e trecentomila euro (*rectius*, euri);
- anno 2007: due milioni e seicentomila;
- dall'anno 2008: quindici milioni e seicentomila.

Gli stanziamenti si basano sulle risorse di cui all'art. 68, comma 4, lett. a), della l. n. 144/1999 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Collocamento*), come modificato dall'art. 78, comma 18, della l. n. 388/2000, che affluiscono al bilancio Inps, con apposita evidenza contabile, come il decreto sottolinea – precisazione che dovrebbe essere superflua, seguendo le regole di una corretta amministrazione.

L'Inps stesso è incaricato dal decreto di provvedere a monitorare le domande di accesso al sostegno al reddito di cui al comma 4 e di comunicare il risultato del monitoraggio sia al Ministero del lavoro che al Ministero dell'economia e delle finanze, anche ai fini dell'adozione dei provvedimenti correttivi di cui all'art. 11-ter, comma 7, l. n. 468/1978 (in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2004, n. 30), e successive modificazioni, ovvero delle misure correttive da assumere ai sensi dell'art. 11, comma 3, lett. i)-quater, della medesima l. n. 468/1978, e quindi in particolare in caso di riscontrati scostamenti dalle spese programmate, con ipotizzabili maggiori oneri.

Per le eventuali impreviste eccedenze di spesa, con limitazione al periodo strettamente necessario all'adozione dei provvedimenti correttivi, si provvede (mediante rideterminazione, stabilita con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze), degli interventi gravanti sul Fondo per l'occupazione di cui all'art. 1, comma 7, del d.l. n. 148/1993, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 236/1993.

In conclusione, va segnalato che l'ultimo comma (l'undicesimo) dell'art. 1 del decreto prevede il differimento di un altro anno (così com'è stato disposto anche nelle Finanziarie 2003, 2004, 2005 e 2006), dal 31 dicembre 2005 al 31 dicembre 2006, dell'utilizzo del citato Fondo per l'occupazione per i contratti di solidarietà stipulati nell'artigianato e nelle imprese non rientranti nel regime della l. n. 223/1991. A questo scopo, per il 2006 è autorizzata la spesa di "35 milioni di euro".

In concreto le misure del decreto dovrebbero concernere in prevalenza lavoratori, già interessati dall'esodo, provenienti da imprese di poli industriali in situazione di crisi della Sardegna (milletrecento lavoratori) e del cosiddetto "polo elettronico" dell'Abruzzo (settecento lavoratori) (cfr. *GLav*, 14 aprile 2006, n. 16, 34; *Newsletter Giuridica di Filodiritto*, 3 aprile 2006, n. 177). Tuttavia, dal momento che qualunque azienda in possesso delle caratteristiche del caso può teoricamente aderire al Programma, è prevedibile il precipitarsi in una sorta di "corsa" per rientrare nel contingente dei tremila lavoratori complessivi.

L'iniziale giustificazione della decretazione d'urgenza, consistente nel "fronteggiare gravi crisi occupazionali", pare in ogni caso mal conciliarsi con la natura dichiaratamente sperimentale di tutto il Programma posto così in essere, comportante un relativamente esiguo numero di lavoratori coinvolti e la mancata previsione di un trasferimento dell'esperienza su più larga scala in tempi brevi. Dal momento che poi nulla si esplicita sulle attività da fornire durante il Programma da parte dell'ampia platea dei soggetti erogatori, che sono in ipotesi di natura davvero varia, i tempi per l'attuazione del decreto, ormai legge dello Stato, paiono allungarsi in modo piuttosto indefinito, il che ulteriormente contrasta con l'impellenza del reimpiego dei lavoratori.

6.5. Su sostegno al reddito, riqualificazione e ricollocazione, dal punto vista giuridico, ma anche da quello socioeconomico, P.G. ALLEVA *et AL.*, *Tutela del lavoro e riforma degli ammortizzatori sociali*, Giappichelli, Torino, 2002; E. BALLETTI, *Disoccupazione e lavoro. Profili giuridici della tutela del reddito*, Giappichelli, Torino, 2000; M. BIAGI, *Recessione e mercato del lavoro: la formazione alla flessibilità*, in *q. Rivista*, 1993, n. 1, 261 ss.

Sul problema della disoccupazione e dell'esclusione sociale, cfr., in generale, nella vastissima letteratura esistente, Y. BARTH *et AL.*, *Le chômage en perspective*, L'Harmattan, Paris, 2001; U. BECK, *Europa Felix: il vecchio continente e il nuovo mercato del lavoro*, Carocci, Roma, 2000; L. FREY (a cura di), *La disoccupazione nel lungo periodo: cause e conseguenze*, Il Mulino, Bologna, 1997.

Sulla storia degli interventi politico-economici per l'occupazione, cfr., con riferimento all'Italia negli anni Ottanta, G. ALTIERI (a cura di), *Tra Nord e Sud. Lavoro, disoccupazione, immigrazione: l'esperienza italiana negli Ottanta*, Ediesse, Roma, 1991; per il periodo tra fine anni Novanta ed inizio di questo decennio, C. SARACENO (a cura di), *Rapporto sulle politiche contro la povertà e l'esclusione sociale 1997/2001*, Carocci, Roma, 2002.

Per una disamina del diritto sociale all'occupazione in ambito europeo, cfr., in generale, K.A. ARMSTRONG, *Tackling social exclusion through O.M.C.: reshaping the boundaries of EU governance*, in T. BORZEL, R. CICHOWSKI, *State of the Union: law, politics and society*, Oxford University Press, Oxford, 2003, vol. 6; M. BIAGI, *L'impatto della European Employment Strategy sul diritto del lavoro e sulle relazioni industriali*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale*, Giuffrè, Milano, 2003; R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *q. Rivista*, 2001, 335; M. TIRABOSCHI, *Incentivi all'occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002; T. TREU, *Le politiche sociali europee*, in T. TREU, *Diritto del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 75 ss.

Sui possibili rimedi alla disoccupazione e all'esclusione sociale, cfr. P. CIOCCA (a cura di), *Disoccupazione di fine secolo: studi e proposte per l'Europa*, Bollati Boringhieri, Torino, 1997; L. GALLINO, *Se tre milioni vi sembrano pochi. Sui modi per combattere la disoccupazione*, Einaudi, Torino, 1998; N. NEGRI, C. SARACENO, *Povertà, disoccupazione ed esclusione sociale*, in *SM*, 2000, n. 2, 175-210.

Infine, per una prospettiva del problema psicopedagogica e di scienza dell'organizzazione, cfr. C. MANFREDDA, T. VECCHIO, *Ieri, oggi, domani: orientare i lavoratori in mobilità*, Professionalità, La Scuola, Brescia, 1992, n. 11, 57-64; K.M. ROWLEY, N.T. FEATHER, *The impact of unemployment in relation to age and length of unemployment*, in *Journal of occupational psychology*, 1987, n. 60. In materia di formazione professionale,

Enaip Lombardia dal 1983 pubblica *Skill – Teorie ed esperienze sulla formazione*, rivista semestrale: su tale rivista, con particolare riferimento al tema qui trattato, cfr. il fascicolo n. 14 del 1998.

Isabella Spanò
Dottoranda di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Ispettore del lavoro coordinatore – Responsabile U.O. Vigilanza Ordinaria – Dpl di Parma

6. Mercato del lavoro (*segue*)

Inserimento lavorativo esterno di soggetti detenuti condannati a lunghe pene detentive: l'esperienza del Centro per l'impiego di Volterra

6.6. In coincidenza con il passaggio delle competenze in materia di mercato del lavoro dall'Amministrazione centrale a quella locale (la documentazione fondamentale che riassume questo passaggio è consultabile in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), la Provincia di Pisa ha istituito sul proprio territorio un sistema integrato in materia di politiche del lavoro e servizi per l'impiego, il cui campo d'intervento comprende tanto l'ambito dei servizi ai privati, quanto quello sociale.

A fronte della constatazione che l'inserimento al lavoro dei detenuti è necessario per favorirne il recupero alla società, nel rispetto della normativa in vigore, e che il Carcere di Volterra rappresenta una realtà cospicua misurata sulle dimensioni della città che lo ospita (nel carcere di massima sicurezza si trovano circa 150 detenuti condannati a lunghe pene detentive), il 25 settembre 2001 la Provincia di Pisa ha stipulato un protocollo d'intesa con la Direzione della Casa penale di Volterra, in cui si è convenuto di istituire un servizio di sportello mirato a consentire l'accesso dei detenuti al mercato del lavoro mediante azioni di orientamento, formazione professionale e incontro tra domanda e offerta.

In attuazione della convenzione, a partire dal mese di marzo 2002 si sono tenuti presso la Direzione del Carcere alcuni incontri tra il personale del Centro per l'Impiego di Volterra e lo *staff* servizi sociali-educatori del Carcere. Gli incontri hanno costituito l'occasione per precisare le rispettive competenze e i rispettivi campi di intervento, definire il metodo di lavoro e le modalità dell'intervento stesso, e stabilire, se pur in linea di massima, un calendario operativo.

A partire dal mese di aprile 2002 è stato avviato all'interno del Carcere il servizio di informazione, orientamento, incontro domanda-offerta di lavoro, tuttora attivo. Esso consiste nella effettuazione periodica di colloqui di orientamento al lavoro in presenza di uno o due operatori, di un esperto di orientamento del Centro per l'Impiego e dell'educatore del Carcere, al fine di individuare i detenuti che, essendo vicini ai termini di legge per richiedere l'ammissione al lavoro esterno (art. 21, l. n. 354/1975), presentano caratteristiche professionali e competenze tali da essere spendibili sul mercato del lavoro locale.

A partire da una rosa di 20 candidati indicati dagli educatori del Carcere, applicando il metodo di lavoro sopra descritto, sono stati congiuntamente selezionati gli otto soggetti che risultavano essere in possesso di tutti i requisiti – professionali, comportamentali e caratteriali – necessari per l'inserimento lavorativo all'esterno del Carcere.

Parallelamente, l'impegno del Centro per l'Impiego si è rivolto verso le aziende del territorio. In una prima fase sono state selezionate le imprese che presentavano caratteristiche operative più adatte al tipo di inserimento che si intendeva proporre. Successivamente, sono stati individuati i datori di lavoro apparentemente più sensibili alla problematica del recupero dei detenuti. Infine, si è proceduto a una serie di incontri con i singoli imprendi-

tori: una vera e propria attività di mediazione volta a superare le difficoltà e le diffidenze che l'assunzione di un lavoratore detenuto comunemente comporta.

In questa fase, è emersa, come elemento determinante per il buon esito del progetto, la possibilità di prospettare, in aggiunta ai requisiti professionali, anche la concessione di agevolazioni a fronte della assunzione del soggetto detenuto.

Ai fini della prosecuzione del progetto è stato fondamentale poter ricondurre l'attività svolta, dotata di tutte le necessarie caratteristiche, all'interno del progetto denominato *Coast Revitalization*, che la Provincia di Pisa condivideva, nell'ambito del programma comunitario Equal, con quella di Livorno, specificamente rivolto all'inserimento di soggetti svantaggiati. Infatti, in base a quanto previsto dalle specifiche del progetto Equal e avvalendosi delle risorse economiche disponibili, è stato possibile inserire sette detenuti in attività lavorativa esterna, con il regime previsto dall'art. 21 della l. n. 193/2000 (c.d. Legge Smuraglia).

La forma contrattuale prescelta è stata quella del tirocinio formativo, nel solco dei tirocini formativi già promossi della Provincia di Pisa e che, da quattro anni, tanto successo stanno riscuotendo tra le imprese e i lavoratori.

L'obiettivo primario era quello che i sette detenuti portassero a termine un'attività lavorativa esterna della durata di sei mesi, acquisendo professionalità e soprattutto recuperando capacità di relazione con la realtà del lavoro fuori della struttura penitenziaria. Una delle conseguenze dei lunghi periodi di detenzione è infatti quella che il detenuto, nel praticare un'attività lavorativa all'interno del carcere, tende ad abituarsi a ritmi di lavoro molto dilatati rispetto a quelli praticati all'esterno. L'abitudine poi a relazionarsi per molto tempo sempre alle stesse persone e con modalità che, naturalmente, debbono tener conto del contesto, richiede uno sforzo di adattamento alla realtà esterna che necessita, specie nei primi giorni, di un tutoraggio continuo che tuttavia non deve mai trasformarsi in una presenza troppo invadente, o peggio ancora oppressiva.

Obiettivo secondario, inoltre, era quello di determinare un inserimento lavorativo esterno in forma stabile per tutti e sette i detenuti, tenuto conto anche, per ciascuno di loro, della decorrenza dei termini per poter presentare l'istanza di semilibertà al giudice competente. Entrambi gli obiettivi sono stati pienamente raggiunti in quanto tutti e sette i soggetti coinvolti hanno portato a termine il tirocinio formativo con risultati davvero brillanti, tanto che ben cinque di essi sono stati assunti a tempo indeterminato, e gli altri con contratti a termine.

L'esperienza descritta, che deve considerarsi conclusa, potrebbe essere ripetibile attraverso un progetto specifico che ne ricalcasse le caratteristiche, tenendo conto della necessità di operare alcune, modeste, correzioni nelle prassi fin qui adottate. Si potrebbe, infatti, mettere a regime un *modus operandi* che consentisse di passare dalla fase della sperimentazione a quella dell'applicazione di *routine*.

Le procedure di selezione dei detenuti e delle aziende ospitanti potrebbero, invece, rimanere le stesse seguite finora.

I posti di lavoro potrebbero essere reperiti in maniera abbastanza agevole in una riedizione del progetto, anche perché al Centro per l'Impiego si affiancherebbero gli imprenditori, che in seguito al loro coinvolgimento nel progetto diventerebbero il migliore strumento di promozione. Il numero di posti disponibili non dovrebbe peraltro ridursi, in quanto l'esito auspicato di queste esperienze di inserimento lavorativo non è tanto quello di incentivare i lavoratori a stabilirsi nel territorio della Provincia, ma quello di favorire il reinserimento nel territorio d'origine utilizzando la professionalità acquisita e le referenze guadagnate.

A tale proposito, è dato rilevare che uno dei partecipanti al progetto ha seguito proprio questo *iter* e ha fatto ritorno alla zona di provenienza, avendo lì trovato una occupazione

ed essendo quindi stato trasferito nel carcere più vicino. Nel contempo, nell'azienda in cui egli lavorava, è stato possibile inserire al lavoro un altro detenuto.

Qualora si realizzassero le condizioni sopra descritte e in una ipotetica nuova fase della sperimentazione potrebbe rivestire un ruolo determinante la formazione professionale, che potrebbe essere erogata in forma modulare ai detenuti che prendono parte alle fasi del progetto anteriori al tirocinio formativo in azienda.

Uno dei vantaggi dell'organizzare corsi di formazione all'interno del carcere sarebbe quello di poter avere a disposizione, per molte qualifiche che risultano poi avere interessanti prospettive all'esterno, le attrezzature necessarie, con conseguente notevole contenimento dei costi. Il riferimento è ai servizi di mensa, bar, lavanderia, nel cui ambito potrebbero essere formate qualifiche come interno di cucina, aiuto cuoco, cuoco, pizzaiolo, cameriere, addetto mensa, barista, addetto sala bar, addetto di lavanderia. Esistono inoltre numerose imprese esterne che eseguono continuamente lavori di manutenzione ed interventi all'interno delle strutture carcerarie e che potrebbero consentire la formazione di manovali, muratori, imbianchini, piastrellisti, ma anche addetti a lavori di falegnameria, di idraulica ed elettrici.

Il progetto è stato sviluppato grazie al contributo di quattro soggetti: il Centro per l'Impiego, la Direzione della Casa Penale di Volterra, gli educatori e gli imprenditori. Al centro del progetto stanno però i detenuti, i quali hanno compreso fin dall'inizio che se anche uno solo di loro avesse fallito, difficilmente le porte del Carcere si sarebbero riaperte per altri nella loro medesima condizione. Si sono, insomma, sentiti investiti di una responsabilità, quella di aprire la strada anche ad altri, e ad essa non sono mai venuti meno.

Ed è questa la dimostrazione migliore che è giusto riconsegnare questi sette detenuti alla comunità degli uomini liberi.

Graziano Gazzarri
Istruttore tecnico – Provincia di Pisa

7. Processo del lavoro

Controversie di lavoro e previdenziali: impressioni sui dati Istat concernenti la litigiosità nel territorio nazionale

Sommario: **7.1.** Premessa. – **7.2.** Tentativo obbligatorio di conciliazione. – **7.3.** Devoluzione al giudice ordinario del lavoro delle controversie del pubblico impiego. – **7.4.** Aumento del contenzioso nel meridione. – **7.5.** Arbitrato. – **7.6.** Controversie previdenziali ed assistenziali. – **7.7.** Certificazioni dei contratti di lavoro. – **7.8.** Conclusioni.

7.1. Da un primo esame dell'indagine svolta in tema di controversie in materia di lavoro, previdenza ed assistenza obbligatoria dall'Istituto Nazionale di Statistica presso i 165 Tribunali del lavoro e le 29 sezioni lavoro di Corte di Appello (cfr. ISTAT (a cura di), *Le cause di lavoro, previdenza e assistenza in Italia – anni 2000-2004*, Roma, 16 maggio 2006, in *Boll. Adapt*, 2006, n. 27; l'indagine riguarda specificatamente le controversie individuali e plurime avviate presso gli organi giudiziari competenti dai lavoratori o dai datori di lavoro, autonomamente o con l'assistenza delle rispettive organizzazioni sindacali o di categoria, con l'esclusione dall'analisi delle controversie collettive), insieme ai dati sull'andamento dei procedimenti forniti dal Ministero della giustizia, emerge la notevole crescita dei giudizi di appello e comunque il rilevante numero di cause di lavoro e previdenziali sopravvenute negli ultimi quattro anni presso le sedi giudiziarie di tutto il territorio nazionale.

In particolare, dalla indagine risulta che la quantità dei procedimenti giudiziari in materia di lavoro negli ultimi quattro anni al Sud è di fatto raddoppiata rispetto a quella degli anni precedenti.

Confrontando i dati Istat delle controversie individuali relative al quadriennio 2000-2004 con l'effettiva situazione a livello nazionale, si ritiene che il fenomeno possa attribuirsi ad una serie di circostanze concomitanti come, ad esempio, la devoluzione al Giudice del lavoro delle controversie nel P.I., la soppressione delle Preture, il risultato non ottimale dei c.d. "filtri", ecc.

7.2. Il tentativo di conciliazione, così come modificato – al fine di agire da filtro delle controversie giudiziarie – non ha dato l'esito sperato. Ritenere infatti che sia sufficiente imporre il tentativo di conciliazione (*che poi troppo spesso si riduce al mero invio di una lettera raccomandata alr in due copie – controparte e Direzione provinciale del lavoro – nonché al necessario decorso del tempo per promuovere il giudizio*), per realizzare un valido filtro al notevole contenzioso di lavoro, si è rivelato un grave errore di valutazione. Tale convinzione non poteva che dare un esito negativo, poiché non si è tenuto conto delle innumerevoli realtà locali, frutto della discutibile soppressione delle Preture (giugno 1999; cfr. il d.lgs. n. 51/1998, in  indice A-Z, voce *Processo del lavoro*) presso ognuna delle quali c'era un Magistrato che celebrava le cause di lavoro più o meno una volta alla settimana nel luogo più vicino al lavoratore e all'azienda.

Purtroppo con la riforma del 1999 il Giudice del lavoro, in spregio a quanto originariamente previsto dal legislatore del 1973, si è "allontanato" con la sua sede da molte città o da innumerevoli piccoli Paesi ove sono ubicate le aziende più disparate.

Forse il tentativo obbligatorio di conciliazione, quale filtro alle controversie giudiziarie, avrebbe potuto avere qualche speranza di successo qualora fosse stato imposto alle Direzioni provinciali del lavoro di far funzionare periodicamente una sezione zonale presso i singoli comuni, anche soltanto una volta al mese.

Non ci si è preoccupati di tener conto delle esigenze del lavoratore di una piccola azienda artigianale o commerciale, ubicata in uno sperduto paese che non ha più la Pretura ed il circondario a cui appartiene ha la sede del Tribunale lontana anche 80-100 Km. ma, talvolta, addirittura più vicina della Direzione provinciale del lavoro!

Si pensi a comuni vicini al Tribunale ma distanti dal capoluogo dove ha sede la Direzione provinciale del lavoro.

In questo caso, qualora le parti abbiano un qualche intento di comporre la classica controversia per differenze retributive dovranno o concretamente rivolgersi al sindacalista del luogo per conciliare *ex art. 411 c.p.c.* ("se il tentativo di conciliazione si è svolto in sede sindacale, il processo verbale di avvenuta conciliazione è depositato presso l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale. Il direttore, o un suo delegato, accertatane l'autenticità, provvede a depositarlo nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è stato redatto. Il giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto") oppure dovranno attendere il decorso del tempo (sessanta/novanta giorni dalla ricezione delle raccomandate riguardanti l'istanza per esperire il tentativo di conciliazione) per presentare il ricorso al Giudice del lavoro e finalmente, dopo l'attesa di tanti mesi – seppure alla prima udienza – trovare un accordo sulla controversia divenuta giudiziaria soltanto per la evidente inefficienza del sistema.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione, così come ora previsto ed attuato, assomiglia molto alla messa in mora che il legale formula per chiedere alla compagnia di Assicurazioni il risarcimento danni derivante da sinistro stradale, requisito essenziale che rende improcedibile l'azione giudiziaria se non sono decorsi almeno sessanta giorni dalla ricezione della lettera raccomandata (*così come accade per promuovere le cause di lavoro*).

Non si è creato così un valido filtro per le controversie giudiziarie di lavoro (si veda anche il fallimento del tentativo di conciliazione nelle controversie del P.I.) ma una maggiore burocratizzazione del sistema, danneggiando tutti gli utenti, soprattutto i lavoratori, che vedono ulteriormente ritardare la tutela dei loro diritti (*altro che celerità e principi chiovendiani voluti nel processo del lavoro!*), mentre i datori di lavoro, in questo modo, sopportano inevitabilmente maggiori costi.

A seguito della riforma degli artt. 410 e ss. c.p.c. (d.lgs. n. 80/1998) ebbi ad esprimere senza riserve le mie perplessità (cfr. A. BELSITO, *Controversie di lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, 37), non ritenendo idoneo allo scopo questo presunto filtro.

Sarebbe opportuno un intervento del legislatore tenendo conto che la maggior parte delle controversie di lavoro ben può essere definita, soprattutto nella fase iniziale, purché le parti abbiano la possibilità di “trattare” anche dinanzi ad un funzionario *terzo* in un ufficio pubblico più vicino alla loro residenza, mentre per le controversie del pubblico impiego, che hanno notevolmente influito sull’aumento del contenzioso dinanzi al Giudice del lavoro, bisognerà intervenire legislativamente per rendere più valida e più utilizzabile la normativa riguardante il tentativo di conciliazione di cui all’art. 65, d.lgs. n. 165/2001.

Qui di seguito si riporta il prospetto n. 1 elaborato dall’Istat riguardante il movimento e gli indicatori di funzionalità dei procedimenti giudiziari.

Procedimenti di lavoro, previdenza e assistenza obbligatoria - Anni 2000-2004										
(Elaborazioni Istat su dati del Ministero della Giustizia – Direzione generale di statistica)										
	Primo grado					Grado di appello				
	2000	2001	2002	2003	2004	2000	2001	2002	2003	2004
LAVORO										
Sopravvenuti	157.730	158.382	151.028	162.990	167.239	16.168	16.879	20.994	22.870	24.402
Esauriti	154.133	149.386	175.653	154.541	159.854	21.116	19.812	23.370	21.581	21.517
- % con sentenza	34,0	42,2	40,1	46,4	49,2	73,4	77,4	81,8	80,9	79,7
Pendenti fine anno 3	20.662	324.279	298.733	307.866	315.935	55.965	52.950	51.150	48.975	51.969
PREVIDENZA E ASSISTENZA										
Sopravvenuti	235.802	267.683	255.131	288.854	247.039	29.190	31.984	34.385	34.914	35.223
Esauriti	302.398	290.776	337.713	296.258	274.623	34.803	38.497	35.419	33.034	35.576
- % con sentenza	59,5	67,5	64,9	70,5	73,7	85,7	86,1	87,0	91,4	90,4
Pendenti fine anno	783.891	759.875	675.608	670.672	640.708	79.800	74.829	73.792	83.191	83.382

7.3. Le controversie di lavoro riguardanti il pubblico impiego, già affidate al Giudice speciale amministrativo (*T.A.R. e Consiglio di Stato*), finalmente sono approdate, dal 1° luglio 1998, dinanzi al Giudice ordinario del lavoro (riforma prevista dal d.lgs. n. 29/1993, modificata ed integrata dai d.lgs. n. 396/1997, n. 80/1998 e n. 387/1998, in [☞](#) indice A-Z, voce *Pubblico impiego*).

Era inevitabile, pertanto, che il numero delle controversie di lavoro nel quadriennio 2000-2004, confrontato con quello dei periodi precedenti, nei quali questo contenzioso aveva altra esclusiva giurisdizione, lievitasse considerevolmente.

Anche i lavoratori pubblici devono esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione prima di promuovere l’azione giudiziaria ed i termini e le forme sono differenti rispetto a quelle previste per i lavoratori privati seppur tale procedimento amministrativo si espleta comunemente dinanzi alla Direzione provinciale del lavoro.

Dal momento della ricezione della relativa istanza dovrà decorrere un periodo di almeno 90 giorni per procedere giudizialmente.

La giurisdizione del Giudice amministrativo sopravvive nella materia lavoristica soltanto

per le controversie riguardanti procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni nonché per quelle riguardanti i rapporti di lavoro di cui all'art. 3 del T.U. in materia di pubblico impiego (d.lgs. n. 165/2001, in  indice A-Z, voce *Pubblico impiego*), per le controversie di lavoro promosse da magistrati ordinari, amministrativi e contabili, avvocati dello Stato, personale militare e forze di Polizia di Stato, diplomatici, ecc.

7.4. Per quanto concerne *l'aumento del contenzioso nel sud Italia*, si ritiene che ciò non sia solo il frutto di una sostanziale crescita della litigiosità, ma della evidente e carente dislocazione dei vari Uffici giudiziari dove ha sede il Giudice del lavoro che in tal modo rende sempre più onerosa l'attività per formalizzare la transazione delle controversie non facilmente definibili in sedi stragiudiziali insufficienti, a volte lontane e non sempre garantiste.

Si tenga conto ad esempio di quanto sia oneroso per un lavoratore di Gravina di Puglia o Spinazzola raggiungere la Direzione provinciale del lavoro a Bari (*circa 80 Km.*) ed il Tribunale a Trani (*circa 60 Km.*).

La vertenza dell'apprendista o del lavoratore di un'azienda artigiana sarà promossa tra tante difficoltà ed i tempi della controversia saranno necessariamente lunghi.

Tutto quanto innanzi poteva essere prevedibile dagli *addetti ai lavori* non adeguatamente consultati, atteso che risultava di tutta evidenza il disagio procurato ai lavoratori con l'allontanamento del Giudice del lavoro.

A tale situazione si sarebbe potuto sopperire prevedendo un sistema abbastanza snello che consentisse agli interessati, quando fosse possibile (e cioè nelle innumerevoli controversie per differenze retributive) di trovare in loco un pubblico funzionario conciliatore disponibile a far incontrare le parti.

La prevedibilità di cui sopra coinvolge anche *l'aumento dei giudizi in appello*. Le cause trasferite dalle singole Preture alle sedi di Tribunale avevano in realtà determinato una nuova ubicazione del Giudice naturale per cui, da un lato "l'adattamento" ambientale e dall'altro un diverso metodo di valutazione hanno sicuramente influito nella "gestione" delle cause che già nelle Preture avevano un tempo di durata non brevissimo.

Cosicché gli imprevisti, i contrattempi, le reiterate sostituzioni della persona del Giudice e i mutamenti di interpretazione hanno contribuito ad aumentare la confusione anche negli addetti ai lavori, provocando inevitabilmente numerosi ricorsi in appello avverso decisioni a volte non prevedibili.

Tutto questo si sarebbe potuto almeno attenuare se, anche per il settore giudiziario del lavoro, fossero stati stanziati adeguati finanziamenti (*così come in maniera considerevole è accaduto, con non pochi sprechi, per il settore penale*) e non fosse prevalsa la convinzione dell'ormai prossima riduzione delle cause di lavoro.

Tutti auspichiamo che il contenzioso del lavoro possa ridursi grazie a più efficaci intese tra le parti sociali e ad un progressivo rispetto dei diritti dei lavoratori: ma evidentemente il semplice auspicio non può essere sufficiente a consentire lo smantellamento, come è accaduto in maniera semplicistica, della struttura creata in tanti anni a tutela dei predetti diritti.

Un cenno positivo merita l'analisi dei dati riguardanti l'esito delle cause di lavoro che nel quadriennio in esame per il giudizio di primo grado risultano essere state accolte nella misura del 57% nel meridione e fino al 71,5% nella parte settentrionale.

In particolare il 73,3% di tutti i ricorsi di impugnativa di licenziamento sono stati accolti. Risulta che circa il 40% dei ricorsi di lavoro concernenti l'estinzione del rapporto non vengano accolti e tale percentuale dimostra come il contenzioso non sia più quasi del tutto favorevole alle istanze del lavoratore come accadeva nei primi tempi degli anni Settanta (*ma anche per tutti gli anni Ottanta*) perché le posizioni delle parti si sono più equilibrate anche grazie al maggior rispetto delle regole soprattutto da parte dei datori di lavoro.

ro.

7.5. Deludente risulta altresì il ricorso *all'arbitrato per le controversie di lavoro* sia perché, anche nei casi in cui il lavoratore abbia sottoscritto la clausola, ha sempre diritto ad adire l'Autorità Giudiziaria (ex art. 5, l. n. 533/1973, in  indice A-Z, voce *Processo del lavoro*, “nelle controversie riguardanti i rapporti di cui all'art. 409 del codice di procedura civile l'arbitrato irrituale è ammesso soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero dai contratti e accordi collettivi. In quest'ultimo caso, ciò deve avvenire senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria”), sia perché nelle nostre tradizioni e nella conseguente sensibilità, non ispira ancora fiducia il ricorso ad un Giudice privato per una controversia di lavoro.

Un qualche successo si è ottenuto, ad esempio, per le controversie di lavoro degli sportivi.

In particolare, i calciatori professionisti (lavoratori dipendenti ex l. n. 91/1981, in  indice A-Z, voce *Lavoro sportivo*) possono rivolgersi ad un apposito collegio arbitrale (*struttura consolidata nel tempo che garantisce le parti, le quali eccezionalmente preferiscono in questo caso il Giudice privato*) che decide secondo diritto, così sostanzialmente rispettando tutte le disposizioni legislative e contrattuali vigenti.

Col d.lgs. n. 387/1998, poi, il legislatore ha sostituito e completato alcune regole previste negli artt. 412-ter e 412-quater c.p.c. riguardanti l'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi e l'impugnazione ed esecutività del lodo arbitrale.

Nel caso in cui il tentativo di conciliazione fallisca le parti potrebbero adire il Giudice privato procedendo all'arbitrato irrituale soprattutto se i Ccnl prevedano tale possibilità. Attualmente non si espletano molti arbitrati ex art. 412-ter e 412-quater c.p.c.

Né la recente riforma di alcune disposizioni anche in tema di arbitrato (d.lgs. n. 40/2006, in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 14, vedi anche il commento di A. CORVINO, *Le modifiche al processo del lavoro nel d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40*, che segue in *q. Osservatorio*) – riferita in particolare al procedimento previsto dagli artt. da 806 a 832 c.p.c. – sembra idonea a superare le perplessità e soprattutto la diffidenza che si nutre da parte dei lavoratori nei confronti del Giudice privato.

