

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE

"Lavoro decente" e valorizzazione del capitale umano

RICERCHE

*Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni:
problemi e prospettive di riforma*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Quale metodo comparato per lo studio delle relazioni industriali?

GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Indennità di cessazione del rapporto di agenzia
tra diritto nazionale e diritto comunitario*

Volontà delle parti e indici sussidiari di qualificazione del rapporto di lavoro

Trasferimento d'azienda e successione nell'appalto

Licenziamento disciplinare intimato dal cessionario di ramo d'azienda

Licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali

Note in tema di rilevanza delle circolari amministrative interpretative

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Il libro unico del lavoro

La riforma del contratto a termine

Il nuovo lavoro occasionale di tipo accessorio

La nuova disciplina delle assenze per malattia nel lavoro pubblico

Obbligazione contributiva e responsabilità solidale

Le linee programmatiche dell'attività di vigilanza per l'anno 2009

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

La sentenza Impact sul contratto a termine: una bussola per l'interprete

La tutela del lavoratore disabile:

il contributo della giurisprudenza comunitaria

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Francia e Germania - Invecchiamento demografico e le politiche del lavoro

Spagna - Istituzioni pubbliche e responsabilità sociale dell'impresa

Giuffrè Editore N. 3/XVIII - 2008

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. 3/2008

Ricerche: “Lavoro decente” e valorizzazione del capitale umano

| | |
|---|-----|
| MANFRED WEISS <i>“Lavoro decente”</i> : prospettive di sviluppo e realizzazione nelle regioni africane. | 615 |
| JOHANN MAREE <i>Il “lavoro decente” e la piena occupazione in Africa: una sfida aperta.</i> | 627 |
| SILVIA FOFFANO <i>Quale sicurezza sociale nei Paesi in via di sviluppo? La questione africana nel contesto globale.</i> | 633 |
| IACOPO SENATORI, MICHELE TIRABOSCHI <i>La sfida della occupazione giovanile nel mercato globale tra produttività del lavoro e investimento in capitale umano.</i> | 648 |

Ricerche: Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni: problemi e prospettive di riforma

| | |
|---|-----|
| FRANCESCO VERBARO <i>Le disposizioni in materia di organizzazione e lavoro riguardanti le pubbliche amministrazioni: la “riforma Brunetta”</i> | 679 |
| ANNA TROJSI <i>Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti regionali e locali</i> | 695 |
| ARMANDO TURSI <i>La contrattazione collettiva nel lavoro pubblico (con particolare riferimento al comparto università): chi è meno virtuoso, il datore di lavoro pubblico o il legislatore?</i> | 713 |

Relazioni industriali e Risorse umane

| | |
|--|-----|
| RICHARD HYMAN <i>Quale metodo comparato per lo studio delle relazioni industriali?</i> | 727 |
| JACQUES ROJOT <i>La lezione del passato</i> (replica a R. HYMAN) | 748 |

Osservatorio di giurisprudenza italiana

| | |
|---|-----|
| FEDERICA GIAZZI <i>L’interminabile odissea dell’indennità di cessazione del rapporto di agenzia tra diritto nazionale e comunitario</i> (nota a Trib. Pistoia 2 febbraio 2007) | 755 |
| ENRICO BARRACO <i>Trasferimento d’azienda e successione nell’appalto: interpretazione sistematica degli articoli 29, comma 3, e 32 del decreto legislativo n. 276/2003</i> (nota a App. Lecce 19 gennaio 2008). | 759 |

| | |
|--|-----|
| MARIA RITA GENTILE <i>Sulla rilevanza della volontà delle parti nel procedimento di qualificazione del rapporto di lavoro</i> (nota a Cass. 9 maggio 2008 n. 11589 e a Trib. Bolzano 1° giugno 2007) | 762 |
| CARMINE SANTORO <i>Note in tema di sussidiarietà degli indici della subordinazione e di qualificazione giuridica della figura del procacciatore d'affari</i> (nota a Trib. Milano 26 aprile 2007 n. 1427). | 766 |
| ANTONIO BALDASSARRE <i>La Cassazione sul licenziamento disciplinare intimato dal cessionario di ramo d'azienda</i> (nota a Cass. 27 settembre 2007 n. 20221) | 771 |
| RAFFAELE GALARDI <i>Licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali: dall'autonomia all'identità</i> (nota a App. Bologna 26 novembre 2007 n. 643) | 774 |
| MONICA NAPOLITANO <i>Sulla natura retributiva dei buoni pasto</i> (nota a App. Ancona 27 dicembre 2006 n. 521). | 778 |
| MICHELA VIRGILI <i>I presupposti del diritto alla pensione di inabilità e il requisito dell'età massima pensionabile</i> (nota a App. Ancona 6 dicembre 2006 n. 486) | 783 |
| MATTEO ARIANO <i>Note a margine della sentenza n. 23031 del 2 novembre 2007 delle Sezioni Unite della Cassazione sulle circolari amministrative interpretative</i> (nota a Cass., sez. un., 2 novembre 2007 n. 23031). | 786 |

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

| | |
|---|-----|
| GIAMPIERO FALASCA <i>La miniriforma del contratto a termine</i> | 793 |
| MARIOROSARIO LAMBERTI <i>Il lavoro occasionale accessorio: dalle vendemmie autunnali alla manovra d'estate</i> | 799 |
| FRANCESCO LUCREZIO MONTICELLI <i>Considerazioni sul libro unico del lavoro</i> | 809 |
| PIERLUIGI RAUSEI <i>Liberare il lavoro dal peso della regolazione: il decreto legge n. 112 del 2008 nel solco della "Riforma Biagi" come strategia per l'occupazione e per la lotta al sommerso</i> | 812 |
| PAOLA FUSO <i>Assenze per malattia e per permesso retribuito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni</i> | 825 |
| ANTONINO SGROI <i>Obbligazione contributiva e responsabilità solidale</i> | 829 |
| DAVIDE VENTURI <i>Le linee programmatiche dell'attività di vigilanza per l'anno 2009</i> | 841 |
| <i>L'impatto dei processi di offshoring sull'occupazione delle industrie manifatturiere italiane</i> | 791 |

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

| | |
|---|-----|
| DAVIDE VENTURI <i>Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman</i> (nota a C. Giust. 17 luglio 2008, in causa C-303/06, <i>S. Coleman v. Attridge Law e Steve Law</i>). | 849 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| ROBERTO COSIO <i>La sentenza Impact sul contratto a termine: una bussola per l'interprete</i> (nota a C. Giust. 15 aprile 2008 in causa C-268/06, Impact c. Minister for Agriculture and Food, ed altri) | 854 |
|--|-----|

Osservatorio internazionale e comparato

| | |
|--|-----|
| LISA AMORIELLO <i>Francia – L'invecchiamento demografico e le politiche del lavoro</i> | 863 |
| MATTEO PACIOCCO <i>Germania – L'invecchiamento demografico e le politiche del lavoro</i> | 871 |
| MARIA LUISA MARTÍN HERNÁNDEZ <i>Spagna – Istituzioni pubbliche e responsabilità sociale dell'impresa</i> | 875 |

INDICE ANALITICO

Agenzia (contratto di)

- Indennità di cessazione del rapporto di agenzia *ex art. 10* dell'AEC del 2002 - Nullità della disciplina per contrasto con la direttiva n. 86/653/CE - Sussistenza - Deroga *in melius* - Presupposti (Trib. Pistoia 2 febbraio 2007, con nota di F. GIAZZI) [755].

Appalto

- Appalto di servizi - Successione di un'impresa ad un'altra - Configurabilità di un trasferimento d'azienda - Insussistenza (App. Lecce 19 gennaio 2008, con nota di E. BARRACO) [759].

Discriminazioni

- Divieto di discriminazioni dirette e molestie - Direttiva n. 2000/78 - Estensione soggettiva - Applicabilità al genitore del figlio disabile al quale presta la parte essenziale delle cure di cui necessita (C. Giust. 17 luglio 2008, in causa C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law e Steve Law*, con nota di D. VENTURI) [849].

Esternalizzazioni

- OECD, *Offshoring and employment: trends and impacts*, 2007 [793] – S. BERTOLI, *The Impact of Material Offshoring on Employment in the Italian Manufacturing Industries: the Relevance of Intersectoral Effects*, Development Studies Working Paper, aprile 2008, n. 244 [791].

Francia

- MINISTÈRE DE L'EMPLOI, DE LA COHÉSION SOCIALE ET DU LOGEMENT, *Accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi*, 13 ottobre 2005 [863] – MINISTÈRE DE L'EMPLOI, DE LA COHÉSION SOCIALE ET DU LOGEMENT, *Un groupe de travail pour l'emploi des seniors*, 16 dicembre 2005 [863] – GÉRARD LARCHER, MINISTRE DÉLÉGUÉ À L'EMPLOI AU TRAVAIL ET À L'INSERTION PROFESSIONNELLE DES JEUNES, *Emploi: Lutter contre les discriminations liées à l'âge*, 16 dicembre 2005 [863] – CONFÉRENCE NATIONALE SUR L'EMPLOI DES SENIORS – CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010*, 6 giugno 2006 [863] – MINISTÈRE DE L'EMPLOI, DE LA COHÉSION SOCIALE ET DU LOGEMENT, *Circulaire DGEFP relative à la mise en oeuvre du Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010*, 13 dicembre 2006 [863] – MINISTÈRE DE L'EMPLOI, DE LA COHÉSION SOCIALE ET DU LOGEMENT, *Emploi des seniors: une forte mobilisation*, 14 marzo 2007 [863] – MINISTRE DU TRAVAIL, DES RELATIONS SOCIALES, DE LA FAMILLE ET DE LA SOLIDARITÉ, XAVIER BER-

TRAND, *Mobilisation en faveur de l'emploi des seniors*, 26 giugno 2008 [863] (con nota di L. AMORIELLO).

Germania

- Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Aumentare il tasso d'occupazione dei lavoratori anziani e differire l'uscita dal mercato del lavoro*, COM(2004)146 final, Bruxelles, 3 marzo 2004 [871] – *Chair's Conclusions*, Ninth G8 Labour and Employment Ministers Conference *Meeting the Challenge of Demographic Change*, Londra, 10-11 marzo 2005 [871] – *Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Aumentare il tasso d'occupazione dei lavoratori anziani e differire l'uscita dal mercato del lavoro*, 2005/C 157/22, 28 giugno 2006 [871] (con nota di M. PACIOCCO).
- WHO (WORLD HEALTH ORGANISATION), *Active Ageing: A Policy Framework*, Madrid, aprile 2002 [871] – AUDI (a cura di), *Wettbewerbsfähigkeit durch erfolgreiche Personalarbeit – Die demographische Entwicklung und ihre Herausforderung* [trad.: *La competitività attraverso la gestione efficace del personale – Lo sviluppo demografico e le sue sfide*], Berlino, 28 novembre 2006 [871] (con nota di M. PACIOCCO).

Lavoro a termine (o a tempo determinato)

- Legge 18 aprile 1962, n. 230 [794] – Legge 15 luglio 1966, n. 604 [797] – Legge 3 febbraio 1978, n. 18 [794] – Legge 28 febbraio 1987, n. 56 [794] – Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 [793] – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Articolo 20 [796] – Legge 24 dicembre 2007, n. 247 [794] – Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 [793] – Legge 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 [793] (con nota di G. FALASCA).
- Direttiva n. 99/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato [795] (con nota di G. FALASCA).
- Sentenza della Corte di cassazione 21 maggio 2002 n. 7468 [796] (con nota di G. FALASCA).
- Direttiva n. 1999/70/CE - Clausole 4 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato - Rapporti di lavoro a tempo determinato nella pubblica amministrazione - Condizioni di impiego - Retribuzioni e pensioni - Rinnovo di contratti a tempo determinato per una durata massima di otto anni - Autonomia procedurale - Effetto diretto (C. Giust. 15 aprile 2008, in causa C-268/06, *Impact v. Minister for Agriculture and Food*, ed altri, con nota di R. COSIO) [853].

Lavoro accessorio

- Decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633 [804] – Legge 8 agosto 1995, n. 335 [802] – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Articoli 70-74 [799] – Decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251. Articolo 16 [800] – Decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80 [800] – Decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito in legge 2 dicembre

- 2005, n. 248 [800]– Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 [799] – Legge 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 [799] (con nota di M. LAMBERTI).
- Decreto del Ministero del lavoro 30 settembre 2005 [801] – Decreto del Ministero del lavoro 1° marzo 2006 [801] – Decreto del Ministero del lavoro 12 marzo 2008 [801] (con nota di M. LAMBERTI).
 - Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili (c.d. Protocollo Welfare) 23 luglio 2007 [802] (con nota di M. LAMBERTI).
 - Circolare del Ministero del lavoro 8 gennaio 2004, n. 1 [800] – Comunicato stampa del Ministero del lavoro 8 settembre 2008 [807] (con nota di M. LAMBERTI).
 - Circolare Inps 31 luglio 2008, n. 81 [806] – Nota Inail 27 agosto 2008 [807] (con nota di M. LAMBERTI).
 - Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Friuli Venezia Giulia, Inps e Inail, 28 marzo 2008 [803] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Piemonte, Inps e Inail, 7 aprile 2008 [803] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Veneto, Inps e Inail, 9 maggio 2008 [803] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Sicilia, Inps e Inail, 13 maggio 2008 [803] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Lombardia, Inps e Inail, 14 maggio 2008 [803] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Valle d'Aosta, Inps e Inail, 16 maggio 2008 [803] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Toscana, Inps e Inail, 19 maggio 2008 [803] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Puglia, Inps e Inail, 23 maggio 2008 [801] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Emilia Romagna, Inps e Inail, 28 luglio 2008 [803] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Campania, Inps e Inail, 6 giugno 2008 [803] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Molise, Inps e Inail, 6 giugno 2008 [803] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Umbria, Inps e Inail, 1° agosto 2008 [803] – Convenzione di cooperazione operativa tra Regione Basilicata, Inps e Inail, 11 agosto 2008 [803] (con nota di M. LAMBERTI).
 - Sentenza della Corte Costituzionale 28 gennaio 2005 n. 50 [805] (con nota di M. LAMBERTI).
 - N. PORELLI, *Il lavoro accessorio in sperimentazione*, 2006 [801] – *Prospettive per l'utilizzo del lavoro accessorio in Friuli Venezia Giulia*, Atti del seminario svoltosi ad Udine il 16 gennaio 2008 [809] (con nota di M. LAMBERTI).

Lavoro subordinato

- Qualificazione del rapporto di lavoro - *Nomen iuris* utilizzato dalle parti - Decisività - Esclusione - Comportamento delle parti posteriore alla conclusione del contratto - Idoneità a determinare la natura del rapporto - Sussistenza (Cass. 9 maggio 2008 n. 11589, con nota di M.R. GENTILE) [762].
- Procedimento di qualificazione - Indici sussidiari di subordinazione - Fattispecie: procacciatore d'affari (Trib. Milano 26 aprile 2007 n. 1427, con nota di C. SANTORO [766].
- Qualificazione del rapporto di lavoro - Volontà manifestata dalle parti - Decisività - Sussistenza - Onere probatorio (Trib. Bolzano 1° giugno 2007, con nota di M.R. GENTILE) [762].

Libro unico del lavoro

- Regio decreto 28 agosto 1924, n. 1422 [811] – Legge 9 novembre 1955, n. 1122 [811] – Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124 [810] – Legge 24 ottobre 1966, n. 934 [811] – Legge 30 aprile 1969, n. 153 [811] – Decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375 [811] – Decreto legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608 [811] – Legge 27 dicembre 2006 n. 296 (Legge Finanziaria 2007) [810] – Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133 [809] (con nota di F. LUCREZIO MONTICELLI).
- Decreto del Ministero del lavoro 9 luglio 2008 [810] (con nota di F. LUCREZIO MONTICELLI).
- Circolare del Ministero del lavoro 21 agosto 2008, n. 20 [811] (con nota di F. LUCREZIO MONTICELLI).

Licenziamento

- Trasferimento di ramo d'azienda - Licenziamento disciplinare intimato dal cessionario - Presupposti (Cass. 27 settembre 2007 n. 20221, con nota di A. BALDASSARRE) [770].
- Licenziamento collettivo - Licenziamento per giustificato motivo - Distinzione e ambito di applicazione (App. Bologna 26 novembre 2007 n. 643, con nota di R. GALARDI) [774].

Mercato del lavoro

- Decreto del Presidente della Repubblica 24 settembre 1963, n. 2053 [824] – Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124 [817] – Decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633 [815] – Legge 18 dicembre 1973 n. 877 [818] – Legge 8 gennaio 1979, n. 8 [824] – Legge 11 gennaio 1979, n. 12 [821] – Decreto del Presidente della Repubblica 21 gennaio 1981, n. 179 [824] – Legge 24 novembre 1981, n. 689 [822] – Legge 8 agosto 1995, n. 335 [824] – Legge 12 marzo 1999, n. 68 [824] – Legge 23 dicembre 2000, n. 388 [819] – Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 [813] – Decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 [822] – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [813] – Decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251 [815] – Decreto legge 14 marzo 2005, n. 15, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80 [815] – Legge 27 dicembre 2006 n. 296 (Legge Finanziaria 2007) [817] – Legge 17 ottobre 2007, n. 188 [823] – Legge 24 dicembre 2007, n. 247 [813] – Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 [823] – Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133 [812] (con nota di P. RAUSEI).
- Decreto del Ministero del lavoro 9 luglio 2008 [813] (con nota di P. RAUSEI).
- Circolare del Ministero del lavoro 3 febbraio 2005, n. 4 [815] – Circolare del Ministero del lavoro 21 agosto 2008, n. 20 [813] (con nota di P. RAUSEI).

Previdenza

- Pensione di inabilità - Requisiti (App. Ancona 6 dicembre 2006 n. 486, con nota di M. VIRGILI) [783].

- Natura retributiva dei buoni pasto ai fini dell'inclusione nella base imponibile contributiva - Esclusione - Irregolare utilizzo dei buoni pasto da parte dei dipendenti - Irrilevanza - Ripetibilità delle somme versate all'ente previdenziale a titolo di contributi e sanzioni civili - Sussistenza (App. Ancona 27 dicembre 2006 n. 521, con nota di M. NAPOLITANO) [778].

Pubblico impiego

- Decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502 [827] – Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 [825] – Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133 [825] (con nota di P. FUSO).
- Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica 30 aprile 2007, n. 7 [826] – Circolare della Presidenza del Consiglio 17 luglio 2008, n. 7 [825] (con nota di P. FUSO).
- Delibera del Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico*, 14 giugno 2007 [827] (con nota di P. FUSO).
- Sentenza della Corte Costituzionale 18 aprile 2007 n. 169 [828] (con nota di P. FUSO).

Rapporti interpositori

- Codice civile. Articolo 1655 [833] – Codice civile. Articolo 1676 [830] – Legge 23 ottobre 1960, n. 1369 [829] – Legge 24 giugno 1997, n. 196 [833] – Decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251 [838] – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [832] – Legge 4 agosto 2006, n. 248 [839] – Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007) [839] – Decreto legge 3 giugno 2008, n. 97, convertito con legge 2 agosto 2008, n. 129 [838] (con nota di A. SGROI).
- Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 28 febbraio 2008, n. 74 [840] (con nota di A. SGROI).
- Circolare del Ministero del lavoro 15 gennaio 2004, n. 3 [839] – Circolare del Ministero del lavoro 22 febbraio 2005, n. 7 [836] (con nota di A. SGROI).
- Sentenza della Corte di cassazione 17 gennaio 2007, n. 996 [839] (con nota di A. SGROI).
- P. CAPURSO, *I servizi ispettivi del lavoro alla ricerca della interposizione illecita perduta*, Working Paper Adapt, 2008, n. 57 [836] (con nota di A. SGROI).