Insomma, allo stato il *filtro* dell'arbitrato per le controversie di lavoro non risulta essere particolarmente efficace anche considerando, come già detto, che le parti prima dell'inizio del giudizio arbitrale hanno la facoltà di adire l'A.G.O.

7.6. Discorso a parte merita il *contenzioso in materia previdenziale* che dovrebbe essere ben distinto da quello delle controversie di lavoro onde evitare che i Magistrati del lavoro utilizzino le controversie previdenziali insieme a quelle di lavoro anche per “far numero” con le sentenze, ai fini delle benedette statistiche.

L'incremento delle cause previdenziali è frutto, da un lato, di un eccessivo rigore anche formale in sede amministrativa e, dall'altro lato, della oggettiva crescita di infortuni sul lavoro che denota sia la carenza di adeguati controlli in materia di sicurezza del lavoro, sia la difficoltà burocratica da parte dell'Ente assicurativo nel provvedere tempestivamente ai relativi indennizzi. L'attuale sistema con i suoi lunghissimi tempi è molto farraginoso, molto costoso e non del tutto trasparente.

Forse per questo tipo di giudizi si potrebbe costituire un Collegio giudicante presieduto da un Magistrato togato coadiuvato da due medici non scelti per simpatia ma imposti da criteri previsti per legge (e ciò in considerazione dell'inconfutabile circostanza che il medico nominato C.T.U. con la sua relazione “decide” – in buona sostanza – la controversia).

Così si risparmierebbero i notevoli compensi che si elargiscono ai tantissimi C.T.U. a carico degli Enti pubblici soccombenti e si farebbe capo a medici i quali, in sede di decisione in camera di consiglio, avrebbero maggiori responsabilità.

Con quest'ultimo "coraggioso" sistema si accorcerebbero i tempi e si realizzerebbe anche una riduzione seppur minima e non troppo drastica del contenzioso previdenziale. A fronte di un apparente nuovo costo riguardante l'indennità da riconoscere al *medico-giudice*, ci sarebbe un notevole risparmio sulle tantissime parcelle liquidate con la garanzia che non uno, ma due medici in contraddittorio e poi in sede giudicante, possano deliberare congiuntamente al giudice togato.

7.7. Interessante è la sperimentazione dell'istituto di *certificazione dei contratti di lavoro* previsto all'art. 5 dalla Legge Biagi (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*) e agli artt. 75 e ss. dal suo decreto attuativo, il d.lgs. n. 276/2003 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*).

La certificazione è stata ideata per i contratti di lavoro "al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro [...]".

Essa consiste nell'espletamento di un procedimento finalizzato ad inquadrare la concreta fattispecie negoziale in quella astratta prevista dal nostro ordinamento.

Le parti – lavoratore e datore – volontariamente fanno istanza scritta di certificazione.

La commissione di certificazione deve svolgere un'attività d'interpretazione dei fatti onde accertare quale possa essere stata la comune intenzione delle parti, non limitandosi al mero senso letterale delle parole.

L'istituto della certificazione evidenzia una utilità pratica in riferimento alla certezza del diritto "[...] con particolare riferimento alle zone grigie tra autonomia e subordinazione, dove da tempo dilaga un imponente contenzioso ed ai contratti di appalto" (G. PELLACANI, M. TIRABOSCHI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *GLav*, settembre 2005, 5). In effetti si deve dare atto che la sperimentazione di tale istituto potrebbe dare validi risultati migliorando la normativa vigente in materia, coinvolgendo in particolar modo il lavoratore e quindi le parti del sistema delle relazioni industriali più sensibili ai bisogni del mercato.

La finanziaria 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 52) ha previsto che anche i consulenti del lavoro nell'ambito territoriale di riferimento possano costituire Commissioni per la certificazione dei contratti.

In dottrina (P. RAUSEI, *Consulenti del lavoro: garanzie di certificazione*, in *DPL*, 2006, n. 19, inserto; cfr. anche M. TIRABOSCHI, *Ora serve l'azione ispettiva*, in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 19) si è ritenuto che le Commissioni costituite dai consulenti del lavoro potrebbero essere una garanzia per l'istituto della certificazione, auspicandone una vitalità che spinga il Ministero del lavoro ad "[...] una presa di posizione netta circa gli effetti della certificazione nei riguardi delle indagini ispettive anche in termini persuasivi o orientativi, spingendo cioè per ispezioni che si concentrino sui contratti non certificati [...]".

L'aumento degli atti di certificazione potrà contribuire anche ad assicurare una serie di certezze e verosimilmente in tal modo si potrebbe realizzare una riduzione del contenzioso del lavoro.

Qualora la certificazione fosse richiesta per la maggior parte dei contratti di lavoro diventerebbe più facile individuare quelli "ibridi" effettuando opportune verifiche, così disincentivando gli imprenditori dall'instaurare rapporti di lavoro legalmente non corretti.

7.8. In conclusione, l'aumento dei giudizi d'appello non può meravigliare più di tanto, poiché era prevedibile che l'accorpamento dei tanti uffici del Giudice del lavoro avrebbe prodotto, nei nuovi unici ambienti e almeno per la prima fase, un certo squilibrio anche dovuto al tempo necessario di adattamento degli stessi difensori ai diversi metodi adottati nelle nuove sedi dai singoli Giudici (si pensi ad esempio all'elastico criterio adottato per la dichiarazione di nullità dei ricorsi introduttivi da parte dei Magistrati), così come l'aumento in generale delle controversie di lavoro deve tener conto della devoluzione dal 1998 di quelle dei pubblici dipendenti. Per cui ben poco hanno potuto i c.d. "filtri" predisposti per frenare l'aumento del contenzioso giudiziale.

Forse bisognerebbe prevedere lo stanziamento di fondi adeguati per far fronte alle esigenze delle Sezioni lavoro ed aumentare il numero dei Magistrati addetti (che altrimenti potrebbero anche ottenere la collaborazione di Giudici onorari), prestando anche a questo delicato settore della Giustizia una attenzione seppur minima, confrontata con quella intensamente e, giustamente, offerta al processo penale.

Non v'è dubbio però che anche una eventuale riforma dei c.d. "filtri" (*tentativo obbligatorio di conciliazione, collegi arbitrali, certificazione dei contratti, ecc.*) potrebbe contribuire alla riduzione del contenzioso di lavoro. Inoltre, non va dimenticato che, siccome dal 1999 il Giudice del lavoro non è più quella figura voluta dal legislatore nel 1973, si rende necessario fornire particolare autorevolezza possibilmente ad un soggetto pubblico che però in qualche modo, almeno per le innumerevoli semplici transazioni, possa periodicamente essere presente nelle località non più presidiate da uffici giudiziari.

Antonio Belsito

Avvocato del Foro di Trani

Docente di Diritto del lavoro – Scuola di specializzazione per le professioni legali
Università degli Studi di Bari

7. Processo del lavoro (segue)

Le modifiche al processo del lavoro nel d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40

Sommario: **7.9.** Premesse. – **7.10.** L'impugnazione con ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione dei contratti ed accordi collettivi nazionali di lavoro. – **7.11.** L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi.

7.9. Con il d.lgs. n. 40/2006 (recante "Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'art. 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80", pubblicato in *GU*, 15 febbraio 2006, n. 38, suppl. ord. n. 40, in *Boll. Adapt*, 2006, n. 14) si è portato a compimento un tortuoso *iter* normativo che era stato avviato con il d.l. n. 35/2005, cosiddetto "pacchetto competitività", poi convertito con la l. n. 80/2005 (consultabile in *Boll. Adapt*, 2005, n. 19). Il decreto aveva conferito, tra l'altro, al Governo alcune deleghe per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali. Le norme di cui al d.lgs. in esame vanno ad inserirsi in un più ampio disegno di riforma del processo civile attuato con la citata l. n. 80/2005 e le relative successive modifiche: la l. n. 263/2005 (recante "Interventi correttivi alle modifiche in materia processuale civile introdotte con il d.l. n. 35/2005, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 80/2005, nonché ulteriori modifiche al codice di procedura civile e alle relative disposizioni di attuazione, al regolamento di cui al r.d. n. 642/1907, al codice civile, alla l. n. 53/1994, e disposizioni in tema di diritto alla pensione di reversibilità del coniuge divorziato"), il d.l. n. 271/2005 ("Proroga dei termini in materia di efficacia di nuove disposizioni che modificano il processo civile") ed infine la l. n. 52/2006 (recante "riforma delle esecuzioni mobiliari").

Incentrandosi in modo particolare sulle modifiche inerenti il processo ordinario di cognizione, di esecuzione, di separazione e divorzio, nonché di affidamento condiviso, i commenti alla riforma hanno dato limitato rilievo alle novità riguardanti il processo del lavoro pur trattandosi di novelle che – a ben vedere – vanno al di là degli aspetti puramente processualistici, investendo anche il problema, sostanziale, del rapporto fra i contratti e gli accordi collettivi e le fonti del diritto.

7.10. La nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c. prevede che le sentenze pronunciate in

grado di appello o in unico grado possano essere ora impugnate con ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione non solo di norme di diritto, bensì anche dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro (secondo la nuova formulazione della norma in questione, i motivi di ricorso possono essere i seguenti: 1) motivi attinenti alla giurisdizione; 2) violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza; 3) violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro; 4) nullità della sentenza o del procedimento; 5) omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio).

Si è quindi operata un'estensione del sindacato diretto della Corte sull'interpretazione e sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali di diritto comune, ampliando la previsione del numero 3) dell'art. 360 c.p.c. Nel caso di accoglimento del ricorso, la Corte, ai sensi dell'art. 384 c.p.c. (anch'esso novellato), enuncerà il principio di diritto cui il giudice di merito è tenuto ad uniformarsi (salvo che la Cassazione decida la causa nel merito quando non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto). Per gli altri giudizi, il principio enunciato costituirà un precedente, esercitando qui la Corte la sua funzione c.d. nomofilattica.

La giurisprudenza anteriore alla modifica in esame aveva costantemente affermato che la interpretazione del contratto collettivo costituisce, alla stregua dell'interpretazione di ogni contratto di diritto privato, una *quaestio facti* (cfr., *ex multis*, fra le più recenti pronunce, Cass. 20 marzo 2006 n. 6148, Cass. 15 marzo 2006 n. 5637, Cass. 7 marzo 2006 n. 4849, tutte in *Boll. Adapt*, 2006, n. 49. Cfr. altresì Cass. 16 febbraio 2006 n. 3402, e Cass. 9 febbraio 2006 n. 2836, entrambe in *MGC*, 2006, fasc. 2; Cass. 26 gennaio 2006 n. 1571, in *MGC*, 2006, fasc. 1). Il sistema che se ne ricavava rispondeva, in sostanza, ad un sillogismo coerente: *i*) i contratti collettivi sono contratti di diritto comune (stante la mancata attuazione dell'art. 39 Cost.; sul punto cfr., fra i più recenti, M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *DLRI*, 2004, 4, 561; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2004, n. 3, 359; A. MURATORIO, *A volte ritornano: l'annoso problema della mancata attuazione dell'art. 39 Cost.*, in *LG*, 2005, 11, 1061; M. CARRIERI, G. D'ALOIA, *Introduzione. Quale contrattazione nel nuovo modo dell'impresa e del lavoro*, in *Quaderni Rassegna Sindacale - Lavori*, 2005, n. 3, 7); *ii*) l'interpretazione del contratto è una *quaestio facti* (essendo il giudice chiamato a pronunciarsi su un fatto – l'accordo fra le parti e la relativa interpretazione – secondo i criteri ermeneutici dettati dagli artt. 1362 e ss. c.c.) censurabile in sede di legittimità solo per violazione delle regole di ermeneutica contrattuale o per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, *ex art.* 360, n. 5, c.p.c.; *iii*) poste tali premesse, la conclusione era che il sindacato sulla interpretazione dei contratti collettivi, di per sé, è sottratto alla Corte di Cassazione (cfr., *ex multis*, Cass. 18 agosto 2003 n. 12076; Cass. 24 luglio 2003 n. 11514; Cass. 22 luglio 2003 n. 11402; Cass. 15 luglio 2003 n. 11051, tutte in *MGC*, 2003, fasc. 7-8).

Ora, con la possibilità di ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione, i contratti e gli accordi collettivi nazionali di lavoro sono accomunati, sotto questo punto di vista, alle fonti del diritto.

La riforma, al riguardo, pare dare atto di una equiparazione, che già è nei fatti, dal punto di vista effettivo e sostanziale, fra norme autonome e norme eteronome; norme tutte che concorrono parimenti nel loro complesso – intrecciandosi e richiamandosi fra loro – a disciplinare i rapporti di lavoro (cfr., a tal riguardo, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 51 ss.). In tal senso, la dottrina (cfr. M. BIAGI, *Interpretazione del contratto collettivo e relazioni industriali*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU, *Marco Biagi. Un giurista progettuale*, Giuffrè, Milano, 2003) aveva già avuto modo di segnalare come “*seppur venga segnalata come una logica – e*

dunque neutra – conseguenza della qualificazione in termini privatistici del contratto collettivo, l'applicazione dei canoni ermeneutici di cui agli articoli 1362-1371 c.c. rappresenta, a ben vedere, una risposta precostituita e largamente inappagante rispetto alle problematiche giuridiche sollevate dalla questione dell'interpretazione del contratto collettivo. [...] Una simile impostazione interpretativa trascura la premessa maggiore del ragionamento, e cioè l'analisi di ciò che rappresenta il contratto collettivo nella realtà sociale, nella realtà delle relazioni industriali sovrapponendo alle logiche che governano i rapporti intersindacali una configurazione aprioristica di ciascuna singola fattispecie". Tale accostamento, in carenza di un inquadramento formale – e non solo di fatto – dei contratti ed accordi collettivi fra le fonti di diritto, non può tuttavia non destare alcune perplessità.

Non convincente, al riguardo, l'affermazione – contenuta nella relazione illustrativa allo schema di decreto (consultabile in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 28) – secondo la quale la nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c. sarebbe stata dettata per ragioni di carattere sistematico, in analogia con le disposizioni introdotte dalla riforma del pubblico impiego (art. 64 del d.lgs. n. 165/2001, in  indice A-Z, voce *Pubblico impiego*). Fra i contratti collettivi che regolano i rapporti di lavoro di diritto privato e la contrattazione collettiva del pubblico impiego vi sono infatti differenze tutt'altro che trascurabili. Il contratto collettivo di lavoro privato è una fonte autonoma, che promana dalla libera scelta delle parti contraenti, mentre il contratto collettivo nel pubblico impiego è, secondo la interpretazione prevalente, collocabile fra le fonti eteronome, dato che i soggetti, le modalità e gli effetti della contrattazione sono legislativamente previsti. La contrattazione collettiva del settore pubblico è, infatti, disciplinata dalla legge e, segnatamente, dagli artt. 40-50 del d.lgs. n. 165/2001, che dettano una regolamentazione specifica sia quanto a «protagonisti» (i soggetti contrattuali), sia quanto ad «effetti», rispetto alla legge e rispetto all'autonomia individuale (in questi termini M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., 38).

Vi è poi un ulteriore punto critico. Il sindacato di legittimità è esteso dalla riforma con riferimento ai soli “contratti e accordi collettivi nazionali”. Così formulata, la norma pare introdurre una gerarchia fra diversi livelli della contrattazione collettiva, essendo assimilati alle fonti del diritto i soli contratti nazionali (si noti la differenza, sul punto, rispetto a quanto disposto dall'art. 829 c.p.c. che consente la impugnazione del lodo in materia di lavoro per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi *tout court*). L'errore, sul punto, era però nato a monte, in quanto la stessa legge delega n. 80/2005 consentiva l'estensione del sindacato diretto della Corte sull'interpretazione e sull'applicazione dei contratti collettivi di diritto comune esclusivamente «nazionali». Né si potrà argomentare diversamente, cercando di attribuire un diverso significato ai termini “contratti” (cui nel decreto legislativo non è accostato direttamente l'aggettivo “nazionali”) ed “accordi”, al fine di sostenere che la violazione o falsa applicazione dei contratti legittimi un ricorso per cassazione ai sensi del n. 3 dell'art. 360 c.p.c. anche allorché si tratti di contratti di livello non nazionale. A tale forzatura osta la stessa legge delega che, come detto, parla soltanto di contratti collettivi nazionali di diritto comune.

7.11. L'art. 18 del d.lgs. n. 40/2006 ha introdotto l'art. 420-*bis* del codice di procedura.

Quando per la definizione di una controversia di lavoro è necessario risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale, il giudice decide con sentenza tale questione, impartendo distinti provvedimenti per l'ulteriore istruzione o, comunque, per la prosecuzione della causa fissando una successiva udienza in data non anteriore a novanta giorni.

La sentenza è impugnabile soltanto con ricorso immediato per cassazione da proporsi entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito della sentenza. Copia del

ricorso per cassazione deve, a pena di inammissibilità del ricorso, essere depositata presso la cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza impugnata entro venti giorni dalla notificazione del ricorso alle altre parti; il processo è sospeso dalla data del deposito.

Il processo riprenderà – previa riassunzione delle parti – di fronte allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza. Si applicano, con riguardo alla riassunzione del processo, alla eventuale sospensione di altri processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della questione sollevata in altre cause, in ordine ai profili di vincolatività della pronuncia della Cassazione ed alla condanna alle spese, le disposizioni dell'art. 64 del d.lgs. n. 165/2001, richiamato dall'art. 146-*bis* delle Disposizioni di attuazione del codice di procedura civile (introdotto con l'art. 19, lett. *e*) del decreto legislativo).

La novella pone alcuni dubbi di corrispondenza con la delega conferita dal Parlamento. In primo luogo essa stabiliva «i seguenti principi e criteri direttivi: [...] l'estensione del sindacato diretto della Corte sull'interpretazione e sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali di diritto comune, ampliando la previsione del numero 3) dell'art. 360 del codice di procedura civile».

Ora, una cosa è prevedere l'estensione del sindacato diretto della Corte sull'interpretazione e sulla applicazione dei contratti collettivi, attuato, come si è visto, con la nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c.; ben altro è prevedere l'obbligo per il giudice di merito di decidere con sentenza in via pregiudiziale le questioni attinenti alla efficacia, validità o interpretazione di un contratto o accordo collettivo.

In secondo luogo, ancora più stridente pare il contrasto fra legge delega – che prevedeva la «non ricorribilità immediata delle sentenze che decidono di questioni insorte senza definire il giudizio e la ricorribilità immediata delle sentenze che decidono parzialmente il merito, con conseguente esclusione della riserva di ricorso avverso le prime e la previsione della riserva di ricorso avverso le seconde» – e decreto di attuazione, ove si stabilisce che la sentenza, emessa dal giudice per risolvere in via pregiudiziale le questioni attinenti alla efficacia, validità o interpretazione di un contratto o accordo collettivo, è impugnabile soltanto con ricorso immediato per cassazione da proporsi entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito della sentenza.

L'art. 420-*bis* c.p.c. pare poi contrastare con la *ratio* della modifica apportata all'art. 360 c.p.c. Se con la nuova formulazione dei motivi di ricorso per cassazione la interpretazione del contratto e dell'accordo collettivo diviene – come si è sopra illustrato – una *quaestio iuris*, pare alquanto contrastante la previsione di una decisione preliminare, con sentenza non definitiva, sulla validità, efficacia ed interpretazione di un contratto o accordo collettivo. Che senso ha una sentenza non definitiva su una questione pregiudiziale relativa, in particolare, alla interpretazione di un contratto collettivo se tale esame costituisce una *quaestio iuris*? Sarebbe un po' come chiedere al giudice, prima della sentenza definitiva (anzi, si badi, prima ancora della chiusura dell'istruttoria), quale interpretazione darà ad una norma.

È poi evidente il rischio che l'eccezione pregiudiziale sulla validità e la interpretazione del contratto collettivo sia utilizzata dal convenuto a mero fine dilatorio. Così, se mentre per il processo civile si tende ad accelerare i tempi dettati dal codice, per il processo del lavoro (che, come noto, è improntato a principi di celerità) i tempi rischierebbero di dilatarsi ulteriormente (si vedano, al riguardo, le note critiche dell'ufficio giuridico Cgil, prot. 670/2006, pubblicate in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 14).

Ulteriore strumento di dilatazione dei tempi processuali rischia poi di essere il richiamo (fatto dall'art. 146-*bis* delle disp. att., introdotto dall'art. 19, lett. *e*, del decreto) al comma 6 dell'art. 64, d.lgs. n. 165/2001, il quale stabilisce che in pendenza del giudizio davanti alla Corte di Cassazione (quello di cui all'art. 20-*bis*, comma 2, sopra ricordato), possono essere sospesi i processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi.

Per evitare un abuso della norma a fini dilatori e un eccessivo carico di lavoro per la Corte di Cassazione, si dovrebbe preferire una interpretazione della norma secondo cui la sospensione del processo e la decisione separata in via pregiudiziale non siano obbligatorie, ma sia consentita al giudice la decisione congiuntamente al merito, come d'altro canto dispone con riferimento al procedimento civile l'art. 187, comma 3 c.p.c.

Anche con riferimento all'art. 420-*bis* non pare giustificato il confronto con le norme dettate in materia di pubblico impiego dall'art. 64, d.lgs. n. 165/2001. Sia perché, come accennato, i contratti collettivi relativi ai rapporti di lavoro di diritto privato e quelli relativi al pubblico impiego non sono paragonabili né quanto a «protagonisti» della contrattazione, né quanto a «effetti». Sia perché l'art. 64 del d.lgs. n. 165/2001 prevede una procedura assai più articolata (convocazione da parte dell'Aran delle organizzazioni firmatarie, possibilità di accordo fra le stesse e possibilità per queste ultime di intervento nel processo) che si giustifica proprio in quanto la decisione giudiziale è data solo se l'Aran e le organizzazioni sindacali firmatarie non abbiano trovato un accordo sulla interpretazione autentica del contratto o accordo collettivo, ovvero sulla modifica della clausola controversa. Il giudice si pronuncia quindi solo dato atto di un fallimento di una previa rinegoziazione della clausola contrattuale controversa.

Il d.lgs. n. 40/2006 ha inoltre modificato l'art. 23 della l. n. 689/1981 che regola il giudizio di opposizione alle ordinanze ingiunzione, procedimento che si instaura avanti il giudice del lavoro quando la sanzione è stata applicata per una violazione concernente disposizioni in materia di tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro nonché di previdenza ed assistenza obbligatoria.

Se il ricorso avverso la ordinanza ingiunzione è proposto oltre il termine di trenta giorni dalla notificazione il giudice ne dichiara l'inammissibilità con ordinanza che, per effetto della riforma è non più ricorribile per cassazione, ma appellabile. Allo stesso modo è ora appellabile la sentenza resa all'esito del giudizio di opposizione: si ripristina quindi in tale modo il regime ordinario delle impugnazioni.

Alessandro Corvino
Avvocato del Foro di Bergamo
Studio Legale Del Conte – Milano

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Dialogo sociale

- *prospettive (1.1.)*

Trasferimento d'azienda

- *contratto collettivo applicabile al cedente ed al lavoratore*

- *al momento del trasferimento (2.1.)*
- *ambito di applicazione della disciplina (trasferimento dei mezzi di produzione – nozione) (2.2.)*

*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. Dialogo sociale

1.1. ETUC, UNICE, UEAPME, CEEP, *Work Programme of the European Social Partners 2006-2008*, 23 marzo 2006 (in *Boll. Adapt*, 2006, n. 39).

Il nuovo piano d'azione delle parti sociali europee per raggiungere gli obiettivi di Lisbona

Il 23 marzo 2006, in occasione dell'annuale *Tripartite Social Summit for Growth and Employment*, la Confederazione Europea dei sindacati (*European Trade Union Confederation*, Etuc), l'Unione delle confederazioni industriali d'Europa (*Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe*, Unice), l'Unione Europea dell'artigianato e delle PMI (*Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises*, Ueapme) ed il Centro europeo delle imprese pubbliche e delle imprese di interesse economico generale (*European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest*, Ceep) hanno presentato un nuovo programma di iniziative per sostenere il dialogo sociale.

Il dialogo sociale europeo costituisce una parte del cosiddetto "modello sociale europeo" e comprende discussioni, consultazioni, negoziazioni ed azioni congiunte intraprese dai rappresentanti delle parti sociali (lavoratori e datori di lavoro). Per comprendere come l'importanza del dialogo sociale sia continuamente cresciuta, è sufficiente considerare i tre periodi fondamentali del suo sviluppo:

- dal 1985 al 1991, il dialogo sociale bipartito viene presentato da Jacques Delors (allora presidente della Commissione Europea), ma esso viene quasi subito abbandonato, sostanzialmente perché le dichiarazioni e le opinioni raccolte non hanno efficacia vincolante;
- con l'accordo del 31 ottobre 2001, poi ripreso nel trattato di Maastricht, i patti negoziati tra le parti sociali possono avere efficacia vincolante; il dialogo sociale assume quindi un nuovo significato ed acquista importanza;
- al *Laeken Summit* del dicembre 2001, le parti sociali presentano una prima bozza di programma d'azione adottata congiuntamente; il dialogo sociale prende vigore in modo autonomo, fino ad arrivare all'adozione, nel 2002, del primo *Multiannual Work Programme* (di cui l'accordo firmato il 23 marzo 2006 è il seguito).

Con l'accordo raggiunto nel marzo 2006 si rinnova il contributo delle parti sociali alle iniziative poste in atto per raggiungere gli obiettivi stabiliti dalla Strategia di Lisbona nel 2000. Com'è noto, si tratta di un'iniziativa volta a rendere, entro il 2010, l'Europa un'economia competitiva basata sulla conoscenza, coniugando sviluppo sostenibile, migliori condizioni occupazionali (non solo dal punto di vista salariale, ma anche della sicurezza e della salute) e coesione sociale (vedi al riguardo i contributi pubblicati in *q. Rivista*, nell'*Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*, alla voce *Strategia di Lisbona*).

Il piano d'azione deciso dalle parti sociali è enunciato nel secondo *Multiannual Work Programme* europeo di promozione del dialogo sociale e rappresenta un elemento importante per favorire l'effettiva realizzazione delle strategie, ed il raggiungimento degli obiettivi economici, individuati a Lisbona; tale piano si basa, sostanzialmente, sulla convinzione che sia possibile sostenere l'innovazione (tecnologica, ma non solo), soltanto se si elaborano meccanismi che la facciano percepire in modo positivo agli attori presenti nel mercato.

Il primo programma di lavoro definito dalle parti sociali si riferiva al periodo compreso tra il 2003 ed il 2005, nel corso del quale sono stati negoziati l'accordo volontario sul te-

le lavoro (2002) e quello relativo allo stress sul posto di lavoro (2004), accordi quadro sulla formazione permanente e sull'uguaglianza di genere ed un programma di assistenza alle parti sociali dei nuovi Stati membri, con l'obiettivo di renderli partecipi del dialogo sociale europeo.

Nel nuovo programma, che coprirà l'arco temporale dal 2006 al 2008, le parti sociali si propongono d'individuare le principali sfide economiche e sociali che l'Europa dovrà affrontare nel futuro, tenendo però l'attenzione costantemente rivolta alle necessità di lavoratori, lavoratori e datori di lavoro ed alla promozione del dialogo sociale sovranazionale.

Per raggiungere questi obiettivi, Unice, Ueapme, Ceep ed Etuc si propongono innanzitutto di studiare le condizioni e le necessità dei mercati del lavoro nazionali, al fine d'indirizzare le politiche macro-economiche e quelle relative all'occupazione e renderle maggiormente adeguate ad affrontare i recenti cambiamenti demografici e migratori, a sostenere i gruppi svantaggiati nel mercato del lavoro (ad esempio, attraverso la formazione continua), a bilanciare flessibilità e sicurezza ed a contrastare il lavoro irregolare.

Tale azione può risultare ancor più necessaria in seguito all'ingresso nell'Unione Europea dei nuovi Paesi membri, mettendo in luce i cambiamenti economici e sociali che hanno seguito l'allargamento.

Lo studio dei mercati europei a livello locale e globale rappresenta la prima parte del nuovo programma d'azione. Dai risultati di tale studio, si sviluppa la seconda parte del programma. Le parti sociali, infatti, hanno annunciato che, in base ai risultati che emergeranno e sulla scorta dell'esperienza degli accordi già firmati, si propongono di:

- presentare raccomandazioni all'Unione Europea ed ai Paesi membri;
- stabilire le priorità da soddisfare attraverso la definizione di un quadro di azioni a favore dell'occupazione;
- negoziare un accordo quadro autonomo sull'integrazione nel mercato del lavoro dei gruppi svantaggiati;
- negoziare un accordo contro le molestie e le violenze;
- definire azioni per coinvolgere i nuovi Paesi membri nel dialogo sociale europeo e per fare in modo che datori di lavoro e sindacati forniscano loro assistenza tecnica;
- riferire sull'applicazione degli accordi già firmati (relativi al telelavoro ed allo stress sul posto di lavoro) e sui possibili sviluppi della bozza di accordo sull'uguaglianza di genere.

Sviluppo della negoziazione autonoma e del dialogo sociale non costituiscono solamente segnali di maturità delle parti sociali, ma sono due aspetti fondamentali attraverso cui deve passare l'ammodernamento dello stato sociale europeo.

Essi, infatti, comportano il coinvolgimento di tutti gli attori nel processo decisionale e di attuazione delle decisioni e questa metodologia di azione presenta molteplici vantaggi. Anzitutto, attraverso la negoziazione autonoma si rende più facile il raggiungimento delle soluzioni di problemi delicati, quali, ad esempio, l'inserimento nel mercato del lavoro di gruppi svantaggiati (giovani disoccupati, disoccupati ultra-cinquantenni, appartenenti a minoranze etniche, disabili). A livello nazionale, poi, le parti sociali possono negoziare le modalità di conseguimento degli obiettivi fissati, adeguando le regole e gli accordi stabiliti a livello comunitario alle peculiari situazioni nelle quali si trovano i diversi Stati (all'adeguamento delle decisioni alle effettive necessità dei diversi Paesi, si ispira il "metodo di coordinamento aperto", introdotto dalla Strategia di Lisbona, prima unicamente in riferimento alla politica economica e per l'occupazione, in seguito esteso agli obiettivi di sviluppo dell'informazione, della ricerca, dell'innovazione tecnologica, dell'ammodernamento dei sistemi di protezione sociale. Tale metodo di lavoro è stato concepito per assistere gli Stati membri nell'elaborazione delle politiche comunitarie ed è costituito da diversi passaggi: definizione di linee guida comunitarie, predisposizione di piani di riforma

a livello nazionale, predisposizione di indicatori per misurare i risultati raggiunti e successive attività di verifica e controllo).

In secondo luogo, l'utilizzo del dialogo sociale rende più semplice la realizzazione degli accordi presi, perché le parti impegnate sentono i patti frutto di sforzi "propri", espressione della propria volontà ed hanno quindi maggiori motivazioni a farli rispettare dai cittadini coinvolti. A tal fine, le parti sociali devono farsi carico di un importante impegno anche sul fronte della comunicazione.

L'efficacia che il dialogo sociale e, come conseguenza, la negoziazione autonoma hanno come sistemi di elaborazione delle decisioni e di realizzazione delle scelte stabilite ha avuto un ulteriore riconoscimento nell'istituzione del *Tripartite Social Summit for Growth and Employment* (sede nella quale è stato sottoscritto il *Work programme of the European Social Partners 2006-2008*). Con la creazione nel 2003 di un *Summit* ufficiale, il Consiglio ha compiuto un'importante mossa politica, poiché ha di fatto costituito un ulteriore ambito nel quale può operare la concertazione tripartita a livello europeo, su temi di riferimento quali gli interventi macro-economici, l'occupazione, la protezione sociale, l'istruzione e la formazione.

La notevole importanza del coinvolgimento degli attori sociali nel processo decisionale è stata più volte espressa dalla Commissione Europea, che sostiene le attività di promozione del dialogo, anche a livello territoriale, e di informazione e coinvolgimento degli attori locali.

Attualmente, si contano più di 30 differenti comitati per il dialogo sociale di settore che, per giungere a decisioni, applicano la metodologia del dialogo sociale. Un ulteriore passo avanti in tal senso si è avuto con l'istituzione nel 1997 dei Comitati aziendali europei (Cae), il cui scopo è migliorare le condizioni per l'esercizio del diritto di informazione e consultazione dei lavoratori. In conclusione, nonostante lo scorso anno, a metà del percorso stabilito dalla Strategia di Lisbona, l'Europa non abbia dato segni di aver incrementato la propria competitività e, anzi, abbia perso posizioni, le parti sociali sono comunque riuscite ad elaborare un programma condiviso, che si qualifica come l'eredità di tre anni di dialogo sociale autonomo. Al di là degli accordi effettivamente firmati, pare importante sottolineare la volontà che sottostà a tali patti ed il tentativo di dare estrema rilevanza e spazio all'autonomia della negoziazione ed al dialogo sociale.

Federica Franciosi

Dottoranda di ricerca in Scienze del lavoro – Università degli Studi di Milano

2. Trasferimento d'azienda

2.1. C. Giust. 9 marzo 2006 in causa C-499/04, Hans Werhof c. Freeway traffic GmbH & Co. KG (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 51).

Trasferimento d'azienda - Trasferimento d'impresе - Direttiva n. 77/187/CEE - Salvaguardia dei diritti dei lavoratori - Contratto collettivo applicabile al cedente ed al lavoratore al momento del trasferimento.

L'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di impresе, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che, qualora il contratto di lavoro rinvii ad un contratto collettivo che vincola il cedente, il cessionario che non è parte del contratto

collettivo non sia vincolato da contratti collettivi successivi a quello in vigore al momento del trasferimento dell'azienda.

Trasferimento di imprese e contratto collettivo applicabile: le precisazioni della Corte di Giustizia

Sommario: 1. La questione. – 2. La decisione della Corte di Giustizia. – 3. La disciplina nazionale: i termini del dibattito interno. – 4. Effetti della decisione della Corte di Giustizia sull'ordinamento italiano.

1. Il Tribunale superiore del lavoro di Düsseldorf ha sottoposto alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione dell'art. 3 della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 77/187/CEE.

Con la prima questione (che è poi l'unica che la Corte esamina) il giudice di rinvio chiede, in sostanza, se, nel caso di un trasferimento di impresa ed in presenza di un contratto di lavoro che rinvia ad un contratto collettivo di cui è parte il cedente ma non il cessionario, l'art. 3, n. 1, della direttiva debba essere interpretato nel senso che il cessionario non è vincolato da contratti successivi a quello in vigore al momento di detto trasferimento.

È la prima volta che la Corte è chiamata ad esaminare un'ipotesi del genere.

La materia è disciplinata:

a) Sul piano comunitario, dall'art. 3 della direttiva n. 77/187/CEE (il giudice di rinvio aveva sollevato le questioni con riferimento alla direttiva n. 98/50. La Corte ha, però, osservato che la controversia riguardava le conseguenze giuridiche di un trasferimento avvenuto il 1° ottobre 1999, cioè in una data in cui il termine di trasposizione della direttiva n. 98/50 non era ancora scaduto. Non era, quindi, necessario interrogarsi sull'interpretazione della direttiva, come modificata dalla direttiva n. 98/50) che dispone:

“I diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento ai sensi dell'art. 1, § 1, sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario. [...] Dopo il trasferimento ai sensi dell'art. 1, § 1, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente, fino alla data di risoluzione o alla scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo. Gli Stati membri possono limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro purché esso non sia inferiore ad un anno” (il testo della direttiva n. 98/50 coincide, sostanzialmente, con quello originale. L'unica differenza consiste nella soppressione della frase, relativa al trasferimento, “ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1” che figurava in precedenza. La direttiva n. 2001/23/CE ha, infine, sostituito la direttiva n. 77/187, ma il tenore letterale dell'art. 3 è rimasto identico a quello risultante dalla direttiva n. 98/50).

b) L'art. 3 della direttiva è stato trasportato nel diritto tedesco con l'art. 613a, n. 1, del codice civile tedesco.

La prima frase dell'articolo dispone che: “Nel caso in cui, mediante negozio giuridico, un'azienda o un ramo d'azienda venga trasferito ad un altro titolare, quest'ultimo subentra nei diritti e negli obblighi afferenti ai rapporti di lavoro in corso al momento del trasferimento” (l'effetto surrogatorio è previsto dalla maggior parte degli Stati membri. Sul tema si veda A. OJEDA AVILÉS, M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ, *La transferencia de empresas: un análisis comparado de la trasposición al derecho italiano, francés, belga, alemán, inglés y español, de la Directiva 77/187*, nell'opera collettiva *La transmission de empresas en Europa*, Cacucci, Bari, 1999, 279).

La seconda frase della medesima disposizione aggiunge che “nel caso in cui tali diritti e

tali obblighi siano disciplinati da norme di un accordo collettivo ovvero di un accordo aziendale, essi entrano a far parte del contenuto del rapporto di lavoro tra il nuovo titolare e il lavoratore, e non possono essere modificati in danno di quest'ultimo prima del decorso di un anno a partire dalla data di trasferimento" (questa seconda frase è stata introdotta dall'art. 1, n. 5, della l. 13 agosto 1980, relativa alla parità di trattamento tra uomini e donne sul luogo di lavoro e al mantenimento dei diritti in caso di trasferimento di impresa, adottata al fine di dare attuazione a norme comunitarie quali la direttiva n. 77/187. La direttiva n. 98/50 è stata trasposta nel diritto tedesco mediante la l. 28 marzo 2002, che modifica la legge relativa al contratto di lavoro dei marittimi e altre leggi).

In questo contesto normativo, i problemi sollevati nella fattispecie riguardano le ripercussioni giuridiche del trasferimento di un'impresa su una clausola contrattuale che disciplina gli accordi salariali stipulati tra un sindacato e un'associazione di imprenditori cui era iscritto il primo datore di lavoro, ma non la società cessionaria dell'azienda, in quanto, dopo il trasferimento, il contratto collettivo era stato sostituito da un diverso accordo.

Il dubbio principale, in tale contesto, era quello se, tra i diritti trasferiti al nuovo titolare dell'azienda, ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 77/187, rientrava quello di aderire alle modifiche degli accordi intervenute dopo la surrogazione.

2. Esaminiamo, in primo luogo, le diverse opinioni sulla norma comunitaria.

Secondo il ricorrente la clausola non poteva che avere carattere "dinamico" (in questo senso si veda G. THÜSING, T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifnormen*, in *Recht der Arbeit*, 2002, n. 4, 211 e 212. Ritiene, viceversa, che una clausola di rinvio dinamica diventa statica con il trasferimento dell'impresa Beseler, in L. BESELER, F.J. DÜWELL, W. GÖTTLING, *Arbeitsrechtliche Probleme bei Betriebsübergang, Betriebsänderung und Unternehmensumwandlung*, Rieder, Dulmen, 2005, II ed., 106) rinviando, in base all'art. 3, n. 1, della direttiva, ai contratti collettivi conclusi dopo la data del trasferimento d'impresa.

Il Governo tedesco e la Commissione delle Comunità Europee sostenevano, viceversa, l'applicabilità del solo contratto collettivo in vigore al momento del trasferimento. Una diversa interpretazione, infatti, rappresenterebbe un ostacolo alla libertà contrattuale del datore di lavoro.

Lo stesso avvocato generale si era espresso per una soluzione in senso affermativo della questione sollevata "dal momento che in una fattispecie come quella in esame, in cui l'attuale datore di lavoro non è iscritto a una organizzazione che negozia con i sindacati, anche se il contratto individuale precisa che la retribuzione è fissata dagli accordi collettivi che vincolavano il cedente, la tutela garantita dal rinvio non ha carattere dinamico, bensì statico, ed è soggetta agli stessi limiti temporali delle "condizioni" di lavoro pattuite mediante accordo collettivo".

La Corte ha condiviso le conclusioni dell'avvocato generale attraverso una argomentazione che contempera, in modo equilibrato, principi ed interessi diversi.

Sotto il primo profilo, la Corte precisa che un'applicazione incondizionata del principio secondo cui i contratti non possono imporre obblighi a terzi "potrebbe causare un deterioramento dei diritti spettanti al lavoratore dipendente sulla base del suo contratto di lavoro e del contratto collettivo di cui era parte il datore di lavoro cedente, ma non il datore di lavoro cessionario dell'impresa" (punto 24).

Peraltro, "dal tenore letterale della direttiva non risulta affatto che il legislatore comunitario abbia inteso vincolare il cessionario a contratti collettivi diversi da quello in vigore al momento del trasferimento [...] una valutazione del genere è poi conforme alla finalità della direttiva, che si limita a salvaguardare i diritti e gli obblighi dei lavoratori vigenti al momento del trasferimento. La direttiva non ha invece inteso proteggere mere aspettative e quindi gli ipotetici benefici derivanti dalle evoluzioni future dei contratti collettivi" (punto 29).

Sotto il secondo profilo, la Corte ricorda che “se, conformemente alla finalità della direttiva, occorre tutelare i diritti dei lavoratori interessati dal trasferimento, non possono essere ignorati quelli del cessionario, che dev’essere in grado di procedere agli adeguamenti ed ai cambiamenti necessari alla continuazione della sua attività” (punto 31).

Sotto questo profilo la Corte rileva inoltre che “la libertà di associazione, [...] comprende altresì il diritto di non far parte di un sindacato” (punto 33) e che “se si procedesse ad una interpretazione dinamica [...] della clausola contrattuale [...] ciò comporterebbe che i contratti collettivi futuri sarebbero applicabili al cessionario che non è parte del contratto collettivo, rimettendo così in discussione il suo diritto fondamentale di non associarsi. Al contrario, l’interpretazione statica della detta clausola [...] consente di evitare che il cessionario dell’azienda, che non è parte del contratto collettivo, sia vincolato alle future evoluzioni di quest’ultimo” (punti 34-35).

3. L’art. 2112 c.c. (nella versione anteriore alla novella del 2001) prevedeva che:

“l’acquirente è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi, previsti dai contratti collettivi anche aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all’impresa dell’acquirente”.

Il problema più complesso, nell’interpretazione della norma, è subito apparso quello dell’individuazione del momento in cui la nuova contrattazione collettiva poteva sostituire quella “vigente alla data del trasferimento”.

Una prima opinione (S. LIEBMAN, *Trasferimento d’azienda, continuità del rapporto di lavoro e trattamento applicabile ai lavoratori*, in *q. Rivista*, 1992, 34; R. FOGLIA, *Trasferimenti d’azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *MGL*, 1991, 333; R. ROMELI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d’azienda*, Giuffrè, Milano, 1993, 200-203), argomentando dal ricorso all’aggettivo “applicabili” in luogo del participio passato “applicati” sosteneva che occorre sempre attendere la scadenza naturale della contrattazione collettiva vigente alla data del trasferimento. La sostituzione, *ante tempus*, di tale contrattazione collettiva sarebbe stata possibile solo attraverso un apposito contratto collettivo, definito d’ingresso, raggiunto in sede di esame congiunto *ex art.* 47, comma 2, l. n. 428/1990. La finalità della norma consisterebbe, infatti, nel garantire un passaggio graduale del rapporto di lavoro dalla disciplina collettiva di partenza a quella, per così dire, di arrivo.

Tesi che ha trovato seguito in alcune sentenze di merito (ad esempio, Trib. Parma 8 maggio 1997, in *OGL*, 1997, 862).

Secondo una diversa impostazione (P. TOSI, *La nuova disciplina del trasferimento d’azienda*, in *DLRI*, 1991, 791; G. SANTORO PASSARELLI, *Ancora sul trasferimento d’azienda*, in *DL*, 1994, 161), viceversa, sarebbe sempre (e subito) possibile sostituire la contrattazione collettiva “vigente” con i contratti collettivi effettivamente applicati nell’impresa cessionaria. Il contratto collettivo “vigente alla data del trasferimento” conserverebbe efficacia solo nell’ipotesi in cui l’acquirente non applichi nessuna disciplina collettiva. La ratio della norma, in tale contesto, dovrebbe ricercarsi nella garanzia, per il lavoratore, di una continuità di copertura contrattuale sotto il profilo collettivo.

Tesi che ha trovato riscontro in sede di legittimità (Cass. 8 settembre 1999 n. 9545, in *RGL*, 2000, II, 345, con nota di L. CASTELVETRI, *Trattamenti normativi e contratto collettivo applicabile nel trasferimento d’azienda*; nonché in *MGL*, 1999, 1147, con nota di F. LUNARDON, *Avvicendamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro nel trasferimento d’azienda*. Per un riepilogo delle diverse tesi si veda D. CALAFIORE, *I contratti collettivi applicabili*, in G. SANTORO PASSARELLI, R. FOGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d’impresa*, Ipsoa, Milano, 2002, 101 ss.).

Il d.lgs. n. 18/2001 riproduce, sostanzialmente, la precedente formulazione precisando che i trattamenti sono quelli previsti “dai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali” e, soprattutto, che “l’effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti

collettivi del medesimo livello”.

In sostanza, come si legge nella relazione al decreto, “l’eventuale sostituzione del contratto collettivo applicato dal cedente col contratto collettivo applicato dal cessionario può operare soltanto fra contratti collettivi dello stesso livello. In un sistema come quello italiano, caratterizzato da articolazione dei livelli contrattuali, la precisazione si impone per aderenza alla *ratio* della direttiva comunitaria, sia per ovvie esigenze di equità. Non potrebbe, in altre parole, ritenersi ammissibile, ad esempio, che l’imprenditore cessionario, che applica solo un contratto collettivo nazionale, possa per ciò solo considerarsi esonerato dall’obbligo di continuare a dare applicazione ai trattamenti previsti dalla contrattazione aziendale in essere presso il cedente (ovviamente fino alla loro scadenza o sino alla stipulazione di un contratto aziendale nell’impresa del cessionario, che potrà anche assumere la ben nota forma del contratto collettivo d’ingresso, stipulato in stretta correlazione alla vicenda circolatoria”.

L’inciso, peraltro, è stato “letto” in modo diametralmente opposto dalla dottrina.

Secondo alcuni (S. LIEBMAN, *La disciplina collettiva applicabile ai lavoratori trasferiti*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, luglio-dicembre 2004, 2005, vol. 2, 221) la novella del 2001 “può ragionevolmente apparire come conferma della volontà di calare la questione nel contesto del sistema di contrattazione collettiva, come una particolare ipotesi di successione temporale di contratti collettivi”.

Altri (C. CESTER, *Trasferimento d’azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *LG*, 2001, 510) ritengono, viceversa, che la novella “implicitamente sembra accogliere la tesi della *sostituzione immediata*”.

Quali sono gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia su questo dibattito?

4. Non si può affermare che la sentenza della Corte abbia un *effetto diretto* sul dibattito a cui si è fatto cenno per la ovvia ragione che il quesito sottoposto alla Corte ha un contenuto diverso.

Ma è altrettanto indubitabile che tra le pieghe della motivazione vi sono degli argomenti a sostegno della tesi della “sostituzione immediata”.

Vediamo quali.

In primo luogo, la Corte precisa che la possibilità, per gli Stati membri, di limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro purché esso non sia inferiore ad un anno ha carattere “sussidiario” rispetto alle situazioni menzionate nel punto 2 dell’art. 3 della direttiva (punto 30).

E tra queste situazioni, ricorda la Corte (punto 29), vi è “l’applicazione di un altro contratto collettivo”.

L’utilizzo della disgiuntiva (“entrata in vigore o applicazione di un altro contratto collettivo”) è quanto mai significativo alla luce dei lavori preparatori della direttiva.

Il Comitato economico e sociale (il parere del Comitato può leggersi in *GU*, 7 novembre 1975, n. C 255, 2) aveva, infatti, proposto di modificare l’art. 3 della direttiva proprio al fine di evitare che il proseguimento della validità delle precedenti condizioni di lavoro, stabilite da un contratto collettivo, potesse “essere escluso – come è previsto nell’art. 3, ultima frase del paragrafo 3 – quando l’attività dell’azienda trasferita è coperta dal contratto collettivo professionale a cui è vincolato l’interprete”. Il mancato accoglimento del parere del Comitato la dice lunga sulla volontà del Legislatore comunitario (cfr. R. COSIO, *Discipline del trasferimento d’azienda*, F. Angeli, Milano, 1995, 102-103). Volontà che l’interprete non può certo ignorare.

Roberto Cosio

Avvocato del Foro di Catania

Presidente – Avvocati Giuslavoristi Italiani, Sezione Regione Sicilia

2.2. C. Giust. 15 dicembre 2005, cause riunite C-232/04 e C-233/04, Nurten Güney-Görres e Gul Demir c. Securicor Aviation (Germany) Ltd e Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 52).

Direttiva n. 2001/23/CE - Art. 1 - Trasferimento d'impresa - Mantenimento dei diritti dei lavoratori - Ambito di applicazione.

Nell'esame della sussistenza di un trasferimento di impresa ai sensi dell'art. 1 della direttiva n. 2001/23 deve essere interpretato nel senso che, in caso di nuova aggiudicazione di un appalto e nell'ambito di una valutazione d'insieme, la circostanza che gli elementi materiali siano rilevati dal nuovo appaltatore senza che i detti elementi gli siano stati ceduti ai fini di una gestione economica autonoma non può indurre ad escludere né la sussistenza di un trasferimento dei mezzi di produzione, né la sussistenza di un trasferimento d'azienda ai sensi della richiamata direttiva n. 2001/23/CE.

Trasferimento d'impresa e trasferimento dei mezzi di produzione

Sommario: **1.** Il giudizio *a quo*. – **2.** Gli “indici” del trasferimento d'azienda. Il trasferimento dei mezzi di produzione. – **3.** Problemi di raccordo tra diritto interno e diritto comunitario in tema di trasferimento d'azienda.

1. La Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali sollevate dall'Arbeitsgericht di Düsseldorf nell'ambito dei processi intentati dalle sig.re Güney-Görres e Demir (d'ora innanzi lavoratrici) contro la loro *ex* datrice di lavoro, la Securicor Aviation (Germany) Ltd (d'ora innanzi Securicor), società appaltatrice fino al 31 dicembre 2003 dei servizi relativi al controllo dei passeggeri e dei bagagli presso l'aeroporto di Düsseldorf, e contro la Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG (d'ora innanzi Kötter), società subentrante nell'appalto a partire dal 1° gennaio 2004.

Le ricorrenti nel giudizio *a quo*, in virtù dell'art. 613 del BGB col quale lo Stato tedesco ha recepito la direttiva n. 2001/23/CE, chiedevano il riconoscimento del rapporto di lavoro in capo alla Kötter, ritenendo essersi verificato nel caso di specie un trasferimento d'impresa tra la Securicor e la Kötter ai sensi dell'art. 1 della direttiva citata.

Le lavoratrici avevano lavorato, con un contratto a tempo indeterminato, alle dipendenze della Securicor, la quale aveva concluso con il Ministero federale degli interni tedesco, in data 5 aprile 2000, un contratto di appalto avente ad oggetto il controllo dei passeggeri e dei bagagli presso l'aeroporto di Düsseldorf, scaduto il 31 dicembre 2003 e non prorogato. Tale contratto prevedeva la messa a disposizione, da parte dell'ente committente in favore della società appaltatrice, di tutto quanto necessario allo svolgimento dell'attività, ad eccezione della forza lavoro, assunta direttamente da quest'ultima.

In prossimità della scadenza del contratto di appalto, l'ente committente comunicava alla Securicor, dapprima, l'intenzione di non prorogare il contratto e, in seguito, l'affidamento dello stesso appalto alla Kötter, la quale, a sua volta, contattata dalla Securicor, dichiarava di non essere interessata ad un trasferimento d'impresa e di voler assumere solo una parte, estremamente limitata, dei dipendenti.

La Kötter, a partire dal 1° gennaio 2004, iniziava a gestire la stessa attività, avvalendosi, da un lato, delle stesse apparecchiature già utilizzate dalla Securicor – di proprietà del committente e da quest'ultimo necessariamente messe a disposizione per lo svolgimento dell'attività affidata in appalto – dall'altro, di più della metà (167 su 306) degli ex-dipendenti della Securicor. Nel novero delle riassunzioni, però, non venivano ricomprese le ricorrenti.

Il Tribunale del lavoro di Düsseldorf, adito dalle lavoratrici per vedersi riconoscere il diritto alla continuazione del rapporto con la nuova società appaltatrice ai sensi della normativa interna e comunitaria in tema di trasferimento d'impresa, ha ritenuto opportuno sospendere il giudizio ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, testo consolidato, per sottoporre alla Corte di Giustizia due questioni interpretative concernenti l'art. 1 della direttiva n. 2001/23/CE ritenute pregiudiziali per la soluzione della controversia. Nello specifico, alla Corte veniva chiesto se, per configurare un trasferimento di impresa in caso di nuova aggiudicazione di un appalto, nell'ambito di una valutazione di insieme, occorre accertare che i mezzi di produzione vengano ceduti dall'appaltatore originario a quello successivo ai fini di una gestione economica autonoma. Conseguentemente, se occorre accertare che, ai fini della sussistenza di un trasferimento dei mezzi di produzione, sia necessario che all'appaltatore sia conferito il potere di decidere sul tipo e sulle modalità dell'uso dei mezzi di produzione in funzione del proprio interesse economico, distinguendo a seconda che i mezzi di produzione del committente costituiscano l'"oggetto" o il "mezzo" della prestazione fornita dall'appaltatore.

La Corte, esaminando la questione pregiudiziale, ha sostenuto che l'art. 1 della direttiva n. 2001/23/CE deve essere interpretato nel senso che, ai fini della sussistenza di un trasferimento d'azienda, in caso di nuova aggiudicazione di un appalto e nell'ambito di una valutazione di insieme, non costituisce requisito necessario per l'accertamento di un trasferimento dei mezzi di produzione dall'appaltatore originario al nuovo appaltatore l'accertamento del trasferimento degli stessi ai fini di una gestione economica autonoma.

La Corte ha precisato che spetta al giudice nazionale stabilire se, valutando tutti gli elementi presenti nella controversia in esame, ricorra o meno l'ipotesi del trasferimento d'azienda, considerato che il trasferimento dei mezzi di produzione rappresenta solo un elemento della fattispecie *sub* art. 1, direttiva n. 2001/23/CE.

Ancora una volta la Corte conferma il proprio orientamento secondo cui la valutazione, rimessa al giudice nazionale, circa la sussistenza o meno di un trasferimento d'azienda non può prescindere dalla verifica in concreto di tutti gli elementi, cioè degli "indici" del trasferimento d'azienda, che contraddistinguono l'operazione stessa e che, rappresentando solo aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere, non possono essere considerati isolatamente (sul punto v. *ex plurimis* C. Giust. 18 marzo 1986, causa C-24/85, *Spijkers*, punto 13, in *Racc.*, 1986, 1119; C. Giust. 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Süzen*, punto 14, in *FI*, 1998, IV; C. Giust. 20 novembre 2003, causa C-340/01, *Abler et al.*, punto 34, in *RIDL*, 2004, II, 463, con nota di M. BORZAGA, *Trasferimento di azienda e successione di contratti di appalto, prima e dopo il d.lgs. 276/2003, tra diritto comunitario scritto e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cui adde R. FOGLIA, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea sulla nozione di trasferimento d'azienda*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, 2004, n. 2, 391).

Alla luce di tale interpretazione, poiché l'ambito di applicazione dell'art. 1 della direttiva n. 2001/23/CE comprende tutti i casi di cambiamento della persona fisica o giuridica responsabile dell'esercizio dell'impresa, e, quindi, il nuovo imprenditore ai sensi dell'art. 3 assume tutte le obbligazioni nei confronti dei dipendenti del cedente a prescindere dal trasferimento della proprietà degli elementi materiali, lo svolgimento di una 'gestione economica autonoma' dei mezzi di produzione rilevati dal nuovo appaltatore non costituisce un elemento determinante nella verifica della sussistenza del 'trasferimento' di questi ultimi, né della configurabilità di un trasferimento d'impresa (in particolare, C. Giust. 20 novembre 2003, causa C-340/01, *Abler et al.*, punto 42, cit., precisa che "il fatto che gli elementi materiali rilevati dal nuovo imprenditore non appartengano al suo predecessore ma siano stati messi a disposizione dal committente, non può indurre ad escludere l'esistenza di un trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva 77/187").

La sentenza in commento, nel confermare l'applicazione della normativa sul trasferimen-

to d'azienda anche all'ipotesi di successione di appalti, risulta di particolare interesse per l'ordinamento italiano che di recente ha emanato, con l'art. 29, comma 3, del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, una disposizione di segno diametralmente opposto, della cui legittimità è lecito dubitare (cfr. M. ROCCELLA, M. AIMO, *Trasferimento d'impresa nella normativa codicistica e comunitaria: cessione di beni materiali o anche di sola manodopera?*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 286).

2. Un passaggio fondamentale della sentenza in commento attiene alla valutazione degli "indici" del trasferimento d'azienda, operazione necessaria ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicazione della direttiva n. 2001/23/CE.

Nello statuire che "nell'esame della sussistenza di un trasferimento d'azienda [...] [1] accertamento del trasferimento dei mezzi di produzione ai fini di una gestione economica autonoma non costituisce requisito necessario per l'accertamento di un trasferimento dei mezzi medesimi dall'appaltatore originario al nuovo", la Corte di Giustizia ha consolidato ulteriormente il proprio orientamento circa la necessità di procedere alla valutazione complessiva di tutti gli elementi che possano indurre il giudice nazionale a ritenere realizzato o meno un trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 1 della direttiva n. 2001/23/CE, in quanto la sussistenza di situazioni concrete molto diverse tra loro, impedisce di fare affidamento su una nozione rigida di trasferimento d'impresa. "[Q]ueste diversità impongono l'adozione da parte dell'interprete di un approccio qualificatorio tipico dei giudizi di natura tipologica, cioè di approssimazione, e non di identità, del caso concreto ai diversi elementi che compongono la fattispecie astratta: un approccio che necessariamente sconta un alto margine di soggettività (e quindi di discrezionalità) nel giudizio finale, cioè nell'applicazione concreta della norma definitoria e della disciplina che trova in essa il suo presupposto" (così M. ROCCELLA, M. AIMO, *op. cit.*, 272; sul metodo tipologico utilizzato dalla Corte di Giustizia per ricostruire la fattispecie del trasferimento d'azienda v. anche R. SANTAGATA, *Trasferimento del ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli del sistema*, ES, Napoli, 2004, 607 ss.).

Ebbene, a partire dalla citata sentenza *Spijkers*, la Corte di Giustizia ha individuato i seguenti indici: a) il tipo di impresa o stabilimento; b) la cessione o meno di elementi materiali; c) il valore degli elementi immateriali al momento della cessione; d) la riassunzione o meno della maggior parte del personale; e) il trasferimento o meno della clientela; f) il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione dell'attività.

Quanto ai beni materiali, considerati *pars pro toto* e quindi in ipotesi, entità funzionalmente autonoma e idonea ad essere a sua volta 'azienda' (cfr. A. PERULLI, *L'autonomia privata individuale e collettiva nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 109 ss.), essi assumono estrema rilevanza al fine di verificare se si sia realizzato un trasferimento d'azienda. Emerge, quindi, la necessità di effettuare la predetta valutazione sulla base delle caratteristiche peculiari dell'attività di impresa esercitata, poiché rispetto ai macchinari e alle attrezzature possono assumere importanza prevalente i beni immateriali, quali, ad esempio, i brevetti e il *know how* (i c.d. *intangibile assets*), o, ancora, la forza lavoro, nei settori c.d. *labour intensive* (*infra*) (sulla funzione della forza lavoro come elemento costitutivo del trasferimento cfr., *ex plurimis*, C. Giust. 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Suzen*, cit., 437, nonché Cass. 23 luglio 2002 n. 10761, in *ADL*, 2003, 628, secondo la quale "la nozione di trasferimento d'impresa può essere interpretata con più attenuati caratteri di materializzazione per cui possono costituire attività economica, suscettibile di figurare come oggetto di detto trasferimento, anche solo i lavoratori, che per essere stati addetti ad un ramo della impresa e per aver acquistato un complesso di nozioni e di esperienze siano capaci di svolgere autonomamente – e quindi pur senza il supporto di

beni immobili, macchine, attrezzature di lavoro e altri beni – le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro”; sui concetti di articolazioni “smaterializzate” o “dematerializzate”, cfr. rispettivamente R. SANTAGATA, *op. cit.*, 611, A. MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 96 ss.).

Proprio sulla cessione delle risorse materiali, in particolare dei mezzi di produzione, si sofferma la sentenza in commento, inserendosi in quell'orientamento oramai consolidato della giurisprudenza comunitaria di segno estensivo in relazione alla portata applicativa della direttiva. Ed infatti, già nella citata sentenza *Abler*, la Corte, esaminando una fattispecie simile, aveva sostenuto che: 1) in caso di successione di appalti, la circostanza che gli elementi materiali rilevati dal nuovo imprenditore non appartengano al suo predecessore, ma siano stati messi a disposizione dal committente, non può indurre ad escludere l'esistenza di un trasferimento d'azienda ai sensi della direttiva n. 77/187; 2) la mancata riassunzione da parte dell'appaltatore subentrante del personale già impiegato dal precedente non può essere di ostacolo all'applicazione della direttiva, soprattutto nel caso in cui la peculiarità dell'attività svolta è proprio quella di richiedere notevoli attrezzature non fondandosi sulla mano d'opera, al contrario dei settori *labour intensive* dove l'attività si fonda essenzialmente proprio sulla mano d'opera, per cui la riassunzione del personale costituisce elemento costitutivo necessario del complesso organizzato oggetto del trasferimento (cfr. C. Giust. 20 novembre 2003, causa C-340/01, *Abler et al.*, cit.; C. Giust. 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Suzen*, cit.).

Come già anticipato (v. *supra*, § 1), v'è chi sostiene che, con il predetto orientamento estensivo della Corte di Giustizia, contrasti la disposizione dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, secondo cui “l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte di azienda” (così M. ROCCELLA, M. AIMO, *op. cit.*, 272). Alla verifica circa la sussistenza o meno di tale contrasto è dedicata la riflessione che segue.

3. Un “corto circuito nel rapporto tra Corte di Giustizia, legislatore comunitario e ordinamenti nazionali” si verifica prepotentemente proprio nella materia del trasferimento d'azienda, in quanto non sempre risulta agevole la sussunzione sotto la fattispecie legale di ipotesi fenomenologicamente in continua evoluzione e tra loro diversificate, a fronte del progressivo consolidamento della tendenza all'atomizzazione e all'esternalizzazione delle attività inerenti il ciclo produttivo delle imprese (l'espressione riportata tra virgolette è di M. ROCCELLA, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Massimo D'Antona, Parte IV, Diritto del lavoro e diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2004, 3693 ss.). La fattispecie legale italiana (racchiusa nell'art. 2112 c.c.), a sua volta, risulta insufficiente essendo il dato formalizzato nella norma minimale rispetto all'evoluzione di quello reale. Soccorre, così, il ruolo interpretativo, al limite creativo, della giurisprudenza impegnata nel faticoso compito di ricostruire il quadro normativo di riferimento, non potendo ormai prescindere dal riferimento comunitario, anche giurisprudenziale.

“Il trasferimento d'azienda sembra in questi anni un cantiere aperto dove tutti gli operatori, pur impegnati in un'affannosa costruzione, non sembrano a conoscenza del progetto complessivo” (R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 569). Ebbene, proprio questa affermazione sintetizza, incisivamente, il quadro di incertezza e confusione che aleggia intorno alla materia in esame.