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- *La vita buona nella società attiva*, Libro Verde del Ministero del lavoro [842] – *Le linee programmatiche dell'attività di vigilanza per il 2009* del Direttore generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro, 2008 [841] (con nota di D. VENTURI).
- Circolari interpretative - Efficacia normativa c.d. esterna - Esclusione - Rilevanza per il cittadino e per gli uffici gerarchicamente subordinati - Precisazioni (Cass., sez. un., 2 novembre 2007 n. 23031, con nota di M. ARIANO) [786].

Spagna

- Real Decreto 15 febbraio 2008, n. 221 [875] (con nota di M.L. MARTÍN HERNÁNDEZ).

***“Lavoro decente”
e valorizzazione del capitale umano***

**“Lavoro decente”: prospettive di sviluppo
e realizzazione nelle regioni africane**

Manfred Weiss

Sommario: **1.** La situazione attuale e le sfide per il futuro. – **2.** Alcune ipotesi per un progresso possibile. – **2.1.** La lezione dei Paesi industrializzati. – **2.2.** L'impatto degli standard internazionali. – **2.3.** L'esempio degli accordi regionali. – **3.** Conclusioni.

1. Il presente contributo esamina e svolge alcune considerazioni generali sul tema delle recenti evoluzioni ⁽¹⁾ e prospettive attuali di realizzazione di condizioni di “lavoro decente” nel continente africano. Il primo profilo affrontato nelle pagine che seguono riguarda la condizione attuale dell’Africa, per tentare di rispondere al quesito se, e a quali condizioni, i sofisticati modelli di relazioni industriali, diritto del lavoro e diritto della sicurezza sociale presenti nelle economie più industrializzate possano fornire un ausilio alla individuazione di opportunità di progresso per la situazione africana. Successivamente sono esaminate la funzione esercitabile al medesimo fine dagli standard adottati in seno all’*International Labour Organization* (ILO, Organizzazione internazionale del lavoro) e, in conclusione, gli spunti di insegnamento che, in tale contesto, possono emergere dal confronto con accordi regionali stipulati in diverse parti del mondo.

Tanto che si consideri la condizione generale, quanto che si focalizzino gli aspetti relativi alle relazioni industriali, al diritto del lavoro e al diritto della sicurezza sociale, occorre rimarcare la specialità del caso sudafricano, che non può considerarsi rappresentativo del resto del continente ed in particolar modo dell’area c.d. sub-sahariana. Piuttosto, il Sudafrica si atteggia in modo peculiare anche nel più limitato contesto della *Southern African Development Community* (SADC, Comunità per lo sviluppo dell’Africa meridionale); un ammirevole esperimento di accordo regionale che ha già conseguito importanti successi ed è ormai in corso di consolidamento.

* *Manfred Weiss* è professore di Diritto del lavoro presso l’Università Johann Wolfgang Goethe di Francoforte sul Meno. Il testo riproduce il discorso pronunciato dall’Autore il 26 marzo 2008 a Città del Capo (Sudafrica) in occasione dell’apertura del V Congresso regionale africano dell’International Industrial Relations Association (IIRA, Associazione internazionale di relazioni industriali). Traduzione dall’inglese a cura di Iacopo Senatori.

⁽¹⁾ Il riferimento è al tempo intercorso rispetto al Congresso sudafricano del 2002 patrocinato dalla Industrial Relations Association of South Africa sul tema *Il rinascimento africano e le relazioni di lavoro nel mondo che cambia* (ndr).

I dati complessivi sono ancora allarmanti. Dei 51 Paesi meno sviluppati al mondo, 42 si trovano in Africa. Escludendo dal calcolo la Nigeria e il Sudafrica, il reddito medio su base annua è di circa quattrocento dollari americani a persona. Peraltro, queste cifre non sono particolarmente rappresentative, poiché non tengono conto dei vasti squilibri reddituali esistenti. È dunque più illuminante sottolineare che la metà della popolazione vive in condizioni di povertà estrema. Il numero delle persone costrette a vivere con meno di un dollaro al giorno è rimasto grosso modo invariato dal 1990 ad oggi, a dispetto del *Millennium Development Goal* ⁽²⁾ che ha fissato l'obiettivo di dimezzare questo dato entro il 2015. Tali persone sono in maggioranza donne. Circa metà della popolazione attiva versa in stato di disoccupazione oppure svolge lavori marginali. In Africa risiedono i tre quarti dei soggetti sieropositivi nel mondo. Il numero dei decessi per AIDS ha raggiunto i venti milioni; la malattia ha reso orfani dodici milioni di bambini. L'aspettativa media di vita è scesa a 44 anni.

Tuttavia, in questo scenario a tinte fosche possono distinguersi segnali promettenti. Gli Stati con un sistema politico democratico basato sul pluralismo dei partiti sono aumentati, dai 5 del 1990 ai 33 di oggi, sebbene convenga rilevare che si tratta nella maggior parte dei casi di democrazie meramente formali, che necessitano di un tempo non breve per stabilizzarsi.

La crescita media del prodotto interno lordo in Africa ha raggiunto il 5 per cento. Si tratta di un indice confortante, ma non ancora sufficiente a conseguire i risultati attesi dai *Millennium Development Goals* per il 2015. A questo fine la crescita dovrebbe attestarsi tra il 7 e l'8 per cento: una soglia superata ad oggi solo da 4 Paesi.

Un'altra ragione di ottimismo deriva dal fatto che le regioni più industrializzate del mondo – in particolare l'Europa e gli Stati Uniti – stanno potenziando le proprie strategie di assistenza a favore dell'Africa. Ciò non ha nulla a che vedere con la generosità, ma riguarda interessi molto più prosaici. L'Europa e gli Stati Uniti vedono nell'Africa un imprescindibile partner commerciale, e perciò chiedono che essa si doti di strutture sociali stabili da cui possano emergere modelli civili ed economici "decenti". Inoltre, ma non da ultimo, ci si attende che il progresso in questo campo riduca l'entità dei flussi migratori dall'Africa verso l'Europa, che è causa delle indegne situazioni createsi alle frontiere.

Per venire rapidamente al punto, l'Africa ha tremendi problemi di fronte, ma intravede nondimeno incoraggianti segnali di miglioramento. Dopo avere abbozzato alcune considerazioni sullo scenario complessivo, è tempo che io restringa la prospettiva e mi occupi delle relazioni industriali, del diritto del lavoro e del diritto della sicurezza sociale, per esaminarne le condizioni attuali e le sfide future.

Una delle problematiche fondamentali per l'Africa è la drammatica segmentazione dei mercati del lavoro. Si consideri ad esempio il fatto che nei Paesi della SADC solo una quota di popolazione compresa tra il 10 e il 20 per cento è occupata nell'economia formale. Se la maggioranza degli occupati lavora nel settore informale, le strutture di relazioni industriali operano solo nell'economia forma-

⁽²⁾ L'espressione fa riferimento ad un'azione di sviluppo su scala globale, pianificata dall'Assemblea Generale dell'ONU con una risoluzione dell'8 settembre 2000 e concentrata su otto obiettivi primari: cfr. <http://www.un.org/millenniumgoals/> [ndf].

le, e lo stesso vale per quanto riguarda il campo di applicazione delle norme in materia di lavoro e sicurezza sociale. Ne consegue che l'obiettivo più urgente per il futuro sia l'estensione dell'efficacia delle regole ai lavoratori dell'economia informale: gli standard minimi del diritto del lavoro dovrebbero trovare applicazione anche all'esterno del settore formale. D'altro canto, per ciò che attiene alla sicurezza sociale nemmeno una estensione siffatta appare sufficiente. Una quota minima di assistenza dovrebbe essere garantita a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro qualità di lavoratori, al fine di sostenere la funzione primaria della sicurezza sociale in Africa: la lotta alla povertà.

Il secondo problema da considerare è la frammentazione del mercato. L'impiego a tempo pieno e indeterminato nel settore formale rappresenta l'eccezione piuttosto che la regola. Il lavoro tradizionalmente definito atipico (a tempo determinato, a tempo parziale, temporaneo tramite agenzia, stagionale, discontinuo alle dipendenze di differenti datori di lavoro) costituisce qui il modello tipico con cui le relazioni industriali, il diritto del lavoro e il diritto della sicurezza sociale devono rapportarsi. Le medesime considerazioni valgono per quanti non ricadono nello schema del lavoro dipendente in senso stretto, ossia i lavoratori autonomi. Le norme del diritto del lavoro e della sicurezza sociale devono garantire che nessuna delle categorie anzidette rimanga priva di protezione, pur senza trascurare le specifiche condizioni di ciascuna categoria. Ciò comporta la necessità di assetti regolativi variabili, piuttosto che di strutture uniformi delle quali finirebbero per giovare solo quanti già godono di determinati privilegi.

È evidente che la frammentazione non interessa solo il versante dei lavoratori, ma si estende anche sul campo datoriale. Le imprese maggiori possono sostenere senza problemi carichi normativi che logorerebbero quelle di dimensioni medie e piccole. Quindi, ancora una volta, si può affermare che l'imposizione di regole uniformi per l'intera economia non sarebbe uno strumento adeguato. Il Sudafrica ha compiuto importanti sforzi per rispondere a questa sfida. Finora la nazione che ospita il nostro Congresso ha rappresentato un'avanguardia: è auspicabile che altre la seguano.

Una questione sostanziale in Africa è la carenza di strutture collettive di rappresentanza degli interessi dei prestatori di lavoro. In un numero considerevole di Paesi i sindacati sono di fatto inesistenti, in quanto non sono stati capaci di sviluppare strutture organizzative efficienti. Altrove si può osservare il declino di formazioni sindacali un tempo importanti. Gli accordi bilaterali di natura contrattuale sono l'eccezione piuttosto che la regola. Nella maggior parte degli Stati mancano anche gli organismi tripartiti competenti a dettare le linee guida in materia di politica sociale. In alcuni casi sono stati costituiti schemi partecipativi all'interno delle imprese, ma la loro funzione è meramente formale e non intacca il potere decisionale degli organi amministrativi. *Sindacati e democrazia sui luoghi di lavoro in Africa*⁽³⁾, il titolo di un recente libro di Gérard Kester, lungi dal rappresentare la realtà sembra piuttosto esprimere un pio desiderio. Eppure gli organismi collettivi di natura bipartita e tripartita, che diano voce agli interessi dei lavoratori, sono imprescindibili al fine di rafforzare il fronte dei prestatori e conferire ad essi la possibilità di esercitare un'influenza reale sul miglioramento

⁽³⁾ Cfr. G. KESTER, *Trade unions and workplace democracy in Africa*, Ashgate, Aldershot, 2007.

delle condizioni di lavoro. La presenza di strutture collettive di rappresentanza dei lavoratori è inoltre un fattore determinante per il consolidamento della democrazia politica. L'ostacolo maggiore lungo questa strada sarà l'inclusione dei lavoratori dell'economia informale all'interno delle organizzazioni sindacali. L'aggregazione collettiva in questo ambito è chiaramente molto più difficile.

Ma il difetto più significativo da includere in questa breve panoramica è forse l'assenza di strumenti di monitoraggio e coazione sull'ottemperanza alle norme in materia di lavoro e sicurezza sociale. Nella maggior parte dei Paesi la applicazione delle norme è ineffettiva, a causa della mancanza di organi ispettivi o di risorse adeguate a garantirne il funzionamento. I mezzi di risoluzione delle controversie – mediazione, conciliazione, arbitrato o ricorso giudiziale – quando esistono sono molto deboli. Il Sudafrica rappresenta anche in questo caso una eccezione: il riferimento è alla Commissione di conciliazione, mediazione e arbitrato istituita dalla legge sulle relazioni di lavoro, che si è rivelata un successo.

Riassumendo, queste sono le necessità primarie del continente africano sulla via per la realizzazione di condizioni di lavoro decenti: un significativo ampliamento del campo di applicazione del diritto del lavoro, affinché esso includa anche gli individui occupati nell'economia informale; una più estesa copertura della popolazione da parte del sistema di sicurezza sociale; la definizione di standard minimi di tutela per i lavoratori di qualsiasi categoria, sia nel settore formale che in quello informale; assetti regolativi variabili adeguati alle mutevoli caratteristiche delle imprese e dei lavoratori; strutture bilaterali e trilaterali per la contrattazione collettiva e per la determinazione delle linee guida in materia di politica sociale; ed infine efficienti meccanismi di monitoraggio e coazione sull'ottemperanza alle norme nonché sistemi di risoluzione delle controversie funzionanti.

2. Tracciare la direzione verso cui dovrebbero muovere, in Africa, le relazioni industriali, il diritto del lavoro e il diritto della sicurezza sociale non è compito difficile. Il problema è, casomai, il modo in cui ottenere un risultato così ambizioso. Secondo quanto stabilito in premessa, verrà trattata in seguito solo una minima parte di tale vasta questione, limitandosi a rispondere ad alcuni interrogativi: se e come si possa trarre esempio dell'esperienza dei sistemi vigenti nei Paesi più industrializzati; quale contributo possa venire dall'opera dell'ILO; quali insegnamenti possano derivare dagli accordi regionali stipulati altrove nel mondo.

2.1. Riguardo al primo degli interrogativi anzidetti, occorre in apertura precisare come non esista un modello che possa semplicemente venire trasposto da un contesto ad un altro. Infatti, ciascun sistema reca impresse le peculiari caratteristiche che definiscono il contesto generale in cui è sorto, con le tradizioni storiche e culturali da cui trae le proprie radici. Simili differenze sopravvivono alla globalizzazione: anche nell'ambito delle istituzioni regionali, come l'Unione Europea, le diversità tra i membri rivestono un ruolo centrale, e così sarà nel futuro. Nondimeno, il precetto secondo cui i modelli stranieri non possono essere semplicemente imitati è stato spesso ignorato, come dimostra il seguente aneddoto ricavato dall'esperienza personale. Venticinque anni fa, nel 1983, fui inviato dall'ILO nello Zambia per comprendere i motivi del cattivo funzionamento del vigente sistema di partecipazione istituzionalizzata dei lavoratori. Come ebbi modo di sco-

prive, dopo il conseguimento dell'indipendenza dal governo coloniale lo Zambia aveva istituito uno schema di rappresentanza aziendale che ricalcava quello tedesco. Tuttavia, il buon funzionamento di tali organi in Germania si deve al concorso di molteplici fattori che nello Zambia non esistono. Mi apparve quindi evidente che in questo Paese lo schema non potesse produrre i risultati conseguiti nell'ambiente di provenienza. Esso infatti non si adattava alla struttura complessiva del sistema locale di relazioni industriali, con il risultato di indebolirne anziché rafforzarne l'impianto. In questo caso, l'introduzione di un elemento di natura istituzionale aveva peggiorato la situazione piuttosto che migliorarla.

L'esempio appena riportato non illustra solo l'impraticabilità della mera trasposizione di uno schema da un Paese ad un altro. Esso dimostra anche quanto sia fuorviante focalizzarsi su uno specifico elemento di un più vasto sistema nazionale di relazioni industriali, di diritto del lavoro o di diritto della sicurezza sociale. Una funzione può essere adeguatamente valutata solo se ogni suo singolo elemento viene considerato nelle molteplici interazioni che sviluppa con tutte le altre componenti di un sistema nazionale. Per chiarire questo assunto può essere utile soffermarsi sull'esempio del sistema di partecipazione istituzionalizzata dei lavoratori. La prospettiva funzionale di siffatti modelli istituzionali si disvela unicamente immettendo questi ultimi nello spaccato generale del Paese di riferimento, ossia analizzando da un lato gli altri elementi costitutivi del sistema (come la contrattazione collettiva, gli strumenti di composizione del conflitto, i livelli minimi di tutela garantiti dal diritto del lavoro), e dall'altro il profilo degli attori, gli atteggiamenti più diffusi e l'ambiente culturale, politico ed economico. Numerosi sono i dati da osservare, e tenere conto di tutti è un esercizio assai difficile. Pertanto, la condizione affinché si realizzi uno studio di alto valore è che ogni Paese venga sottoposto ad indagini ampie ed approfondite. Il confronto tra le funzioni dei sistemi di relazioni industriali di 2 Paesi è già un compito impegnativo. Se la comparazione si estende e, come spesso accade, si attenda a ricomprendere uno spettro più vasto di casi, risulta tendenzialmente superficiale, fuorviante e pertanto del tutto inutile.

Nell'affrontare lo studio di un ordinamento straniero, è necessario essere consapevoli che una stessa funzione può essere perseguita con modalità molto diverse tra loro. Diversi strumenti, norme di legge o istituzioni possono conseguire il medesimo effetto. Ad esempio, una limitazione delle prerogative manageriali può essere stabilita per mezzo della legge, della contrattazione collettiva, di uno schema di partecipazione dei lavoratori o mediante un concorso tra le suddette modalità. Al bilanciamento tra la sicurezza dell'occupazione e la flessibilità esterna possono provvedere le regole limitative dei licenziamenti, la disciplina del lavoro a tempo determinato, quella del lavoro temporaneo ovvero una mescolanza di questi fattori. Effetti simili a quelli raggiunti dal potere giudiziario possono essere, in un Paese diverso, conseguenza dell'opera degli apparati amministrativi o di un meccanismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie. Sarebbe quindi ingannevole, per chi volesse individuare una soluzione ottimale attraverso la comparazione, mettere a confronto strumenti, norme di legge o istituzioni recanti la stessa etichetta. L'attenzione deve invece essere posta sulla funzione che si aspira a realizzare.

Non che osservare gli effetti concreti delle configurazioni istituzionali presenti in una data realtà sia un compito facile. Si tratta di un impegno che oltrepassa le capacità cognitive di un singolo settore accademico, e richiede, per ottenere risultati tangibili, una cooperazione interdisciplinare che coinvolga almeno economisti, giuristi, esperti di amministrazione, scienziati della politica, sociologi, psicologi e antropologi. Appare pertanto cruciale il modo in cui siffatta cooperazione interdisciplinare viene fondata. Sfortunatamente, fino ad oggi in molti Paesi è persistita una forte segmentazione tra le scienze anzidette. A questo proposito, la nostra Associazione rappresenta uno spazio importante per lo sviluppo di una ricerca che si orienti nella direzione metodologica appena indicata. Fin dall'inizio abbiamo tentato di interpretare le relazioni industriali come un conglomerato di vari settori accademici, e pertanto oggi possediamo risorse intellettuali adeguate ad assistere l'Africa affinché, nel suo tentativo di apprendere dalle esperienze esterne, faccia un uso corretto della ricerca comparata.