La direttiva n. 77/187/CEE, sia nella formulazione originale, sia in quella risultante dalle modifiche apportate dalla direttiva n. 98/50/CE, e successivamente rifluita nella direttiva

n. 2001/23/CE, come già detto è stata interpretata dalla Corte di Giustizia estensivamente proprio in relazione alla nozione di trasferimento che, fermandosi alla lettera della definizione escluderebbe dal suo ambito di applicazione tutte quelle operazioni che prescindono da un rapporto contrattuale tra cedente e cessionario o da una fusione societaria (cfr. art. 1, direttiva n. 2001/23/CE).

Invero, la Corte di Giustizia, nell'intento di dilatare l'ombrello protettivo della direttiva, ha ripetutamente ricompreso anche il caso in cui tra cedente e cessionario non sussistano rapporti contrattuali diretti, quindi le ipotesi in cui ci sia stata l'intermediazione di un terzo come accade, ad esempio, nella successione di appalti (*ex plurimis* cfr. C. Giust. 20 novembre 2003, causa C-340/01, *Abler et al.*, cit.).

Si pone, pertanto, un primo interrogativo in ordine al possibile conflitto tra i principi enunciati dalla Corte di Giustizia e le modifiche apportate all'art. 2112 c.c. dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 (sul punto cfr. M. BORZAGA, *op. cit.*, 466). Nel 2001 con il d.lgs. n. 18 il legislatore italiano, conformandosi all'orientamento della Corte di Giustizia, ha novellato l'art. 2112 c.c., precisando che per trasferimento dovesse intendersi qualsiasi operazione che comportasse il mutamento della titolarità dell'attività economica organizzata, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento stesso veniva attuato, facendovi rientrare, quindi, anche l'ipotesi di successione di appalti (proprio a quest'ultima ipotesi ricollega l'espressione "provvedimento", inserito nell'art. 2112 c.c. dal d.lgs. n. 18/2001, C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa? Commento all'art. 32*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. II, 247-251). Nel 2003, poi, il legislatore italiano è intervenuto ancora una volta sull'art. 2112 c.c., mantenendo la dicitura "qualsiasi operazione", ma riducendone la portata con l'introduzione dell'inciso "in seguito a cessione contrattuale o fusione", riproponendo, dunque, alla lettera quanto stabilito dalla direttiva n. 2001/23/CE. Inoltre, pur senza escludere esplicitamente dall'ambito di applicazione dell'art. 2112 c.c. l'ipotesi della successione di appalti, ha adottato la norma di cui all'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003, prima richiamata.

La nuova formulazione dell'art. 2112 c.c., in combinato disposto col cennato art. 29, comma 3, se da un lato è pienamente conforme alla previsione comunitaria circa la necessità che il trasferimento d'azienda si realizzi solo in seguito a cessione contrattuale o fusione, dall'altro lato sembrerebbe contrastare con l'interpretazione ormai costante data alla direttiva in esame dalla Corte di Giustizia, laddove afferma la riconducibilità alla disciplina sul trasferimento d'azienda anche dell'ipotesi di successione di appalti (in relazione a servizi *labour intensive* e non).

Il condizionale è d'obbligo in quanto, come sostenuto, "si dovranno attendere sia i pronunciamenti dei giudici italiani sull'interpretazione da dare al novellato art. 2112 c.c. sia le future decisioni della Corte di Giustizia sul tema, che potrebbero, come auspicato in dottrina, adottare una nuova lettura delle norme comunitarie maggiormente aderente alla lettera delle stesse" (così M. BORZAGA, *op. cit.*, 468).

Senonché, la Corte di Giustizia, proprio con la sentenza in commento, non solo ha confermato il proprio orientamento, ma, discostandosi ancor di più dal dato letterale della direttiva n. 2001/23/CE, ne ha ulteriormente ampliato la portata laddove ha affermato l'irrelevanza della "gestione economica autonoma" (*supra*).

A ciò si aggiunga che, la Corte di Cassazione, con sentenza 13 gennaio 2005 n. 493 (in *Boll. Adapt*, 2005, n. 14, e in *q. Rivista*, 2005, n. 3, 828, con nota di L. VALENTE, *Successione nell'appalto di servizi e trasferimento d'azienda: una sentenza innovativa ma superata*), ha interpretato estensivamente la nuova formulazione dell'art. 2112 c.c. e se-

guendo, quindi, l'orientamento della Corte di Giustizia, ha statuito che si configura un trasferimento d'azienda in tutti i casi in cui muti il titolare dell'impresa, indipendentemente dalla sussistenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario, arrivando, pertanto, alla conclusione che "il trasferimento d'azienda postula soltanto che il complesso dei beni organizzati dell'impresa, nella sua identità obiettiva, sia passato ad un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio, dovendosi prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra imprenditore uscente e quello subentrante nella gestione"; in tal modo la Suprema Corte ha fatto rientrare nella fattispecie *sub art. 2112 c.c.* anche l'ipotesi di successione di appalti (l'orientamento della Suprema Corte non è però univoco, *contra v. Cass. 26 febbraio 2003 n. 2936, in FI, 2003, I, 2757*, secondo la quale nell'ipotesi in cui un nuovo appaltatore, che ha mantenuto in servizio il personale impiegato dal precedente appaltatore, sia subentrato a titolo originario in forza di autonoma concessione e di provvedimento autoritativo, non trova applicazione la disciplina ordinaria di cui all'art. 2112 c.c. in tema di trasferimento d'azienda, senza che tale esclusione si ponga in contrasto con la direttiva comunitaria n. 77/187/CEE, riferita ai trasferimenti di imprese in seguito a cessione contrattuale o a fusione, e quindi a vicende traslative derivanti da atti privatistici).

Se tale orientamento della giurisprudenza nazionale dovesse essere confermato in futuro, ci troveremmo dinanzi ad una situazione paradossale: lo stesso, infatti, sarà pienamente conforme a quello della giurisprudenza comunitaria, ma sarà in contrasto con la normativa interna, e, quindi, con quella comunitaria, in relazione sia all'art. 2112 c.c., come novellato dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 sia all'art. 29, comma 3, dello stesso decreto.

Con riferimento a quest'ultima disposizione si pone, in ogni caso, l'interrogativo, già prima evidenziato, della sua conformità o meno alla direttiva n. 2001/23/CE. La norma, senza affermare esplicitamente che il subentro nell'appalto non costituisca un'ipotesi riconducibile all'art. 2112 c.c., si limita ad escludere che l'acquisizione del personale in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausole del contratto di appalto, costituisca *sic et simpliciter* trasferimento d'azienda o di parte d'azienda. Si condivide a tal riguardo l'impostazione di chi sostiene che "bisogna indagare sulla ragione profonda alla radice dell'art. 29, co. 3, in quanto questa non chiarisce se sia esclusa l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. per la mancanza di un negozio traslativo o, piuttosto, per l'inconfigurabilità dal punto di vista oggettivo di una azienda o di un suo ramo" (così E. GRAGNOLI, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento d'azienda*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 195 ss.).

Verosimilmente la norma va in quest'ultima direzione, salvo che all'acquisizione del personale non si accompagnino ulteriori elementi tali da configurare l'ipotesi tipizzata dall'art. 2112 c.c. (*supra*), col che risulta superato il problema della conformità di tale norma alla normativa comunitaria. Ove, poi, si ritenesse che la norma vada nella prima direzione, cioè, di escludere l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. per la mancanza di un negozio traslativo, del pari non vi sarebbe un contrasto tra la normativa italiana e quella comunitaria, in quanto, come ha sostenuto autorevole dottrina, la direttiva n. 2001/23/CE, disattendendo, come già detto, l'orientamento estensivo della Corte di Giustizia consolidatosi nel tempo, richiede, per l'applicabilità della disciplina speciale, che il trasferimento si fondi proprio su di una cessione contrattuale stipulata tra vecchio e nuovo titolare dell'attività, oppure su di un atto di fusione, escludendo, così, l'obbligo per il legislatore nazionale di ricomprendere nella fattispecie il subentro di un nuovo appaltatore al vecchio, quando tra i due non sia stato stipulato alcun accordo diretto (cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 328). Ciò, quindi, determina la piena compatibilità del comma 3 dell'art. 29 con la direttiva comunitaria, con l'auspicio di un *revirement* della Corte di Giustizia, onde porre fine a questa singolare situazione di contrapposizione non

tra la normativa comunitaria e quella di uno Stato membro, ma tra la prima e la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia (cfr. P. ICHINO, *op. cit.*, 328).

Raffaele Garofalo
Praticante avvocato in Bari

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Brasile

- sciopero nei servizi pubblici essenziali (1.1.)

Francia

- relazioni industriali (stato e prospettive) (2.1.)

Germania

- orientamenti della giurispru-

denza (diritto sindacale) (3.1.)

- orientamenti della giurisprudenza (rapporto di lavoro) (3.2.)

Regno Unito

- lavori occasionali e continuità di impiego (4.1.)
- lavoro tramite agenzia (4.2.)

*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. Brasile

1.1. Legge 28 giugno 1989, n. 7783 – *Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências* (in  indice A-Z, voce Sciopero).

L'esercizio del diritto di sciopero nelle attività essenziali e nei servizi pubblici

Sommario: **1.** Il diritto di sciopero in Brasile. – **2.** Il diritto di sciopero nelle attività essenziali. – **3.** L'articolazione della giurisdizione con riferimento alla materia del lavoro. – **4.** Le problematiche relative al diritto di sciopero dei dipendenti pubblici.

1. La disciplina relativa all'esercizio del diritto di sciopero nell'ordinamento brasiliano, ha visto, nel corso degli anni, l'alternarsi di periodi di libertà e di interdizione. Infatti, è soltanto con l'emanazione della Costituzione del 1988 che l'esercizio del diritto di sciopero viene riconosciuto al lavoratore. In particolare tale diritto è assicurato in ogni attività, ivi compresi i cosiddetti servizi essenziali ed i servizi pubblici (nell'ambito dei quali, durante il periodo del governo militare, lo sciopero era assolutamente vietato), così come previsto dall'art. 9 Cost.

Nell'ordinamento brasiliano, si considera sciopero l'astensione collettiva, temporanea e pacifica, totale o parziale dell'offerta dei servizi al datore di lavoro, avente come obiettivo rivendicazioni di natura professionale, in ossequio alle norme contenute nella l. n. 7783/1989.

Va messo in evidenza che tale legge è destinata a disciplinare l'esercizio del diritto di sciopero nel settore privato, mentre il trattamento giuridico dei lavoratori dipendenti dalla pubblica amministrazione mostra peculiarità proprie che saranno di seguito espressamente considerate.

È chiaro che l'esercizio del diritto di sciopero è riservato solo ai lavoratori subordinati, non essendo considerate sciopero in senso tecnico le manifestazioni di lavoratori autonomi qualificate, per esempio, come semplice protesta collettiva.

Alla luce di tali considerazioni, si può affermare che lo sciopero costituisce un diritto individuale che va però esercitato collettivamente, essendo obbligatoria la preliminare assemblea di lavoratori per decidere in merito all'opportunità ed agli interessi che devono essere difesi attraverso lo sciopero (A.M. NASCIMENTO, *Compêndio de Direito Sindical*, Ed. LTr, Sao Paulo, 1989, 394/6). La proclamazione dello sciopero potrà essere effettuata solamente attraverso il sindacato della rispettiva categoria, con un obbligo di preavviso minimo al datore di lavoro di 48 ore, pena l'illegittimità dello sciopero.

Durante lo sciopero non è permesso al datore di lavoro di licenziare i lavoratori scioperanti né di fare ricorso al crumiraggio esterno, tranne che per l'ipotesi di danno al datore di lavoro, così come avviene in quelle imprese che a causa delle loro peculiarità svolgono le loro funzioni ininterrottamente.

2. In caso di sciopero nei servizi essenziali, si esige che l'avviso al datore di lavoro sia dato con 72 ore di anticipo, data la necessità di informare gli utenti.

Secondo l'ordinamento brasiliano sono considerati servizi o attività essenziali: il rifornimento d'acqua; la produzione e l'erogazione di energia elettrica, gas e combustibili; l'assistenza medica ed ospedaliera; la distribuzione ed il commercio di medicinali e generi alimentari; l'esecuzione del servizio funebre; la continuità nel trasporto pubblico; la gestione della rete fognaria; la nettezza urbana; le telecomunicazioni; la manutenzione ed

il controllo di sostanze radioattive e materiali nucleari; il trattamento di dati collegati ai servizi essenziali; il controllo del traffico aereo e la compensazione bancaria.

Nei servizi o attività essenziali esiste l'obbligo di garantire l'offerta dei servizi indispensabili a soddisfare i bisogni della comunità che possano mettere in pericolo la vita, la salute o la sicurezza della popolazione.

La l. n. 7783/1989 sancisce che durante lo sciopero nelle attività essenziali, i lavoratori e il datore di lavoro dovranno individuare di comune accordo le squadre di lavoratori responsabili di garantire i servizi essenziali. Tuttavia, dato che la legge non fa alcun riferimento al numero di lavoratori che dovranno realizzare tali compiti, i datori di lavoro richiedono abitualmente alla Giustizia del lavoro di individuare la quota di lavoratori necessaria.

3. Diversamente da quanto succede nella maggioranza degli ordinamenti giuridici stranieri, il sistema brasiliano rimette il giudizio sulla legittimità dello sciopero alla Giustizia del lavoro. L'organizzazione giudiziaria del lavoro brasiliana è strutturata nel modo seguente: a) al primo grado di giurisdizione si trovano i Tribunali del lavoro, con competenza locale per la valutazione ed il giudizio delle azioni individuali e plurime per quanto riguarda il contratto di lavoro con il datore di lavoro privato; b) al secondo grado di giurisdizione ci sono i Tribunali regionali del lavoro, con competenza statale (lo Stato, in Brasile, è ente pubblico territoriale minore rispetto all'Unione federale), in funzione di giudici di appello delle sentenze dei Tribunali del lavoro e in funzione originaria per alcune specifiche materie tra cui, il dissidio collettivo in caso di sciopero, l'azione di rescissione, l'*habeas corpus*; c) al terzo grado di giurisdizione c'è il Tribunale superiore del lavoro, con competenza nazionale rispetto alle decisioni emesse dai Tribunali regionali; allo stesso organo è attribuito, inoltre, il compito di comporre i contrasti interpretativi di giurisprudenza attraverso l'"edizione di sommario"; d) come ultimo ed eccezionale grado di giurisdizione, c'è infine il Supremo Tribunale federale che svolge il ruolo di Corte Costituzionale, essendo anche investito della competenza in merito a questioni di lavoro di rilevanza costituzionale. In linea con il recente Emendamento Costituzionale 8 dicembre 2004, n. 45, è stata prevista nell'ordinamento brasiliano l'adozione del Sommario vincolante, con l'obiettivo di uniformare la giurisprudenza nei diversi gradi di giurisdizione, attraverso l'introduzione di una sorta di *case law*.

Pertanto, proclamato lo sciopero, generalmente il datore di lavoro assume l'iniziativa di evitare lo sciopero e così vi è l'immediata fissazione di un'udienza per tentare la conciliazione fra lavoratori e datori di lavoro, con obbligo di partecipazione del Pubblico Ministero, in tutte le fasi del processo. Nell'ipotesi di conciliazione tra le parti, il relativo processo verbale sarà soggetto alla omologazione della sezione specializzata del Tribunale regionale del lavoro.

Nel caso in cui non sia possibile la conciliazione tra le parti, il processo proseguirà con la valutazione della legittimità dello sciopero, così come delle rivendicazioni formulate dai lavoratori che hanno provocato la paralisi dei servizi.

In genere, nel caso in cui lo sciopero sia considerato legittimo, saranno assicurati gli stipendi relativi al periodo di astensione; al contrario, se lo sciopero è considerato illegittimo, il pagamento degli stipendi del periodo di riferimento non sarà dovuto.

La l. n. 7783/1989 disciplina, inoltre, le ipotesi di abuso del diritto di sciopero sottoponendo all'applicazione della legislazione civile, del lavoro o penale i responsabili per i comportamenti tenuti, a seconda del caso concreto.

4. Per quanto attiene all'esercizio del diritto di sciopero nelle attività essenziali e nei servizi pubblici, la Costituzione emanata nel 1988, tra le altre innovazioni destinate ai lavoratori pubblici, ha assicurato la libertà di associazione professionale e l'esercizio del diritto di sciopero, secondo le norme inserite nei commi 6 e 7 dell'art. 37, assoggettando il diritto di sciopero all'emanazione di una legge specifica.

Si tratta, perciò, di norma costituzionale di efficacia moderata, essendo rimesse al legislatore ordinario le limitazioni per quanto riguarda l'esercizio di tale diritto.

D'altra parte, com'è stato esaminato precedentemente, secondo l'ordinamento brasiliano, l'esercizio del diritto di sciopero è direttamente vincolato a una rivendicazione di natura professionale, cioè è riservato solamente ai lavoratori subordinati; così tutto ciò che si trova fuori da quest'ambito sarà considerato come protesta di natura collettiva, ma mai sciopero nel senso tecnico (A. SUSSEKIND, *Direito Constitucional do Trabalho*, Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2001, 453).

Oltre a tali considerazioni dev'essere ricordato che la questione dello sciopero è direttamente vincolata alla possibilità di negoziazione con il datore di lavoro mentre, anche al riguardo, persiste nell'ordinamento brasiliano – diversamente da quanto accade in Italia – un diverso trattamento giuridico tra l'impiegato che lavora nelle imprese private e quello che lavora nella pubblica amministrazione.

Occorre precisare, infatti, che, nell'ambito della pubblica amministrazione si distinguono le figure dell'amministrazione diretta ed indiretta: nel primo caso i poteri sono esercitati direttamente dalle persone giuridiche di diritto pubblico e la prestazione dei servizi è fatta direttamente ed esclusivamente dall'organo pubblico. Nella seconda ipotesi, invece, i servizi pubblici sono eseguiti da soggetti terzi come le autarchie, le fondazioni pubbliche, le imprese pubbliche e le società di economia mista, l'equivalente delle imprese a partecipazione statale dell'ordinamento italiano. Con riferimento, inoltre, al personale della pubblica amministrazione, questo, si suddivide in tre categorie: l'impiegato statutario (soggetto al superamento di un concorso pubblico), l'impiegato pubblico (con contratto secondo il T.U. della legge del lavoro, cioè con contratto di diritto privato) e l'impiegato temporaneo (con contratto a tempo determinato, perché possa adempiere alle necessità temporanee di eccezionale interesse pubblico, non essendo vincolato a nessuna delle categorie precedenti. Cfr. J.F. SIQUEIRA NETO, *Relações de Trabalho na Administração Pública no Brasil*, in *Revista Direito Mackenzie*, anno II, 61).

Fatte tali considerazioni, va osservato che l'esercizio dello sciopero nel cosiddetto «servizio pubblico», riguarda solo la prima categoria indicata, ossia, gli impiegati statuari, mentre le categorie rimanenti sono soggette al regime di cui tratta la l. n. 7783/1989, relativa all'esercizio del diritto di sciopero nel settore privato.

Un altro aspetto che deve essere messo in evidenza è quello relativo al diritto di associazione sindacale dell'impiegato pubblico. Tale diritto riguarda, infatti, soltanto l'impiegato civile, dato che ai membri delle Forze Armate è stato espressamente vietato lo stesso diritto, secondo la regola inserita nell'art. 142, comma 3, IV, Cost. Dallo stesso articolo emerge che la funzione fondamentale delle Forze Armate è la difesa dello Stato, seguita dalla tutela dei poteri costituiti, garantendo la legge e l'ordine, e normalmente, queste intervengono soltanto quando chiamate su iniziativa dei Poteri Esecutivo, Legislativo o Giudiziario (Y. FREDIANI, *O Exercício do Direito de Greve à luz da Constituição Federal de 1988*, LTr, São Paulo, 2001, 54/7). Risulta così chiara l'incompatibilità totale tra l'esercizio del diritto di sciopero e gli obblighi costituzionali stabiliti per i membri delle Forze Armate, nonostante la materia sia talvolta diversamente regolata negli ordinamenti stranieri.

Alla luce di queste peculiarità l'ordinamento brasiliano riconosce la possibilità di organizzazione sindacale nella pubblica amministrazione soltanto per quanto riguarda la categoria funzionale. E questo perché, nel sistema brasiliano, non è previsto che, a differenza di tanti altri ordinamenti stranieri, il potere pubblico sia rappresentato nei processi collettivi attraverso agenzie o commissioni specificatamente istituite per sviluppare l'importante ed imprescindibile compito della negoziazione collettiva nell'ambito della pubblica amministrazione. Per contro, va aggiunto che negli ordinamenti stranieri generalmente e diversamente da quanto succede nel sistema brasiliano, prevale il procedimento di solu-

zione dei conflitti collettivi al di là del Potere Giudiziario, privilegiando l'arbitraggio come mezzo di ricomposizione di tali conflitti.

In conformità alla regola dell'art. 37, *caput*, Cost., gli atti della pubblica amministrazione sono soggetti all'osservanza dei principi di legalità, moralità, pubblicità ed efficienza. In questo senso, l'esercizio del diritto di sciopero per quanto breve sia il suo termine di durata, troverebbe come primo ostacolo il rispetto del principio della continuità del servizio pubblico.

Per quanto riguarda il principio della riserva legale, ogni concessione di vantaggio, beneficio o aumento salariale potrebbe essere ammessa soltanto mediante legge; questa circostanza, allora, provoca la frustrazione dell'esercizio del diritto di sciopero dei funzionari pubblici. Inoltre, per l'impiegato pubblico il diritto di sciopero costituzionalmente previsto si rivela, inizialmente, impossibile da esercitare, nel momento in cui la negoziazione collettiva, nucleo essenziale della libertà sindacale, non può essere realizzata alla luce della struttura e alla peculiarità dell'ordinamento giuridico vigente (Y. FREDIANI, *Palestra apresentada no Congresso Internacional de Direito do Trabalho – Homenagem ao Ministro Arnaldo Lopes Sussekind*, Rio de Janeiro, 17-19 ottobre 2002). Una simile affermazione deriva dal fatto che non si potrebbe pensare al legittimo esercizio del diritto di sciopero senza la necessaria e imprescindibile negoziazione collettiva (P.P. TEIXEIRA MANUS, *Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho*, Atlas, Sao Paulo, 2002, 37-44).

Purtroppo, da quanto esposto, emerge che trascorsi più di quindici anni di vigenza della nuova Costituzione che ha determinato la regolamentazione dello sciopero attraverso una legge specifica, tale situazione non è stata ancora oggetto di attenzione da parte del Potere Legislativo, nonostante l'esistenza di alcuni progetti di legge in questo senso. Si può pertanto ritenere che il legittimo esercizio dello sciopero dell'impiegato pubblico sia ancora molto lontano dall'essere concretizzato. Quanto affermato viene sostenuto anche alla luce della mancata previsione, a livello legislativo, di un meccanismo necessario o di un organo che renda possibile la realizzazione della negoziazione collettiva nell'ambito pubblico, non solo con la finalità di ricomporre un'eventuale conflitto, ma anche di evitare che lo sciopero sia proclamato, mettendo a rischio la continuità dei servizi pubblici.

Yone Frediani

Professoressa di Diritto Individuale e Collettivo del Lavoro – UNIFIEO
Università Tecnologica del Perù

2. Francia

2.1. RAPHAËL HADAS-LEBEL (a cura di), *Pour un dialogue social efficace et légitime: Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, rapporto presentato al Primo Ministro, maggio 2006 (in *Boll. Adapt*, 2006, n. 32).

Per un dialogo tra le parti sociali efficace e legittimo: rappresentatività e finanziamento delle organizzazioni professionali e sindacali (*)

Sommario: 1. Sintesi del rapporto (Rapporto al Primo Ministro presentato da Raphaël Hadas-Liebel – President de section au Conseil d'Etat). – 2. La situazione attuale. Il sindacalismo francese:

(*) La presente nota che integra il contributo di C. ENRICO, *La rappresentanza degli attori sindacali: riflessioni sul caso francese*, pubblicato in *q. Fascicolo*, sezione Ricerche su *Il rinnovamento delle relazioni industriali tra proposte di riforma e bilateralismo*, costituisce la traduzione e la sintesi del rapporto in epigrafe. Traduzione e sintesi a cura di Clara Enrico.

quadro generale. – **2.1.** La rappresentatività delle organizzazioni professionali e sindacali. – **2.2.** La contrattazione collettiva e la validità degli accordi collettivi. – **2.3.** La contrattazione collettiva nelle piccole-medie imprese. – **2.4.** Il finanziamento delle organizzazioni sindacali. – **3.** Prospettive di evoluzione. – **3.1.** La rappresentatività delle organizzazioni professionali e sindacali. – **3.2.** La contrattazione collettiva e la validità degli accordi. – **4.** La contrattazione collettiva nelle piccole-medie imprese. – **5.** Il finanziamento delle organizzazioni sindacali.

1. In un'economia ed una società profondamente segnate dai limiti della globalizzazione, è importante poter sviluppare un sistema di relazioni industriali in cui la contrattazione giochi un ruolo più attivo nella produzione di norme a carattere sociale. Occorre in più che le parti sociali, nella specie le organizzazioni professionali ed i sindacati, beneficino di una legittimazione incontestata, che condiziona essa stessa la legittimità degli accordi cui dovrebbe tendere la negoziazione collettiva.

La recente legge del 4 maggio 2004, che trae origine dalla posizione comune adottata dalla maggior parte delle parti sociali il 16 luglio 2001, ha modificato sulla base di queste considerazioni le regole per l'adozione e le modalità di articolazione degli accordi collettivi ai diversi livelli, interprofessionali, di settore o d'azienda. Essa tuttavia non rappresenta che una tappa di un lungo cammino.

È in questo contesto che il Primo Ministro, con un atto del 20 dicembre 2005, ha conferito l'incarico conclusosi con il rapporto in epigrafe (per il commento, vedi C. ENRICO, *La rappresentanza degli attori sindacali: riflessioni sul caso francese*, che precede in *q. Fascicolo*, sezione Ricerche su *Il rinnovamento delle relazioni industriali tra proposte di riforma e bilateralismo*), che sarà in seguito presentato alla commissione nazionale per la negoziazione collettiva ed esaminato dal Consiglio economico e sociale. È qui esaminata una serie di questioni che, nel quadro di un rinnovato dialogo sociale, concernono principalmente la rappresentatività delle organizzazioni sindacali e professionali, le regole che governano la validità degli accordi collettivi, le modalità con cui si svolge il dialogo sociale all'interno delle piccole-medie imprese, nonché la più generale questione dei mezzi e dei finanziamenti di cui dispongono le organizzazioni sindacali. Il rapporto inizia col tratteggiare in modo dettagliato la situazione e chiarire i dati e le sfide d'un rilevante dibattito. Nella seconda parte, esso propone alcune soluzioni che prendono le mosse da due tipi di percorsi, di adattamento o di trasformazione, alcune delle quali sono suscettibili di entrare in vigore nel breve periodo, mentre altre possono rappresentare lo spunto per riflessioni a lungo termine, volte a contribuire alla modernizzazione delle relazioni sociali nel nostro Paese.

2. La storia sindacale francese è caratterizzata dalla nascita relativamente tardiva, dopo la legge Waldeck-Rousseau del 1884, e da una crescente diversificazione delle sigle nel panorama sindacale dovuta a scissioni successive in seno alle singole organizzazioni. Essa rimane comunque imperniata su di una spiccata tradizione di indipendenza dalle formazioni politiche e dallo Stato.

I dati più recenti confermano un debole tasso di sindacalizzazione in Francia, che ruota intorno all'8% in totale ed un 3% nel settore privato. Questo tasso di sindacalizzazione in 25 anni si è quasi dimezzato, nonostante da una decina d'anni la tendenza sia per la stabilizzazione. Nel 2003, 1,8 milioni di lavoratori subordinati si dichiara iscritto ad un sindacato. Questa cifra porta la Francia al trentesimo ed ultimo posto dei Paesi membri OCSE. Ma il livello di sindacalizzazione dipende da numerosi fattori, in particolare dai servizi offerti agli aderenti, e questo non impedisce in Francia una forte tutela dei lavoratori subordinati ad opera della contrattazione collettiva né una pregnante presenza sindacale in azienda, fatta eccezione per le imprese di piccole dimensioni.

In questo quadro, il sindacalismo francese, debole in termini quantitativi, diviso e per tradizione rivendicativo, non sfugge alla crisi della rappresentanza che investe l'intera società.

2.1. Il regime attuale della rappresentatività si è cristallizzato subito dopo la Seconda Guerra Mondiale. Esso è caratterizzato, sul fronte sindacale, dalla distinzione tra due tipologie di organizzazione.

Le organizzazioni maggiormente rappresentative, così definite da un atto del ministro del lavoro (da ultimo una delibera del 31 marzo 1966), che beneficiano di una presunzione assoluta di rappresentatività. Le prerogative che ne derivano sono rilevanti: a livello nazionale intercategoriale, esse consistono nella negoziazione di accordi collettivi ed in pratiche concertative, nella partecipazione alla definizione e gestione del regime dell'indennità di disoccupazione, di previdenza sociale, dei fondi complementari previdenziali e degli enti collettivi di formazione professionale e per ottenere sostegno finanziario da parte dello Stato e delle comunità locali; a livello categoriale, queste organizzazioni hanno la possibilità di negoziare accordi e contratti collettivi; a livello aziendale o di unità produttiva, la rappresentatività porta dei vantaggi in termini di diritti sindacali, di negoziazione di accordi aziendali e la possibilità di presentare candidati nelle elezioni dei rappresentanti del personale.

Le altre organizzazioni appartengono ad un sistema che possiamo definire di "rappresentatività relativa", da provare sulla base di criteri fissati dal codice del lavoro: il numero di iscritti, l'autonomia, i contributi sindacali, l'esperienza nelle azioni sindacali e l'anzianità dell'organizzazione, la fedeltà patriottica nel periodo di occupazione. Altri criteri, di derivazione giurisprudenziale, quali il seguito più o meno largo (misurato principalmente dai risultati elettorali) e l'attività compiuta (caratterizzata dal dinamismo delle azioni intraprese) sono comunque presi in considerazione caso per caso dal ministro o dal giudice. Appurata la loro rappresentatività, queste organizzazioni beneficiano delle stesse prerogative delle altre a livello di categoria e aziendale, ma non a livello nazionale.

2.2. La legge resta in Francia la fonte primaria del diritto sociale e del diritto del lavoro in particolare, e se l'argomento dei rispettivi ruoli di legge e contratto ha dato vita ad accese discussioni nel corso degli ultimi anni, la divisione in materia non si è ripianata. Per questo, gli scambi tra legge e contrattazione collettiva sono costanti e quest'ultima gioca un ruolo maggiore nell'elaborazione e nell'applicazione di norme in materia di diritto del lavoro. D'altronde, la possibilità per gli accordi collettivi di derogare a norme di livello superiore sono state ampliate dalla legge del 4 maggio 2004. È quindi essenziale che la contrattazione collettiva sia al tempo stesso viva e legittimata a negoziare nei diversi livelli.

Se essa non ha modificato le regole che disciplinano la rappresentatività, la legge del 4 maggio 2004 ha modificato gli equilibri registrati in materia di contrattazione collettiva, consacrando il principio maggioritario come la condizione di validità dell'accordo negoziato. Questa svolta verso una maggiore legittimità costituisce il corollario e la contropartita per l'aumentata capacità derogatoria in capo agli accordi aziendali delle regole fissate ad un livello di contrattazione superiore.

A seconda dei casi e dei livelli di contrattazione, il principio maggioritario si sviluppa secondo modalità complesse sottoforma di decisioni adottate a maggioranza, detta di adesione o di vincolo cogente, o di un potere di veto su base maggioritaria, sia in termini di numero di organizzazioni sia in termini di numero di voti. Occorrono accordi di metodo, conclusi a livello di settore, per sviluppare le regole esistenti verso un sistema di decisioni prese a maggioranza in modo vincolante, ma al momento non esiste alcun accordo di settore che abbia intrapreso questa strada. A livello di categoria ed aziendale, anche l'uso del potere di veto su base maggioritaria ha registrato un uso limitato.

2.3. Le piccole-medie imprese si caratterizzano per la scarsa presenza di rappresentanti dei lavoratori, siano essi organi elettivi o delegati sindacali designati. Al fine di favorire il dialogo sociale e la contrattazione collettiva, nel corso degli anni Novanta si sono cercate diverse soluzioni, come la delegazione unica per il personale (che raggruppa i delegati del personale ed i rappresentanti dei lavoratori all'interno del comitato d'impresa) e mo-

dalità in deroga nella conclusione di accordi, che possono essere firmati in alcuni casi da rappresentanti eletti dai lavoratori o da lavoratori su mandato di un'organizzazione sindacale.

In merito a quest'ultimo aspetto, la legge del 4 maggio 2004 ha introdotto un quadro generale che sostituisce i precedenti meccanismi, sperimentali e specifici. Ma il ricorso a forme di negoziazione atipiche resta chiuso in un contesto rigoroso e pochi contratti di settore al momento hanno concesso queste possibilità alle imprese di categoria. Del resto, molti testi legislativi sono intervenuti per introdurre vie derogatorie al quadro generale.

2.4. In un contesto caratterizzato da una scarsa trasparenza, dovuta principalmente all'assenza in capo alle organizzazioni sindacali di un obbligo di rendere pubblici i propri bilanci, alla frammentazione delle risorse pubbliche o parastatali competenti ed alla complessità delle stesse strutture sindacali, lo studio si muove ora per delineare nel modo più esaustivo possibile la situazione delle fonti di finanziamento dei sindacati.

I contributi versati dagli iscritti costituiscono la fonte primaria per i sindacati e rappresentano lo strumento che meglio garantisce loro l'autonomia. I dati disponibili restano imprecisi e permettono di compiere solo una stima dei contributi sindacali, che secondo le organizzazioni stesse si collocano tra il 15% ed 60% del totale delle loro risorse. Le altre sono ridotte ed il loro potenziale di crescita appare abbastanza limitato. I sindacati vengono anche finanziati per incarichi di interesse generale che compiono partecipando alla gestione degli enti bilaterali, come gli organismi di previdenza sociale e gli enti di raccolta di fondi per la formazione professionale. Venendo al contributo delle imprese al funzionamento dei sindacati, esso sempre più spesso consta della messa a disposizione di personale, mentre è raro che ci sia un finanziamento diretto. Gli organismi pubblici (Stato e comunità locali) intervengono per quanto di loro competenza in due modi: nel regolare il sistema, concedono sostegni economici alle organizzazioni sindacali attive nel settore privato, sottoforma principalmente di sovvenzioni; in quanto datori di lavoro, contribuiscono tramite sovvenzioni o mettendo a disposizione il personale al funzionamento delle organizzazioni sindacali del settore pubblico. Infine, le organizzazioni sindacali godono di benefici fiscali grazie ad un regime fiscale specifico e per gli iscritti un sistema di detrazione dei contributi versati.

3. Conformemente alla lettera di incarico del Primo Ministro, questa parte del rapporto propone per ciascuna questione esaminata prospettive che comportano tutta una gamma di analisi e sviluppi. Le vie percorribili sono state raggruppate per ciascun profilo in due tipi, caratterizzati in un caso da un semplice processo di ridefinizione del quadro esistente (prospettiva di adattamento), per l'altro da modifiche più significative che comportano una trasformazione in profondità della situazione attuale (c.d. prospettiva di trasformazione).

3.1. I criteri di rappresentatività come l'elenco delle organizzazioni confederali maggiormente rappresentative sono stabili da circa mezzo secolo, cosa che non rappresenterebbe certo un inconveniente se il panorama sindacale nello stesso periodo non fosse mutato in modo rilevante. Gli eventuali cambiamenti si infrangono contro le difficoltà di misurazione della diffusione e della capacità di influenza, nonché con le reticenze allo sviluppo del sistema da parte dei sindacati che beneficiano della presunzione assoluta.

La strada dell'adattamento. Una presunzione assoluta di rappresentatività dovrebbe essere riservata alle organizzazioni sindacali affiliate alle confederazioni riconosciute come rappresentative dal governo, ma potrebbero essere intraprese ulteriori misure di aggiornamento:

- la revisione periodica dell'elenco delle organizzazioni rappresentative, per esempio ogni 4 o 5 anni, dopo le elezioni dei membri delle Corti arbitrali, o dopo un ciclo di elezioni alle istituzioni rappresentative del personale;
- l'aggiornamento dei criteri di rappresentatività definiti dal codice del lavoro, che po-

trebbero ruotare intorno all'influenza esercitata dall'organizzazione, misurata in particolare dal dato elettorale, ed all'indipendenza, all'azione ed esperienza del sindacato ed al rispetto dei valori della Repubblica;

- la precisazione delle prerogative che derivano dalla rappresentatività, sia che derivi da una presunzione assoluta o relativa, ossia da provare in concreto;
- una semplificazione delle procedure di riconoscimento della rappresentatività a livello di settore e di impresa per le organizzazioni sindacali che beneficiano di una presunzione assoluta.

La strada della trasformazione. Questa prospettiva futura si dovrebbe basare sull'evoluzione della rappresentatività decretata per via elettorale. A tal scopo possono ipotizzarsi numerosi mezzi di misurazione, che vanno dal risultato elettorale dei membri delle Corti arbitrali, al risultato nelle elezioni dei delegati del personale o del sindacato in occasione di un'elezione per determinare la rappresentatività di settore.

Questa evoluzione porterebbe molte conseguenze. Innanzitutto, il sistema di presunzione assoluta non si potrebbe applicare più ad ogni livello. Esso potrebbe continuare ad avere un ruolo a livello nazionale intercategoriale, sulla base di decisioni periodicamente riviste, per la partecipazione ad enti bilaterali e la stipula di contratti collettivi nazionali ed intercategoriale. I sindacati che beneficiano di tale riconoscimento a livello nazionale beneficerebbero di una presunzione semplice di rappresentatività nei livelli inferiori (di settore o aziendale), determinabile dal solo dato numerico. In secondo luogo, il monopolio per la presentazione delle candidature al primo turno nelle elezioni professionali in capo alle sole organizzazioni dotate di rappresentatività potrebbe essere rivisto. In ogni caso si pone il problema della definizione di una soglia percentuale di rappresentatività, nell'ordine del 5 o 10%, a seconda che si voglia o meno favorire la riunione in gruppi delle sigle sindacali.

3.2. La legge del 4 maggio 2004 segna un cambiamento importante in riferimento al precedente sistema degli accordi minoritari. Essa appare tuttavia come un testo di compromesso, cercando di conciliare le aspirazioni e le preoccupazioni contrastanti delle posizioni in campo, in tema di validità degli accordi e prospettive di successo della contrattazione collettiva, tenuto conto delle forze sindacali nel nostro Paese. Il sistema considerato appare inoltre di grande complessità.

La strada dell'adattamento. Sulla scia delle modifiche poste recentemente alle regole applicabili adottate, una prima opzione, blanda, consisterebbe nel rimettere alle parti sociali i tempi d'adozione e la possibilità di valutazioni da qui fino al 31 dicembre 2007, data fissata dal legislatore del 2004. Durante questo periodo dovrebbero essere valutati i mezzi possibili per favorire la negoziazione collettiva e migliorare la misurabilità della rappresentatività, compreso un riesame della struttura e del numero dei settori di applicazione.

Una seconda opzione di adattamento, più ambiziosa, potrebbe essere scelta a breve termine o dopo la valutazione compiuta nel 2007. Si tratterebbe di mettere fine alla distinzione tra un sistema di opposizioni determinate a maggioranza ed un sistema di decisioni vincolanti adottate a maggioranza e di prevedere che un accordo sia valido nel momento in cui, in termini di rappresentatività di voto, pesino maggiormente i sindacati che si siano accordati su un testo, rispetto ad altri che vi si sono opposti. Le organizzazioni sindacali, non pronunciandosi sull'accordo, farebbero uso di una forma di astensione costruttiva ed il loro peso elettorale non sarebbe preso in considerazione nel calcolo della maggioranza. Questo sistema intermedio, vicino ad una logica di maggioranza relativa, rafforzerebbe la validità degli accordi senza portare al rischio di stallo che al contrario sarebbe determinato da un sistema a maggioranza assoluta.

La strada della trasformazione. Al fine di rafforzare ulteriormente la validità degli accordi, si potrebbe far tendere la legge ad un sistema semplice e facilmente comprensibile di adozione vincolante delle decisioni a maggioranza. Seguendo la logica che ne è alla base,

il principio maggioritario è concepito per contribuire a sostituire, all'interno dell'impresa, una cultura della negoziazione con una cultura del confronto. Esso condurrebbe senz'altro i sindacati a cercare tra di loro, se non addirittura all'interno di organismi istituzionali, delle posizioni comuni. Possono essere pensate formule di messa a punto progressiva di questo sistema, come ad esempio riservandolo in un primo tempo al solo livello aziendale o predisponendo soglie di maggioranza provvisoriamente più basse.

4. Se disposizioni specifiche rivolte alle imprese sprovviste di delegati sindacali sono state recentemente ridefinite nella legge del 4 maggio 2004, non è certo che allo stato attuale ciò permetta un reale sviluppo dell'accesso alla contrattazione collettiva delle imprese ed i loro dipendenti. Appaiono possibili degli sviluppi equilibrati che preservino le garanzie indispensabili legate al ruolo dei sindacati.

La strada dell'adattamento. Uno stemperamento delle diverse "chiusure" nella conclusione degli accordi con lavoratori eletti o mandatari delle organizzazioni sindacali predisposte dalla legge del 4 maggio 2004 non è affrontabile. Si tratterebbe in primo luogo di eliminare la condizione di un preventivo accordo di categoria, che di fondo non costituisce una reale garanzia. Le condizioni di ratifica *ex post* degli accordi conclusi con rappresentanti eletti potrebbero essere ugualmente adattate sia nel contesto attualmente previsto da una commissione paritetica di settore, sia in un diverso sistema di ratifica da parte di una o più organizzazioni sindacali rappresentative a livello di settore. Infine, il ricorso al mandato potrebbe essere lasciato in modo più largo alla disponibilità delle parti sociali all'interno dell'impresa, senza che sia sottoposto alla condizione dell'assenza in azienda di rappresentanti del personale eletti.

La strada della trasformazione. In un contesto diverso e per le imprese di medie dimensioni (meno di 200 dipendenti per esempio) confrontate alla maggior parte degli organismi rappresentativi del personale, uno sviluppo più profondo potrebbe essere rappresentato dalla creazione, in via sperimentale, di un unico organismo di confronto e contrattazione. Esso raggrupparebbe anche le funzioni proprie dei delegati del personale, dei membri del comitato d'impresa e dei delegati sindacali. In una prima opzione, il ruolo di questi ultimi potrebbe restare immutato quanto alla conclusione degli accordi, alla loro designazione, che seguirebbe lo schema attuale, o giungendo ad una nomina tra rappresentanti eletti dal personale. Una seconda ipotesi consisterebbe nella trasformazione dell'organismo unico, di consultazione e di rappresentanza, in organo di contrattazione e stipula di accordi collettivi.

5. Il finanziamento dei sindacati in Francia si nota per quattro grandi caratteri, legati alla scarsità dei contributi sindacali, all'incertezza sul regime giuridico dei fondi delle organizzazioni sindacali, al fatto che i finanziamenti statali e parastatali prendono poco in considerazione il criterio della consistenza numerica dell'organizzazione, ed infine alla grande prudenza che le organizzazioni sindacali dimostrano in materia di comunicazione e pubblicità della propria situazione finanziaria. Perciò le necessità di riforma del sistema e le posizioni convergono quasi tutte sul numero delle questioni, eccetto il legame tra finanziamento pubblico e rappresentatività.

La strada dell'adattamento. Misure di controllo permetterebbero di mettere fine al clima di incertezza che pesa su certe risorse, visto il fatto che un miglioramento in termini di trasparenza dei conti naturalmente risponderebbe alle critiche di scarsa chiarezza del sistema. Per quanto riguarda i contributi, per i quali è già previsto un beneficio fiscale, potrebbe essere esaminata l'ipotesi di un'eventuale estensione della tecnica dell'assegno sindacale. Venendo ai finanziamenti statali o parastatali, occorrerebbe innanzitutto che la legge dotasse le organizzazioni sindacali di un regime fiscale proprio. Si tratterebbe di assicurare soprattutto una maggiore trasparenza negli interventi dello Stato quale datore di lavoro, in particolare consolidando ed attualizzando le regole che disciplinano i permessi ed i congedi, e regolarizzando o eliminando le sovvenzioni attribuite dai ministeri.

Per le imprese, le misure consisterebbero nell'inquadrare meglio la messa a disposizione alle organizzazioni sindacali dei dipendenti nel settore privato e di rafforzare il finanziamento del congedo per la formazione in materie economiche, sociali e sindacali. Infine, per quanto attiene ai bilanci dei sindacati, una prima tappa potrebbe consistere nel prevedere la pubblicazione annuale del bilancio d'esercizio da parte delle confederazioni, federazioni, unioni regionali e di provincia, prima di arrivare in un secondo tempo alla pubblicazione del bilancio consolidato.

La strada della trasformazione. Le soluzioni previste in questa via tendono al rafforzamento delle posizioni degli iscritti e degli aderenti nel sistema del finanziamento dei sindacati. Al fine di favorire l'ampliamento dei contributi sindacali, un aumento dei benefici fiscali attualmente previsto è possibile, ma se assumesse la forma di un credito d'imposta, sia per gli iscritti soggetti fiscalmente imponibili che quelli non imponibili, risulterebbe di maggior interesse e sarebbe più equo. Per quanto riguarda i finanziamenti statali e parastatali, potrebbe prospettarsi la possibilità di finanziamenti limitati per incarichi di interesse generale conferiti alle organizzazioni sindacali. Potrebbe pensarsi anche ad un riesame della ripartizione tra i singoli sindacati in vista di prendere meglio in considerazione la consistenza numerica di ciascuno di essi. Per quanto attiene alle imprese, l'idea di un sostegno specifico destinato al finanziamento del dialogo sociale è al momento controverso. La sua attuazione potrebbe tuttavia portare ad una eliminazione degli oneri attualmente in capo alle imprese e non rappresenterebbe necessariamente un ulteriore rilevante costo.

3. Germania

3.1. R. SANTAGATA, *Recenti orientamenti della giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht in tema di diritto sindacale (2004-2006)*. Massime e testi integrali delle sentenze, novembre 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 58).

- Bundesarbeitsgericht, sentenza del 23 marzo 2005, 4 AZR 203/04 (*Allegato 1*).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza del 14 dicembre 2005, 4 AZR 536/04 (*Allegato 2*).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza del 27 maggio 2005, 6 AZR 129/03 (*Allegato 3*).

3.2. R. SANTAGATA, *Recenti orientamenti della giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht in tema di rapporto di lavoro (2004-2006)*. Massime e testi integrali delle sentenze, novembre 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 60).

- Bundesarbeitsgericht, sentenza del 31 agosto 2005, 5 AZR 517/04 (*Allegato 1*).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza del 2 marzo 2006, 8 AZR 124/05 (*Allegato 2*).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza del 7 luglio 2005, 2 AZR 581/04 (*Allegato 3*).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza del 12 gennaio 2005, 5 AZR 364/04 (*Allegato 4*).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza del 24 giugno 2004, 6 AZR 383/03 (*Allegato 5*).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza del 18 maggio 2004, 9 AZR 319/03 (*Allegato 6*).
- Bundesarbeitsgericht, sentenza del 20 luglio 2004, 9 AZR 626/03 (*Allegato 7*).

Recenti orientamenti della giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht (2004-2006)

Sommario: **I.** Diritto sindacale. – **1.** Rapporto tra contratti collettivi di diverso livello e *Günstigkeitsprinzip*. – **2.** Clausola di rinvio del contratto individuale alla contrattazione collettiva (la c.d. *Bezugnahmeklausel*). – **3.** Autonomia collettiva e vincoli costituzionali. – **4.** Organizzazioni sindacali minoritarie e capacità negoziale (*Tarifffähigkeit*): il caso CGM (*Christliche Gewer-*

kschaft Metall). – **II.** Rapporto di lavoro. – **5.** Licenziamenti collettivi e termine per la notifica all’Agenzia per il lavoro (*Agentur für Arbeit*): una significativa inversione di rotta del BAG dopo la pronuncia della Corte di Giustizia del 27 gennaio 2005 (causa *Junk*). – **6.** Trasferimento d’azienda e parità di trattamento. – **7.** Diritto di opposizione del lavoratore al proprio trasferimento (*Widerspruchsrecht*). – **8.** Licenziamento in tronco per utilizzo abusivo di internet durante l’orario di lavoro. – **9.** Legittimità della clausola di revoca di componenti retributive addizionali (la c.d. *Widerrufsvorbehalt*). – **10.** Rimborso delle spese sostenute per la formazione del lavoratore in caso di recesso. – **11.** La conversione del rapporto di lavoro full-time in lavoro part-time.

I. Diritto sindacale.

1. Con la pronuncia del 23 marzo 2005, in epigrafe, il Bundesarbeitsgericht (BAG) affronta la problematica del rapporto tra contratti collettivi di diverso livello e, in particolare, viene chiamato a pronunciarsi sull’esistenza di un concorso/conflitto tra un particolare tipo di contratto collettivo (il c.d. contratto collettivo “mantello”) stipulato a livello federale (si tratta di un *Verbandstarifvertrag*) ed un contratto collettivo aziendale (*Firmentarifvertrag*). La questione non è molto ricorrente in Germania (E.O. KEMPEN, U. ZACHERT (a cura di), *Tarifvertragsgesetz*, 3. Aufl. § 4, Bund Verlag, Frankfurt a.M., 1997, 131; C. ZOLI, *La struttura della retribuzione e della contrattazione collettiva in Germania*, in R. BRUNETTA (a cura di), *Retribuzione, costo del lavoro, livelli della contrattazione. Relazioni sindacali e politiche dei redditi*, Etaslibri, Roma, 1992), come lo è invece nel nostro ordinamento, là dove, come noto, è stata oggetto di ampia attenzione da parte della dottrina; e ciò è dovuto almeno a due ragioni: in primo luogo, alla presenza del sistema di codeterminazione a livello aziendale che ha lasciato sinora uno spazio residuale al contratto collettivo aziendale (sia consentito il rinvio, da ultimo, a R. SANTAGATA, *La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali*, in *DLRI*, 2005, 639 ss.); in secondo luogo, alla circostanza che, poiché i contratti conclusi a tale livello vengono sovente stipulati da imprese non vincolate all’applicazione dei contratti collettivi di distretto, essi non entrano in conflitto con la disciplina prevista da questi ultimi.

Nell’ipotesi in esame, si discute se ricorra un caso di concorso/conflitto tra contratti collettivi e, in particolare, se il contratto collettivo aziendale possa, quale fonte speciale, modificare la disciplina dettata dal contratto collettivo “mantello” stipulato a livello federale. Il prestatore di lavoro che aveva presentato il ricorso, aveva avanzato il diritto a ricevere un emolumento straordinario (*Sonderzuwendung*) previsto dal contratto collettivo “mantello” (ma non dal contratto collettivo aziendale), adducendo che nel caso di specie non sussisteva un’ipotesi di concorso/conflitto tra contratti collettivi in quanto, non essendo iscritto al sindacato (ver.di) firmatario del contratto collettivo aziendale, poteva ritenersi vincolato soltanto dal contratto collettivo “mantello”.

Il ricorso viene, peraltro, rigettato dal BAG, il quale, ritiene applicabile, nella specie, il principio della specialità, secondo cui va riconosciuta la prevalenza del contratto collettivo che è più vicino all’impresa da un punto di vista territoriale, aziendale, fattuale e personale e che meglio soddisfa le esigenze e le particolarità dell’impresa e del lavoratore. Sotto questo profilo, la pronuncia si pone in linea con la giurisprudenza della Corte Suprema del lavoro, la quale in precedenti sentenze non aveva dubitato che un contratto collettivo aziendale si potesse configurare quale fonte speciale rispetto al contratto collettivo stipulato a livello federale (BAG 4 aprile 2001 – 4 AZR 237/00 – BAGE 67, 330; BAG 20 aprile 1999 – 1 AZR 631/98 – BAGE 91, 244, 256; BAG 20 marzo 1991 – 4 AZR 455/90). Opinione, questa, non dissimile da quella accolta da chi, pur mostrandosi contrario all’applicazione del principio di specialità, aveva riconosciuto in ogni caso che tale principio potesse operare ove ricorra un concorso/conflitto basato sull’esistenza di un

contratto collettivo a livello federale e di un contratto collettivo aziendale stipulati dallo stesso sindacato (E.O. KEMPEN, U. ZACHERT (a cura di), *Tarifvertragsgesetz*, cit., 131). Inoltre, secondo il Tribunale federale del lavoro la ricorrenza di un concorso/conflitto tra contratti collettivi (*Tarifkonkurrenz*), nella specie, si giustifica in ragione dell'applicabilità al rapporto di lavoro tanto del contratto collettivo "mantello" quanto del contratto collettivo aziendale: in particolare, il contratto collettivo "mantello" ha, nel caso in esame, un'efficacia generalizzata in virtù della dichiarazione pronunciata ai sensi del § 5 della legge sui contratti collettivi (*Tarifvertragsgesetz* – TVG) dal Ministro Federale del lavoro e della sicurezza sociale (*Allgemeinverbindlicherklärung*) [trattasi della procedura prevista nel sistema tedesco per dichiarare i contratti collettivi efficaci *erga omnes*] e in virtù di un rinvio contenuto nel contratto di lavoro; il contratto collettivo aziendale trova ugualmente applicazione in virtù di un rinvio contenuto nel contratto di lavoro. In questo senso si era orientata, anche in passato, la giurisprudenza del BAG, giungendo a sostenere che si è in presenza di una *Tarifkonkurrenz* ogniqualvolta un contratto collettivo dichiarato efficace *erga omnes* ai sensi del § 5 del TVG concorra a regolamentare il rapporto di lavoro con un altro contratto collettivo vincolante sulla base di un rinvio individuale (BAG 20 marzo 1991 – 4 AZR 455/90, cit. – BAGE 67, 330).

Su tali basi, si giunge ad escludere che la questione concernente il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello possa trovare una soluzione, invocando il principio di favore contemplato dal § 4 Abs. 3 TVG (*Günstigkeitsprinzip*), perlomeno nei casi in cui *a*) entrambi i contratti collettivi siano vincolanti per il lavoratore; *b*) la vincolatività di uno di essi consegua alla ordinanza del Ministro che impone l'estensione dell'efficacia (*Allgemeinverbindlicherklärung*); *c*) i due contratti in conflitto siano stipulati dallo stesso sindacato. Un'eventuale applicazione del principio di favore – continua il BAG – non potrebbe conciliarsi con la *ratio* sottesa alla dichiarazione di estensione dell'efficacia del contratto collettivo che, come è stato detto anche in dottrina (R. WANK, Sub § 5, in H. WIEDEMANN (a cura di), *Tarifvertragsgesetz, Kommentar*, Beck Verlag, München, 1999, 1 ss.; T. LAKIES, Sub § 5, in W. DAUBLER (a cura di), *Kommentar zum Tarifvertragsgesetz*, Nomos, Baden-Baden, 2003, 6 ss.), «assolve ad una funzione di tutela sociale» in quanto, estendendo l'azione di "cartello" del contratto collettivo, «impedisce l'assunzione degli *outsider* a condizioni inferiori ai minimi contrattuali» (cfr. § 30 e § 34 della pronuncia); del resto, «con l'applicazione di tale principio il lavoratore non sindacalizzato si troverebbe in una posizione migliore rispetto a quella di chi è iscritto al sindacato», potendo trarre vantaggio dal proprio *status* e richiamarsi alla regolamentazione più favorevole prevista dal contratto collettivo "mantello" (cfr. § 32 della motivazione).

2. Con una sentenza del 14 dicembre 2005 (in *Der Betrieb*, 2005, 2815) il BAG ha operato una significativa correzione di rotta della propria giurisprudenza in materia di clausole di rinvio (*Bezugnahmeklauseln*) allo scopo di apprestare un ennesimo espediente per fronteggiare un fenomeno ormai diffuso in Germania: la "fuga" delle imprese dalle associazioni datoriali (*Tarifflicht*). La sentenza in questione riguarda l'interpretazione delle clausole di rinvio contenute nel contratto individuale, denominate *Bezugnahmeklauseln*; clausole con le quali – come avviene anche nel nostro ordinamento – le parti manifestano espressamente l'intenzione di uniformarsi alla regolamentazione prevista da un determinato contratto collettivo e accettano ogni successivo rinnovo.

Stando ad un orientamento consolidato nella giurisprudenza del BAG, il rinvio contenuto in un contratto di lavoro "preformulato" da un datore di lavoro vincolato all'osservanza di un determinato contratto collettivo (per esempio in ragione dell'appartenenza all'associazione dei datori di lavoro firmataria del contratto stesso) deve essere interpretato alla stregua di una clausola di parificazione, detta *Gleichstellungsabrede* (cfr., nello stesso senso, anche BAG 1° dicembre 2004 – 4 AZR 50/04 – AP TVG § 1 *Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 34*; BAG 21 luglio 2004 – 7 AZR 589/03; BAG 19 gennaio 1999 – 1 AZR

606/98 – AP TVG § 1 *Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 9*). Il ricorso ad una simile clausola contrattuale consente al datore di lavoro di sopperire alla mancanza di vincolatività del contratto collettivo nei confronti dei prestatori di lavoro non sindacalizzati: la stipulazione di tale clausola, infatti, comporta che anche il lavoratore che non è vincolato al contratto collettivo – perché, ad esempio, non iscritto alle organizzazioni sindacali – debba uniformarsi alla regolamentazione contrattuale.

Una simile interpretazione delle clausole di rinvio ha incontrato più volte il favore della giurisprudenza e si fonda su una serie di argomentazioni su cui occorre soffermarsi rapidamente. In primo luogo, essa è dettata dall'esigenza di omogeneizzare il trattamento dei lavoratori occupati nella azienda e consente, in particolare, di evitare discriminazioni nei confronti dei lavoratori non sindacalizzati. Il datore di lavoro, come pone in rilievo il Tribunale federale, all'atto della stipulazione del contratto, di regola, non si trova in condizione di sapere se il prestatore di lavoro è iscritto o meno al rispettivo sindacato, né ha il diritto di chiedere informazioni a questo riguardo. Del resto, è altrettanto incontestabile che le c.d. *dinamische Verweisungen* – laddove il rinvio si intende riferito alla contrattazione collettiva intesa come fonte di produzione della norma – consentano di ridurre i costi di transazione giacché le imprese non dovranno modificare i contratti individuali di lavoro ogniqualvolta venga stipulato un nuovo contratto collettivo.

Ne consegue che, nei casi in cui il contratto individuale opera un rinvio formale (o, per riprendere la terminologia invalsa in Germania, un rinvio “dinamico”) al contratto collettivo, si instaura un legame che, come avviene per il lavoratore sindacalizzato (o, comunque, vincolato dal contratto collettivo), può venir meno in caso di recesso del datore di lavoro dalla rispettiva associazione oppure di uscita dell'impresa dal campo di applicazione del contratto o ancora di trasferimento d'azienda a un datore di lavoro non vincolato al rispetto del contratto collettivo [cfr., rispettivamente, i §§ 3 Abs. 3, e 4 Abs. 5 del TVG, ed il § 613a, Abs. 1, Satz 2, del codice civile (*Bürgerliche Gesetzbuch*: BGB)]; il che implica che qualora, a seguito di tali vicende, abbia luogo un rinnovo del contratto collettivo, le relative modifiche ed integrazioni non potranno più operare in virtù della clausola di parificazione (*Gleichstellungsabrede*) neanche nei confronti dei lavoratori non sindacalizzati.

In definitiva la pronuncia in esame assume particolare rilevanza in quanto il Tribunale federale, facendo propri alcuni rilievi critici mossi dalla dottrina più autorevole (tra gli altri, G. THÜSING, T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifnormen*, in *Recht der Arbeit*, 2002, 193; G. ANNUß, *Die einzelvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge*, in *Betriebs-Berater*, 1999, 2558) e dalla giurisprudenza di merito (LAG Hamburg 15 novembre 2000 – 4 Sa 32/00 – in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2001, 562), pone in discussione siffatte acquisizioni, giungendo ad affermare che i rinvii dei contratti conclusi dopo il 31 dicembre 2001 possono intendersi alla stregua di clausole di parità solo se non risulta diversamente.

3. Nella pronuncia del 27 maggio 2004 (in *Recht der Arbeit*, 2005, 177, con nota di T. DIETERICH e in epigrafe) il BAG ha affrontato una questione di particolare rilievo nel sistema tedesco che attiene alla vincolatività delle norme costituzionali nei confronti dell'autonomia collettiva e, più in particolare, alla legittimità dell'esclusione di talune categorie di lavoratori dal campo di applicazione del contratto collettivo in relazione a talune norme costituzionali. Il Tribunale federale del lavoro, pur escludendo che le parti del contratto collettivo, nella loro qualità di associazioni di diritto privato, siano immediatamente vincolate dalla Costituzione, ha peraltro ribadito che esse, in considerazione della funzione di tutela dei diritti fondamentali, sono tenute, nello svolgimento della funzione normativa, ad osservare il principio generale di uguaglianza previsto dall'art. 3, Abs. 1, Cost., come pure il divieto di discriminazione di cui all'art. 3, Abs. 2 e Abs. 3, Cost. Il che vale anche per quanto riguarda la definizione dell'ambito soggettivo di applicazione

del contratto collettivo.

Dal momento che l'art. 9, Abs. 3, Cost. garantisce la libertà di organizzazione sindacale in tutte le sue possibili esplicazioni e, dunque, tutela l'autonomia collettiva anche come strumento di regolazione delle condizioni economiche e di lavoro, secondo il Tribunale, ai soggetti collettivi non può ritenersi preclusa la possibilità di rinunciare alla funzione normativa, come accade nel caso di specie, nella misura in cui le parti del contratto escludono dal suo ambito di applicazione un determinato gruppo di lavoratori. Una simile rinuncia – prosegue il BAG – non viola l'art. 3 Cost., qualora alla luce di una considerazione dei rispettivi gruppi di lavoratori, si riscontrino differenze oggettive idonee a giustificare l'esclusione dal campo di applicazione del contratto collettivo.

4. Il sistema tedesco, benché sia caratterizzato da un grado (relativamente) elevato di giuridificazione del contratto collettivo e da un livello di massima istituzionalizzazione delle forme organizzative e dei soggetti del sistema di codeterminazione, non contempla norme sulla selezione degli agenti del sistema contrattuale, né predispone alcuna soglia di rappresentatività minima, varcata la quale il sindacato può considerarsi legittimato alla stipulazione dei contratti collettivi.