Un altro aspetto su cui conviene che si ponga attenzione nello studio e nel confronto tra sistemi appartenenti a Paesi diversi è la terminologia. Presumere che vocaboli identici, espressi nel medesimo o in un diverso linguaggio, si riferiscano a identici fenomeni, è un'idea sulle prime suggestiva, e nondimeno falsa. La terminologia come tale non riveste alcun significato per il comparatista nel campo delle relazioni industriali, del diritto del lavoro o del diritto della sicurezza sociale. Essa rivela il proprio senso unicamente quando è contestualizzata all'interno della struttura e delle funzioni afferenti al sistema in esame.

La questione primaria è tuttavia se abbia davvero senso per i riformatori africani guardare ai sofisticati sistemi esistenti nei Paesi altamente industrializzati. Non sono le condizioni di tali Paesi troppo diverse da quella africana per potervi arrecare una qualche utilità? Certo, i margini di comprensione offerti dal metodo comparato sono limitati. E tuttavia lo sforzo comparativo non è mai inutile, specialmente se ad essere sottoposta ad esame è anche l'evoluzione storica dei modelli attuali. Approfondire simili tematiche può senza dubbio arricchire l'immaginazione dei riformatori, estendendo la gamma di alternative a loro disposizione. D'altro canto, come ho già tentato di chiarire, le soluzioni adottate in un luogo sono intimamente connesse al proprio contesto sociale e pertanto non possono essere agevolmente trapiantate in un ambiente difforme. Quest'ultimo rilievo si addice tuttavia solo alle configurazioni istituzionali; i principi e le funzioni che caratterizzano un dato sistema possono invece essere apprese e trasferite altrove. Si consideri, a riprova di questo assunto, l'esempio del divieto di discriminazioni per motivi di razza, etnia o genere: un principio molto attuale nel caso africano e oggetto di un'ammirevole opera di attuazione nel Sudafrica del dopo *apartheid*. È chiaro che, dal punto di vista istituzionale, questo principio può essere attuato in diversi modi: mediante azioni positive, con un sistema di quote o per altra via. In ciò risiede la vera difficoltà. I modelli istituzionali devono essere forgiati in conformità alle caratteristiche economiche, giuridiche, politiche e culturali di ciascun Paese. Il problema non riguarda solo le nazioni africane; oggi esso interessa in modo particolare gli Stati dell'Europa centrale e orientale che hanno recentemente aderito all'Unione Europea, i quali dovranno sviluppare nuovi modelli istituzionali al fine di integrare i propri ordinamenti all'interno della cornice flessibile offerta dalle leggi dell'Unione. Essi dovranno individuare schemi originali, e

non limitarsi all'imitazione di quelli sviluppati altrove. In effetti, l'Europa è divenuta uno dei più interessanti laboratori per la dimostrazione di come le esperienze, le funzioni e i modelli stranieri possano contribuire al dibattito sulle riforme degli ordinamenti nazionali. Per i Paesi africani la necessità è quella di ricercare configurazioni istituzionali commisurate all'ambiente complessivo, compatibili con la mentalità delle persone e rispettose tanto delle tradizioni quanto dei precetti culturali. Detto diversamente: le lezioni apprese dallo studio degli altri sistemi devono scendere ad un compromesso con le condizioni locali. Lo slogan per una tale strategia, troppo spesso ignorato da quanti ritengono che il risultato della globalizzazione sia la convergenza tra i sistemi di relazioni industriali, diritto del lavoro e diritto della sicurezza sociale, è «la storia conta» ⁽⁴⁾. Chi trascura questa constatazione non riconosce che le configurazioni istituzionali sono state fino ad oggi, e saranno nel futuro, espressioni dell'identità nazionale.

Apprendere dalle esperienze altrui e al contempo produrre modelli istituzionali confacenti alla tradizione locale è un'impresa troppo difficile per poter essere delegata per intero ai cosiddetti esperti esterni. È invece decisivo il fatto che si instauri una stretta collaborazione tra operatori che possano accedere a fonti di conoscenza straniera ed esperti nazionali dotati di una profonda preparazione sulla situazione locale, come l'esempio del processo di elaborazione della legge sudafricana sulle relazioni di lavoro può efficacemente dimostrare. Inoltre, le riforme devono essere realizzate osservando un metodo sperimentale basato sulla successione di prove ed errori. La precondizione di un progresso sostenibile è la disponibilità a correggere le riforme allorché queste si dimostrino incompatibili con il contesto locale e pertanto incapaci di svolgere la propria funzione. Le innovazioni nel campo delle relazioni industriali, del diritto del lavoro e del diritto della sicurezza sociale non sono fatte per durare in eterno, ma rimangono soggette a progressivi raffinamenti. Benché appaia paradossale, solo il dinamismo delle riforme può garantire la stabilità di un sistema. Ancora una volta, a riprova della validità di questo approccio pragmatico, si può addurre a mio parere l'esempio sudafricano della legge sulle relazioni di lavoro, reso oggetto dal 1995 ad oggi di numerose modifiche dalla valenza positiva.

2.2. Passando ad analizzare il ruolo degli standard definiti dall'ILO, occorre in primo luogo precisare che l'idea di stabilire condizioni minime di lavoro internazionalmente riconosciute nacque in Europa alla fine del XIX secolo. Il movente originario di tale idea fu l'eliminazione del *dumping* sociale, ossia della concorrenza al ribasso tra diversi Paesi giocata sui diritti dei lavoratori. Con l'istituzione dell'ILO, nel 1919, a tale finalità se ne aggiunse un'altra: contrastare su scala internazionale la povertà del proletariato al fine di prevenire il rischio di insurrezioni politiche. Com'è noto, l'ILO possiede una struttura peculiare tra le organizzazioni internazionali, poiché in essa trovano rappresentanza non solo i governi

⁽⁴⁾ Con questa espressione gergale si è tentato di rendere la formula, utilizzata nel testo originario, di *path dependency*. Tale formula, ampiamente utilizzata nelle scienze politiche ed economiche, esprime l'idea del rapporto di causa ad effetto esistente tra la successione degli eventi che hanno condotto ad un dato risultato e le vicende che da quest'ultimo deriveranno. Per approfondimenti cfr. A. KEY, *A critique of the use of path dependency in policy studies*, in *Public Administration*, 2005, vol. 83, 553 [ndf].

degli Stati membri ma anche le parti sociali, tanto sul versante datoriale quanto su quello dei prestatori di lavoro. L'importanza di una articolazione interna di questo tipo, a fini di legittimazione, è intuitiva. Si pensi in proposito che il numero degli Stati membri dell'organizzazione è aumentato dagli originari 42 agli attuali 177, tra i quali sono inclusi i Paesi africani.

La definizione degli standard è stata fin dal principio la funzione primaria dell'ILO, che a tale scopo si avvale di due strumenti: le convenzioni e le raccomandazioni. Le convenzioni hanno la natura di trattati internazionali, e divengono vincolanti per gli Stati membri con la ratifica. Le raccomandazioni sono atti giuridicamente non vincolanti, e possono contenere linee guida sull'applicazione di una convenzione ovvero trattare materie sulle quali non sia stata ancora conseguita la maggioranza dei due terzi dell'assemblea, necessaria per varare una convenzione vincolante. Fino ad oggi l'ILO ha approvato circa 190 convenzioni ed un numero ancora maggiore di raccomandazioni, abbracciando quasi tutti i settori delle relazioni industriali, del diritto del lavoro e del diritto della sicurezza sociale.

Esistono tuttavia alcuni problemi. Ne menzionerò solo quattro, senza addentrarmi in considerazioni di dettaglio. Innanzitutto, molti degli strumenti anzidetti sono superati. Un'opera di revisione iniziata nel 2002 ha mostrato che solo 71 convenzioni e 73 raccomandazioni sono aggiornate, mentre 54 delle prime e 67 delle seconde hanno un contenuto ormai talmente estraneo al contesto corrente da non essere più recuperabili. Le rimanenti attendono un ammodernamento.

In secondo luogo, taluni Stati appaiono recalcitranti a ratificare le convenzioni. L'elenco di tali Paesi è piuttosto limitato per quanto riguarda le convenzioni in materia di diritto del lavoro, mentre i dati sono più allarmanti per ciò che concerne il diritto della sicurezza sociale. Nondimeno, il 60 per cento degli Stati membri ha ratificato meno di 1/4 delle convenzioni. Una simile resistenza è particolarmente netta nei Paesi meno sviluppati, compresi tutti quelli del continente africano. Solo il 7 per cento di essi, ad esempio, ha ratificato la convenzione n. 102, sui principi fondamentali dell'assistenza e della sicurezza sociale in senso ampio. E nessuno ha mai ratificato le convenzioni n. 168, sulla tutela dell'occupazione e la protezione contro il rischio di disoccupazione, e n. 183, sulla tutela delle lavoratrici madri, mentre 2 soli Paesi hanno ratificato le convenzioni n. 128, sulla assicurazione per la vecchiaia, l'invalidità e i superstiti, e n. 130, sulla assistenza sanitaria e l'assicurazione contro la malattia.

Nel 1998 l'ILO, con la famosa Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali in materia di lavoro, ha tentato di assicurare che tutti gli Stati membri si assoggettassero all'onere di rispettare quantomeno 4 diritti e principi fondamentali, contenuti a quel tempo in 7 convenzioni primarie. Tali diritti e principi sono: libertà di associazione, comprendente il diritto alla contrattazione collettiva; proibizione del lavoro coattivo; divieto di lavoro minorile e divieto di discriminazioni sulla base di qualsivoglia motivazione. Essi vincolano tutti gli Stati membri senza necessità di ratifica, mentre una speciale procedura *ex post* sancita dalla Dichiarazione individua nuove modalità di attuazione. È in corso un dibattito sull'opportunità o meno di ampliare l'elenco dei diritti fondamentali stabiliti dalla Dichiarazione, includendo ad esempio quello ad una retribuzione di sussistenza o quello alla salute e alla sicurezza sul lavoro.

In terzo luogo, conviene precisare che implementazione non significa necessariamente attuazione. La procedura che regola il monitoraggio da parte dell'ILO è relativamente complessa ma piuttosto inefficiente, e in proposito non si sono registrati significativi progressi nel corso del tempo. Il meccanismo sanzionatorio rimane fondato sul principio della persuasione attraverso il pubblico biasimo, ma non sembra che tale biasimo offenda particolarmente quanti non soddisfano i criteri sanciti dalle norme che, peraltro, hanno ratificato.

Il quarto rilievo è quello più interessante per quanto ci occupa: gli standard internazionali consacrati dall'ILO si applicano solo all'economia formale. Il settore informale rimane escluso, sebbene vada riconosciuto all'organizzazione di avere avviato alcuni anni or sono una riflessione su come individuare misure protettive a beneficio dei lavoratori dell'economia informale.

L'aver trascurato il settore informale è di certo una delle cause del *record* negativo di ratifiche da parte dei Paesi in via di sviluppo, ma non la sola. Questo *record* potrebbe anche dipendere dall'opinione secondo cui gli standard dell'ILO sarebbero ritagliati sulle condizioni e le necessità delle economie altamente industrializzate e non – come dimostra il caso del settore informale – su quelle dei Paesi più poveri. Nel futuro sarà opportuno valutare attentamente se e in quale misura questa opinione sia corretta. Quand'anche lo fosse, però, non si dovrebbe tralasciare il fatto che nella determinazione degli standard l'ILO è soggetta, ai sensi dell'articolo 19, III paragrafo, della sua Costituzione, a ponderare le alternative richieste da taluni Paesi in ragione di specifiche circostanze ambientali, economiche o di altro genere. Tale vincolo può condurre a regole distinte per i Paesi in via di sviluppo, ovvero a procedimenti di attuazione differenziati del tipo di quello stabilito dalla già citata convenzione n. 102 in materia di sicurezza sociale. Essa copre in linea di principio tutte le aree della sicurezza sociale e della tutela della salute; tuttavia agli Stati membri è consentito, in funzione del proprio livello di sviluppo, ratificarne solo alcune parti. Si tratta di un modello di attuazione sempre più diffuso, che dovrebbe essere maggiormente utilizzato dagli Stati membri, inclusi quelli africani.

Non sarebbe giusto, peraltro, considerare la definizione di standard internazionali come un fenomeno isolato. Questa è solo una delle attività portate avanti dall'ILO; un'altra è l'assistenza tecnica. L'organizzazione infatti offre consiglio agli Stati su come interpretare tali standard e realizzare le condizioni preliminari alla loro attuazione. A questo fine sono stati costituiti uffici regionali, aventi il compito di fronteggiare le necessità delle singole aree e stabilire dei canali di collegamento tra le diverse regioni del mondo e il quartier generale di Ginevra. Le funzioni operative dell'ILO in questo campo vanno ben oltre l'attuazione degli standard o di altri obiettivi politici. È ovvio infatti come un'assistenza tecnica sia necessaria anche quando non vi siano principi o standard internazionali a fungere da linea guida. Una funzione di questo genere deve essere pianificata ed espletata attraverso una cooperazione interdisciplinare. Pertanto l'ILO ha raggiunto due conclusioni: formare gruppi di lavoro interdisciplinari e cooperare con esperti esterni nello svolgimento di tali operazioni, piuttosto che affidarsi unicamente alle proprie risorse. Questa sede di assistenza tecnica sta acquistando un'importanza sempre maggiore quale strumento essenziale di supporto, in particolare per l'Africa e gli altri Paesi poveri del mondo.

2.3. Spostando l'attenzione sugli accordi regionali stipulati in altre parti del mondo, e sulle lezioni da essi ricavabili, conviene concentrarsi sull'esempio di maggiore successo: l'Unione Europea. Questa istituzione regionale fu fondata oltre 50 anni fa, ed originariamente comprendeva 6 Stati alquanto affini tra loro. Oggi l'Unione è composta da un gruppo altamente disomogeneo di 27 Stati, con una popolazione complessiva di oltre 500 milioni di persone. La sua struttura è singolare, in quanto configura una entità sopranazionale dotata di propri poteri legislativi, esecutivi e giudiziari. Questo elemento contraddistingue l'Unione al confronto con altre istituzioni regionali, come ad esempio la SADC, a cui appartiene il Paese che ci ospita. Peraltro, le vicende dell'Unione Europea potrebbero essere di qualche utilità per il consolidamento della SADC. Il riferimento è in particolare a due circostanze.

Innanzitutto, ambedue gli accordi regionali muovono da un alto grado di difformità tra gli Stati che li compongono. La difformità è cresciuta significativamente all'interno dell'Unione Europea in seguito al recente allargamento, con l'integrazione di 10 Paesi dell'Europa centrale e orientale. Le differenze tra i sistemi di relazioni industriali dei vari Paesi sono profondamente radicate nella storia e nella cultura di ciascuno, cosicché non possono essere modificate facilmente. È apparso quindi chiaro da subito come la finalità dell'Unione, nonostante i suoi autonomi poteri legislativi, esecutivi e giudiziari da entità sopranazionali, non potesse consistere nell'uniformazione dei sistemi. La strategia è stata pertanto quella della semplice determinazione di condizioni minime, attraverso uno strumento legislativo del tutto peculiare: la direttiva. Con una direttiva si individuano l'obiettivo da raggiungere e alcuni contenuti essenziali di un provvedimento normativo, rimettendo per il resto la concreta attuazione alla scelta dei singoli Stati. Questa tecnica permette a ciascun Paese membro di adattare le regole europee al proprio contesto, secondo modalità differenziate. Quale insegnamento può trarne la SADC? Se perfino un accordo regionale di natura sopranazionale non è in grado di superare quelle differenze tra i sistemi di relazioni industriali, diritto del lavoro e diritto della sicurezza sociale che trovano fondamento nelle storie e nelle culture nazionali, ciò dovrà valere a maggior ragione per un accordo regionale che non istituisce una entità sopranazionale. In altri termini, la armonizzazione tra i sistemi di relazioni industriali, diritto del lavoro e diritto della sicurezza sociale non è un'opzione realistica. Più plausibile è immaginare un avvicinamento reciproco realizzato attraverso la determinazione di standard minimi rispettati da tutti. In questo modo si potrà ridurre il divario tra le nazioni, producendo conseguenze benefiche sulla stabilità politica della regione.

Un altro elemento a cui la SADC potrebbe attingere riguarda le tecniche di formazione delle leggi. A causa della eterogeneità della struttura costituitasi nel tempo, è divenuto difficile nell'Unione Europea raggiungere le maggioranze richieste per l'approvazione delle norme. Si è così pervenuti ad una nuova strategia, esemplificata dalle politiche in materia di occupazione. Sul finire degli anni Novanta, al Trattato istitutivo della Comunità Europea è stata aggiunta una sezione relativa ad una "strategia coordinata a favore dell'occupazione". Senza scalfire la competenza esclusiva degli Stati in materia, alla Comunità è stato attribuito il compito di contribuire all'incremento dell'occupazione «promuovendo la cooperazione tra gli Stati membri nonché sostenendone e, se necessario, inte-

grandone l'azione». Il Titolo sull'occupazione del Trattato individua molteplici strumenti istituzionali finalizzati a garantire a tale ambizione una possibilità di successo. Esiste un Comitato per l'occupazione, avente il ruolo di seguire la situazione dei mercati del lavoro e delle politiche dell'occupazione degli Stati membri e della Comunità e in tal modo contribuire alla stesura della relazione annuale congiunta del Consiglio e della Commissione. Questo organo è tenuto, nell'adempimento del proprio mandato, a consultare le parti sociali. Il Trattato attribuisce poi alla Comunità alcuni poteri addizionali, finalizzati a garantire che gli atti del Comitato per l'occupazione e i rapporti congiunti non rimangano lettera morta. Essa «elabora annualmente degli orientamenti», privi di efficacia vincolante. L'impianto così descritto ha permesso di realizzare misure variegata, ed ha accresciuto significativamente le occasioni di raccordo tra le attività degli Stati membri. Tuttavia, non è sui risultati di dettaglio che conviene soffermarsi in questa sede. Ciò che rileva è il fatto che il Titolo sull'occupazione abbia istituito un processo di apprendimento reciproco tra la Comunità e gli Stati membri, che coinvolge non solo i governi ma anche le parti sociali. Nessun Paese può sottrarsi al dialogo permanente e alla costante pressione che esso implica. Le “buone pratiche” non devono essere reinventate ogni volta, ma possono essere facilmente divulgate ed imitate. L'etichetta che contraddistingue tale strategia di *soft-law* è «metodo aperto di coordinamento»: un metodo che sta gradualmente sostituendo la regolazione rigida basata su atti di natura legislativa. La medesima strada potrebbe essere intrapresa da altre istituzioni regionali, come la SADC, qualora non risultasse possibile pervenire ad accordi su standard minimi legalmente vincolanti.

3. Le drammatiche sfide che attendono l'Africa riguardano, come abbiamo visto, anche i settori delle relazioni industriali, del diritto del lavoro e del diritto della sicurezza sociale. Ai notevoli sforzi che esse richiedono, gli studiosi di relazioni industriali possono contribuire solo in misura ridotta. Tuttavia, come ho cercato di dimostrare, ci sono anche per noi occasioni di fare la differenza: offrendo elementi di conoscenza tratti dallo studio dei sistemi stranieri; partecipando alla applicazione degli standard internazionali e riflettendo sulle lezioni ricavabili dagli accordi regionali stipulati in altre parti del mondo. Realizzare condizioni di lavoro decente per tutti in Africa rimane un compito gravoso, ma abbiamo gli strumenti che possono condurci nella direzione giusta.