Il § 2 della legge sui contratti collettivi (TVG), applicabile anche al settore pubblico, si limita a stabilire che «parte di un contratto collettivo possono essere i sindacati, il singolo datore di lavoro, così come le associazioni dei datori di lavoro». Trattasi di una previsione che non ha mancato di suscitare dubbi sul piano interpretativo in dottrina come in giurisprudenza, le quali, in particolare, dibattono da tempo sulla nozione di sindacato (*Gewerkschaft*) contenuta in tale norma e sui requisiti che i singoli sindacati devono possedere per acquistare la capacità di stipulare contratti collettivi con efficacia normativa (*Tariffähigkeit*). Su questa problematica occorre segnalare una recentissima sentenza del 28 marzo 2006 (in *Arbeit und Recht*, 2006, 165), con la quale il BAG pone fine ad una disputa decennale insorta intorno alla questione del riconoscimento di diritti sindacali in favore di una piccola organizzazione sindacale del settore metalmeccanico, la CGM (*Christliche Gewerkschaft Metall*). In quest'occasione, il Tribunale federale del lavoro non ha esitato ad ammettere la piena legittimazione di tale sindacato alla stipulazione di contratti collettivi. La questione della titolarità dei diritti sindacali in capo al sindacato CGM si era posta in quanto tale sindacato aveva stipulato diversi contratti collettivi in materia di retribuzione e di orario di lavoro con l'organizzazione dei datori di lavoro nel settore metalmeccanico (in particolare, nel 1996 CGM aveva stipulato un contratto collettivo con l'organizzazione dei datori di lavoro nel settore metalmeccanico ed elettrico della Sassonia, la VSME (*Verband der Sächsischen Metall – und Elektroindustrie*) che consentiva la possibilità di introdurre deviazioni fino a 3 ore dall'orario di lavoro settimanale di 39 ore. Nel 1998 CGM aveva stipulato con l'organizzazione datoriale per l'industria metalmeccanica della Germania dell'Est (*Ostmetall*) un accordo denominato *Phoenix* che consentiva di modificare l'orario di lavoro fino a 400 ore ogni anno rispetto alla media annuale di 2.000 ore. Infine, va segnalato un recente accordo stipulato tra CGM e Ostmetall che se da un lato riconosce taluni incrementi salariali, dall'altro, consente accordi di “ribasso” per i datori di lavoro che creano nuovi posti di lavoro). Dal momento che tali accordi erano entrati più volte in conflitto con quelli conclusi dalla maggiore organizzazione sindacale nel settore metalmeccanico, ossia l'*IG Metall (Industriegewerkschaft Metall)*, quest'ultimo aveva citato in giudizio il sindacato CGM e, mettendone in discussione la rappresentatività, aveva chiesto che fosse privato dello *status* di organizzazione sindacale e, conseguentemente, fossero annullati i contratti collettivi da esso stipulati sino a quel momento.

Il primo Senato del Tribunale federale del lavoro, confermando la pronuncia del Tribunale del *Land*, ha tuttavia rigettato la richiesta di IG Metall e ha respinto tutti gli argomenti che erano stati adottati nel ricorso per escludere la forza contrattuale e la capacità di CGM

di concludere contratti collettivi. Secondo il Tribunale, la CGM, sebbene possa contare su un numero di iscritti piuttosto esiguo (pari soltanto al 2% di tutti lavoratori occupati nell'industria metallurgica ed elettrotecnica) e sia caratterizzata da una concentrazione prevalentemente territoriale, dovrebbe considerarsi, tuttavia, dotata di una adeguata capacità rappresentativa in ragione del fatto che essa svolge le funzioni che contrassegnano tipicamente l'azione sindacale. In particolare, la circostanza che essa abbia effettivamente partecipato alla formazione e alla stipulazione di numerosi contratti collettivi (circa 5.500) e possieda la capacità di controllo e di mobilitazione della base necessaria ad imporre la loro applicazione dovrebbe indurre a considerarla a pieno titolo un'organizzazione sindacale.

II. Rapporto di lavoro.

5. Nel diritto tedesco la disciplina sulle procedure di licenziamento collettivo è contenuta nei §§ 17 e ss. della legge relativa alla protezione in materia di licenziamenti (*Kündigungsschutzgesetz* – KSchG) del 25 agosto 1969, come modificata dalla legge del 23 aprile 2004 (BGBl. I S. 602). In base al § 17, Abs. 1, Satz 1, KSchG il datore di lavoro, ogniqualvolta intenda effettuare un determinato numero di licenziamenti, oltre a dover fornire in tempo utile al consiglio aziendale (*Betriebsrat*) tutte le informazioni opportune (cfr. il § 17, Abs. 2 del KSchG che menziona, segnatamente, i motivi del licenziamento, il numero e le categorie dei lavoratori da licenziare, nonché dei lavoratori abitualmente impiegati, il periodo nel quale debbono essere effettuati i licenziamenti ed i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare), deve notificare la sua intenzione all'Agenzia per il lavoro (*Agentur für Arbeit*) trenta giorni civili prima di licenziare, trasmettendo-anche copia della comunicazione inviata al consiglio aziendale e del parere da questo espresso. La giurisprudenza del BAG finora prevalente era orientata nel senso che la disciplina sui licenziamenti, nell'individuare il termine di scadenza per l'adempimento di tali obblighi, intendesse far riferimento non alla dichiarazione unilaterale del datore di lavoro di risolvere il contratto, bensì alla cessazione effettiva del rapporto di lavoro, con la conseguenza che il datore di lavoro potrebbe effettuare la notifica all'autorità competente (Agenzia per il lavoro) anche dopo la risoluzione dei contratti di lavoro, purché prima del concreto allontanamento dall'azienda dei lavoratori. A seguito di una pronuncia emessa dalla Corte di Giustizia il 27 gennaio del 2005 (in *q. Rivista*, 2006, 565, con nota *La nozione di licenziamento ai fini dell'applicazione della direttiva comunitaria in materia di licenziamenti collettivi*), si è reso necessario riconsiderare una simile interpretazione (la sentenza del giudice di rinvio – l'*Arbeitsgericht* di Berlino – è pubblicata in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2005, 585, con commento di K. RIESENHUBER, R. DOMRÖSE, *Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17, 18 KSchG und Rechtsfolgen fehlerhafter Massentlassungen*): infatti, la Corte ha chiarito che, in base agli artt. 2-4 della direttiva n. 98/59, l'evento qualificabile come licenziamento è rappresentato dalla manifestazione di volontà del datore di lavoro di risolvere il contratto di lavoro (e non dalla cessazione effettiva del rapporto di lavoro). Il Tribunale del lavoro federale, con una pronuncia del 23 marzo 2006 (in *Arbeit und Recht*, 2006, 164), si è così adeguato all'orientamento della Corte di Giustizia, interpretando la disciplina di cui al § 17, Abs. 1, Satz 1, KSchG conformemente alla direttiva e, cioè, nel senso che la notifica all'Agenzia del lavoro deve essere eseguita in tempo utile prima della dichiarazione del licenziamento. Ha invece opportunamente ommesso di pronunciarsi in merito all'efficacia del licenziamento pronunciato senza la tempestiva notifica, ritenendo di dover tutelare l'affidamento che, per lo meno fino al momento della sentenza sopra menzionata della Corte di Giustizia, la giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro e la coerente prassi amministrativa delle Agenzie di lavoro – che accettavano una notificazione effettuata prima della cessazione effettiva del rappor-

to di lavoro – possano aver determinato nella generalità dei datori di lavoro.

6. Con la pronuncia del 31 agosto 2005 (in *Arbeit und Recht*, 2005, 380 e in epigrafe), il Tribunale federale del lavoro affronta una questione particolare che attiene al rapporto tra la disciplina in materia di trasferimento d'azienda (§ 613a BGB) ed il principio di parità di trattamento (*Gleichbehandlungsgrundsatz*), domandandosi, in particolare, se eventualmente tale principio possa incidere sul trattamento economico e normativo previsto per i lavoratori ceduti da un contratto collettivo o da un accordo di codeterminazione aziendale (il c.d. *Betriebsvereinbarung*) che, come noto, è l'accordo stipulato tra il datore di lavoro (in questo caso, il cessionario) ed il consiglio aziendale.

È appena il caso di rilevare come, secondo una giurisprudenza consolidata del Tribunale federale del lavoro, il principio di parità di trattamento non solo impedisca di riservare arbitrariamente condizioni di lavoro meno favorevoli a ciascun prestatore di lavoro all'interno di una determinata categoria, ma limiti anche la libertà del datore di lavoro di configurare differenti categorie di lavoratori assoggettate ad un trattamento differenziato (cfr. BAG 13 febbraio 2002 – 5 AZR 713/00 – AP BGB § 242, *Gleichbehandlung Nr. 184*; BAG 29 settembre 2004 – 5 AZR 43/04 – AP BGB § 242, *Gleichbehandlung Nr. 192*). Secondo il Tribunale federale del lavoro il principio di parità di trattamento presuppone in ogni caso la formazione di un gruppo di lavoratori avvantaggiati. L'obbligo di parità di trattamento opera sempre quando il datore di lavoro concede in modo generalizzato alcune prestazioni in base ad un'astratta regolamentazione. Da tale regolamentazione egli non può escludere il lavoratore senza addurre una motivazione oggettiva. Così BAG 21 marzo 2002 – 6 AZR 144/01 – EzA BGB § 242, *Gleichbehandlung n. 88*). Nella pronuncia qui in esame, il BAG, peraltro, ha chiarito che qualora, in occasione di un trasferimento d'azienda, i rapporti di lavoro si trasferiscano dal cedente al cessionario ed il cessionario garantisca ai lavoratori trasferiti il trattamento concordato con il datore di lavoro precedente, ovvero quello derivante da un accordo di codeterminazione aziendale, i lavoratori ceduti non sono legittimati ad invocare il principio di parità di trattamento allo scopo di ottenere una equiparazione delle proprie condizioni di lavoro con quelle esistenti presso i lavoratori dell'impresa acquirente. In questo caso, infatti, il datore di lavoro è vincolato soltanto dalle conseguenze giuridiche derivanti dal trasferimento d'azienda ai sensi del § 613a, Abs. 1, Satz 1 e 2, BGB [in particolare, il § 613a, Abs. 1, del codice civile (BGB) prevede: «i diritti e gli obblighi conseguenti da rapporti di lavoro esistenti alla data del trasferimento, per atto scritto, di un'azienda o di una parte di azienda si intendono trasferiti, per effetto del detto trasferimento, al cessionario. Qualora tali diritti e tali obblighi siano disciplinati da un contratto collettivo o da un accordo di codeterminazione aziendale, costituiscono parte integrante del rapporto di lavoro tra il nuovo datore di lavoro e il lavoratore e non possono essere modificati *in pejus* nei confronti di quest'ultimo nell'anno successivo alla data del trasferimento. La seconda frase non trova applicazione qualora i diritti e gli obblighi siano disciplinati, con riguardo al nuovo datore di lavoro, da un altro contratto collettivo o da un altro accordo aziendale. Prima della scadenza del termine previsto alla seconda frase, i diritti e gli obblighi possono essere modificati nel caso in cui il contratto collettivo o l'accordo aziendali non siano più validi, o in assenza di reciproca disciplina convenzionale nel contesto di altro contratto collettivo la cui applicazione sia convenuta tra il nuovo datore di lavoro e il lavoratore», *traduzione a cura dell'autore*].

Il BAG è dunque orientato nel senso di escludere che il cessionario possa ritenersi tenuto a realizzare un allineamento delle condizioni di lavoro dei differenti gruppi di lavoratori: difatti, poiché nel caso di specie, mancano i presupposti di fatto per l'applicazione del principio di parità di trattamento, non esisterebbe alcun fondamento giuridico per configurare un obbligo siffatto. Il Tribunale in questo modo disattende l'opinione sostenuta da una parte della dottrina, la quale, sul presupposto che le differenti condizioni di lavoro

potrebbero perdere “con l’andar del tempo” la propria giustificazione oggettiva, era giunta sino ad ammettere in capo al lavoratore sottoposto a condizioni meno favorevoli la possibilità di configurare un diritto all’allineamento (*Anpassungsanspruch*) (U. PREIS, *Kommentierung der § 613a BGB*, in T. DIETERICH, R. MÜLLER-GLÖGE, U. PREIS, G. SCHAUB (a cura di), *Erfurter Kommentar*, C.H. Beck Verlag, München, 2005, 75).

7. Con la sentenza del 2 marzo del 2006, in epigrafe, il BAG si pronuncia sulla sussistenza di un diritto di opposizione del lavoratore (*Widerspruchsrecht*) in un caso di trasferimento di un rapporto di lavoro imposto dalla legge e non rientrante nel campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d’azienda.

Il Tribunale federale del lavoro, dopo aver escluso l’applicazione analogica della disciplina sul trasferimento d’azienda (e, in particolare, del § 613a, Abs. 6, BGB), chiarisce che il diritto di opposizione che la predetta normativa, a differenza del nostro art. 2112 c.c., riconosce espressamente in capo al prestatore di lavoro, non trova alcun fondamento costituzionale. In effetti, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), l’art. 12 della Costituzione (*Grundgesetz – GG*), accanto alla libera scelta dell’occupazione, garantisce un’ampia tutela anche alla scelta del luogo di lavoro. E, non v’è dubbio, che per quanto riguarda tale scelta è in gioco la decisione sulla possibilità di svolgere un’attività concreta o di concludere un determinato rapporto di lavoro: difatti, nel diritto fondamentale alla libera scelta del luogo di lavoro rientra, innanzitutto, la decisione di ciascuno di accettare un’opportunità occupazionale che si presenta concretamente con riferimento alla professione prescelta.

Peraltro, continua il Tribunale, come la libertà occupazionale non si esaurisce nella decisione di iniziare una determinata occupazione, ma comprende anche la scelta di continuarla o di abbandonarla, così la scelta del posto di lavoro si riferisce tanto alla decisione di accettare una concreta occupazione, quanto a quella di conservarla o di rinunciarvi. Il diritto costituzionale appresta la propria tutela contro tutti i provvedimenti volti a limitare questa libertà di scelta (cfr. da ultime, BVerfG 15 luglio 1998 – 1 BvR 1554/89 ua. – BVerfGE 98, 365, zu C III 1a della motivazione; BVerfG 6 ottobre 1999 – 1 BvR 2110/93 – AP GG Art. 12 n. 112, zu IV 1 della motivazione; 8 luglio 1997 – 1 BvR 1621/94 – BVerfGE 96, 205, zu B I 1 della motivazione). Da ciò consegue che qualsiasi disciplina sul trasferimento di un rapporto di lavoro ad un altro datore di lavoro tocca il campo della tutela della libertà del luogo di lavoro garantita costituzionalmente dall’art. 12 del GG (BAG 30 settembre 2004 – 8 AZR 462/03 – AP BGB § 613a n. 275 = EzA BGB 2002 § 613a n 28; in dottrina T. DIETERICH, *Kommentierung der Art. 12 GG*, in T. DIETERICH, R. MÜLLER-GLÖGE, U. PREIS, G. SCHAUB (a cura di), *op. cit.*, 91).

Sebbene anche nel caso di specie si verifichi una limitazione della libertà di scelta del posto di lavoro del lavoratore – in quanto si è in presenza di una legge cogente che dispone il trasferimento dei rapporti di lavoro da un *Land* ad una fondazione di diritto pubblico – secondo il BAG, tale limitazione non è in contrasto con l’art. 12, Abs. 1, Cost. in quanto, in tal caso, la mancata concessione di un diritto di opposizione serve a garantire la conservazione della funzionalità di una istituzione di previdenza, le condizioni di lavoro non si modificano in modo determinante e con il nuovo datore di lavoro subentra per il lavoratore un debitore più forte (sotto il profilo della solvibilità).

8. Il BAG ha avuto modo di pronunciarsi recentemente in merito alla questione della sussistenza di una giustificazione valida (*wichtiger Grund*) per un licenziamento in tronco (*außerordentlichen Kündigung*) in caso di utilizzo abusivo di internet da parte del lavoratore durante l’orario di lavoro (sentenza del 7 luglio 2005, in *Betriebs-Berater*, 2006, 331 e in epigrafe. L’attore era occupato presso il convenuto dal 1985 come capo turnista con mansioni di sorveglianza in un’industria chimica e lavorava nel turno avvicendato con un periodo di riposo di un’ora ogni turno di 12 ore. Nel 2002 disponeva liberamente dell’accesso ad internet. Dal momento che il dirigente d’azienda aveva rilevato una sensibile

lievitazione dei costi di internet, il servizio investigativo aziendale aveva compiuto delle indagini, giungendo ad accertare che nella stanza del convenuto erano stati aperti siti internet con contenuto pornografico. Il convenuto aveva dunque contestato all'attore di aver utilizzato internet per scopi privati in un periodo complessivo di diciotto ore, ivi comprese cinque ore impiegate per visitare siti pornografici. Da qui il licenziamento in tronco dell'attore).

Trattasi di una specifica questione connessa all'applicabilità del § 626, Abs. 1, del BGB, in base al quale un recesso straordinario è legittimo qualora «sussistano ragioni che, tenuto conto di tutte le circostanze del caso e contemperando gli interessi di entrambe le parti, non consentano a ciascuna di esse di adempiere il contratto sino alla fine del periodo di preavviso».

La sentenza del Tribunale federale riforma la pronuncia del *Landesarbeitsgericht* che, rigettando la domanda del datore di lavoro, aveva statuito che nel caso di specie non sussisteva alcun motivo idoneo a giustificare un *außerordentlichen Kündigung*. In particolare, il Tribunale del *Land* aveva ritenuto che, qualora il datore di lavoro consenta o accetti l'uso di internet, il licenziamento è ammesso solo in via eccezionale, nella misura in cui esso, per le modalità con le quali tale uso venga effettuato dal prestatore di lavoro medesimo, si traduca in un abuso vietato.

Contrariamente all'opinione del *Landesarbeitsgericht*, il BAG ritiene che, in caso di abuso di collegamento ad internet, possano ricorrere gli estremi per intimare un licenziamento in tronco *ex* § 626, Abs. 1, del BGB anche laddove il prestatore di lavoro non abbia violato un espresso divieto o un richiamo verbale proveniente dal datore di lavoro. A tal proposito, è interessante notare come il Tribunale, sulla scia di taluni orientamenti emersi di recente in dottrina (da ultimi, A. MENGEL, *Alte arbeitsrechtliche Realitäten im Umgang mit der neuen virtuellen Welt*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2005, 752; S. KRAMER, *Internetnutzung als Kündigungsgrund*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2004, 457), si sia preoccupato di individuare, in un *obiter dictum*, tre tipi di condotte che, a suo giudizio, potrebbero sicuramente dar luogo ad un provvedimento espulsivo da parte del datore di lavoro: a) il *download* non autorizzato di una grande quantità di dati da internet sui sistemi aziendali ogniqualvolta questo faccia sorgere il pericolo di infettare con virus o danneggiare in qualche altro modo il sistema informatico aziendale ovvero possa arrecare un pregiudizio alla reputazione del datore di lavoro (per esempio, nei casi in cui vengano scaricate immagini pornografiche o vietate penalmente); b) l'uso per scopi personali dell'accesso ad internet messo a disposizione dal datore di lavoro nella misura in cui esso rappresenti un costo supplementare; c) l'uso per scopi personali dell'accesso ad internet durante l'orario di lavoro nella misura in cui pregiudichi l'adempimento della prestazione di lavoro prevista nel contratto. Tale violazione degli obblighi contrattuali – come si è opportunamente rilevato anche in dottrina (W. DÄUBLER, *Internet und Arbeitsrecht*, Bund-Verlag, Frankfurt a.M., 2. Aufl. 2002, 189) – è tanto più rilevante quanto più, mediante l'utilizzo abusivo di internet, venga pregiudicato il puntuale adempimento dell'obbligazione di lavoro sia dal punto di vista del contenuto che dal punto di vista del tempo.

9. In una pronuncia del 12 gennaio 2005 (in *Arbeit und Recht*, 2005, 227-232, con nota di V. LINDEMANN e in epigrafe), il BAG è tornato ad occuparsi di uno specifico aspetto riguardante il regime giuridico dei superminimi individuali e, più precisamente, la legittimità di quelle clausole contrattuali, denominate *Widerrufvorbehalt*, con le quali il datore di lavoro si riserva il diritto di revocare o variare l'ammontare di taluni emolumenti concessi in aggiunta ai minimi contrattuali (*übertarifliche Lohnbestandteile*). Nella specie, ci si chiedeva se una simile clausola contrattuale – che, essendo contenuta in un formulario annesso al contratto di lavoro era sottoposta alla disciplina prevista per le condizioni generali di contratto [(§§ 305 BGB e ss.) va segnalato che la legge di riforma del diritto del-

le obbligazioni del 26 novembre 2001 – con efficacia dal 1° gennaio 2002 – ha introdotto specifiche previsioni sul controllo di contenuto delle clausole contrattuali, il c.d. *Inhaltskontrolle* (§§ 307-309 BGB). Il § 307 del BGB prevede che le clausole contenute nelle condizioni generali di contratto sono invalide qualora, in violazione della clausola di buona fede, pregiudichino irragionevolmente la controparte del predisponente. Un pregiudizio irragionevole può derivare dal fatto che la previsione contenuta nella clausola non è chiara e comprensibile. Secondo il § 307, Abs. 2 BGB, in caso di dubbio, si presume un pregiudizio irragionevole se la clausola non è compatibile con i principi fondamentali della disciplina legale dalla quale si discosta, o limita i diritti fondamentali o i doveri derivanti dalla natura del contratto in modo tale da determinare un rischio che lo scopo del contratto non sia raggiunto] – potesse ritenersi compatibile con il § 308, n. 4, BGB (*Änderungsvorbehalt*), laddove si prevede che è invalida «la previsione che riserva a chi predisporre (*Verwenders*) una clausola il diritto di modificare o di sottrarsi all'adempimento della prestazione promessa, a meno che, tenendo conto degli interessi del predisponente, una simile previsione non sia ragionevole per la controparte».

Il Tribunale federale non esita ad accogliere la soluzione negativa dal momento che la clausola in parola, riconoscendo al datore di lavoro il diritto di revocare *ad libitum* ed in qualsiasi momento emolumenti retributivi addizionali a quelli contrattati a livello collettivo, consente una modificazione del contenuto del contratto che, tenendo anche conto degli interessi del datore di lavoro, non è ragionevolmente tollerabile dal prestatore di lavoro. Secondo la regola generale – si afferma – tale clausola è ammissibile in base al § 308, n. 4, BGB se la revoca non viene effettuata senza motivo ma è necessaria come tecnica di adattamento del contenuto del contratto in ragione dell'incertezza dell'evoluzione futura del rapporto giuridico (BGH – *Bundesgerichtshof*, 19 ottobre 1999 – XI ZR 8/99, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2000, 651). Ebbene tale regola, secondo il Tribunale federale del lavoro, si applica anche al rapporto di lavoro: in tal caso, anzi, se sussiste un motivo oggettivo, sufficiente, valido, serio, si dovrà in ogni caso concludere, in virtù del necessario temperamento degli interessi, nel senso dell'ammissibilità della clausola per il prestatore di lavoro.

Al di là di questo, sembra interessante qui porre in rilievo come il BAG, pur riconoscendo che il datore, a causa dell'incertezza delle sorti economiche dell'impresa e, più in generale, del rapporto di lavoro, possa vantare un apprezzabile interesse ad introdurre prestazioni supplementari (c.d. *Zusatzleistungen*) flessibili, non abbia mancato, tuttavia, di ribadire alcuni dei limiti già enunciati in precedenza da parte della giurisprudenza in merito all'ammissibilità della revoca: anzitutto, *a*) l'accordo di una riserva di revoca è consentito solo a condizione che la parte che riguarda la revoca sia inferiore al 25-30% della remunerazione complessiva, che non si vada al di sotto dello stipendio stabilito dal contratto collettivo e, infine, che la revoca non sia effettuata senza motivo (BAG 7 agosto 2002 – 10 AZR 282/01 – AP BGB § 315 n. 81); inoltre, *b*) le condizioni e l'entità delle modificazioni che la clausola riserva al datore di lavoro devono emergere, per quanto possibile, dal testo contrattuale come prescritto dai §§ 307 Abs. 1 e 2 e 308, n. 4 del BGB; *c*) la prestazione che può essere sottoposta alla revoca deve essere determinata in modo univoco per quanto riguarda modalità e quantità; ed, infine, *d*) la clausola contrattuale deve indicare almeno la causa che giustifica la revoca (motivi economici, comportamento o prestazione del lavoratore). Criteri, questi, non contraddetti – secondo il BAG – dalle specificità del diritto del lavoro (§ 310 Abs 4, Satz 2, BGB).

10. In una pronuncia del 23 marzo 2006 (inedita a quanto consta) il BAG ha avuto modo di ritornare sulla annosa questione dei limiti di ammissibilità delle clausole di rimborso (le c.d. *Rückzahlungsklauseln*) delle spese di formazione sostenute dal datore di lavoro. Trattasi di particolari clausole di “fidelizzazione” – sottoposte più volte anche all'attenzione della Cassazione italiana – che rispondono, come si intuisce, ad un chiaro interesse

del datore: questi, contribuendo alle spese per la formazione o la specializzazione del dipendente, intende garantirsi in cambio la possibilità di utilizzare il più a lungo possibile la professionalità acquisita per la sua azienda. In quest'ottica si giustifica il diritto del datore di lavoro di richiedere il rimborso dei costi sostenuti in caso di inadempimento del patto: il lavoratore, difatti, allontanandosi prima del previsto dall'azienda, rende vani gli investimenti che il datore di lavoro aveva fatto nella sua formazione.

Il Tribunale federale del lavoro ha chiarito che qualora le parti abbiano concordato in un contratto di lavoro – del quale il datore di lavoro ha predisposto unilateralmente le condizioni – che un lavoratore, in caso di cessazione del rapporto di lavoro prima del decorso di un determinato periodo di tempo, debba rimborsare i costi sostenuti dal datore di lavoro per la sua formazione, senza che rilevi il motivo della cessazione del rapporto di lavoro, si è in presenza di una *Rückzahlungsklausel* invalida. Tale clausola è, infatti, in contrasto con la previsione contenuta nel § 307 BGB (*Inhaltskontrolle*) ed è dunque invalida in quanto, contrariamente alle esigenze imposte dalla clausola generale di buona fede, arrecava un danno sproporzionato alla controparte del predisponente (nel caso di specie, il convenuto era occupato presso l'attore, una società di sorveglianza tecnica. Nel suo contratto era stato convenuto che, dopo la conclusione del periodo di formazione, egli sarebbe stato ufficialmente impiegato quale perito addetto al commercio di autoveicoli. La clausola contenuta nel contratto individuale prevedeva, in particolare, che «i costi previsti per la formazione ammontano a 15.000 marchi. Essi valgono come anticipo per un periodo di due anni a partire dalla fine della formazione. Se il rapporto di lavoro si conclude prima della scadenza di questo periodo, il lavoratore si obbliga a restituire proporzionalmente l'importo che viene determinato e comunicato separatamente al lavoratore stesso. Oltre a ciò viene computato un ventiquattresimo dell'importo per ogni mese»).

La sentenza si conforma all'orientamento della giurisprudenza consolidata del BAG (v. BAG 19 febbraio 2004 – 6 AZR 552/02; BAG 5 dicembre 2002 – 6 AZR 539/01 – AP BGB § 611 *Ausbildungsbeihilfe* n. 32) che, seppure, in linea di principio, ammette la legittimità degli accordi con i quali il lavoratore si obbliga a partecipare ai costi per la formazione finanziati dal datore di lavoro nei casi di dimissioni anticipate dal rapporto di lavoro, ritiene peraltro che in casi eccezionali gli obblighi di rimborso collegati a cause di cessazione del rapporto di lavoro imputabili al lavoratore siano in contrasto con la clausola generale di buona fede (§ 242 BGB). Più precisamente secondo il Tribunale federale, simili pattuizioni realizzano in ogni caso un equo temperamento degli opposti interessi in gioco ogniqualevolta *a*) il vantaggio in termini di promozione e di crescita professionale che il lavoratore ricava frequentando i corsi di formazione costituisca una adeguata contropartita della partecipazione ai relativi costi; *b*) il lavoratore, accollandosi tali spese, non sia costretto a sopportare un sacrificio sproporzionato; e infine *c*) il rimborso dei costi sostenuti risponda ad un interesse meritevole di tutela del datore di lavoro, il quale, evidentemente, mira a cautelarsi contro il pregiudizio derivante da un eventuale inadempimento del patto da parte del prestatore di lavoro. Non si dubita, tra l'altro, che la congruità dei vincoli a carico del lavoratore si debba valutare, tenendo conto di tutte le circostanze del caso e operando un temperamento di beni e di interessi, come prescritto dal principio di proporzionalità (BAG 5 dicembre 2002, cit.).

Si segnala infine anche un'altra pronuncia di particolare interesse del 24 giugno 2004 (in *Arbeit und Recht*, 2004, 395, in epigrafe), nella quale il Tribunale federale del lavoro ha ritenuto che una clausola contrattuale sul rimborso delle spese di formazione, che obblighi il lavoratore al rimborso anche nel caso di un licenziamento prematuro del datore di lavoro, può soddisfare le condizioni richieste ai fini del controllo sul contenuto del contratto (*Inhaltskontrolle*) soltanto nel caso in cui il licenziamento – che segna evidentemente il fallimento dell'investimento nella formazione – sia imputabile ad un comportamento del lavoratore contrario agli obblighi contrattuali.

11. Il BAG ha avuto modo di pronunciarsi più volte sul diritto del lavoratore alla conversione di un rapporto di lavoro full-time in un rapporto di lavoro part-time, facoltà, questa, prevista dal § 8 della legge sul lavoro part-time e sui contratti di lavoro a tempo determinato (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* – TzBfG) entrata in vigore il 1° gennaio del 2001. Secondo tale disposizione qualsiasi lavoratore, il cui rapporto di lavoro si sia protratto per un periodo superiore a sei mesi, può richiedere una riduzione dell'orario di lavoro stabilito in via contrattuale. Secondo il § 8, Abs. 2, Satz 1, TzBfG il lavoratore deve richiedere la riduzione del proprio orario di lavoro e determinare la collocazione temporale di essa almeno tre mesi prima del suo inizio. Il datore di lavoro, invece, in base al § 8, Abs. 5, Satz 1, TzBfG, dovrà comunicare per iscritto la propria decisione in merito alla riduzione dell'orario di lavoro e alla collocazione temporale di essa almeno un mese prima dall'inizio della riduzione richiesta.

Con una decisione del 20 luglio 2004 (in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2004, 1090 e in epigrafe) il BAG ha confermato la propria giurisprudenza (BAG 18 febbraio 2003, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2003, 1392; BAG 19 agosto 2003, AP TzBfG § 8, n. 4), secondo cui la richiesta di una riduzione dell'orario di lavoro e di una sua redistribuzione costituisce una proposta di modifica del contratto di lavoro (*Änderung des Arbeitsvertrags*) e può e deve essere interpretata come qualsiasi altra dichiarazione unilaterale di volontà. Pertanto, una richiesta di riduzione dell'orario di lavoro presentata tardivamente, vale a dire, senza osservare il termine di tre mesi previsto dal § 8, Abs. 2, TzBfG, può essere legittimamente oggetto di un'interpretazione che ne garantisca la conservazione degli effetti; e cioè, in via sussidiaria, si potrà presumere che essa sia stata effettuata dal lavoratore nel periodo in cui egli aveva ancora il diritto di chiedere la riduzione dell'orario di lavoro. Il datore di lavoro non è tenuto peraltro a rifiutare una simile richiesta entro il termine previsto dal § 8, Abs. 5, Satz 2 per poter evitare una modifica sopravvenuta del contratto di lavoro laddove questa sia conforme alla legge. In base a questa disciplina, se il datore di lavoro non respinge la richiesta del lavoratore entro un mese dall'inizio dell'orario di lavoro ridotto, l'orario di lavoro si riduce nella misura voluta dal lavoratore e la distribuzione sarà determinata conformemente alla sua richiesta. Questa conseguenza, secondo il BAG, non si verificherebbe nel caso in cui la richiesta non è presentata tempestivamente ed al lavoratore sarà addossato il rischio di un errore di calcolo del termine.

Secondo il § 8, Abs. 4, Satz 1, TzBfG, il datore di lavoro deve accettare la richiesta di conversione del rapporto di lavoro in part-time, ove essa non sia in contrasto con motivi aziendali. In particolare, un motivo aziendale (*betrieblicher Grund*) ricorre ogniqualvolta la riduzione dell'orario di lavoro pregiudichi l'organizzazione, lo svolgimento del lavoro o la sicurezza nell'azienda ovvero procuri spese irragionevoli. Con una decisione del 27 aprile 2004 (in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2004, 1225) il BAG ha chiarito che l'elencazione dei motivi aziendali contenuta nel § 8 Abs. 4, Satz 2, TzBfG non è da considerarsi tassativa. Nel caso di specie, si discuteva se l'occupazione part-time di un membro di un'orchestra sinfonica (una sonatrice di viola) potesse intaccare la libertà del datore di lavoro di esercitare liberamente la propria attività artistica ed, in particolare, se essa fosse idonea a pregiudicare la realizzazione ad un livello qualitativamente elevato dei compiti di natura artistica. Il Tribunale federale del lavoro ha ritenuto che anche esigenze legate all'attività artistica possono giustificare il rigetto di una richiesta di conversione di un rapporto di lavoro full-time in rapporto di lavoro part-time del lavoratore. L'art. 5, Abs. 3, Cost. tutela, infatti, ogni manifestazione della libertà dell'arte e, dunque, anche le rappresentazioni artistiche.

Con una decisione del 18 maggio 2004 (in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2005, 108 e in epigrafe) il BAG ha stabilito che il lavoratore deve formulare la propria richiesta di riduzione dell'orario di lavoro in maniera tale che possa essere accettata con una semplice

risposta affermativa. Inoltre, l'istanza costituisce una proposta di una modifica del contratto ai sensi del § 145 BGB e, pertanto, non è determinata in modo sufficientemente puntuale allorché il lavoratore formula una richiesta generica al datore di lavoro, domandando, come nella specie, la fissazione di un orario di lavoro compreso tra «19,25 e 25 ore». Secondo il BAG una simile richiesta sarebbe in contrasto con la previsione di cui al § 8 Abs. 4, Satz 2, TzBfG. Peraltro, il Tribunale federale ha ritenuto di dover rispettare la scelta organizzativa di un titolare di un ospedale di offrire un servizio sociale allestito all'interno di esso per costruire un «rapporto di vicinanza e di fiducia» con il paziente. Questa scelta gestionale si fonda su un motivo attinente all'organizzazione non sindacabile e sarebbe incompatibile con una eventuale richiesta di riduzione dell'orario di lavoro. Qualora, peraltro, il datore di lavoro, come era avvenuto nel caso esaminato, si limitasse a dichiarare soltanto di voler organizzare nel modo «migliore possibile» ed «effettivo» lo svolgimento del lavoro, non sussisterebbe alcun motivo concreto attinente all'organizzazione che possa giustificare il mancato accoglimento della richiesta di riduzione dell'orario di lavoro.

Raffaello Santagata

Borsista post-dottorato – Università degli Studi di Napoli Federico II

4. Regno Unito

4.1. England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Cornwall County Council v. Mrs Margaret Prater* [2006] EWCA Civ 102 (in *Boll. Adapt*, 2006, n. 42).

Lavori occasionali e continuità dell'impiego: riflessioni sul caso *Cornwall County Council v. Prater* (*)

Sommario: 1. Il caso. – 2. I fatti. – 3. La decisione. – 4. Valutazione. – 5. Considerazioni conclusive.

1. La decisione della Court of Appeal nel caso *Cornwall v. Prater*, in epigrafe, rappresenta una nuova ed importante evoluzione all'interno del dibattito sullo *status* dei cosiddetti lavoratori "occasionalisti". La sentenza facilita ai lavoratori occasionali l'accesso alle condizioni legali di continuità quali espresse nelle sezioni 210-219 dell'*Employment Rights Act* del 1996 (d'ora in poi ERA), che permettono ai lavoratori stessi di legare tra di loro una sequenza di contratti individuali di impiego al fine di costituire un rapporto di lavoro continuativo.

2. La Sig.ra Prater lavorava per il Consiglio della Contea della Cornovaglia, e nello specifico era inserita nel servizio che forniva assistenza educativa al di fuori della scuola impartendo lezioni private a taluni allievi bisognosi, ad esempio perché malati o esclusi dalla scuola per cattiva condotta. La Sig.ra Prater non era stata assunta con un singolo contratto continuativo di lavoro, ma si impegnava a fornire servizi di insegnamento ogni qual volta se ne verificasse la necessità. In questo modo il Consiglio non era tenuto a fornire studenti alla Sig.ra Prater ed infatti c'erano periodi in cui ciò non si verificava. La Sig.ra Prater non rifiutò mai un'offerta di lavoro e l'accordo si prolungò per 10 anni, dal 1988 al 1998. Nel 1998 la Sig.ra Prater divenne un'impiegata a tempo parziale all'interno del Servizio d'Istruzione della Contea.

(*) Il presente contributo è stato pubblicato, con il titolo *Casual Workers and Continuity of Employment*, in *ILJ*, 2006, n. 35. Traduzione dall'inglese a cura di Alessia Pautasso.

3. Sostenuta dal suo sindacato, il *National Union of Teachers*, la Sig.ra Prater ricorse ad un provvedimento scritto con i dettagli del suo contratto di impiego secondo la sezione 1 dell'ERA del 1996. Stando alla sezione 1(3), il provvedimento deve includere la «data in cui ha avuto inizio il periodo di impiego continuativo dell'impiegato». La Sig.ra Prater sostenne di esser stata impiegata a partire dal 1988; il Consiglio si oppose sostenendo che il periodo di impiego continuativo era legalmente iniziato solo nel 1998. La rivendicazione costituì uno strumento adeguato per la creazione di un caso simbolo sulla continuità dell'impiego.

La Sig.ra Prater giustificò la sua condizione di impiegata continuativa secondo la sezione 212(1) dell'ERA del 1996. Conformemente a questa sezione, infatti «ogni settimana, o parte di essa, in cui le relazioni tra impiegato e datore di lavoro sono regolate da un contratto, deve essere considerata nel calcolo del periodo di impiego dell'impiegato».

Questo permette al ricorrente di richiedere la continuità lavorativa dimostrando di aver avuto un contratto che copra almeno parte di ogni settimana all'interno del periodo in questione. Il Consiglio sostenne che la Sig.ra Prater non potesse invocare questo articolo in quanto non in possesso di un contratto di impiego durante il periodo in cui prestò servizio al Consiglio. Questa argomentazione si basava sul fatto che la Sig.ra Prater non fosse obbligata ad accettare studenti ed il Consiglio non fosse obbligato a fornirgliene alcuno, per cui non si poteva considerare esistesse un rapporto interdipendente tra i due attori. Il giudice Mummery riassunse così l'argomentazione del Consiglio: «nemmeno la prestazione di un duro lavoro su basi regolari sottostando ad una serie di accordi consequenziali a breve termine fu sufficiente per considerare la Sig.ra Prater un'impiegata del Consiglio. Ci sarebbe dovuto essere un obbligo continuo a garantire e fornire lavoro ed un impegno da parte di entrambe le parti» (vedi il § 30 della decisione).

Alcuni precedenti giurisprudenziali sulla mutualità degli obblighi furono citati a sostegno di questa argomentazione e segnatamente: *O'Kelly v. Trusthouse Forte (CA)*, in *Queens Bench*, 1984, 90; *Clark v. Oxfordshire Health Authority (CA)*, in *IRLR*, 1998, 125; *Carmichael v. National Power (HL)*, in *Weekly Law Reports*, 1999, 1, 2042; *Stevedoring & Haulage Services Ltd v. Fuller (CA)*, in *IRLR*, 2001, 627.

La Court of Appeal rifiutò l'argomentazione del Consiglio e confermò le decisioni dell'Employment Tribunal e dell'Employment Appeal Tribunal (vedi il § 40 della sentenza in epigrafe). Le autorità legali su cui si era basato il provvedimento del Consiglio erano da considerare differenti in quanto nessuna aveva implicato il ricorso alla sezione 212. Il fatto che non ci fosse reciprocità di obblighi tra i contratti era assolutamente irrilevante. La Sig.ra Prater doveva solamente dimostrare di esser stata impiegata durante ogni singolo contratto, con lo scopo di insegnare ad un allievo. Si poté ricorrere alla sezione 212(1) per collegare ogni singolo contratto di impiego e creare un rapporto di lavoro continuativo. All'interno di ogni singolo impegno da parte della Sig.ra Prater si poteva parlare di reciprocità di obblighi. Come chiarito dal giudice Mummery: «una volta accettato il lavoro, la Sig.ra Prater si impegnava ad adempiere i suoi obblighi nei confronti del singolo studente, sebbene non fosse obbligata ad accettare gli studenti che le venivano proposti dal Consiglio, e dal canto suo, il Consiglio era obbligato a fornire l'incarico fino allo scadere dello stesso» (vedi il § 11 della sentenza in epigrafe).

Inoltre la Sig.ra Prater soddisfaceva i requisiti relativi ad un contratto per la prestazione di un servizio: sarebbe stata senza dubbio considerata un'impiegata se avesse insegnato in una scuola. Pertanto era possibile considerare ogni singolo contratto individuale quale contratto di impiego, rendendo applicabile la sezione 212(1).

Come menzionato più sopra, ci furono periodi in cui la Sig.ra Prater non ebbe alcun allievo e non lavorò pertanto per il Consiglio. Stando alla sezione 212(3), ci sono tre situazioni nelle quali la continuità può essere mantenuta anche se una settimana particolare (o parte di essa) non è coperta da un contratto di lavoro. Queste condizioni comprendono

l'assenza a causa di malattia (per un periodo non superiore alle 26 settimane ai sensi della sezione 212(4) di ERA 1996), la cessazione temporanea del lavoro e situazioni in cui la continuità è mantenuta da un accordo o dalla consuetudine. Nel caso della Sig.ra Prater l'Employment Tribunal definì i periodi in cui non aveva lavorato quali cessazione momentanea della prestazione secondo la sezione 212(3)(b), per i quali non si ebbe dunque una cessazione della continuità. Il Consiglio non contestò questo giudizio (vedi il §13 della sentenza in epigrafe).

4. La decisione nel caso Prater è chiaramente corretta e deve essere accolta con soddisfazione. La richiesta di reciprocità degli obblighi tra i vari contratti annullerebbe i principi enunciati nella sezione 212. Un ricorrente con una serie di contratti al suo attivo ed in grado di dimostrare una reciprocità dei suoi obblighi tra i vari contratti non avrebbe necessità di appellarsi alla sezione 212. Egli sarebbe in possesso di un contratto globale e dovrebbe pertanto essere considerato un dipendente nel senso generale del termine, anche durante i periodi di inattività, senza interruzioni di prestazione (cfr. il caso *O'Kelly v. Trusthouse Forte*, cit.). Scopo della sezione 212 è infatti proteggere coloro i quali godono di un'attività lavorativa ampiamente continuativa, ma che non sono in grado di dimostrarlo dal punto di vista di una valutazione strettamente contrattuale. In termini più generali la decisione rappresenta un riconoscimento dell'inutilità, almeno in determinati casi, del ricorso ad elementi contrattuali nella creazione di provvedimenti legali (per un'analisi dettagliata della questione si veda S. ANDERMAN, *The Interpretation of Protective Statutes and Contracts of Employment*, in *ILJ*, 2000, 223).

L'approccio seguito nel caso Prater può esser stato influenzato dalle discussioni in ambito accademico riguardanti il significato della sezione 212. I precedenti alla sezione 212(1) risultavano difficili da invocare in quanto richiedevano non solo che ogni settimana fosse coperta da un contratto di impiego, ma che il ricorrente dovesse lavorare un determinato numero di ore (o almeno fosse stato assunto per lavorarle) (cfr. *Employment Protection (Consolidation) Act 1978*, Sch.13). Questo precludeva rivendicazioni da parte di chi fosse in possesso di contratti di lavoro ma che non lavorasse ogni settimana, come chi segue gli accordi per la condivisione di diversi lavori, ad esempio (in tema cfr. S. DEAKIN, G.S. MORRIS, *Labour Law*, 2005, qui spec. 205-206). Inoltre questo articolo creò evidenti ed ovvi problemi. Il limite del numero di ore venne rimosso nel 1995 (da SI 1995/13, in risposta a *R v. Secretary of State for Employment* (HL), in *Appeal Cases*, 1995, 1, ex parte EOC, dando così alla sezione 212(1) ben nuove prospettive).

In dottrina sia Collins (H. COLLINS, *Employment Rights of Casual Workers*, in *ILJ*, 2000, 77-78) che Anderman (*op. cit.*) proposero l'utilizzo della sezione a favore dei lavoratori occasionali, riferendosi al caso *Carmichael* quale esempio (*Carmichael v. National Power*, cit.). In quel caso le guide turistiche non furono in grado di dimostrare un impiego continuativo per poi rivendicare uno specifico diritto al lavoro in quanto assunti con una serie di diversi contratti. Siccome il datore di lavoro non aveva promesso ulteriori lavori al termine di ogni impegno preso e siccome le guide godevano del diritto di rifiuto delle offerte del datore di lavoro, non si poteva considerare esistente la reciprocità di obblighi e pertanto nessun contratto globale in grado di legare i diversi impegni tra di loro. Ciò nonostante, sia Collins che Anderman sostennero che sarebbe stato possibile ricorrere alla sezione 212 anziché al contratto globale. Se infatti ogni singolo impegno fosse stato regolato da un diverso contratto di lavoro, la sezione 212(1), supportata dalla 212(3) se necessario, avrebbe potuto essere applicata allo scopo di mantenere la continuità nell'impiego. Il caso Prater conferma che i tribunali sono ora propensi ad accogliere questo tipo di argomentazioni.

Sebbene la sentenza Prater sia da ritenersi positiva, è comunque importante non esagerarne il significato. I lavoratori occasionali devono ancora affrontare un elevato numero di problemi.

Innanzitutto la sezione 212 si riferisce solamente ai lavori in cui i contratti individuali o le negoziazioni degli stipendi possono essere classificati come contratti di lavoro subordinato. Nella maggior parte dei casi questo dovrebbe apparire sufficientemente implicito. Il caso Prater dimostra come la mutualità delle obbligazioni debba essere ricercata all'interno dell'accordo, non al di fuori di esso, e perciò indici rilevatori quali il controllo e l'assunzione del rischio dovrebbero essere facili da dimostrare. Tuttavia, come dimostra il caso O'Kelly, a volte i tribunali si sono rifiutati di dichiarare lo stato di subordinazione anche all'interno dello scambio lavoro contro retribuzione (*O'Kelly*, §§ 121-122, nella parte di motivazione redatta dal giudice Fox LJ, e § 125, nella parte di motivazione redatta dal giudice Sir John Donaldson MR). In secondo luogo la sezione 212 garantisce solamente la reciprocità all'individuo. Il valore aggiunto di questa sezione dipende dunque dal diritto che si sta ricercando. Nel caso in cui il contratto di impiego fosse terminato ed il ricorrente volesse iniziare un provvedimento per licenziamento illegittimo, potrebbe ricorrere alla sezione 212 per provare di aver lavorato per il periodo qualificante richiesto di un anno (ERA 1996, 108). Nel caso in cui un datore di lavoro rifiutasse di concedere un periodo di riposo all'interno di un particolare contratto, il ricorrente potrebbe probabilmente invocare le *Working Time Regulations* del 1998, essendo un lavoratore impiegato ed operando all'interno di una negoziazione del salario (ai sensi delle *Working Time Regulations*, Statutory Instruments, 1998, n. 1833, disposizione n. 12).

Alcuni problemi potrebbero sorgere nel caso in cui, ad esempio, il datore di lavoro agisse a danno dell'individuo affidandosi alla sua partecipazione ad un sindacato, durante un periodo di inattività dell'impiegato (*Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992, sezione 146). Il ricorrente dovrebbe in questo caso provare il suo stato di lavoratore nel momento in cui si fosse verificato il danno. Questo potrebbe rivelarsi problematico in quanto il lavoratore dovrebbe dimostrare reciprocità di obblighi tra i diversi impegni presi (il requisito della reciprocità all'interno di un contratto di lavoro è stato stabilito in *Byrne Bros (Formwork) v. Baird* (EAT), in *ICR*, 2002, 667). La questione riguarderebbe quindi lo status di lavoratore, non la sua continuità, e pertanto non sarebbe possibile ricorrere alla sezione 212.

In terzo luogo potrebbero esserci problemi nell'interpretazione e applicazione della stessa sezione 212. Secondo il caso Prater l'attenzione dovrebbe focalizzarsi sulla sezione 212(3). Questo provvedimento, infatti, dà la possibilità all'individuo di reclamare la continuità anche in caso di interruzione del contratto per alcune settimane. Trattasi di un provvedimento chiave per i lavoratori occasionali, come la stessa Sig.ra Prater, che possono avere delle interruzioni nella loro vita lavorativa. In effetti può capitare che i datori di lavoro sospendano deliberatamente i contratti allo scopo di interromperne la continuità, una strategia che ha avuto successo nel caso *Booth v. United States*. La Sig.ra Prater ricorse con successo alla sezione 212(3), appellandosi al concetto di «interruzione temporanea». Questo concetto fu utilizzato per risolvere questioni legate al settore dell'istruzione, dove l'utilizzo dei contratti non copre il periodo delle vacanze estive. Nel caso Pfaffinger gli insegnanti impiegati secondo queste basi poterono reclamare la continuità secondo la sezione 212(3)(b) (cfr. *Pfaffinger v. City of Liverpool Community College* (EAT), in *ICR*, 142, secondo l'approccio delineato in *Ford v. Warwickshire CC* (HL), in *Appeal Cases*, 1983, 71).

Tuttavia il ricorrente deve soddisfare entrambi i termini dell'espressione per convincere il tribunale dell'esistenza di una cessazione temporanea. Nel caso *Byrne v. Birmingham CC*, il giudice Purchas sostenne che l'espressione «cessazione del lavoro» significasse che una certa «quantità di lavoro» fosse venuta a mancare, e quindi non fosse più possibile per il datore di lavoro fornire lavoro all'impiegato in questione (*Byrne v. Birmingham City Council* (CA), in *ICR*, 1987, 519, qui 525). Pertanto nel caso in cui il datore di lavoro disponga di un numero di impiegati tra i quali suddividere il lavoro, il tribunale non

potrebbe considerare interruzioni nell'impiego del singolo lavoratore quali «cessazioni di lavoro». Il lavoro non avrebbe cessato di esistere; sarebbe semplicemente stato distribuito a qualcun altro. Questa interpretazione potrebbe sembrare eccessivamente rigida e pertanto escludere numerosi potenziali ricorrenti. Come sottolineato da Deakin e Morris (*op. cit.*, qui 207), è preferibile l'approccio sollevato da Lord Upjohn nel caso *Fitzgerald*, in cui ci si concentrò solamente sull'assenza del lavoro per il lavoratore in questione (*Fitzgerald v. Hall Russell & Co* (HL), in *Appeal Cases*, 1970, 984, qui 1002-1003).

Nello specifico una cessazione temporanea deve intendersi "temporanea" appunto in quanto relativamente corta. Secondo la *House of Lords* nel caso *Ford*, il tribunale deve stabilire questo punto specifico confrontando i periodi di lavoro con quelli di assenza dal lavoro (*Ford v. Warwickshire CC*, cit.). Nel caso *Berwick Salmon*, ad esempio, i ricorrenti erano lavoratori occasionali impiegati nell'industria della pesca del salmone, in attività per 23 settimane all'anno e inattivi per le restanti 29. L'Employment Appeal Tribunal (d'ora in poi EAT) dichiarò che questa non potesse essere considerata una cessazione temporanea del lavoro in quanto i periodi di inattività superavano quelli in cui i lavoratori erano impiegati (cfr. *Berwick Salmon Fisheries v. Rutherford* (EAT), in *IRLR*, 1991, 203). Alcuni tribunali si sono dimostrati più disposti a considerare ulteriori elementi, quali l'intenzione delle parti a considerare la cessazione dell'impiego come temporanea (cfr. *Flack v. Kodak* (CA), in *ICR*, 1986, 775). Tuttavia questo non è determinante. La durata di un periodo di cessazione del lavoro è determinata retroattivamente, quindi un periodo di cessazione intesa come prolungata nel tempo può sempre essere considerata come temporanea (*Fitzgerald*, cit., qui 1003, nella *opinion* di Lord Upjohn). Ciò nonostante non si può nemmeno credere che il tribunale consideri un lungo periodo di cessazione quale temporaneo solamente perché le parti intendono considerarlo tale (cfr. *Sillars v. Charrington Fuels* (CA), in *ICR*, 1989, 475). Nel caso *Sillars* venne stabilito che una interruzione di sei mesi fosse troppo lunga per considerarla "temporanea", nonostante le parti si fossero accordate per continuare l'impiego dei lavoratori ogni anno.

Un'ulteriore opzione per il ricorrente che si ritrova con alcune settimane scoperte da un contratto di lavoro è il ricorso alla sezione 212(3)(c). Questo articolo può venire applicato per reclamare la continuità dell'impiego in quei casi di assenza in cui, grazie ad un accordo o ad una consuetudine, si possa considerare che il lavoratore continui il suo impiego. Il ricorso a questa particolare situazione prevede che i tribunali identifichino una situazione in cui il ricorrente sia impiegato ma non disponga di un contratto di impiego, caso in cui si dovrebbe far ricorso alla sezione 212(1). In uno dei casi più recenti, il caso *Curr*, la Court of Appeal sostenne che non fosse necessario avere un accordo contrattuale ma piuttosto che ci fosse una "convergenza di idee" a tale proposito, sotto forma di un qualche accordo tra le parti (*Curr v. Marks & Spencer* (CA), in *ICR*, 2003, 443). In questo specifico caso La Sig.ra *Curr* usufruì del congedo di maternità e le fu garantito che avrebbe potuto essere «re-impiegata» al termine della stessa. L'enfasi sul termine «re-impiego» fu portato a sostegno dell'intenzione del datore di lavoro di rompere la continuità. Questo precluse la possibilità di pervenire ad un accordo secondo la sezione 212(3)(c). Non è tuttavia ancora chiaro se l'accordo debba essere formulato prima che si verifichi l'interruzione del contratto. Due recenti decisioni dell'Employment Appeal Tribunal illustrano il problema. Nel caso *London Probation Board v. Fitzpatrick* (EAT) (in *ICR*, 2005, 965), la Corte sostenne che l'accordo potesse avere un valore retrospettivo in quanto lo statuto non conteneva limiti temporali al suo interno [(2005) *ICR* 965 (EAT)]. Ciò nonostante nel caso *Mark Insulations* il medesimo Employment Appeal Tribunal sostenne che l'accordo dovesse essere concluso in anticipo (*Mark Insulations v. Bunker* (EAT), 21 ottobre 2005). L'approccio più flessibile sostenuto in *Fitzpatrick* sia da preferire, anche perché in linea con quanto affermato più sopra riguardo alle cessazioni temporanee di impiego.

5. La decisione del caso Prater deve senza dubbio essere accolta favorevolmente, in quanto permette di eliminare l'errore piuttosto comune di introdurre una valutazione delle clausole contrattuali nella esegesi di provvedimenti legali. Permette di confinare la mutualità degli obblighi al suo posto, determinando altresì se ogni accordo sia da considerarsi un contratto di lavoro dipendente, e permettendo alla legislazione di operare garantendo la continuità anche nel caso in cui ci siano settimane non coperte da alcun contratto di lavoro (e quindi nessuna reciprocità di obblighi). La decisione dovrebbe garantire la tutela di quei lavoratori occasionali impiegati con un contratto nella maggior parte delle settimane considerate. Tuttavia è necessario analizzare la decisione con prudenza. Lo scopo della sezione 212 è infatti garantire la continuità, non lo *status* di impiegato o di lavoratore nei periodi in cui la persona non lavora. Questa precisazione limita pertanto il sostegno che la sezione può fornire alla tutela dei diritti dei lavoratori occasionali. Il caso Prater non diminuisce pertanto la necessità di una revisione legislativa delle leggi in materia di impiego. Inoltre molti problemi di interpretazione relativi alla sezione 212(3) rimangono irrisolti. Rimane dunque fondamentale che la Corte, quando confrontata con casi relativi alla sezione 212, segua l'approccio interpretativo adottato nel caso Prater, quindi non necessariamente tecnico e contrattuale. Se la decisione potesse avere questo effetto sui futuri provvedimenti della Corte, allora si potrebbe davvero considerare altamente significativa.

Anne Davies

Docente di diritto – Brasenose College, Oxford

4.2. C. BIZZARRO, *Recenti orientamenti della Court of Appeal e dell'Employment Appeal Tribunal in tema di lavoro tramite agenzia*. Massime e testi integrali delle sentenze, novembre 2006 (in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2006, n. 60).

- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Cable & Wireless Plc v. Mr P Muscat*, [2006] EWCA Civ 220 (*Allegato 1*).
- Employment Appeal Tribunal, *Cable & Wireless Plc v. Mr P Muscat*, appeal n. 661/2004 (*Allegato 2*).
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd.*, [2004] EWCA Civ 217 (*Allegato 3*).
- Employment Appeal Tribunal, *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd.*, appeal n. 492/2002/SM (*Allegato 4*).
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Franks v. Reuters*, [2003] EWCA Civ 417 (*Allegato 5*).
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *McMeechan v. Secretary of State for Employment*, riferimenti: 1563/1995/B (*Allegato 6*).
- Employment Appeal Tribunal, *McMeechan v. Secretary of State for Employment*, appeal n. 1006/1993 (*Allegato 7*).

Problemi qualificatori del lavoro tramite agenzia

Sommario: **1.** Quadro normativo di riferimento. – **2.** L'applicazione del metodo di casistico di qualificazione al lavoro tramite agenzia. – **3.** Gli orientamenti recenti della Court of Appeal. – **4.** La decisione della causa *Cable & Wireless v. Muscat* (CA). – **5.** Alcune riflessioni di chiave comparata.

1. Il Regno Unito si caratterizza nel panorama comparato per un mercato della fornitura professionale di manodopera particolarmente evoluto e sviluppato (cfr. da ultimo i dati

raccolti da J. ARROWSMITH, *Temporary agency work in an enlarged European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 2006, in [📖](#) indice A-Z, voce *Somministrazione*). Rilevano in questo senso non solo i dati assoluti ma soprattutto il *trend* di crescita. Nel decennio dal 1992 al 2001 il numero di lavoratori impiegati nel settore è quasi triplicato (il *Labour Force Survey* indica un incremento del 253%, cfr. DTI (a cura di), *Discussion document on employment status in relation to statutory employment rights*, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*) e dati recenti indicano che la percentuale di lavoratori tramite agenzia può essere ora stimata in un *range* che va dal 2,6 al 5,1% della forza lavoro complessiva (i dati non sono univoci: il *Labour Force Survey* indica una percentuale superiore all'1%, in C. FORDE, G. SLATER, *Agency Working in Britain: Character, Consequences and Regulation*, in *BJIR*, 2005, n. 43, 249-271; il Department of Trade and Industry (DTI) riferisce, nel 2003, di 600 mila lavoratori impiegati in questo mercato, cfr. DTI (a cura di), *Revision Of The Regulations Covering The Private Recruitment Industry – Regulatory Impact Assessment*, in [📖](#) indice A-Z, voce *Somministrazione*, mentre i dati riportati nel testo sono quelli indicati da J. ARROWSMITH, *op. cit.*, qui 6, il quale considera oltre alle fonti sopra richiamate anche i dati raccolti dalla Recruitment and Employment Confederation (REC), vedi al riguardo la *Appendix 1* pubblicata in allegato allo studio).

Al di là dei dati numerici, se appare comunque univoca l'indicazione di un fenomeno in forte crescita, restano ancora contraddittori i profili relativi alla composizione della forza lavoro che occupa questo mercato: la percentuale di lavoratori con competenze generiche e quella di lavoratori specializzati, la percentuale di lavoro femminile, la composizione degli occupati in somministrazione per età e livelli retributivi, il livello generale di qualità del lavoro, il tasso reale di passaggio dal mercato del lavoro in somministrazione a quello del lavoro permanente (per questo rilievo e per un tentativo di fornire un quadro preciso della situazione nel Regno Unito, cfr. C. FORDE, G. SLATER, *op. cit.*; vedi anche i recenti studi curati dal Trades Union Congress, TUC (a cura di), *Working on the edge*, 2 giugno 2006, e da D. GUEST, M. CLINTON, *Temporary employment contracts, workers' well-being and behaviour: evidence from the UK*, in *Department of Management (King's College), Working paper*, gennaio 2006, n. 38, entrambi in [📖](#) indice A-Z, voce *Somministrazione*).

Certo è che, almeno sul piano delle tutele legali, i lavoratori tramite agenzia risultano confinati ai margini del mercato del lavoro. L'applicazione delle tutele legate al lavoro subordinato dipende, infatti, perlopiù dalla possibilità che il lavoratore possa essere qualificato *employee* ai fini dell'applicazione dell'*Employment Rights Act* del 1996 (nonché degli altri provvedimenti di legge che hanno introdotto specifiche tutele per i lavoratori subordinati) e che quindi abbia stipulato con il datore di lavoro un *contract of employment* (sul punto vedi *infra*, e comunque sin da ora, per la distinzione affermatasi nel Regno Unito, ai fini della individuazione delle tutele applicabili, tra *workers* e *employees*, M. SARGEANT, D. LEWIS, *Employment Law*, Parson Education Limited, Dorset, 2006, qui 41-45).

Quanto poi alla regolamentazione specificatamente dedicata all'istituto – se si eccettuano alcuni marginali miglioramenti contenuti nelle *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* del 2003 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Somministrazione*), e di cui si dirà di seguito – il riferimento normativo fondamentale resta l'*Employment Agency Act* del 1973 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Somministrazione*) che tuttavia non solo non prevede alcuna regolamentazione di tipo sostanziale della fornitura professionale di lavoro, ma neppure offre alcuna indicazione circa la natura del rapporto di lavoro tramite agenzia. L'*Employment Agency Act* si limita infatti a prevedere, sul piano della tutele per i lavoratori, il divieto, per gli operatori del settore, di chiedere o ricevere, direttamente o indirettamente, dal lavoratore un corrispettivo per l'attività di mediazione (cfr. M. TIRA-

BOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, qui 191-197).

Ciò rilevato, occorre tuttavia segnalare come, nell'ambito della letteratura economica, sociologica e talvolta anche giuridica, stiano progressivamente emergendo, accanto alle letture tradizionali e critiche del fenomeno, perlopiù inteso come massima espressione della precarietà, nuove interpretazioni che vedono nel lavoro tramite agenzia una occasione di innovazione organizzativa e specializzazione per le imprese e, dal lato dei lavoratori, una opportunità per valorizzare competenze, professionalità e attitudini manageriali coerenti con le istanze imposte dai nuovi modelli di produzione ed organizzazione del lavoro (per un quadro del relativo dibattito nella letteratura di *common law*, cfr. C. FORDE, G. SLATER, *op. cit.*, qui 251, mentre nella letteratura italiana, per analoga prospettiva di indagine, vedi M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, in *q. Rivista*, 2005, n. 2). Sebbene agenzie, datori di lavoro e sindacati stentino ad interpretare queste nuove istanze e opportunità (cfr. in questo senso l'analisi empirica condotta da J. PURCELL, K. PURCELL, S. TAILBY, *Temporary Work Agencies: Here Today, Gone Tomorrow*, in *BJIR*, 2004, n. 42, 705-725), appare significativo, da questa prospettiva, che uno dei tratti maggiormente innovativi delle *Conduct Regulations* del 2003 si debba rinvenire proprio nel tentativo di promuovere un innalzamento complessivo della qualità degli operatori del settore.