“Lavoro decente”: prospettive di sviluppo e realizzazione nelle regioni africane – Riassunto.
L'A., inaugurando il V Congresso regionale africano dell'IIRA, svolge alcune riflessioni in merito alle prospettive che attendono l'Africa sulla via per la realizzazione di condizioni di lavoro decenti attraverso l'intero continente. Dopo aver esaminato l'attuale situazione economica e occupazionale della regione, ancora preoccupante nonostante la presenza di alcuni segnali di miglioramento, l'A. si interroga sul contributo che potrebbe essere arrecato da specifici fattori: lo studio della esperienza dei sistemi vigenti nei Paesi più industrializzati; l'opera dell'ILO, concretizzantesi in particolare nell'elaborazione di standard minimi di tutela; l'esempio degli accordi regionali stipulati altrove nel mondo, con specifico riferimento alle vicende dell'Unione Europea. Dal concorso di questi fattori, secondo l'A., potrebbe venire un forte sostegno all'azione dei legislatori e delle parti sociali africane.

Realising Decent Work in Africa (Article in Italian) – Summary. *In his inaugural speech at the Fifth African Regional Congress of the IIRA the author examines the prospects of achieving decent working conditions in Africa, with reference to the entire continent. After considering economic and employment conditions in the region, that are still alarming in spite of signs of improvement, the author discusses the contribution that could be made by certain factors: the study of international experience in the systems in the most advanced industrialised countries; the role of the ILO, in particular with the adoption of minimum employment protection standards; and the example of regional agreements concluded elsewhere in the world, with particular reference to the European Union. In the author's view, a combination of these factors could provide strong support for the action of legislators and the African social partners.*

Il “lavoro decente” e la piena occupazione in Africa: una sfida aperta

Johann Maree

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Quale valore è riconoscibile al c.d. “lavoro decente”? – 3. La difficoltà di quantificare il “lavoro decente” in Africa. – 4. Conclusione.

1. Nel documento di convocazione del V Congresso regionale africano dell'*International Industrial Relations Association* (IIRA, Associazione Internazionale di Relazioni Industriali), svoltosi a Città del Capo (Sudafrica) nel marzo 2008, dedicato al tema *Decent Work in Africa*, si legge: «La necessità di implementazione dell'agenda del lavoro decente quale piattaforma centrale per lo sviluppo africano non deve essere eccessivamente enfatizzata. [...] Soprattutto tale esigenza significa, infatti, affermare che lotta contro la povertà deve essere intensificata ed estesa tanto alla sfera della economia formale quanto a quella della c.d. economia informale»⁽¹⁾.

Le pagine che seguono affrontano in primo luogo il tema del significato da attribuire alla locuzione “lavoro decente”; successivamente la questione delle sfide che i Paesi del continente africano devono affrontare per ottenere un'estensione generalizzata di condizioni minime di un'occupazione dignitosa.

In questa fase introduttiva si può anticipare che emergerà un'immagine del mercato del lavoro, caratterizzata dalla prevalente occupazione nel settore informale e agricolo, con bassa produttività e diffusa disoccupazione. Ne consegue che la condizione determinata dalla povertà è propria non solo dei molti disoccupati ma anche di milioni di lavoratori.

Il continente africano comprende una moltitudine di culture e linguaggi differenti e si compone di una popolazione di ottocentocinquanta milioni di persone che vivono in cinquantatre Stati differenti. Come si può immaginare, sono inevitabili le eccezioni alle scoperte generali, con la conseguenza che un'analisi come quella che si vuol condurre con il presente testo soffre di limiti inevitabili dovuti alle necessarie generalizzazioni. Inoltre, si aggiungano le problematiche strettamente connesse alle fonti a cui si può far ricorso, poiché talvolta esse sono caratterizzate da imprecisioni, talaltra da silenzi se non, addirittura, semplicemente non reperibili.

* Johann Maree è professore di Sociologia presso l'Università di Città del Capo. Traduzione dall'inglese a cura di Silvia Foffano.

⁽¹⁾ INTERNATIONAL INDUSTRIAL RELATIONS ASSOCIATION, *Bullettin* 75, ILO, Geneva, 2007, 13.

Juan Somavia, Direttore Generale dell'ILO nel 2004, ha espresso molto bene i principi che si sottendono al "lavoro decente", individuando tre preminenti punti che attribuiscono valore al concetto di lavoro.

In primo luogo, il lavoro non è semplicemente una merce con un costo di mercato che si acquista e si vende, bensì è innanzitutto espressione dell'essere umano.

In secondo luogo, il concetto di "lavoro decente" deve provenire dal modo in cui le persone stesse lo connotano in base al loro contesto sociale. Perciò la nozione di "lavoro decente" nei Paesi in via di sviluppo è estremamente diversa da quella dei Paesi industrializzati.

In terzo luogo, il lavoro è una sorgente di dignità ed è strettamente connesso al senso di identità di ciascun individuo. Per cui, le persone contribuiscono con le proprie performance lavorative ad attribuire un valore aggiunto alla società di appartenenza ⁽²⁾.

2. I principi, brevemente descritti, sono stati il punto da cui l'ILO ha iniziato a sviluppare una teoria relativa al "lavoro decente". Tale dottrina, in coerenza con tali fondamenti, deve considerarsi strettamente connessa ai concetti di dignità, uguaglianza, sicurezza, adeguata remunerazione, libertà, protezione dei legami sociali e del dialogo sociale, nel rispetto dell'equità e dei diritti fondamentali dei lavoratori ⁽³⁾.

Dalle parole del delegato delle organizzazioni imprenditoriali brasiliane si può ben percepire il senso della locuzione in questione. In uno studio effettuato nel 2006, il delegato sostiene che il "lavoro decente" si può sintetizzare in «occupazione che genera orgoglio e non vergogna» ⁽⁴⁾.

Il presente approfondimento, può essere ancor più puntualizzato ricorrendo ad una significativa distinzione riconducibile a Guy Standing. Lo studioso ha attribuito due valori differenti ai concetti espressi dai termini "occupazione" (*work*) e "lavoro" (*labour*).

Sebbene non sia una distinzione che è evidente nel linguaggio quotidiano, Standing attribuisce al termine "occupazione" il significato di «attività fluente complessa che combina il pensiero analitico concettuale e creativo e l'uso di abilità manuali composta sia dalla produttività, concettuale e analitica del pensiero, sia dall'uso di attitudini manuali» ⁽⁵⁾. Diversamente, egli nota che il termine "lavoro" deriva dal latino "*laborem*" che implica fatica, preoccupazione e sofferenza.

In conseguenza a questa distinzione si comprende che solo l'accezione di "occupazione" si adatta ai criteri del "lavoro decente" e solo questa può permettere la realizzazione delle soddisfazioni di ciascuno. Da un altro punto di vista, si può

⁽²⁾ J. SOMAVIA, *The ILO Decent Work Agenda as the aspiration of people: the insertion of values and ethics in the global economy*, in D. PECCOUD (a cura di), *Philosophical and spiritual perspectives on Decent Work*, Geneva, ILO, 2004, 5 ss.

⁽³⁾ A.Y. PAULINO, M.L. VILMAR, R. BALTAR, *Decent work Enterprise Index: a methodology to analyse the relation between social development and economic growth. Paper delivered at the Global Labour University Conference on Labour and Challenger of Development*, Witwatersrand, Johannesburg, 2007, 8.

⁽⁴⁾ A.Y. PAULINO, M.L. VILMAR, R. BALTAR, *op. cit.*

⁽⁵⁾ G. STANDING, *Global Labour Flexibility: Seeking Distributive Justice*, Macmillan Press Ltd, UK, 1999.

riassumere quanto sostenuto da Standing affermando che il “lavoro decente” può concretizzarsi attraverso il mutamento del “lavoro” in “occupazione”.

L’ILO ha individuato quattro obiettivi strategici per l’Agenda del “lavoro decente”.

Il primo riguarda l’estensione della piena occupazione. Il raggiungimento di questa rappresenta una sfida di non poco conto, considerando che le cifre diffuse nel 2001 individuavano la disoccupazione globale diffusa all’incirca tra centonovanta milioni di persone. Il Direttore Generale dell’ILO, si dimostrò incredulo e pessimista rispetto alla cifra rappresentata, dichiarando che «il numero minimo, più realistico, sarebbe di un miliardo di persone disoccupate o sottoccupate»⁽⁶⁾.

Il secondo obiettivo concerne i diritti dei lavoratori. L’ILO pone l’accento sui diritti di questi ultimi, in quanto ritiene che si debbano riconoscere garanzie minime nei confronti di tutti, senza alcuna distinzione. Nel sostenere ciò si rivolge non solo ai soggetti compresi nell’economia formale ma anche a coloro che, invece, rientrano in quella informale. Tuttavia, a questo principio non sempre è riconosciuta priorità, poiché, talvolta, i diritti dei lavoratori possono essere trascurati con la giustificazione di provvedere nei confronti delle persone prive di qualsiasi occupazione. Inoltre, l’ILO non interpreta questa questione come contraddittoria rispetto alla priorità di creare nuovi posti di lavoro⁽⁷⁾. Dunque, l’ILO tollera che nelle economie in via di sviluppo ci sia tensione tra la creazione di posti di lavoro nuovi e il “lavoro decente”, poiché ciò risulta necessario per individuare l’appropriato equilibrio tra i due obiettivi.

La diffusione delle tutele sociali rappresenta il terzo obiettivo. Con questo si mira a raggiungere lentamente e attraverso i differenti livelli di protezione sociale tutte le persone, comprendendo chi è impegnato con attività lavorativa nel settore informale.

Infine, il quarto e l’ultimo obiettivo strategico concerne il dialogo sociale. L’ILO, in quanto istituzione che opera sulla base del dialogo sociale, ripone una forte fiducia su di esso. Questa organizzazione sostiene che sia la migliore strada per risolvere i conflitti, piuttosto che attraverso il confronto.

3. Considerando che non ci sono strumenti per l’estensione del “lavoro decente” in Africa, deve individuarsi la possibilità di raggiungere tale dato attraverso un percorso alternativo. In primo luogo deve ragionevolmente sostenersi che neppure l’occupazione nel settore formale rientra nella categoria del “lavoro decente”, poiché non sottoposto a regole e pagato scarsamente. Pertanto, le percentuali relative al mercato del lavoro informale forniscono i dati parziali legati alla porzione più bassa del lavoro non decente.

Con riferimento al periodo 1994-2000, nell’area c.d. sub-sahariana, il mercato del lavoro informale occupa il 72% del mercato del lavoro complessivo nei settori economici diversi da quello agricolo⁽⁸⁾. Escludendo da tale computo il Sudafri-

⁽⁶⁾ J. SOMAVIA, *op. cit.*, 7.

⁽⁷⁾ Ivi, 8.

⁽⁸⁾ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Women and men in the informal economy: a statical picture. Gender and employment sector*, Geneva, 2002, così come è citato in ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA, *Economic Report on Africa 2005: meeting the challenger of unemployment and poverty in Africa*, United Nations Commission for Africa, Addis Abeba, 2005, 8.

ca, la percentuale nelle rimanenti zone dell'area considerata si eleva al 78%. La giustificazione di ciò è facilmente individuabile nella circostanza che il settore informale di questo particolare Stato africano costituisce la porzione minima del totale dell'occupazione. Nello specifico, nel 1997 l'occupazione in questo settore era solo il 19% dell'occupazione totale ⁽⁹⁾. Nel Nord-Africa la porzione è notevolmente inferiore a quella ora indicata per la zona sub-sahariana. Nel periodo considerato (gli anni compresi tra il 1994 e il 2000) la media dell'occupazione informale non agricola di questa zona era del 48% ⁽¹⁰⁾.

Nella zona sub-sahariana, il genere femminile è coinvolto in questo tipo di mercato in misura maggiore rispetto al genere maschile. Nello specifico, si riscontra il coinvolgimento delle donne per l'80% rispetto al 63% degli uomini prendendo in considerazione solo l'economia non agricola. Questo è un altro dato che diversifica la zona considerata dal Nord-Africa, dove la percentuale è inversa, per cui a fronte del 43% delle donne è coinvolto il 49% degli uomini ⁽¹¹⁾.

Il mercato del lavoro informale è caratterizzato dalla bassa produttività e dai bassi guadagni con la conseguenza che le persone impegnate professionalmente in esso hanno una maggiore incidenza nella percentuale della povertà. Perciò sono molti i lavoratori con un reddito rientrante nella fascia della povertà. Alcune statistiche del 2004 individuano che non meno del 45-65% delle persone con un lavoro guadagna meno di un dollaro al giorno e non è in grado di provvedere alle necessità di base della propria famiglia ⁽¹²⁾. Infine, non si può trascurare che in Africa centodieci milioni di persone con un'occupazione guadagnano somme, addirittura, al di sotto del salario che definisce la soglia della povertà ⁽¹³⁾.

Nel 2005 circa duecentosettanta milioni di africani erano impiegati nei lavori agricoli, ma essi rimanevano, comunque, tra i lavoratori più poveri del mondo. Infatti, l'agricoltura di questo continente è caratterizzata da conoscenze di base deboli e da sistemi di produzione di sussistenza. La produttività di questo settore in Africa rappresenta solo il 42% di quella in Asia e il 50% di quella in America Latina ⁽¹⁴⁾. Si può ragionevolmente concludere che neppure il lavoro nel mercato agricolo rappresenta "lavoro decente".

Le persone disoccupate rappresentano un altro gruppo della forza lavoro africana che ovviamente non può essere qualificato come rientrante nella categoria del "lavoro decente". Nel 2003 la cifra media di disoccupati era stimata nella percentuale del 10,9% nell'area sub-sahariana e nel 10,4% nel Nord-Africa ⁽¹⁵⁾. La cifra, eccessivamente bassa, non è realistica per diversi motivi.

In primis, tale cifra occulta la variazione regionale e così le regioni dove la disoccupazione è più alta diventano invisibili. Peraltro, la regione dell'area sub-sahariana con il più elevato livello di disoccupazione è la zona a sud dove nel

⁽⁹⁾ G. KINGDON, J. KNIGHT, *Unemployment in South Africa: the nature of the beast*, in *World Development*, 2007, vol. 32, n. 3, 392.

⁽¹⁰⁾ ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA, *op. cit.*, 8.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁾ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Global employment trends 2004*, Geneva, 2004, 21. Inoltre ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA, *op. cit.*, 57 ss.

⁽¹³⁾ *Ivi*, 7.

⁽¹⁴⁾ *Ivi*, 138.

⁽¹⁵⁾ *Ivi*, 6.

2003 raggiungeva la percentuale del 31,6% ⁽¹⁶⁾. Si ritiene addirittura che lo Zimbabwe, attualmente, abbia un livello di disoccupazione pari all'80%.

La seconda motivazione a sostegno di quanto affermato riguarda l'esclusione delle persone che hanno smesso di cercare lavoro dalla categoria dei disoccupati. Se essi fossero inclusi – e sarebbe più realistico farlo – la percentuale della disoccupazione si alzerebbe di molto. Per esempio, nel 2006 la percentuale delle persone disoccupate in Sudafrica era del 25,5%, ma con l'inclusione di coloro che hanno smesso di cercare lavoro, la cifra si eleva al 37,3% ⁽¹⁷⁾.

La terza, infine, riguarda le persone sottoccupate, come nel caso di lavoratori occasionali o stagionali: anche questa categoria di lavoratori dovrebbe essere compresi nel gruppo delle persone prive di occupazione ⁽¹⁸⁾.

Da tali stime approssimative relative al mercato del lavoro informale, nel settore agricolo e non agricolo, e dei livelli di disoccupazione esistenti, difficilmente il contesto così rappresentato sembra poter essere ricondotto alla nozione di “lavoro decente”.

Si può poi passare a considerare la situazione del mercato del lavoro formale nei settori economici diversi dall'agricoltura. Si può parlare in questo caso di “lavoro decente”?

Un punto importante da notare circa il lavoro non agricolo formale è che esso costituisce solo una proporzione molto bassa del totale dell'occupazione in Africa. L'85% delle persone nell'area sub-sahariana hanno un impiego in questo settore di cui solo il 28% nell'ambito non agricolo. Nel Nord-Africa, la percentuale è differente, solo il 15% è costituito da questi lavoratori di cui il 52% è nel settore non agricolo. La porzione della forza lavoro impiegata nel mercato del lavoro formale si restringe drasticamente al 10% della forza lavoro totale, se si include in tale cifra la percentuale dei lavoratori impegnati nel settore agricolo ⁽¹⁹⁾.

La probabilità di impiego nel settore formale dell'economia del “lavoro decente” in Africa sarebbe più alta se il contratto di lavoro fosse sottoposto ad una regolamentazione legale. Per quanto, non esista ricerca che abbia stabilito quale proporzione di lavoro formale in Africa sia regolata per mezzo del diritto del lavoro. Tuttavia, è stato effettuato uno studio circoscritto alla zona dell'Africa del Sud da Fenwick e Kalula. Essi hanno concluso che «la maggior parte del mercato del lavoro della zona dell'Africa del Sud non è effettivamente riconducibile ad una legge sul lavoro come si potrebbe presumere» ⁽²⁰⁾.

Questo si verifica perché i governi di questa regione hanno cercato di trapiantare la legge del lavoro dai Paesi industrializzati nei loro Paesi in via di sviluppo. Inoltre, si aggiunga che le Corti di molti Paesi della regione si sono confinate,

⁽¹⁶⁾ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Global employment trends 2004*, cit., 21.

⁽¹⁷⁾ STATISTICS SOUTH AFRICA, *Labour Force Survey September 2006*, Pretoria, 2007.

⁽¹⁸⁾ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Concepts of Labour Force Underutilisation*, Geneva, 1971, 50 ss.

⁽¹⁹⁾ Si deve notare che l'occupazione in agricoltura non è generalmente considerata come un impiego nell'economia formale per la larga produzione avente natura sussistenziale.

⁽²⁰⁾ C. FENWICK, E. KALULA, *Law and Labour Market Regulation in East Asia and Southern Africa: Comparative Perspectives*, Institute of Development and Labour Law, University of Cape Town, 2004.

principalmente, alla funzione discussione/risoluzione piuttosto che focalizzarsi sulle condizioni e sulla sicurezza del lavoro ⁽²¹⁾.

Ancora, nel Sudafrica, dove la maggior parte degli impieghi rientrano nel mercato del lavoro formale (81%) ed esiste un forte sistema di organizzazioni sindacali, rimane limitata l'estensione delle tutele attraverso contratti collettivi legalmente autorizzati. Solo il 20,3% della forza lavoro totale è coperta dalla contrattazione collettiva. Gli accordi sono stipulati dai *bargaining councils*, istituzioni che risalgono, in Sud Africa, al 1924 e sono i principali agenti competenti, per legge, alla negoziazione collettiva ⁽²²⁾.

In conclusione, solo una piccola porzione di lavoratori del settore formale non agricolo del continente africano può considerarsi rientrante tra il "lavoro decente".

4. L'analisi condotta in queste pagine ha mostrato che il "lavoro decente" non è verosimilmente esistente nell'economia informale e in agricoltura. Inoltre, si aggiunga che solo una piccola porzione di impiegati nel settore formale non agricolo svolgono un lavoro che si può definire "lavoro decente".

Infine, è emerso con evidenza che non solo il "lavoro decente" ma anche il pieno impiego e la prosperità rimangono degli ideali molto lontani dall'essere realizzati in Africa.

Rimane, tuttavia la consapevolezza che il "lavoro decente", il pieno impiego e l'alto livello di produttività sono ideali per cui sforzarsi in Africa.

Il "lavoro decente" e la piena occupazione in Africa: una sfida aperta – Riassunto. *L'A. svolge alcune riflessioni in merito al valore riconoscibile al c.d. "lavoro decente" e verifica la difficile "quantificazione" dello stesso nel continente africano. Ne emergono statistiche e percentuali falsate dal significato più o meno ampio attribuibile alle categorie considerate. Nonostante la difficoltà a raggiungere dati concordi e la tendenza a sottovalutare un problema che risulta molto più esteso rispetto a quanto sia rappresentato, l'A. conclude con il ribadire la necessità che si concretizzino in Africa gli ideali del lavoro decente e del pieno impiego.*

The challenger of decent work and full employment in Africa (Article in English) – Summary. *The author examines the concept of decent work and highlights the difficulty of providing quantitative data on decent work in Africa. The available statistics and percentages for the various categories are by no means reliable. In spite of the difficulty of obtaining data and the tendency to underestimate an issue that is far more wide-ranging than is generally considered to be the case, the author concludes by underlining the need to implement the objectives of decent work and full employment in Africa.*

⁽²¹⁾ *Ibidem.*

⁽²²⁾ S. GODFREY, J. MAREE, J. THERON, *Conditions of employment and small business: coverage, compliance and exemptions*, Development Policy Research Unit, University of Cape Town, 21.

Quale sicurezza sociale nei Paesi in via di sviluppo? La questione africana nel contesto globale

Silvia Foffano

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Le tutele sociali nel contesto globale. – **2.1.** Preliminari chiarimenti linguistici: le tutele sociali e il lavoro “decente”. – **2.2.** L’intervento dell’*International Labour Organization*. – **3.** Il caso africano. – **4.** Conclusioni.

1. Il nuovo millennio si è aperto con una sfida importante lanciata con una risoluzione dall’assemblea generale delle Nazioni Unite: il c.d. *Millenium Development Goals*, che ha individuato otto obiettivi rivolti a determinare un’azione orientata allo sviluppo globale ⁽¹⁾. Tra questi, assume grande rilievo la riduzione della povertà. Si tratta, invero, di un argomento dalle tante implicazioni e lungi dall’essere risolto, che genera un dibattito importante nelle istituzioni internazionali. Esso si compone di molte sfumature e gli studi per affrontare il tema pongono l’accento su prospettive e metodologie diverse. Dal punto di vista giuslavoristico emerge la necessità di un confronto con la realtà giovanile, poiché raffigura la futura generazione lavorativa. Questa strada, inoltre, può rappresentare uno strumento per sradicare la povertà, attraverso *best practices* che coinvolgano nel dibattito delle relazioni industriali categorie non considerate propriamente in esso rientranti.

In questo senso si vuole far cenno al progetto di ricerca che si sta sviluppando presso la Scuola di Alta formazione in relazioni industriali e di lavoro di Adapt e della Fondazione Marco Biagi, volto a dimostrare che la disoccupazione giovanile va contrastata mediante la trasposizione della categoria transizione scuola-

* Silvia Foffano è dottoranda di ricerca presso la Scuola internazionale di dottorato in diritto delle relazioni di lavoro di Adapt e della Fondazione Marco Biagi, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

⁽¹⁾ Gli otto obiettivi individuati sono: sradicare la povertà e la fame; garantire l’educazione primaria universale; promuovere la parità dei sessi e l’autonomia delle donne; ridurre la mortalità infantile; migliorare la salute materna; combattere l’HIV/AIDS, la malaria e le altre malattie; garantire la sostenibilità ambientale; sviluppare un partenariato globale per lo sviluppo. Cfr. www.un.org/millenniumgoals/ e le riflessioni di M. WEISS, “Lavoro decente”: prospettive di sviluppo e realizzazione nelle regioni africane, che precede in *q. Fascicolo*. Il 2007 rappresenta l’occasione per una valutazione, a metà del percorso tracciato, sugli obiettivi raggiunti in Africa; cfr., al riguardo, UNITED NATIONS, *Africa in the Millenium Development Goals*, New York, 2007, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Lavoro e globalizzazione*.

lavoro all'interno del discorso giuridico e delle relazioni industriali; unico rimedio alle differenze tra aree ricche ed aree povere di un Paese ⁽²⁾.

Alla luce del nuovo ruolo dato alla categoria della transizione scuola-lavoro possono leggersi i fenomeni, in negativo purtroppo, occorsi a Paesi come l'Africa, ove, in conseguenza alla mancanza di una progettazione globale più ampia, l'educazione e l'inserimento nel mondo del lavoro rimangono un problema molto vasto che, in vari modi, coinvolge anche la materia della sicurezza sociale.

Tornando all'obiettivo più generale della riduzione della povertà, la complessità della materia richiede necessariamente la distinzione di due diverse prospettive: la prima è strettamente legata alla crescita economica di una Nazione; la seconda riguarda le politiche rivolte alla popolazione in stato di bisogno.

Appartiene a quest'ultimo filone il tema della sicurezza sociale, oggetto della presente indagine, quale strumento di riduzione della povertà nei Paesi in via sviluppo ⁽³⁾.

Le prossime pagine si caratterizzeranno per un'analisi che prende spunto dalla campagna dell'*International Labour Organization* (Organizzazione Internazionale del Lavoro, d'ora in avanti ILO) dal nome "*decent work*", quest'ultima, nello specifico argomento in questione, ha sviluppato la *Global campaign on Social Security and coverage for all*.

La campagna "*decent work*" può essere rappresentata come un insieme di programmi rivolti all'affermazione di principi e di diritti fondamentali, nonché di standard minimi di tutela nel lavoro. Più precisamente, questa agisce per la diffusione del reddito, di opportunità di lavoro, di tutele sociali e di dialogo tra le parti nel rispetto del principio di non discriminazione tra i lavoratori e soprattutto con la sensibilità di operare coinvolgendo non solo la parte formale del mercato ma anche quella informale. Tale campagna propone azioni a livello globale e, in questo senso, ha sviluppato un'agenda finalizzata a stimolare le proprie componenti istituzionali nello smobilitare risorse per creare opportunità rivolte al perseguimento dell'obiettivo promosso ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Per un maggiore approfondimento si veda I. SENATORI, M. TIRABOSCHI, *La sfida della occupazione giovanile nel mercato globale tra produttività del lavoro e investimento in capitale umano*, che segue in *q. Fascicolo*.

⁽³⁾ Dopo essere stata per molto tempo sottovalutata, la sicurezza sociale è emersa come obiettivo a cui hanno aderito a titolo d'esempio sia l'ILO sia la Banca Mondiale, per maggiori approfondimenti cfr. B. LAUTIER, *Towards Universal social security and protection of "most vulnerable"*, in *Social protection and inclusion: experiences and policy issues*, ILO, Geneva, 2006, 77.

⁽⁴⁾ Per un maggiore approfondimento si veda J. MAREE, *Il "lavoro decente" e la piena occupazione in Africa: una sfida aperta*, che precede in *q. Fascicolo*. Tra gli altri: INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *From Pilot to decent work Country Program – Lesson from the decent work pilot program*, Geneva, 2006. Quest'ultimo testo analizza il concetto di *Decent work* con particolare riguardo ad alcuni programmi già iniziati in Bahrain, Bangladesh, Danimarca, Ghana, Kazakistan, Marocco, Panama e Filippine. I governi di questi Stati avevano indicato tra i propri obiettivi i punti del programma *Decent work*. L'analisi sviluppata riscontra che nel 2006 i progetti presenti in questi Paesi procedevano in fasi differenti, e adotta un approccio comparativo. In G. CASALE, G.J. BUCKLEY, *Social dialogue and poverty reduction strategies*, ILO, Geneva, 2006, 77 ss., in www.csm.unimore.it, indice A-Z, voce *Lavoro e globalizzazione*, gli Autori analizzano le forme di lavoro caratterizzate da violazioni dei diritti fondamentali tra le quali, ad esempio, il lavoro minorile, la prostituzione e l'impatto che la loro eliminazione può determinare nello sradicamento della povertà, così proseguono con lo studio delle modalità che possono servire a garantire il *decent work* dalle convenzioni internazionali ai codici etici aziendali. Il ragionamento si spinge ancora oltre e, ben si addice al caso africano in L. DE LUCCA, *Business and decent work in conflict*

La *Global campaign on Social Security and coverage for all* si inserisce nel quadro più ampio della prima, sarà d'ausilio alla comprensione del ruolo della *social protection* nella riduzione della povertà in Africa e delle modalità d'azione delle istituzioni internazionali.

Definita la cornice generale, si deve precisare che il testo si soffermerà *in primis* sul contesto globale, dove si inserisce il Continente africano, osservando quest'ultimo in qualità di componente della complessa realtà globale. Successivamente, sarà esaminata la situazione interna di questo Paese dove le parti coinvolte nella estensione delle tutele sociali assumono caratteri variegati poiché non si identificano in quelle tipiche dei Paesi industrializzati. Infatti, oltre alla componente tripartita e tipica delle relazioni industriali, in materia intervengono anche soggetti terzi quali: Organizzazioni Non Governative e le più famose organizzazioni internazionali⁽⁵⁾.

Il contesto sociale in cui queste ultime operano e il loro stesso coinvolgimento può far sembrare il tema non propriamente rientrante nell'ambito giuslavoristico, classificandolo di competenza del diritto umanitario⁽⁶⁾. Analizzare e approfondire quest'ultimo argomento risulta ai nostri fini marginale e difficile da risolvere in poche righe visto che richiederebbe dei chiarimenti sia sul contesto geografico sia terminologico. Nonostante ciò, si vuole precisare che, per chi scrive, l'uno non esclude l'altro in una necessaria compenetrazione di interventi che iniziano durante l'aiuto umanitario di breve termine per proseguire con attività che devono tornare nella competenza propria della materia d'origine nel lungo termine, in tal modo garantendo la ricostruzione di un tessuto sociale in precedenza devastato da guerre o dalla povertà.

2. Se questi sono gli argomenti, si deve sottolineare la necessità che l'analisi proceda con ordine iniziando con alcuni approfondimenti linguistici. Ciò si rende necessario per raggiungere risultati unitari nei fini ed evitare qualsiasi fraintendimento concettuale.

zones, ILO, Geneva, 2003. L'autrice studia il *Decent work* come strumento di *peace building* e di prevenzione dei conflitti bellici. Il lavoro è rappresentato quale mezzo che interrompe la spirale delle tensioni sociali determinanti i conflitti. Sul tema africano, INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The Decent Work Agenda in Poverty Reduction Strategy Papers: recent developments*, Geneva, 2007, e INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The decent work agenda in Africa: 2007-2015. Eleventh African Regional Meeting, Addis Ababa, April 2007: report of the Director-General*, Geneva, 2007.

⁽⁵⁾ A titolo esemplificativo si cita l'organizzazione SEWU (*Self Employed Women's Union*), la più famosa in ambito di mercato di lavoro informale. Si tratta di una Organizzazione Non Governativa a difesa delle lavoratrici e che si pone a tutti gli effetti in modo affine ad un sindacato. Si deve sottolineare che la realtà africana è complicata con una particolare frammentazione dei soggetti agenti, cfr. F. SCHIPHORST, *Defending vulnerable workers in South Africa, which role for Trade Union, NGO & State?*, Institute of Social Studies, The Hague, 2008, in www.csm.unimore.it, indice A-Z, voce *Africa*.

⁽⁶⁾ Considerando il concetto di emergenza complessa si determina un'interpretazione estensiva della nozione di diritto umanitario. Secondo questa lettura, la crisi umanitaria coinvolgente un Paese, una regione o una società dove vi sia una notevole o considerevole crisi di legittimità dell'autorità in conseguenza di un conflitto interno o esterno, richiedendo una risposta internazionale che vada oltre il mandato o la capacità di una singola agenzia o di un programma delle Nazioni Unite, sul punto ISAC SECRETARIAT, *Working paper on the Definition of complex emergencies*, dicembre 1994, e M. KALDOR, *Le nuove guerre*, Carocci, Roma, 1999, 122, secondo la quale le emergenze complesse spesso si caratterizzano per una combinazione di fattori poiché coinvolgono questioni di tipo politico, umano, emigratorio, disagio, fame e affondano le loro radici in cause molto profonde.

2.1. Cosa intende l'ILO quando si riferisce alla c.d. *social protection*? Con detta espressione si intendono tutte le misure di sostegno al reddito per quei soggetti che versano in condizione di povertà, di disoccupazione, di malattia, di disabilità, di anzianità, di morte del capofamiglia; esse, inoltre, favoriscono l'accesso a servizi sociali essenziali quali ad esempio la salute e la formazione.

Da un lato, al fine di comprendere la rilevanza della materia, si deve far cenno al valore di "diritti umani" ⁽⁷⁾ riconosciuto alle tutele sociali, così come ha specificato l'*International Labour Conference* del 2001. Allo stesso modo si legge in numerose norme, quali gli articoli 22 e 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948, l'articolo 29 del Patto Internazionale sui Diritti economici, Sociali e Culturali del 1976 e la Dichiarazione di Filadelfia del 1944 ⁽⁸⁾.

Negli anni il profilo giuridico delle norme in materia di diritti universali è stato surclassato da quello programmatico. Trasponendo l'operazione nell'ambito del diritto del lavoro ne consegue che si riconoscono importanti valori sovra-ordinati rispetto alla libertà degli scambi che dovrebbero – ma sono privi degli strumenti per farlo – porre dei limiti alla operatività di questa, contemperando le esigenze di datori di lavoro e lavoratori.

Dall'altro lato è necessario analizzare l'azione dell'ILO in questo settore. Essa si caratterizza per il passaggio da normative relative a specifiche prestazioni e per grandi settori d'attività economica, ad un sistema generale. Quest'ultimo a partire dal secondo dopoguerra, mira ad assicurare un livello minimo di trattamento per tutta la popolazione.

La convenzione base in materia è la n. 102 del 1952, che ha introdotto norme minime di sicurezza sociale ed ha rappresentato il punto di riferimento anche per altre norme internazionali ⁽⁹⁾. Tale convenzione ha considerato nove principali settori della "sicurezza sociale". Per ciascuno ha definito un campo minimo di applicazione della protezione ed un livello della prestazione oltre a prevedere disposizioni comuni per ciascuno di essi.

Al quadro normativo delle convenzioni si devono aggiungere le definizioni contenute nei documenti guida pubblicati dalla stessa organizzazione. Con il termine sicurezza sociale ⁽¹⁰⁾ si comprende l'insieme degli indirizzi volti a prevenire nonché porre rimedio al verificarsi dei c.d. rischi sociali.

⁽⁷⁾ I diritti fondamentali si liberano non solo del vincolo della sovranità popolare, ma pure da quello della sovranità nazionale. Definiscono così una dimensione fisica e un principio di legittimazione. Cfr. S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, 49.

⁽⁸⁾ Per approfondimenti, tra gli altri INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Social Security for all: investing in global social and economic development*, ILO Discussion Paper, 2006, n. 16, 5.

⁽⁹⁾ Per completezza si cita la convenzione n. 118 del 1962. Essa stabilisce che gli Stati abbiano l'obbligo di accordare ai cittadini di altre parti contraenti l'uguaglianza di trattamento legislativo con i propri cittadini, cfr. M. LAI, voce *Lavoro nel diritto internazionale pubblico*, in *DDPCom*, 1992, vol. VIII, 380.

⁽¹⁰⁾ Nei testi guida dell'ILO si procede con ulteriori distinzioni, quali: *social safety net* (rete di sicurezza), si tratta di misure pubbliche volte a dare sostegno finanziario e sociale di base alle persone, la loro fonte si trova nelle contribuzioni per la sicurezza sociale, con questo termine si spazia dall'assicurazione in caso di disoccupazione, alle misure in caso di vecchiaia alle tutele per le persone deboli; *self-help organization*, associazioni che condividono alcuni elementi in comune, quali proposte economiche e sociali e sono dirette dalle stesse persone che traggono beneficio dalla loro attività (per esempio includono cooperative di ogni tipo, unioni creditizie, gruppi di donne, gruppi informali). Tra gli altri: INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Generic crisis response modules, Recovery and Reconstruction Department*,

Data tale definizione, possono individuarsi due differenti modalità di realizzazione. La prima è l'assicurazione sociale (*social insurance*), fondata su un sistema di contributi di base strettamente legati al rapporto di lavoro. A questa si riconosce lo scopo di sostituire il reddito per quelle persone che ne abbiano bisogno al determinarsi di specifiche situazioni (a titolo d'esempio nel caso di pensione per vecchiaia, tutela per il verificarsi di malattie o infortuni). La seconda, l'assistenza sociale (*social assistance*) è intesa come supporto volto a diminuire la povertà. Quest'ultima non è strettamente legata al rapporto di lavoro e le viene riconosciuto un valore meramente assistenziale, non di tipo previdenziale.

Premesso quanto detto, nei Paesi in via di sviluppo, come l'Africa, si rileva l'insufficienza del legame tra il mercato del lavoro e la sicurezza sociale⁽¹¹⁾. Il motivo pare abbastanza evidente: in questi Paesi il mercato informale rappresenta una parte consistente dell'economia e del mercato del lavoro. Ciò determina la mancanza del legame tra i contributi che possono garantire uno Stato di welfare e il diffondersi di un sistema di assicurazione sociale. Nei Paesi in questione, la crescita demografica è molto elevata e questa porzione di mercato apre nuove possibilità alla crescente forza lavoro. Pertanto, la nozione di welfare che prevalentemente si sviluppa è legata al significato di assistenza sociale (*social assistance*) e non di assicurazione sociale (*social insurance*). Diverso sarebbe se si considerasse la sicurezza sociale completamente svincolata dalla qualità del lavoro svolto e si tutelasse anche il settore informale⁽¹²⁾.

Nel gennaio del 1993 la quindicesima *International Conference of Labour Statisticians*⁽¹³⁾ ha provveduto a dare una definizione, internazionalmente riconosciuta, di *informal sector*. All'uopo la conferenza ha preso in considerazione le caratteristiche delle imprese nelle quali le attività lavorative si svolgono e le qualità specifiche delle persone coinvolte in tali lavori. Queste ultime comprendono tutte le persone che lavorano nell'impresa o nell'unità produttiva rientrante nell'*informal sector* senza alcuna tutela nel loro *status* di lavoratori, sia che si tratti di attività lavorativa principale, sia secondaria. Per quanto riguarda le caratteristiche che devono ricorrere nell'impresa, innanzitutto, si deve precisare che con tale termine si prende in considerazione anche l'attività svolta da un'unica persona con il suo stesso lavoro e quindi senza la necessità di un'organizzazione di mezzi o di persone. Fondamentali sono i criteri, individuati in tre punti: la mancata iscrizione nel registro delle imprese (questo criterio deve necessariamente essere messo in

Geneva, 2002, e INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Crisis Response, rapid needs assessment manual, Recovery and Reconstruction Department*, Geneva, 2002.

⁽¹¹⁾ Inoltre, si aggiunga che la capacità d'intervento finanziario dei vari Stati è stata ridotta dalla crisi del debito, dal crollo dei prezzi delle materie prime, dalla scarsità delle entrate fiscali, dalla cattiva gestione e dalle politiche di *austerity* propugnate dalle grandi istituzioni finanziarie internazionali. Le infrastrutture sanitarie si sono molto degradate, intaccando gravemente la fiducia che le popolazioni potevano riporre nella validità del servizio pubblico. S. BOYER, C. DELESVAUX, J.-P. FOIRRY, C. PRIEUR, *Le risque maladie dans les assurances sociales: bilan et perspectives dans les P.V.D.*, Direction générale de la coopération Internationale et du développement, Ministère des Affaires étrangères, settembre 2001, 37 ss.

⁽¹²⁾ Sul punto, le riflessioni di M. WEISS, *op. cit.*

⁽¹³⁾ Cfr. *Resolution concerning status of employment in the informal sector*, adottata dalla *Fifteenth International Conference of Labour Statisticians*, gennaio 1993, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Lavoro e globalizzazione*.

rapporto alle legislazioni nazionali di ciascun Paese); minima forza lavoro impiegata e assenza di qualsiasi contratto di lavoro e di minima tutela⁽¹⁴⁾.

Premessa la definizione, deve sottolinearsi che la locuzione “*informal sector*”, seppure indichi un “settore”, ingloba tipologie di lavoro ben diverse tra loro (dall’ambulante al lavoro in famiglia), ragion per cui, difficilmente può trovarsi una soluzione legislativa comune⁽¹⁵⁾.

Pertanto, le tutele sociali diventano un problema complicato che rischia di portare all’esclusione dalle garanzie quella parte della popolazione non rientrante nel mercato del lavoro (sia nel caso di inoccupati, sia di lavoratori del settore informale) e di radicare nella società forme di assistenzialismo che potrebbero degenerare in inerzia all’attività lavorativa.

Da qui emerge l’importanza dell’azione di un soggetto sovranazionale che si occupi di standard minimi di lavoro e a cui fare riferimento per la *quaestio* delle tutele sociali.

2.2. L’intervento dell’ILO⁽¹⁶⁾, nel tema affrontato, ha avuto il merito di dare rilievo all’importanza di affermare e concretizzare, soprattutto nei Paesi in via di sviluppo, protezioni sociali rivolte a tutti⁽¹⁷⁾.

Nel 2001 la Conferenza Internazionale del Lavoro ha proposto all’ILO di sviluppare la *Global campaign on Social Security and a coverage for all*, attraverso la quale si proponeva la diminuzione della povertà nel mondo e dell’esclusione sociale⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. R. HUSSMANN, F. MEHRAN, *Statistical definition of the informal sector – International standards and national practices*, ILO, Geneva, 2004, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Lavoro e globalizzazione*. Sull’argomento, tra gli altri, P.E. BANGASSER, *The ILO and the informal sector: an institutional history*, ILO, Geneva, 2000, l’Autore analizza l’evoluzione dell’approccio dell’ILO rispetto al settore informale, con l’intenzione di imparare dal passato guardando al futuro.

⁽¹⁵⁾ Nonostante la definizione comunemente condivisa ed elaborata a livello internazionale le modalità con cui si sviluppa in ciascuna Nazione sono differenti l’una dall’altra soprattutto per ciò che riguarda l’attività in proprio e non nelle imprese. Per questo l’ILO ha realizzato, per lo più, statistiche relative ai lavoratori impiegati in modo informale nelle imprese. Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Decent work and the informal economy, sixth item on the agenda. International Labour Conference, 90th Session, Geneva, 2002, 7 e 14.*

⁽¹⁶⁾ L’ILO non è l’unico soggetto che tenta di aumentare la sensibilità nei confronti delle tutele sociali. Si può menzionare, inoltre, il programma delle Nazioni Unite *Global Compact*, un patto che vuole responsabilizzare socialmente le aziende che vi aderiscono. Tale programma, tuttavia, ha un limite intrinseco: riflette una prospettiva “paternalistica”, perché ne sono promotrici le stesse multinazionali, senza interpellare e coinvolgimento della parte lavoratrice (nonostante il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, il programma si rivolge all’impresa quale *dominus* e principale attore). Per questo il programma può interpretarsi – senza sottovalutare i suoi obiettivi positivi – come uno strumento che ribadisce i rapporti di forza all’interno dell’impresa. Cfr. www.unglobalcompact.org.

⁽¹⁷⁾ Il ruolo citato è importante di fronte al diritto internazionale commerciale che si sta sviluppando esternamente all’ONU, con il rischio di mettere in discussione una serie di regole fondative del diritto internazionale sui diritti umani, del lavoro e ambientali. Cfr. E. SCISO, *L’OMC 1995-2005*, Luiss University Press, Roma, 2006, 161. L’adozione di un nucleo minimo di *international fair labour standards* appare funzionale ai processi di integrazione del sistema economico mondiale, ed in particolare allo sviluppo delle relazioni commerciali tra gli Stati, che caratterizza una costante dell’economia mondiale, ed in particolare allo sviluppo delle relazioni commerciali tra gli Stati. V.A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999, 13.

⁽¹⁸⁾ Cfr. www.ilo.org/public/english/standards/reln/ilc/ilc90/index.htm e INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Social Security: new consensus*, Geneva, 2001.

Tale campagna si è focalizzata nell'estensione delle tutele sociali; nell'aumento delle capacità dei soggetti attori in materia e nel porre l'argomento tra le priorità dell'Agenda internazionale. Nonostante il protagonismo dei Governi delle associazioni di imprenditori e lavoratori, si presentano altri soggetti che inevitabilmente devono essere coinvolti a supporto dei primi, quali: le Nazioni Unite, le istituzioni finanziarie internazionali, l'Associazione Internazionale della Sicurezza Sociale, le istituzioni nazionali e la società civile.

In particolare, dal punto di vista pratico, le attività si sono concentrate nello sviluppo di conoscenze, nella cooperazione tecnica, nella creazione di gruppi di pressione per la sensibilizzazione e, infine, nella valutazione e monitoraggio di quanto svolto. L'approccio teorico e pratico è, per lo più, sperimentale e basato sull'analisi dei modelli già esistenti nell'esperienza comparata e sulla valutazione delle riscontrabili "mancanze" nelle singole esperienze caratterizzate da strutture meno sviluppate.

Il *Social Security Department* dell'ILO (competente in materia di tutele sociali e di più programmi riguardanti questo settore) è il soggetto responsabile di tale campagna. Esso promuove modelli di sicurezza sociale che risultino sostenibili ed amministrabili in modo efficiente nelle realtà a cui si rivolgono. Per questo sono stati attivati specifici programmi, di cui si dirà oltre, che si pongono in stretta connessione con le necessità territoriali a cui si indirizzano.

Secondo le stime dell'ILO, meno del 2% del PIL globale potrebbe essere sufficiente a garantire tutele di base per il mondo povero e il 6% basterebbe per dare accesso alla sicurezza sociale a tutti coloro che, ancora oggi, ne sono esclusi⁽¹⁹⁾. Nei Paesi in via di sviluppo il dibattito per risolvere il presente problema si focalizza sulle modalità e sulle tipologie d'investimento. In definitiva, si potrebbe sostenere che la soluzione al disagio e al miglioramento della situazione dei Paesi summenzionati potrebbe raggiungersi finanziando ambiti dove la crescita economica, potenzialmente, potrebbe essere maggiore. Ciò, per innescare un meccanismo virtuoso dal quale, nel lungo termine, il sistema di welfare trarrebbe vantaggio: a tal proposito potrebbe citarsi un testo del premio nobel Amartya Sen, secondo cui «lo sviluppo è libertà»⁽²⁰⁾.

L'ILO ha agito attivando strategie differenti in ciascuna Nazione, ne sono un esempio Paesi come il Mali, lo Sri Lanka e l'Honduras⁽²¹⁾, ove ha promosso l'estensione della sicurezza sociale attraverso il dialogo sociale. Diversamente, nei cinque Paesi africani di lingua portoghese quali l'Angola, Capo Verde, Guinea, Mozambico e São Tomé e Príncipe ha cercato di aumentare il numero dei lavoratori con specifiche tutele sociali e allo stesso tempo di creare un sistema di

⁽¹⁹⁾ Per un confronto tra i costi in termini umani e produttivi delle tutele sociali rispetto a quelli da sopportare in loro mancanza, cfr. A. BONILLA GARCIA, J.V. GRUAT, *Social protection, a life cycle continuum investment*, ILO, Geneva, 2003, 15 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. A. SEN, *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

⁽²¹⁾ Attraverso il *Programma STEP (Strategies Tools to fight social Exclusion and Poverty)*, attivato in quaranta Stati, l'ILO si è avvicinata ai Paesi in via di sviluppo adottando due comportamenti interdipendenti: l'estensione della protezione per le persone che sono inserite nel mercato del lavoro informale e nel settore rurale, la promozione di approcci di integrazione per combattere l'esclusione sociale a livello locale. Per entrare nel merito degli interventi svolti cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Global Campaign on Social Security and Coverage for All: Detail of Key ILO activities*, in www.ilo.org/public/english/protection/socsec/pol/campagne/files/agenda.htm.

tutele per le persone prive di stipendio ovvero di capacità contributiva ⁽²²⁾. In particolare con questo progetto si è introdotta una nuova strategia, volta a potenziare l'attivazione di micro-assicurazioni contro le malattie.

Il programma dell'ILO, inoltre, si è consolidato in altri sei Stati: Senegal, Burkina Faso, Benin, Repubblica Democratica del Congo, Ruanda e Marocco.

In questi Paesi l'ILO ha agito in tre direzioni: la prima volta a rafforzare il sistema assicurativo e renderne la gestione maggiormente professionale; la seconda tesa a coinvolgere le istituzioni nelle strutture assicurative al fine di garantire la presenza di queste anche al settore informale; infine, dare maggiori poteri rappresentativi alle organizzazioni di imprenditori e di lavoratori attraverso il supporto tecnico dell'Organizzazione Internazionale.

Questa è l'azione dell'ILO, per lo più focalizzata sui Paesi in via di sviluppo, dove emerge in modo evidente la difficoltà ad affermare la materia in oggetto.

Ora, si vuole fare una breve digressione riguardante l'Unione Europea. Nonostante la sua composizione con Paesi più o meno industrializzati, si confronta ancora con il problema delle tutele sociali in rapporto allo sviluppo economico. L'attuale dibattito lanciato dal Libro Verde e riguardante la c.d. *flexicurity* ⁽²³⁾, sotto un certo punto di vista, può essere considerato emblematico dell'importanza di questo argomento. Il documento intitolato *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo* ⁽²⁴⁾ si proponeva di sollecitare il dibattito pubblico sulle modalità di evoluzione del diritto del lavoro per consentire e contribuire alla crescita economica europea. Si trattava di quattordici questioni sottoposte agli Stati membri e alle parti sociali per poter sviluppare valutazioni anche di tipo comparativo sul ruolo dell'Unione Europea in materia di diritto del lavoro ⁽²⁵⁾.

Esso, inoltre, si focalizza sulla possibilità di riconoscere, di fronte all'incalzante flessibilità che viene richiesta durante la vita lavorativa di una persona, garanzie che possono essere date solo da un forte sistema statale di tutele previdenziali e "assistenziali". Pertanto, quest'ultimo evidenzia la centralità dell'argomento della

⁽²²⁾ In C.U. RODRIGUES, C.M. LOPES, J.F. FELICIANO, *Social protection and the informal economy: the experiences and challenges of Portuguese speaking countries*, in *Social protection and inclusion: Experiences and policy issues*, cit., 161, emerge che il contesto dei Paesi citati è caratterizzato da una veloce urbanizzazione che non ha considerato la necessità di creare posti di lavoro con il conseguente fiorire del settore informale. A ciò si aggiunga una sfiducia nelle Istituzioni e nello Stato che rende ancora più faticosa l'attività di formalizzazione dei lavori informali.

⁽²³⁾ Per approfondire l'argomento si ricorda la documentazione disponibile in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Flexicurity e Libro Verde*, nonché i commenti pubblicati in *q. Rivista*, 2007, n. 4, 951 ss., e ancora, tra gli altri, S. LEONARDI, *Sul libro verde modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, in *RGL*, 2007, 145 ss.; M.G. GAROFALO, *Post-moderno e diritto del lavoro, osservazioni sul libro verde Modernizzare il diritto del lavoro*, in *RGL*, 2007, 134 ss.; B. CARUSO, *Flexibility in labour law: the italian case*, in B. CARUSO, M. FUCHS (a cura di), *Labour law and flexibility in Europe, the case of Germany and Italy*, Giuffrè, Milano, 2004, 11 ss.; M. LAI, *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, 167 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM(2006)708 def., in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Flexicurity e Libro Verde*.

⁽²⁵⁾ A fronte di Stati caratterizzati da diversità in ambito di mercato di lavoro e di relazioni industriali, il Libro Verde proponeva l'obiettivo non più dell'armonizzazione normativa ma della convergenza su alcuni traguardi comuni, cfr. E. GHERA, in *q. Rivista*, 2007, n. 4, 1006 ss. Si ricorda, inoltre, la restante documentazione pubblicata in *q. Rivista*, 2007, n. 4, 951 ss.

sicurezza sociale non solo nei Paesi in cui il welfare non esiste ma anche in quelli industrializzati.

Lo stesso G8 ha ribadito ⁽²⁶⁾ la necessità di far emergere la dimensione umana della globalizzazione, attraverso una crescita economica che risulti sostenibile con l'operato di Governi che promuovano il dialogo tra le unioni di imprenditori e le rappresentanze dei lavoratori. Esattamente, solo sviluppando un approccio partecipativo e collaborativo che responsabilizzi reciprocamente le parti del sistema produttivo si rende possibile la traduzione dei profitti economici in crescita delle condizioni di vita. Ciò perché il lavoratore soddisfatto del proprio lavoro, delle condizioni e delle tutele che gli vengono offerte sarà maggiormente partecipe all'attività produttiva aziendale. Trascurare questa prospettiva significherebbe incrementare i sintomi del disagio sociale.

3. Affrontare il caso africano significa confrontarsi con un modello ed un contesto sociale, economico e politico distante da quello che conosciamo nei Paesi economicamente forti. Questo il motivo per cui le soluzioni che si propongono per migliorare la situazione di questo continente vanno oltre ciò che si possa immaginare per qualsiasi Stato industrializzato. Allo stesso modo non si può considerare sufficiente l'applicazione analogica delle strategie adottate in questi ultimi. Invero, nonostante i movimenti di riforma e di liberalizzazione politica che negli ultimi anni hanno caratterizzato numerosi Paesi sub-sahariani, permangono molte situazioni complicate. Queste ultime si distinguono per la presenza di conflitti bellici ed elezioni apparentemente democratiche poiché sono pochi i Paesi che, a tutti gli effetti, hanno compiuto progressi verso un'effettiva democratizzazione ⁽²⁷⁾.

In una prospettiva completamente estranea a quella conosciuta nei Paesi sviluppati deve evidenziarsi maggiormente la tolleranza verso il settore informale che non è sottoposto ad alcuna sanzione. La *ratio*, facilmente comprensibile, si deve alla necessaria sopravvivenza a cui sono costrette molte persone. In Africa eliminare il lavoro che in altre zone sarebbe definito irregolare o sommerso significherebbe la morte per molti ⁽²⁸⁾.

Si può, tra l'altro, individuare una stretta interdipendenza tra la povertà e il settore informale. Di fatto, le attività svolte in quest'ambito non richiedono ingenti capitali iniziali, implicano un investimento minore nelle infrastrutture, nella professionalità e si adattano in particolar modo alle famiglie povere e di migranti. È importante riflettere sull'importanza che si può riconoscere a questo settore poiché crea un ponte tra i migranti con le nuove realtà urbane e fornisce fondamentali risorse alle famiglie povere.

⁽²⁶⁾ Cfr. G8 LABOUR MINISTERS MEETING, *Towards globalization for the people: The role for of social protection in shaping a fair globalization*, ILO Background Note to the Intervention of G8 Labour and Employment Ministers Conference, *Shaping the Social Dimensions of Globalisation*, Dresden (Germania), 6-8 maggio 2007.

⁽²⁷⁾ Cfr. G. CARBONE, *L'Africa, gli stati, la politica, i conflitti*, Il Mulino, Bologna, 2005, 169 ss.

⁽²⁸⁾ Essere poveri significa non potersi permettere d'essere disoccupati e in questo caso qualsiasi lavoro è migliore del "non lavoro". Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Decent work and the informal economy, sixth item on the agenda. International Labour Conference*, cit., 35.

Nonostante ciò, si rileva che non permette il concretizzarsi della protezione sociale così come intesa nei sistemi industrializzati. A beneficiarne sono soltanto i lavoratori dipendenti e i funzionari che rappresentano in media il 10% della popolazione attiva nei vari Paesi (²⁹). Ben diverse sono le statistiche del lavoro informale. In Africa sub-sahariana, secondo il rapporto *Global employment trends* del gennaio 2008, il 70% della popolazione ha un lavoro vulnerabile (a titolo d'esempio vi rientrano i coadiuvanti familiari non pagati, quindi chi ha un lavoro estremamente precario ed è escluso da qualsiasi forma di tutela) e proporzionalmente all'aumentare della precarietà del lavoro crescono i rischi di infortunio.

Le categorie sensibili e che richiederebbero maggiori tutele in Africa sono: le donne, i malati (per lo più di HIV/AIDS), i giovani e i bambini. Si vuole far brevemente cenno a ciascuna di esse per comprendere, ancora meglio, la complessità della materia nel Continente in questione.

Il pericolo maggiore riguarda il genere femminile, in quanto principale soggetto sottoposto ai rischi del lavoro informale. Il 34,7% delle donne lavora in posizioni del tipo descritto in precedenza contro il 18,4% degli uomini (³⁰). Sono proprio loro ad essere impegnate in lavori in agricoltura, di cura della famiglia, attività che non rientrano nella categoria del "lavoro formale" e perciò escluse dalle tutele sociali (³¹). Si aggiunga che esse, tra l'altro, sono prive di tutela – qualora rientrino tra chi le possa avere – anche in conseguenza ai frequenti periodi di astensione dal lavoro dovuti alla maternità.

I giovani oltre che i bambini, sono un'altra categoria di persone nei cui confronti devono porsi particolari attenzioni, questi sono coinvolti come attori nei contesti di conflitto armato (³²), e vi è il precoce inserimento nel mondo del lavoro (per lo più informale) senza avere un'adeguata educazione di base, per non aggiungere la più complessa formazione professionale (³³).

(²⁹) Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Conclusion of the 11th African Regional Meeting*, Addis Ababa, 2007, 5, in www.csm.unimore.it, indice A-Z, voce Africa.

(³⁰) Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Global Employment Trends 2008*, Geneva, 2008. Per ulteriori dettagli, M. OLIVIER, *Social security in developing countries: conceptual and southern african perspectives*, Relazione relativa al seminario tenuto durante il VI^o International Conference in Commemoration of Prof. Marco Biagi, Modena 17-19 marzo 2008, le stime presentate per quanto riguarda il settore informale indicavano una percentuale globale pari al 36% per i Paesi in via di sviluppo (aumentata rispetto al 28% del 1990), ed in particolare nell'Africa sub-sahariana il valore è pari del 39% (rispetto al 30% del 1990). I dati che confermano una generale crescita anche per i Paesi industrializzati, visto che anch'essi sono passati dal 10% del 1990 all'attuale 13%.

(³¹) In INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Global Employment Trends 2008*, cit., le donne impegnate nel 2007 in agricoltura nell'Africa sub-sahariana erano il 44,4%, nell'industria solo il 25,5% e nei servizi il 43,4%.

(³²) Tra i motivi che portano i minori ad essere coinvolti nel mercato del lavoro e nelle guerre vi è l'abbandono dovuto all'impegno lavorativo dei genitori ed in particolare delle madri. Infatti, se le famiglie non sono adeguatamente seguite nell'inserimento nel mercato del lavoro, si possono determinare conseguenze negative sui minori, cfr. UNICEF, *La condizione dell'infanzia nel mondo 2007*, in <http://www.unicef.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/2880>.

(³³) Nei Paesi africani la disoccupazione giovanile è strettamente legata alla situazione di povertà. Si riscontra una realtà alquanto contraddittoria poiché al basso livello della domanda di lavoro coesiste la più alta partecipazione giovanile al mondo del lavoro. Ciò può verificarsi per la partecipazione, per lo più, al settore lavorativo informale. Sulla situazione giovanile e sull'inserimento nel mercato del lavoro di questi, con particolare riferimento alla fase della transizione scuola/lavoro, si vedano le riflessioni di M. TIRABOSCHI, I. SENATORI, *op. cit.*

Un altro problema dell’Africa a cui si può solo far cenno è quello dell’HIV/AIDS che viene ad influire determinando la diminuzione delle aspettative della vita⁽³⁴⁾. Come può immaginarsi ciò comporta pesanti conseguenze anche nel settore delle risorse umane, poiché determina morti premature con un impatto sociale ed economico rilevante. Attualmente, la lotta contro questa malattia sta facendo progressi ma si è ben distanti dal poter considerare questo un problema del passato. Di fronte ad una tale situazione, ministri, rappresentanti dei Governi, quelli delle imprese e dei lavoratori, durante l’11th African Regional Meeting⁽³⁵⁾, hanno discusso sul ruolo della sicurezza sociale. La conclusione a cui sono giunti impegna tutti gli Stati africani ad adottare, nei prossimi anni, strategie nazionali rivolte all’estensione di tutele di base riguardanti la salute, la maternità, l’aiuto ai bambini in età scolastica, i disabili e le persone in età pensionabile.

Vista la realtà qui rappresentata, si deve concepire un concetto “nuovo” di protezione sociale che venga davvero a dare un supporto di base adeguato a ciascuno. In questi Paesi è evidente la necessità di andare oltre a rigidi schemi predefiniti in altre realtà. Con ciò non si intende sostenere la rinuncia alla diffusione di standard minimi di lavoro. Si vuole, invece, dare la possibilità di ottenere una sicurezza sociale a ciascuno ampliando l’attuale definizione di “contribuente” e di “lavoratore” individuata sia nei contesti nazionali, sia in quelli internazionali. Questa operazione si rende necessaria vista la diffusione nel continente africano (ma non solo) del lavoro informale che, in quanto tale, non permette alle persone di essere inserite nei sistemi di tutela statale⁽³⁶⁾.

Oltre a questo, l’attuale sistema non prende in considerazione le misure che nascono su iniziativa privata e non rientrano negli schemi governativi. Mentre i ceti urbani agiati fanno ricorso all’assicurazione privata, i poveri con minor possibilità di garantirsi attraverso forme di prevenzione spendono soltanto quando il bisogno si fa pressante. In questi casi essi fanno ricorso alla solidarietà tradizionale (la cosiddetta assicurazione comunitaria): risparmio, doni, mutuo soccorso familiare. Tuttavia, i sistemi “tradizionali” di tutela sociale offerti al livello delle comunità si trovano in gravi difficoltà di fronte alla “modernizzazione” delle economie (urbanizzazione, mobilità geografica, individualismo crescente), alla crescita demografica e al persistere di crisi economiche e politiche (abbassamento del tenore di vita e insicurezza).

Così, intervengono, per marginare la criticità della situazione, i Governi e le organizzazioni internazionali. Queste ultime in particolare hanno un’importante ruolo di sostegno.

Nello specifico il ruolo dell’ILO non si limita ad essere quello di voce emanante raccomandazioni e convenzioni, poiché essa agisce attivamente, anche, come

⁽³⁴⁾ Cfr. J. ARBACHE, D.S. GO, J. PAGE, *Is Africa’s Economy at a Turning Point?*, The World Bank – Africa Region, Policy Research Working Paper, February 2008, n. 4519, 41, in www.csm.unimore.it, indice A-Z, voce *Africa*.

⁽³⁵⁾ Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Conclusion of the 11th African Regional Meeting*, cit.

⁽³⁶⁾ La complessità dei problemi coinvolgenti l’Africa sono stati affrontati a Città del Capo dal 26 al 28 marzo 2008 da rappresentanti del mondo accademico internazionale, membri dei sindacati, delle associazioni datoriali e delle istituzioni pubbliche provenienti dal Sudafrica e da altri Paesi del continente. Cfr. O. RYMKEVICH, *Realizzare il lavoro decente in Africa. Sintesi del V congresso regionale africano dell’Associazione Internazionale di Relazioni Industriali*, in *Dossier Adapt*, 24 aprile 2008, n. 4, 20.

supporto per incoraggiare il cambiamento. Il suo intervento è primariamente di assistenza al fine di creare le condizioni necessarie per un reale cambiamento.

Interessante il modello seguito in alcuni Paesi africani in cui si sono intersecati due specifici programmi di quest'organizzazione, il *Programma STEP (Strategies Tools to fight social Exclusion and Poverty)* ⁽³⁷⁾ ed il *Programma LED (Local Economic Development)* ⁽³⁸⁾. L'obiettivo di questa unione si pone in coerenza con i propositi del *Millenium Development Goals* e in questo senso vuole «promote innovative approaches to integrate social protection to economic development, in order to reduce poverty and social exclusion in the world» ⁽³⁹⁾. La realizzazione dello sviluppo locale e dello sviluppo economico è il punto di partenza per la creazione di migliori opportunità di lavoro per le persone (donne e uomini) povere. Pertanto, l'obiettivo della protezione sociale riguarda l'aumento della sicurezza attraverso la gestione, il controllo e la prevenzione dei rischi ⁽⁴⁰⁾. A titolo d'esempio si possono ricordare, in tal senso, i provvedimenti ILO per la scolarizzazione infantile.

Coloro che beneficiano dell'assistenza sociale influenzano necessariamente la offerta di lavoro e il rapporto tra *benefit* e offerta di lavoro costituisce la chiave di lettura delle riforme del welfare nei Paesi sviluppati. Nei modelli standard, il tempo libero è considerato come una conquista, per cui all'aumento del reddito corrisponde, da un lato, l'aumento del tempo libero e, dall'altro, la maggiore richiesta di servizi. Senza un modello di questo tipo il rischio è, invece, che l'aumento della circolazione di denaro diminuisca l'offerta di lavoro tra i beneficiari.

I programmi ILO in ambito di educazione si inseriscono, in senso lato, nella logica appena descritta. La possibilità di frequentare la scuola è associata a costi diretti e indiretti che molte famiglie povere non possono sostenere; per molti, quindi, l'alternativa migliore all'educazione è inserire i bambini nel mondo del lavoro con una diretta contribuzione al reddito familiare. Per questo motivo nascono programmi di sussidio all'educazione per permettere alle famiglie d'avere il denaro sufficiente a sopportare i costi diretti e indiretti dell'educazione dei figli. Non sempre però aiuti di questo tipo corrispondono ad una reale diminuzione del lavoro infantile. Alcuni casi hanno dimostrato che possono ottenersi risvolti positivi anche obbligando alla presenza ad attività pomeridiane, limitando così il tempo che il minore avrebbe per lavorare. Questi stessi programmi possono rive-

⁽³⁷⁾ Si rimanda alla nota 21.

⁽³⁸⁾ Si tratta di un programma che promuove piani di crescita economica focalizzati in modo circoscritto e coinvolgenti le strutture locali. Attraverso di esso si mira ad istaurare un rapporto di maggior fiducia tra investitori, lavoratori ed imprenditori, ed ha come obiettivo finale quello di favorire la crescita economica e il suo consolidamento attraverso la politica partecipativa. Cfr. A. LAZARTE HOYLE, *Local economic development in post conflict situations*, in *Job after War*, ILO, Geneva, 2003, 193.

⁽³⁹⁾ Cfr. F. LUND, *Integrating local economic development and social protection: experiences from South Africa*, ILO, Geneva, 2008, 1.

⁽⁴⁰⁾ In questo senso si vedano anche gli studi relativi all'*early warning* inteso come raccolta sistematica e analisi di informazioni provenienti dalle aree di crisi, allo scopo di prevenire ed anticipare l'*escalation* violenta di un conflitto. Da analisi di questo tipo emerge il legame tra la povertà e i conflitti armati, per questo si possono ritenere particolarmente importanti le azioni volte a prevenire il degenerare della situazione. Tra gli altri, M.L. MANISCALCO, *La prevenzione dei conflitti: il sistema di Early Warning*, in G. AUBRY (a cura di), *Sociologia dei processi di pace*, Roma, 2006-2007, 121 ss.

larsi positivi per gli adulti, poiché togliere dal mercato i minori significa, anche, aprire loro nuovi spazi di lavoro.

Sottolineando l'estrema importanza degli interventi condotti dall'ILO, è, infine, importante chiedersi se tale attività, così come quella delle altre organizzazioni internazionali, possa bastare a sanare la situazione nei Paesi in via di sviluppo. Deve, invero, considerarsi il limite intrinseco della sua azione ossia la mancanza di un potere forte che sostenga le sue campagne. Nonostante l'inerzia degli Stati membri che rendono deboli tanti sforzi si vuole continuare a credere che sia possibile arrivare al riconoscimento di pari dignità e di pari tutele per tutti i cittadini e lavoratori del globo, attribuendo un volto maggiormente umano alla globalizzazione.

4. La presente analisi ha voluto enfatizzare l'importanza delle tutele sociali nell'attuale contesto geo-politico che si caratterizza per i nuovi parametri economici e i nuovi punti di riferimento legislativi dovuti ad un'imperante globalizzazione che sempre più determina il tramonto degli Stati-Nazione. Tale situazione ha determinato l'introduzione di un contesto più complesso, nel quale sono in gioco interessi tra loro diversi e – talvolta – contrapposti. Conseguentemente, il dibattito della dottrina ⁽⁴¹⁾ si è focalizzato non solo sul tramonto dei confini nazionali e sull'apertura delle frontiere ma anche sull'ellittica e sincronica polarizzazione della realtà normativa ed organizzativa tra il contesto regionale e quello sopranazionale.

Molti hanno sostenuto che debbono considerarsi obsolete le teorie legate alla presenza di più economie locali, in quanto esse sono state sostituite da un'unica grande "economia" su scala globale che impone la condivisione di problematiche e politiche ⁽⁴²⁾. Parallelamente, agli Stati-Nazione – con poteri evidentemente insufficienti – si sono affiancati soggetti "sovranazionali" come, ad esempio, il *World Trade Organization* e la Banca Mondiale. Lo sfumarsi dei confini nazionali ha determinato, quindi, la necessità di porre l'attenzione su due diversi piani: quello internazionale e quello locale. Quest'ultimo richiede che l'individuo torni a riappropriarsi del proprio territorio, condividendo gli obiettivi generali. In tale prospettiva emerge la necessità di politiche economiche e fiscali di dimensione sempre più federale e regionale. Dunque, diventa cruciale lo sviluppo di misure minime a tutela delle persone più deboli coinvolgendo entrambe le dimensioni ora enfatizzate (locale e globale).

Nel compiere ciò, riassumendo, si individuano diverse strategie che in Africa risultano utili per la diffusione delle tutele sociali. In primo luogo, si dovrebbe partire dal tentativo di ridurre i metodi di "auto-assicurazione" e quelli informali. L'auto-assicurazione, infatti, porta a contrarre debiti, cercare contributi da familiari e amici; inoltre, difficilmente con essa è possibile coprire le spese necessarie in caso di malattia. Quando l'auto-assicurazione non basta a queste persone

⁽⁴¹⁾ Tra gli altri L. MARIUCCI, *I diritti del lavoro tra localismi e sovranità*, in S. SCARPONI (a cura di), *op. cit.*, 76.

⁽⁴²⁾ Si può notare l'attuale tendenza all'affermarsi di mercati sempre più liberi e deregolati. Tra questi, se pur con forti resistenze, vi rientra anche il mercato del lavoro. Cfr. G. ZILIO GRANDI, *Lavoro, cittadinanza, immigrati*, in L. ZAGATO (a cura di), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, Cafoscarina, Venezia, 2007, 109 ss., e M.G. GAROFALO, *op. cit.*, M. TIRABOSCHI, I. SENATORI, *op. cit.*

non rimane che vendere beni, richiedere altri prestiti, togliere i figli dalla scuola, o ricorrere a chi fa prestiti ad interessi esorbitanti. Ne consegue il verificarsi di condizioni che determinano l'aggravarsi della situazione di povertà. Per risolvere il problema, alcuni Paesi hanno adottato l'accesso libero alle strutture sanitarie, ma sono pochi gli Stati in grado di sopportare una tale spesa. Perciò, come visto, il sistema più diffuso rimane quello dell'assicurazione legale che, però, si ricorda essere limitata al settore formale. Ne consegue un quesito riguardante le modalità per arrivare anche ai lavoratori inseriti in un mercato di lavoro diverso. In particolare si fa riferimento a quello caratterizzato dalla bassa produttività e l'irrisorio guadagno e che, per questo motivo, ha una maggiore incidenza sul livello della povertà del Paese⁽⁴³⁾. Come si è già scritto, si potrebbe introdurre l'estensione della protezione sociale. Questo si verificherebbe facilmente per tutti i lavoratori impiegati nell'industria in modo occasionale o stagionale, ma non avrebbe conseguenze positive negli altri casi; altra strada è cercare di rendere il settore formale legale attraverso l'ufficiale registrazione di queste imprese; oppure può subentrare il coinvolgimento delle imprese multinazionali. Queste ultime sono sempre più spinte ad adottare "codici etici" per rendere migliori le condizioni di lavoro, di fronte a clienti dei Paesi industrializzati che nei loro acquisti controllano l'etica di produzione, rifiutando di comperare prodotti fatti in privazioni di tutele lavorative.

Infine, altra soluzione è l'assicurazione collettiva, basata su un fondo comune di un gruppo che condivide alcune caratteristiche (ad esempio i cittadini di un Paese, i membri di un'associazione): ne consegue che tutti i membri partecipano al controllo e alla gestione.

Per i soggetti in situazione di estrema povertà rimane la libertà di accesso ai programmi sociali e ciò di frequente avviene attraverso il supporto anche delle Organizzazioni Non Governative.

Questi i programmi attivati e le strategie che sono state introdotte per risolvere il problema del settore informale. Nonostante tutto, rimane un dubbio: in Africa, questo ambito di mercato nasce ed è strettamente legato alle situazioni di povertà perché richiede bassi investimenti e nessuna imposizione fiscale. Imporre che questo ambito diventi legale sottoponendosi alle norme statali, si dimostra difficile e ne sono esempio i Paesi industrializzati che ancora si confrontano con il c.d. mercato nero: come estendere quindi le tutele sociali al di fuori di programmi di sostegno attivati dall'ILO, attraverso il dialogo sociale di ciascuna Nazione? Quale può essere il metodo corretto per affrontare il problema degli standard minimi di sicurezza sociale?

In molti Paesi la previdenza è aiuto umanitario e d'emergenza, ben lontana dal *welfare state* dei Paesi industrializzati. Come si può capire, i contesti sono molti e le generalizzazioni difficili. Ad ogni modo può individuarsi un unico denominatore comune: mentre la battaglia per affermare gli standard di lavoro individua come controparte all'interesse dei lavoratori, nel sistema tripartito, le imprese,

⁽⁴³⁾ Nell'Africa sub-sahariana la povertà è molto elevata, nel 2004 non meno del 45-56% delle persone impiegate professionalmente guadagnavano meno di 1 dollaro al giorno e non erano in grado di provvedere ai propri bisogni primari. Sulle necessità non solo di "lavoro decente" ma anche di pieno lavoro e prosperità per una condizione migliore in Africa, cfr. J. MAREE, *op. cit.*

nel caso delle tutele sociali la controparte è lo Stato e le sue istituzioni. E qui nascono le difficoltà, poiché il soggetto in questione, anche se interessato, può non essere pronto o non disporre della struttura istituzionale adeguata per provvedere alle tutele sociali.

In conclusione, probabilmente l'assenza di lungimiranza e la mancanza di interessi economici evidenti – poiché la loro incidenza sulla produttività è ancora sottovalutata – pongono in un secondo piano la sicurezza sociale, riservandole il ruolo di miraggio per molti, nonostante i notevoli sforzi delle istituzioni internazionali.

Quale sicurezza sociale nei Paesi in via di sviluppo? La questione africana nel contesto globale – Riassunto. *L'A. affronta il tema della riduzione della povertà (quale obiettivo del Millennium Development Goals) attraverso le politiche di sicurezza sociale. Dopo aver approfondito la nozione di social protection, secondo le sue differenti accezioni, volge lo sguardo alla specifica azione dell'ILO concretizzata tramite la Global campaign on Social Security and coverage for all. Dal generale al particolare, l'A. passa ad affrontare la situazione africana, un Paese complesso, lacerato da lotte armate che lo rendono il simbolo della lotta alla povertà.*

What forms of social security for developing countries? The African question in a global context (Article in Italian) – Summary. *The author examines the issue of the fight against poverty as the key objective of the Millennium Development Goals by means of social security policies. After considering the concept of "social protection" in its various forms, the author examines the actions of the ILO in the Global Campaign for Social Security, and the issue of social security for all. From the general scenario to the particular case, the author examines the situation of Africa, a complex continent ravaged by civil conflict that makes it the symbol of the global struggle against poverty.*

La sfida della occupazione giovanile nel mercato globale tra produttività del lavoro e investimento in capitale umano

Iacopo Senatori, Michele Tiraboschi

Sommario: **1.** Posizione del problema: ripensare il tema della occupazione giovanile nella prospettiva del mercato globale. – **2.** Gli indicatori sulla occupazione giovanile nell'esame comparato: la questione del "lavoro decente" e produttivo. – **3.** L'approccio giuslavoristico tradizionale e i suoi limiti nel rispondere alle sfide della occupazione giovanile nel mercato globale. – **4.** Una diversa prospettiva giuridico-istituzionale e di relazioni industriali: il gioco di anticipo e la transizione scuola-lavoro in una rinnovata e moderna concezione del sistema di istruzione e formazione professionale. – **5.** Brevi conclusioni: i risvolti teorici della applicazione del concetto di transizione scuola-lavoro nell'ambito degli sviluppi futuri della scienza lavoristica e degli studi di relazioni industriali.

1. Il tema dell'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro presenta, nell'ambito di una riflessione comparata, profili di elevata complessità che, da tempo, sono noti e dibattuti almeno tra gli addetti ai lavori ⁽¹⁾. Consapevole di questa circostanza, che non ha sin qui consentito di formulare in ambito scientifico e dottrinale proposte operative convincenti, anche solo in chiave sperimentale, la riflessione sviluppata nel presente studio intende prendere le mosse da taluni aspetti solo apparentemente contraddittori – se non proprio paradossali ⁽²⁾ – delle problematiche legate alla occupazione giovanile. Aspetti ancora poco o nulla approfonditi, almeno in un contesto internazionale e nella prospettiva del mercato globale, e che bene riflettono tuttavia, parallelamente ai diversi stadi dello svi-

* Iacopo Senatori è ricercatore senior presso la Fondazione Marco Biagi dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Michele Tiraboschi è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Il testo riproduce, con adattamenti, il contributo presentato dagli Autori al V Congresso regionale africano dell'Associazione Internazionale di Relazioni Industriali (IIRA), svoltosi a Città del Capo (Sudafrica) dal 26 al 28 marzo 2008. Il saggio è frutto di una riflessione comune tra gli Autori. Tuttavia, a Michele Tiraboschi sono attribuibili in particolare i §§ 1, 4 e 5; a Iacopo Senatori i §§ 2 e 3.

⁽¹⁾ Cfr., recentemente, G. QUINTINI, S. MARTIN, *Starting Well or Losing their Way? The Position of Youth in the Labour Market in OECD Countries*, OECD Social, Employment and Migration Working Paper, 2006, n. 39. Il documento è consultabile in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*.

⁽²⁾ O addirittura "profondamente ironici", secondo quanto affermato dall'ILO in INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Youth Employment: From a National Challenge to a Global Development Goal – Background paper* predisposto in occasione della Conferenza dei Ministri del lavoro del G8 tenutasi a Londra il 10 e l'11 marzo 2005. Il documento è consultabile in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*.

luppo economico e sociale ⁽³⁾, il grado di evoluzione del diritto del lavoro e delle relazioni industriali nei singoli Paesi oggetto della nostra indagine.

Le economie più avanzate registrano, nel complesso, un progressivo innalzamento della età di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro che solleva invero non pochi problemi di carattere economico e sociale rispetto al contestuale fenomeno dell'invecchiamento della popolazione. L'elevata scolarizzazione e il benessere raggiunto determinano poi, in talune circostanze, anche preoccupanti fenomeni di disoccupazione intellettuale nonché, per il mondo delle imprese, crescenti problemi di reperimento di manodopera per lavori non necessariamente di bassa o limitata professionalità, che non vengono più accettati dalla popolazione giovanile autoctona. E lo stesso vale per la conduzione di molte piccole e micro-imprese e per numerose attività artigianali gestite direttamente dalla manodopera immigrata, che si è assunta l'onere di apprendere e tramandare produzioni, arti e mestieri che hanno fatto la storia di molte nazioni e che ora sono in via di estinzione. Le economie e le società dei Paesi in via di sviluppo registrano per contro, e in termini come detto solo apparentemente contraddittori o paradossali, fenomeni del tutto opposti, propri delle fasi che hanno contrassegnato, sin dall'avvio della Rivoluzione industriale, la nascita del moderno diritto del lavoro. Fenomeni legati a un massiccio e spesso brutale sfruttamento della forza-lavoro giovanile e minorile ⁽⁴⁾ che, a causa degli elevatissimi livelli di disoccupazione e sottooccupazione e in termini via via sempre più rilevanti, risulta coinvolta in imponenti flussi migratori verso le aree geografiche più sviluppate ⁽⁵⁾ – contraddistinte da carenza di manodopera, bassa natalità e invecchiamento della popolazione – con i correlati rischi di un irrimediabile depauperamento del capitale umano nei Paesi di origine ⁽⁶⁾.

Il tema della occupazione giovanile è così diventato una vera e propria emergenza nazionale che, come tale, si colloca in cima all'agenda dei decisori politici e degli attori sindacali in tutte le regioni del mondo, incluse quelle economicamente più sviluppate ⁽⁷⁾.

Significativi, a questo proposito, sono gli sviluppi registrati nell'area dei Paesi appartenenti all'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD). Qui, nonostante le coorti dei giovani siano oggi più ridotte, in termini quantitativi, e maggiormente scolarizzate e formate rispetto al recente passato, si registra non-

⁽³⁾ Almeno a partire dalla Rivoluzione industriale, cfr. M. LANSKY, *Child Labour. How the Challenge is Being met*, in *International Labour Review*, 1997, vol. 136, n. 2, qui 233.

⁽⁴⁾ Il fenomeno del lavoro minorile è invero presente, seppure in forme alquanto diverse e certamente più contenute in termini quantitativi, anche nei Paesi più industrializzati. Ciò si verifica, ovviamente, attraverso schemi contrattuali e prassi che si pongono al di fuori della legalità e, dunque, nella economia sommersa. Cfr. IRES, SAVE THE CHILDREN, *Minori al lavoro. Il caso dei minori migranti*, Ediesse, Roma, 2008.

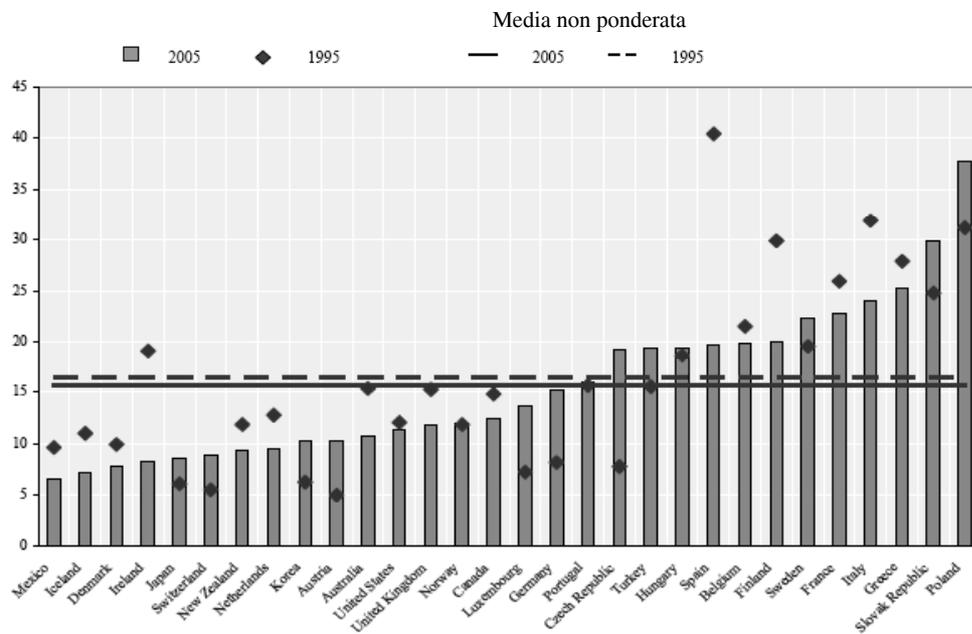
⁽⁵⁾ Per una valutazione complessiva cfr. UNITED NATIONS – DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, *World Youth Report 2007*, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*.

⁽⁶⁾ Il tema della "fuga dei cervelli" è stato affrontato a livello internazionale, da ultimo, in F. DOCQUIER, *Brain Drain and Inequality Across Nation*, IZA Discussion Papers, 2006, n. 2440, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Lavoro e globalizzazione*.

⁽⁷⁾ Si veda, per una approfondita disamina della questione, ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *Employment Outlook 2002. A Better Start for Youths?*, Paris, 2002, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*.

dimeno una crescente e diffusa preoccupazione riguardo le loro prospettive occupazionali, come testimoniato dal non certo incoraggiante andamento dei principali e più immediati – anche se forse non più pienamente appropriati ⁽⁸⁾ – indicatori del mercato del lavoro e, segnatamente, dai tassi di disoccupazione (Figura 1) e di disoccupazione di lungo periodo (Figura 2) relativi ai giovani. Ma, più ancora, è il tema del cosiddetto precariato, e cioè della natura temporanea e della bassa qualità dei rapporti di lavoro offerti alle più giovani generazioni ⁽⁹⁾, che sta fortemente caratterizzando il dibattito interno a molte nazioni.

Figura 1 – Tassi di disoccupazione giovanile (età 15-24 anni) in un numero selezionato di Paesi OECD (periodo 1995-2005).

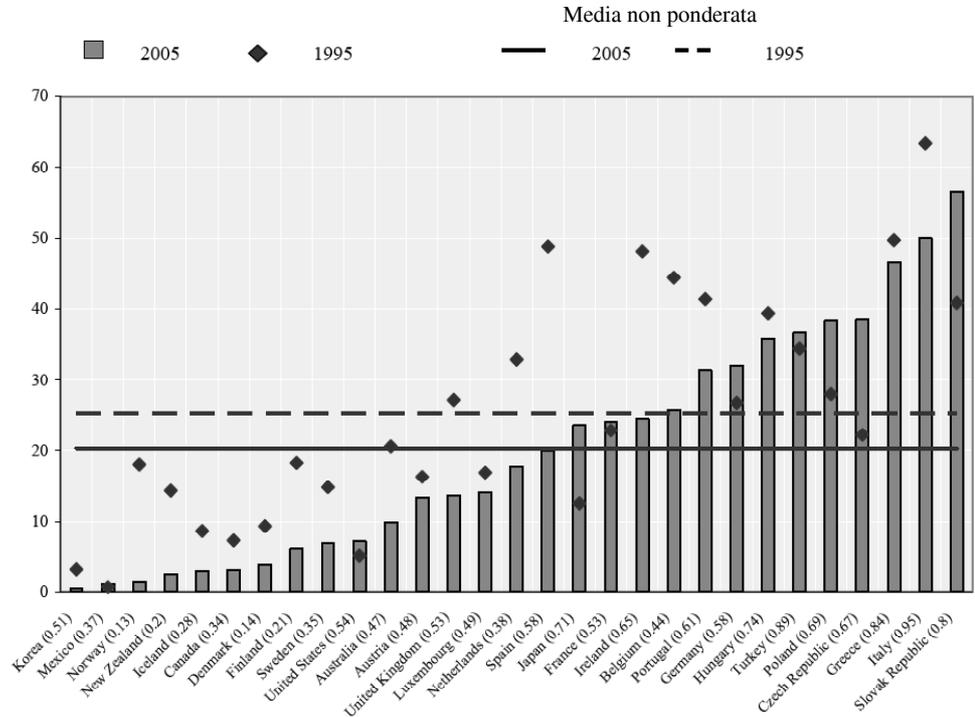


Fonte: OECD, banca dati statistica sulla forza-lavoro.

⁽⁸⁾ Cfr. ad esempio O. MARCHAND, *Youth Unemployment in OECD Countries. How Can the Disparities Be Explained?*, in ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (a cura di), *Preparing Youth for the 21st Century. The Transition from Education to the Labour Market*, Paris, 1999, 89, in cui si afferma che «the unemployment rate becomes less and less appropriate for describing their situation as the length of time they spent in school increases and the average age at which they start working increases». Il documento è consultabile in www.csm.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*. Analogamente cfr. A. REES, *An Essay on Youth Joblessness*, in *Journal of Economic Literature*, 1996, 613, in cui si propone il ricorso alla categoria dell'inattività, piuttosto che a quella della disoccupazione, quale indicatore primario dei problemi dell'occupazione giovanile.

⁽⁹⁾ Per una definizione del concetto secondo le discipline economiche cfr. A.L. BOOTH, M. FRANCESCO NI, J. FRANK, *Temporary Jobs: Stepping Stones Or Dead Ends?*, in *The Economic Journal*, 2002, vol. 112, 189. In una prospettiva sociologica cfr. A.L. KALLEBERG, *Nonstandard Employment Relations: Part-Time, Temporary and Contract Work*, in *Annual Review of Sociology*, 2000, vol. 26, 341.

Figura 2 – Incidenza della disoccupazione giovanile di lungo periodo in rapporto alla disoccupazione giovanile complessiva (età 15-24 anni).

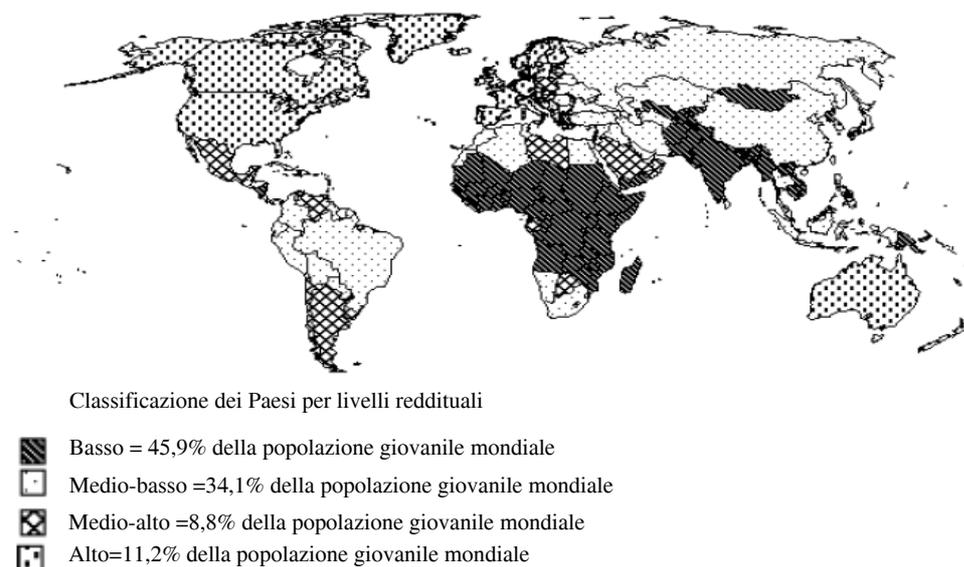


a) I valori tra parentesi rappresentano la proporzione di incidenza della disoccupazione giovanile di lungo periodo (persone di età compresa tra 15 e 24 anni) in rapporto a quella degli adulti (età compresa tra 25 e 54 anni), rilevata nell'anno 2005.
 b) 2004 per Islanda e Svezia.

Fonte: OECD, banca dati statistica sulla forza-lavoro.

Del tutto diversa è la rappresentazione del problema dell'occupazione giovanile in altre regioni del mondo, e segnatamente nell'Africa sub-sahariana e in Asia meridionale, dove elevatissimi tassi di povertà e basso reddito si accompagnano ad una fortissima concentrazione della popolazione giovanile, pari a circa l'80 per cento dell'ammontare complessivo su scala mondiale (Figura 3).

Figura 3 – Distribuzione della popolazione giovanile per aree geografiche.



Fonte: Banca Mondiale, ripartizione delle aree geografiche per fasce di reddito.

Nei Paesi africani in particolare, e come ben noto ⁽¹⁰⁾, la disoccupazione giovanile è strettamente intrecciata con gli elevati tassi di povertà, che si riflettono nel fenomeno apparentemente contraddittorio di una bassa domanda abbinata ad una quota di partecipazione giovanile alla forza-lavoro che si colloca al primo posto al mondo per quantità, e che tuttavia inesorabilmente confluisce in un elevato numero di casi nell'economia informale con gravissimi effetti di scoraggiamento, sotto-occupazione, carenza di educazione, formazione e competenze professionali. Eppure, nonostante il declino del tasso di fertilità e gli effetti devastanti del virus dell'HIV/AIDS, l'Africa conosce la più rapida crescita della popolazione nel mondo, che rimane infatti largamente giovanile. Nel 2005, circa il 62 per cento della popolazione aveva una età inferiore ai 25 anni, con proiezioni del 60 per cento circa per il 2015 (Tavola 1 e 2).

Una così marcata crescita demografica, e della forza-lavoro giovanile e minorile in particolare, rappresenta una sfida complessa e alquanto problematica per le nazioni africane; ciò almeno nella misura in cui questa crescita non sia accompagnata (cosa allo stato altamente improbabile) da uno sviluppo altrettanto sostenuto dell'economia e, con essa, delle opportunità di occupazione regolare e di qualità nel mercato del lavoro formale.

⁽¹⁰⁾ Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Regional Labour Market Trends for Youth: Africa*, ILO Youth Employment Programme, September 2006. Il documento è consultabile in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*.

Tavola 1 – Africa: popolazione complessiva, popolazione giovanile e forza-lavoro giovanile (anni 1995, 2005, 2015).

| | 1995 | 2005 | 2015 |
|---|---------|---------|-----------|
| Popolazione complessiva | 722.588 | 905.850 | 1.115.265 |
| Popolazione inferiore ai 25 anni (.000) | 458.953 | 564.138 | 666.935 |
| Popolazione inferiore ai 25 anni come quota della popolazione complessiva (%) | 63,5 | 62,3 | 59,8 |
| Popolazione giovanile ('000) | 142'.12 | 188.581 | 224.973 |
| Popolazione giovanile come quota della popolazione complessiva (%) | 19,7 | 20,8 | 20,2 |
| Forza-lavoro giovanile | 87.858 | 112.164 | 134.654 |
| Popolazione giovanile come quota della forza-lavoro complessiva (%) | 31,1 | 30,8 | 28,9 |

Fonte: ILO, banca dati della popolazione economicamente attiva (<http://laborsta.ilo.org>).

Tavola 2 – Indicatori sul mercato del lavoro giovanile in Africa (anni 1995 e 2005).

| | 1995 | | | 2005 | | |
|---|--------|--------|---------|--------|--------|---------|
| | Totale | Maschi | Femmine | Totale | Maschi | Femmine |
| Disoccupazione giovanile (.000) | 17.098 | 10.259 | 6.839 | 21.865 | 13.156 | 8.709 |
| Africa sub-sahariana | 13.074 | 7.684 | 5.390 | 17.536 | 10.512 | 7.024 |
| Africa settentrionale | 4.023 | 2.575 | 1.448 | 4.329 | 2.644 | 1.685 |
| Tasso di disoccupazione giovanile (%) | 19,5 | 20,1 | 18,6 | 19,5 | 20,1 | 18,7 |
| Africa sub-sahariana | 17,4 | 18,3 | 16,3 | 18,0 | 19,1 | 16,6 |
| Africa settentrionale | 31,8 | 28,3 | 40,5 | 29,5 | 25,4 | 39,6 |
| Rapporto tra tasso di disoccupazione giovanile e tasso di disoccupazione degli adulti | 3,2 | 3,4 | 2,9 | 3,0 | 3,3 | 2,7 |
| Africa sub-sahariana | 3,3 | 3,6 | 3,0 | 3,0 | 3,3 | 2,8 |
| Africa settentrionale | 3,3 | 3,5 | 2,8 | 3,5 | 3,7 | 2,9 |
| Disoccupazione giovanile come quota della disoccupazione complessiva (%) | 59,3 | 59,8 | 58,5 | 57,4 | 58,3 | 56,2 |
| Africa sub-sahariana | 61,1 | 62,3 | 59,6 | 59,5 | 60,8 | 57,7 |
| Africa settentrionale | 54,0 | 53,4 | 55,0 | 50,3 | 50,1 | 50,7 |
| Occupazione giovanile (.000) | 70.655 | 40.777 | 29.879 | 90.157 | 52.325 | 37.832 |
| Africa sub-sahariana | 62.013 | 34.264 | 27.749 | 79.813 | 44.552 | 35.261 |
| Africa settentrionale | 8.642 | 6.513 | 2.130 | 10.344 | 7.773 | 2.570 