In ogni caso, sebbene nel dibattito che ha preceduto l'emanazione delle *Conduct Regulations* fosse stata esaminata l'opportunità di prendere posizione circa la qualificazione giuridica della fattispecie e, conseguentemente, di intervenire in merito alla regolamentazione dei reciproci rapporti tra agenzia, utilizzatore e prestatore di lavoro (cfr. a riguardo DTI (a cura di), *Revision Of The Regulations Covering The Private Recruitment Industry*, cit.), la questione è rimasta irrisolta. Così come non è stato utilizzato il potere, pure attribuito all'esecutivo, in base al § 23 dell'*Employment Relations Act* del 1999, di agire direttamente sul versante delle tutele creando una nuova categoria di *employee* e superando così, in radice, il profilo centrale della qualificazione giuridica di tale tipologia contrattuale (cfr. DTI (a cura di), *Discussion document on employment status in relation to statutory employment rights*, cit., cui *adde*, più recentemente, sul dibattito *de iure condendo* circa margini e opportunità per estendere le tutele, o alcune delle tutele, del lavoro subordinato ad alcune categorie di lavoratori potenzialmente ai margini del mercato del lavoro, tra cui anche i lavoratori in somministrazione, gli studi DTI (a cura di), *Success at work. Protecting vulnerable workers, supporting good employers*, marzo 2006, e EMPLOYMENT RELATIONS DIRECTORATE (a cura di), *Initial Regulatory Impact Assessment. Success at Work*, marzo 2006, entrambi in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

Non sorprende pertanto che, a fronte della persistente lacuna nel diritto positivo, il delicato problema qualificatorio della fattispecie risulti ancora oggi interamente affidato alla elaborazione giurisprudenziale con non pochi margini di incertezza ed evidenti contraddizioni rispetto all'obiettivo di contemperamento tra le esigenze di flessibilità delle imprese e le domande di tutela del prestatore di lavoro. Al riguardo risultano emblematiche le riflessioni del giudice Mummery in *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd (CA)*. Il giudice rileva infatti come le corti, quando devono decidere controversie connesse alla applicazione dei diritti previsti dall'ordinamento a tutela dei lavoratori, si trovano a dover confrontare la nozione tradizionale di *contract of service* elaborata dal *common law* con una molteplicità di situazioni diverse e in costante mutamento tanto all'interno quanto esterno dei luoghi di lavoro. I principi generali della *law of contract* risultano nella maggior parte dei casi sufficientemente flessibili, tuttavia vi sono delle circostanze di fronte alle quali il *common law* non può che fermarsi e spetta allora al legislatore individuare la regola di diritto da applicare (in *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd (CA)*, cit., qui § 8; leggila anche in lingua italiana, in *RIDL*, 2005, II, 1, con nota di R. SALOMONE, *Lavoro sommi-*

nistrato tramite agenzia e qualificazione della fattispecie contrattuale: la giurisprudenza inglese scopre il co-datore?).

2. In questo contesto le corti superiori sembrano dunque svolgere un vero e proprio ruolo di supplenza che si concretizza in un controverso interventismo giudiziale la cui principale giustificazione sembra potersi rinvenire nella precisa consapevolezza, a medio termine, di reali prospettive di riforma e nella conseguente esigenza di elaborare criteri e linee guida ad uso degli Employment Tribunals a cui, nel Regno Unito, resta affidata la grandissima parte del contenzioso in materia di lavoro (cfr. *Cable & Wireless v. Muscat* (CA), in epigrafe, qui §§ 36-41; vedi *amplius* di seguito nel testo e anche gli interventi fortemente critici di M. WYNN, P. LEIGHTON, *Will the Real Employer Please Stand Up? Agencies, Client Companies and the Employment Status of the Temporary Agency Worker*, e soprattutto di F. REYNOLD QC, avvocato della convenuta in giudizio, *The Status of Agency Workers: A Question of Legal Principle*, entrambi in *ILJ*, settembre 2006, n. 35/3, rispettivamente 301-320 e 320-323).

L'approccio tradizionale della giurisprudenza inglese rispetto ai problemi di qualificazione sollevati dal lavoro tramite agenzia viene generalmente sintetizzato nel principio secondo cui questa ipotesi di lavoro dà luogo ad una fattispecie *sui generis*, distinta tanto dal lavoro subordinato quanto dal lavoro autonomo (cfr. G. MORRIS, *England*, in R. BLANPAIN, R. GRAHAM (eds.), *Temporary agencies work and the information society*, in *BCLR*, 2004, n. 50, 109-112). Tuttavia non sembra corretto parlare di un vero e proprio principio di ordine generale e appare fuorviante prospettare la sussistenza di una vera e propria regola di diritto vivente, frutto cioè della elaborazione giurisprudenziale, in virtù della quale nel lavoro tramite agenzia è sempre esclusa la sussistenza di un rapporto di lavoro autonomo o subordinato. In questo senso, si possono richiamare le considerazioni contenute nella sentenza d'appello della causa *McMeechan v. Secretary of State for Employment* ove si legge che l'Employment Tribunal, nel decidere la causa in primo grado, «[sembra aver] postulato, al pari della dottrina, l'esistenza di un principio generale dell'ordinamento in base al quale le prestazioni di lavoro somministrate da un'agenzia di lavoro temporaneo a favore di imprese terze non comportano l'esistenza di un vincolo di subordinazione né con l'agenzia né con l'impresa beneficiaria della prestazione lavorativa. La giurisprudenza non ha tuttavia mai stabilito un siffatto principio di diritto. Al più ha indicato le regole generali applicabili a simili fattispecie, rinviando poi alla ricostruzione dei diversi schemi negoziali per la decisione dei singoli casi concreti» (cfr. *McMeechan v. Secretary of State for Employment* (EAT), in *q. Rivista*, 1996, n. 2, 153, qui 156, e a seguire, con riferimento in particolare alla portata di questa precisazione, il commento di M. TIRABOSCHI, *Autonomia, subordinazione e contratti di lavoro sui generis: un recente revirement della giurisprudenza inglese*, qui 164-166).

Nel caso in esame si trattava di un lavoratore che, a fronte del sopravvenuto stato di insolvenza in capo all'agenzia di somministrazione per la quale aveva lavorato, aveva chiesto l'intervento dell'ente che nel Regno Unito amministra la tutela prevista dall'ordinamento in caso appunto di incampienza del datore di lavoro. In primo grado era stata confermata la decisione dell'ente di non pagare il debito, poiché il lavoratore non poteva essere considerato *employee* ai fini della disciplina applicabile. Nei due gradi di appello, tuttavia, la decisione era stata ribaltata a favore del lavoratore. Sulla scorta della *true construction* del contratto di lavoro stipulato tra lavoratore e agenzia, condotta alla luce di tutte le circostanze del caso, il contratto doveva infatti intendersi, a parere della Corte, come un vero e proprio *contract of employment* e questo nonostante la circostanza che le parti avessero espressamente escluso, nel regolamento contrattuale, che questa fosse la reale natura del contratto che si accingevano a stipulare. Benché la decisione avesse un contenuto innovativo, tuttavia, la precisazione sopra riportata ha indotto a escludere che nel caso in esame si trattasse di un vero e proprio *revirement* della giurisprudenza inglese.

se: la struttura argomentativa della decisione, infatti, appariva pienamente fedele al metodo casistico, proprio di una valutazione *case by case*, che caratterizza l'approccio di *common law* al processo di qualificazione dei contratti di lavoro (in questo senso cfr. M. TIRABOSCHI, *Autonomia, subordinazione e contratti di lavoro sui generis ecc.*, cit., qui 164).

Un'efficace sintesi di tale approccio problematico è contenuta nella *opinion* del giudice Mummery nel caso *Dacas* (CA), in esame. Il giudice, richiamata la definizione di *contract of employment* contenuta nella sezione n. 230(2) dell'*Employment Rights Act*, del 1996, constata che tale definizione – secondo cui il *contract of employment* è un *contract of service* ovvero un *apprenticeship*, espresso o tacito, e, ove sia espresso, concluso in forma scritta ovvero solo oralmente – non fa altro che richiamare la distinzione elaborata dal *common law* con riferimento alle possibili soluzioni contrattuali per le ipotesi in cui un soggetto si impegni a fornire la propria attività lavorativa a favore di un altro potendo stipulare un *contract of service* (contratto di lavoro subordinato) ovvero un *contract for services* (contratto di lavoro autonomo). La lacuna circa una definizione legale di contratto di lavoro subordinato, aggiunge il giudice, è del tutto volontaria avendo il Parlamento stabilito, nel bene o nel male, di lasciare alle corti superiori e ai tribunali la responsabilità di individuare l'ambito di applicazione della nozione di *contract of service* per il tramite di un *case by case approach* (*Dacas* (CA), cit., qui § 5).

Come noto, il *case by case approach* è adottato dalla giurisprudenza inglese mediante l'applicazione al caso concreto di alcuni criteri orientativi (c.d. *tests*) elaborati nel corso degli anni come schemi problematici di carattere generale da applicare alle singole questioni concrete; *tests* che, tuttavia, non sono di per sé risolutivi ma vengono applicati in concorso tra loro costituendosi così l'iter argomentativo delle singole decisioni (vedi, al riguardo, M. SARGEANT, D. LEWIS, *op. cit.*, qui 45-54).

A partire dagli anni Settanta, tuttavia, si afferma, se non come decisivo quantomeno come prioritario, il *mutuality of obligation test* a fronte del quale si esclude la sussistenza di un *contract of employment* (e conseguentemente della titolarità in capo al lavoratore dello statuto giuridico del lavoratore subordinato) ove non sia univoca la sussistenza di un obbligo reciproco tra le parti che imponga al datore di lavoro di affidare al lavoratore una attività lavorativa e al lavoratore di accettare l'incarico che gli viene affidato (cfr., per tutti, S. DEAKIN, *Interpreting Employment Contracts: Judges, Employers, Workers, Working paper*, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Cambridge, 2003, n. 27, in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*). Proprio l'applicazione di questo *test* è risultata determinante nel senso di escludere che i lavoratori tramite agenzia fossero titolari di un rapporto di lavoro subordinato (cfr. *Wickens v. Champion Employment Agency*, in *ICR*, 1984, 365 ss.; *Ironmonger v. Movefield Ltd*, in *IRLR*, 1988, 461 ss.; *Montgomery v. Johnson Underwood*, in *ICR*, 2001, 819).

3. Nel 2003 con la decisione della causa *Franks v. Reuters* in epigrafe inizia ad affermarsi presso la Court of Appeal un nuovo orientamento in virtù del quale, in caso di rapporto di lavoro tramite agenzia, non solo non si esclude la natura subordinata del contratto ma si afferma anche la possibilità che il rapporto di lavoro sia imputato all'utilizzatore in virtù di un contratto implicitamente stipulato con il lavoratore. Nel caso in esame il lavoratore tramite agenzia aveva agito in giudizio rivendicando la natura subordinata del rapporto di lavoro quale presupposto per l'applicazione della tutela dovuta in caso di licenziamento illegittimo; tutela che l'*Employment Rights Act* accorda esclusivamente agli *employees* con una anzianità di servizio superiore ad un anno. In primo grado il lavoratore, che di fatto aveva svolto la propria attività lavorativa a vantaggio dello stesso utilizzatore e presso la medesima sede di lavoro per cinque anni e in via continuativa, vedeva rigettata la propria domanda tanto nei confronti della agenzia quanto della società utilizzatrice. La sentenza veniva quindi confermata in appello. Tuttavia, la Court of Appeal, in-

vestita della questione dal lavoratore che aveva impugnato la sentenza pronunciata dall'Employment Appeal Tribunal esclusivamente nei confronti dell'utilizzatore, si pronunciava a favore dell'appellante e rinviava la causa ad altro tribunale di primo grado per la verifica, in punto di fatto, anche di tutti quegli elementi in presenza dei quali si sarebbe dovuto ritenere sussistente contratto di lavoro subordinato implicito tra lavoratore e utilizzatore. Successivamente, nel 2004, questo orientamento viene ribadito dalla medesima Court of Appeal nella decisione, già richiamata, *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd.* La controversia riguardava una lavoratrice occupata per quattro anni presso il medesimo utilizzatore. Anche in questo caso la lavoratrice chiedeva di poter beneficiare della tutela prevista in caso di licenziamento illegittimo. Come in *Franks*, la lavoratrice, in primo grado, aveva agito nei confronti dell'agenzia e dell'utilizzatore e aveva visto rigettata la domanda nei confronti di entrambi. Appellatasi all'Employment Appeal Tribunal impugnando la decisione di primo grado esclusivamente nei confronti dell'agenzia di somministrazione, vedeva accolta la propria domanda. Tuttavia, in appello la sentenza di secondo grado veniva riformata e la Court of Appeal escludeva che la lavoratrice potesse essere considerata una dipendente della agenzia di somministrazione. Tuttavia, la medesima Court of Appeal aggiungeva anche, con la *dissenting opinion* del giudice Munby, che «in vicende come questa in futuro gli Employment Tribunals non dovrebbero giudicare dello status del ricorrente senza considerare tra le altre anche la possibilità di un contratto di lavoro subordinato tacito [anche alle dipendenze dell'utilizzatore], con i necessari accertamenti in punto di fatto» (*Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd (CA)*, in *RIDL*, 2005, II, qui 16, e, in epigrafe, § 69).

Le due decisioni qui sintetizzate appaiono innovative per l'esito cui pervengono ma, soprattutto, appare rilevante la tecnica utilizzata per decidere la controversia in merito alla qualificazione del rapporto di lavoro.

A fronte della persistente lacuna sul piano del diritto positivo, mossa da evidenti esigenze di giustizia sostanziale che appaiono in entrambi i casi riconducibili soprattutto alla continuità del rapporto di lavoro con il medesimo utilizzatore per un periodo di tempo particolarmente lungo, la Corte ricorre ad un espediente del tutto familiare alla tradizione di *common law*: applicare una regola di diritto oggettiva nel suo contenuto riconducendola non ad un principio generale formulato dalla stessa Corte in sede decisionale bensì direttamente alla pretesa volontà delle parti per il tramite di una finzione che si concretizza nell'accertamento giudiziale di un contratto tra le stesse implicitamente stipulato (per questi meccanismi cfr., per tutti, P.S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1995, qui soprattutto cap. 4, *Contracts Made by courts*, 88-110, ove si analizzano i limiti e la portata effettiva del principio tradizionale di *common law* secondo cui *courts do not make contracts for parties*).

Da questa prospettiva, seppure la decisione della Court of Appeal nei due casi in esame giunga ad un esito diametralmente opposto rispetto a quanto era accaduto dieci anni prima con la decisione della causa *McMeechan v. Secretary of State for Employment*, prospettando la possibilità che il rapporto di lavoro sia imputato non all'agenzia ma all'utilizzatore, l'aspetto di maggiore rilievo appare il ricorso, in tutte queste decisioni, a tecniche di soluzione delle controversie che, nel diritto contrattuale inglese, sono utilizzate dalla giurisprudenza in funzione integrativa/correttiva rispetto alla volontà delle parti (sull'utilizzo delle diverse tecniche di soluzione delle controversie in materia contrattuale e soprattutto con riferimento alla *construction technique*, vedi di nuovo P.S. ATIYAH, *Judicial technique*, in *ID.*, *Essays on Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1986).

Da questa specifica prospettiva le sentenze appaiono tra loro in linea di continuità, così come appare comune a tutte le decisioni in esame il ricorso agli strumenti generali della *law of contract* per superare i limiti di tutela imposti dalla *employment law*.

4. Rispetto all'orientamento giurisprudenziale sopra ricostruito la decisione della causa *Cable & Wireless v. Muscat* (CA) è apparsa ai primi commentatori criticabile non tanto per l'esito cui è pervenuta (confermare la sentenza d'appello e, conseguentemente, l'imputazione del rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore), quanto per avere sistematicamente ignorato la realtà della situazione contrattuale (così M. WYNN, P. LEIGHTON, *op. cit.*, qui 302) e anche per avere contraddetto i principi generali del diritto contrattuale (secondo quanto argomentato da F. REYNOLD QC, *op. cit.*). Al riguardo, tuttavia si deve sin d'ora segnalare che l'argomentazione svolta dalla Court of Appeal a sostegno della propria decisione sembra essere stata fortemente condizionata dalla linea di difesa adottata dalla convenuta e, segnatamente, dalla critica da questa condotta alla decisione emessa nella causa *Dacas* contestata, quanto all'applicabilità nel caso concreto, perchè errata in diritto, viziata per eccesso di potere là dove avrebbe introdotto una regola di diritto innovativa rispetto all'ordinamento vigente, non vincolante come precedente in quanto la statuizione ivi contenuta circa la possibilità di imputare il rapporto di lavoro direttamente in capo all'utilizzatore avrebbe costituito, nell'economia della decisione, non il principio di diritto ma un mero *obiter dictum*. La sentenza della Court of Appeal nella causa in esame assume pertanto le sembianze di una vera e propria difesa della decisione precedente pronunciata dalla medesima Corte; una difesa che sembra trovare la propria più immediata giustificazione nella esigenza di fornire delle linee guida alle corti inferiori ma anche nella volontà di ricostruire la reale portata della decisione. Da questo punto di vista, la argomentazione svolta dalla Corte nella causa *Muscat* sembra mossa dalla preoccupazione di precisare che la corretta interpretazione della sentenza *Dacas* è nel senso di sollecitare le corti inferiori non tanto a imputare automaticamente il rapporto di lavoro tramite agenzia in capo all'utilizzatore, quanto piuttosto a valutare, nel quadro del processo di selezione degli elementi rilevanti ai fini della decisione, la possibilità della sussistenza nel caso concreto di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore. In altri termini la sentenza non introduce una regola di diritto innovativa ma configura una decisa conferma del metodo di qualificazione casistico.

Venendo all'esame della fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte questa risulta particolarmente complessa. Il lavoratore era stato assunto con contratto di lavoro subordinato presso una società del settore delle telecomunicazioni che successivamente fu acquistata dalla convenuta (ricorrente in appello) e che, per favorire l'operazione di acquisizione, aveva utilizzato un espediente volto a ridurre, fittiziamente, il numero dei lavoratori impiegati: si trattava di stipulare contratti di appalto di servizi con alcuni dei lavoratori in forza all'impresa, tra i quali il ricorrente, previa costituzione da parte loro di una società a responsabilità limitata. In primo grado, con un capo di decisione non impugnato, il tribunale aveva stabilito che tale espediente non era idoneo ad incidere sulla natura del rapporto tra le parti che rimaneva di lavoro subordinato. Conseguentemente, in virtù della disciplina in materia di trasferimento d'azienda, il lavoratore era rimasto alle dipendenze della convenuta benché questa non ne fosse consapevole, secondo quanto accertato in primo grado e non contestato in sede di impugnazione. terminate le operazioni di acquisizione la convenuta aveva preteso dal lavoratore che questi, ove interessato a proseguire il suo rapporto di lavoro con la società, interrompesse il suo contratto di appalto e accettasse di svolgere la prestazione lavorativa per il tramite di un'agenzia di somministrazione con la quale la convenuta aveva in corso un contratto di fornitura di personale. L'agenzia in questione, peraltro, non aveva stipulato un contratto diretto con l'attore bensì un contratto di fornitura di servizi con la società che a questo faceva capo e che era stata costituita per soddisfare la richiesta dell'originario datore di lavoro.

In queste circostanze la Court of Appeal, confermando le decisioni pronunciate nei precedenti gradi di giudizio, ha ritenuto che l'unica possibile soluzione per dare realtà giuridica al concreto assetto di interessi realizzatosi tra lavoratore e utilizzatore fosse quella di

ritenere sussistente tra le parti un contratto di lavoro subordinato tacito – continuativo sin dal momento dell'acquisizione, da parte della convenuta, della società originariamente datrice di lavoro – rispetto al quale il contratto concluso tra agenzia e lavoratore (*rectius* tra l'agenzia e la società costituita dal lavoratore) non aveva alcuna rilevanza.

La critica di maggior rilievo mossa alla decisione in esame concerne la totale obliterazione di tutti i contratti stipulati tra le parti con l'ulteriore rilievo che tutti i contratti in questione si caratterizzavano per la presenza della clausola secondo cui gli stessi dovevano ritenersi esclusivamente rappresentativi della volontà delle parti, con la preclusione in caso di controversia di accordare rilevanza a circostanze estranee rispetto alla documentazione cartolare. Non solo. È stato pure sottolineato come la situazione del ricorrente fosse chiaramente diversa da quella di Franks e di Dacas atteso che Muscat, alla luce delle circostanze emerse in sede istruttoria, doveva essere infatti pienamente consapevole che stipulare i contratti che di volta in volta gli erano proposti dalla convenuta, equivaleva a rinunciare allo *status* di lavoratore subordinato. Infine, il rapporto di lavoro tramite agenzia era durato solo nove mesi: meno del tempo necessario per l'applicazione della tutela prevista in caso di licenziamento illegittimo là dove le cause *Dacas* e *Franks* si caratterizzavano entrambe per la rilevanza che, di fatto, era stata accordata alla durata assai protratta nel tempo dell'attività lavorativa eseguita a favore sempre del medesimo utilizzatore (per questi rilievi cfr. M. WYNN, P. LEIGHTON, *op. cit.*).

Si può tuttavia rilevare – applicando il modello di analisi suggerito da S. DEAKIN (*op. cit.*, qui 2-3) secondo cui in ogni *legal test* applicato dalle corti è possibile individuare una serie di elementi di fatto a cui per il tramite del *test* viene attribuito dalla corte un valore decisivo – che nella causa *Muscat* l'elemento determinante nella decisione della Corte sembra essere stata la consapevolezza della disparità di potere contrattuale tra lavoratore e utilizzatore.

Sembrano al riguardo alquanto significative le riflessioni svolte, nella sentenza di secondo grado, dal giudice Serota QC al termine della propria ricostruzione dei fatti di causa. Dopo aver individuato il concreto assetto di interessi sussistente tra le parti, i reciproci vantaggi e svantaggi derivanti dal mutamento della situazione contrattuale tra il ricorrente (e gli altri collaboratori nella sua stessa situazione) e la convenuta a seguito della sostituzione del contratto di lavoro subordinato con il contratto di appalto, prima, e con il contratto di lavoro tramite agenzia, poi, il giudice osserva che, alla luce della analisi condotta, appare del tutto ragionevole presumere che la convenuta si trovasse, in fase di negoziazione degli accordi stipulati con il ricorrente e gli altri consulenti, in una posizione contrattuale decisamente più favorevole. Una considerazione, quest'ultima, che, benché non formulata espressamente dal ricorrente né in primo grado né in appello e comunque non autonomamente rilevante ai fini della decisione della causa, risulta, ciò non di meno, significativa ai fini di una precisa consapevolezza del contesto fattuale in cui si colloca la controversia in esame (cfr. *Cable&Wireless Plc v. Mr P Muscat* (EAT), in epigrafe, qui §§ 12-13).

Ulteriore profilo di rilievo, pure evidenziato dai primi commentatori della sentenza, è che questa decisione segna una netta svalutazione del *mutuality of obligation test* rispetto al *control test* ormai completamente superato (cfr. M. WYNN, P. LEIGHTON, *op. cit.*, qui 313-315). Al riguardo, tuttavia, sembrano pertinenti le osservazioni di S. DEAKIN, *op. cit.*, qui 6, secondo cui il *mutuality of obligation test*, che apparentemente costituisce un'applicazione specifica al *contract of employment* dei principi del diritto contrattuale e, segnatamente, della necessaria presenza di una valida *consideration* e di uno scambio tra le parti come condizione per la sussistenza di un contratto giuridicamente vincolante, non ha, in realtà, nulla a che fare con il principio affermato nel diritto del lavoro secondo cui un ulteriore requisito è dato dal necessario proiettarsi dello scambio per un periodo futuro significativamente lungo. Sulla base dei principi del diritto contrattuale lo scambio sussi-

stente tra lavoro e retribuzione sarebbe da solo sufficiente per ritenere sussistente il vincolo contrattuale, mentre la proiezione di questo rispetto al futuro appare riconducibile all'esigenza, affermata proprio nel corso degli anni Settanta, di escludere dalle tutele introdotte per i lavoratori subordinati i lavoratori intermittenti e occasionali (ma vedi ora la sentenza pronunciata dalla Court of Appeal nella causa *Cornwall County Council v. Mrs Margaret Prater*, in *Boll. Adapt*, 2006, n. 42, che precede in *q. Osservatorio* con nota di A. DAVIES, *Lavori occasionali e continuità dell'impiego: riflessioni sul caso Cornwall County Council v. Prater*).

5. Quale possa essere la portata delle decisioni in esame sulla evoluzione del mercato del lavoro del Regno Unito e, in particolare, sugli sviluppi della fornitura professionale di manodopera è difficile prevedere. Certamente l'approccio casistico mostra, rispetto a questa fattispecie, tutti i suoi limiti in termini di certezza del diritto e coerenza interna delle decisioni giudiziali.

Potrebbe effettivamente accadere che a fronte di queste decisioni le società utilizzatrici preferiscano rivolgersi ad operatori che si accollano dall'inizio il rapporto di lavoro subordinato con il lavoratore inviato in missione.

Ovvero, potrebbero essere favoriti sul mercato gli operatori più solidi che possano sostenere le conseguenze derivanti dall'inserimento, nel contratto di somministrazione, di una clausola volta a tenere indenne il cliente di quanto dovuto in caso di accertamento giurisdizionale di un rapporto di subordinazione tra l'utilizzatore e il lavoratore (una clausola di questo tenore era effettivamente contenuta nel contratto stipulato tra Cable&Wireless e l'agenzia che aveva inviato il signor Muscat in somministrazione), con un effetto invero non molto dissimile da quello perseguito nell'ordinamento italiano attraverso il meccanismo della solidarietà ove si consideri che anche questo tende a legare le sorti di somministratore e utilizzatore quanto alle responsabilità derivanti dal rapporto di lavoro.

Da questa specifica prospettiva si deve segnalare che le *Conduct Regulations* del 2003 prevedono all'art. 14, lett. a), che agenzia e lavoratore si accordino circa la natura del rapporto di lavoro fra loro instaurato (lavoro subordinato, autonomo, un rapporto di *apprenticeship*, e, in altre ipotesi, quale sarà il regolamento contrattuale applicabile) con l'ulteriore vincolo, per l'agenzia, di comunicare tali informazioni all'utilizzatore.

In un sistema in cui il mercato della somministrazione di lavoro è completamente deregolamentato, acquistano, così, particolare rilievo quelle norme di carattere direzionale contenute nelle *Conduct Regulations* che impongono alle agenzie specifici oneri di trasparenza e professionalità, soprattutto nella fase precontrattuale.

Quanto alle conseguenze delle decisioni esaminate con riferimento all'attuale dibattito circa la natura della lavoro tramite agenzia e alle possibili tecniche di tutela per i lavoratori che ricorrono a questa peculiare forma di lavoro, l'approccio interventista della giurisprudenza da un lato sembra indicare l'assenza, a medio termine, di prospettive concrete di intervento diretto del legislatore, dall'altro l'opzione di imputare il rapporto di lavoro esclusivamente in capo all'utilizzatore sembra confinare le agenzie nel ruolo di meri intermediari e, in termini più generali, sembra precludere la possibilità attuale che nell'esperienza inglese possa affermarsi un modello regolatorio della fattispecie basato sulla ripartizione tra agenzia e utilizzatore delle responsabilità legate al rapporto di lavoro secondo la teoria del c.d. co-impiego e, con esso, un innalzamento qualitativo della fornitura di lavoro volto a incentivare le agenzie del settore a investire maggiormente sulla formazione e sulle competenze professionali dei loro lavoratori (sul modello del co-impiego, cfr. nella letteratura italiana, M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit. qui 287-345 e, più recentemente L. CORAZZA, *Contractual Integration e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004).

Effettivamente un accenno in questo senso si rinviene nella sentenza *Dacas* (cfr. le *opinions* dei giudici Mummery, § 19, e Sedley, § 79; vedi al riguardo le considerazioni for-

mulate da R. SALOMONE, *op. cit.*, qui 26-27) soprattutto per l'influenza delle proposte teorico ricostruttive, esplicitamente richiamate nel testo della sentenza, di M. FREEDLAND, *The Personal Contract of Employment*, Oxford University Press, Oxford, 2003, qui 42-43. Tuttavia, questa prospettiva, come pure rilevato dai primi commentatori della sentenza (cfr. M. WYNN, P. LEIGHTON, *op. cit.*, qui 319-320), non sembra essere stata affatto valorizzata nella sentenza della causa *Cable&Wireless*, la più recente tra quelle in rassegna e quella che maggiormente si segnala per aver portato alle più estreme conseguenze l'approccio interventista affermatosi, con riferimento alla materia in esame, nella giurisprudenza delle corti superiori.

Per contro l'analisi svolta sulle sentenze sopra richiamate pare confermare che, in assenza di interventi di diritto positivo relativi all'ordinamento lavoristico, la giurisprudenza anglosassone sia orientata verso una piena conferma dell'approccio tradizionale del *common law* alla regolamentazione delle relazioni di lavoro, volto a valorizzarne soprattutto l'elemento più puramente contrattuale sulla scorta dell'assunto secondo cui il contratto di lavoro è un contratto come ogni altro, un accordo vincolante tra due parti tra loro formalmente uguali (ma vedi ora, per una diversa impostazione volta a spezzare il legame fondamentale sussistente tra *employment* e *contract of employment* verso un quadro teorico di riferimento maggiormente coerente con l'evoluzione attuale delle relazioni di lavoro, S. HONEYBALL, D. PEARCE, *Contract, Employment and the Contract of Employment*, in *ILJ*, 2006, 35, 30-55).

In questa sede si può solo accennare, allora, alla possibilità che in tale contesto evoluzioni possibili in tema di tutela del lavoratore possano anche intervenire, nell'esperienza inglese, per il tramite del passaggio nell'ordinamento lavoristico di orientamenti parimenti evolutivi del diritto contrattuale e segnatamente di quelli che, a partire dal secolo scorso, hanno progressivamente eroso il postulato teorico essenziale sul quale era stata costruita la teoria classica del contratto: l'uguaglianza delle parti contraenti (la letteratura di *common law* sul punto è vastissima; si può qui rinviare, per la intrinseca forza evocativa e per l'influenza sul dibattito successivo, al fondamentale saggio di F. KESSLER, G. GILMORE, *From status to contract and beyond*, in F. KESSLER, G. GILMORE, A.T. KRONMAN, *Contracts. Cases and Materials*, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1986, 19 ss.). È stato infatti suggerito, come possibile soluzione, tra le altre, per superare la ravvisata inadeguatezza del metodo casistico di qualificazione del rapporto di lavoro, di ricorrere, in sede di interpretazione giurisdizionale del *contract of employment*, all'esperienza, di per sé non direttamente applicabile, maturata con riferimento ai contratti standard stipulati dai consumatori (cfr. S. DEAKIN, *op. cit.*, qui 21-22).

In chiave comparata, e con specifico riferimento all'attuale dibattito circa i limiti e le prospettive della somministrazione di lavoro, l'esperienza del Regno Unito sembra indicare come positiva la scelta effettuata del legislatore del 2003 di predisporre una ampia e circostanziata regolamentazione direzionale volta a garantire la posizione del lavoratore ripartendo altresì tra somministratore e utilizzatore le responsabilità legate al rapporto di lavoro in somministrazione. Dalla stessa prospettiva appare altresì condivisibile la scelta di configurare la fattispecie in modo tale da non ricondurre il lavoro in somministrazione *tout court* al lavoro subordinato ma, valorizzando proprio l'elemento del co-impiego, di regolamentare la fattispecie come un tipo di lavoro subordinato diverso rispetto al lavoro subordinato alle dipendenze dirette dell'impresa (sul punto cfr. *amplius* C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, in M. TIRABOSCHI, *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006, qui 415 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

Chiara Bizzarro

Assegnista di ricerca – Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi»
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia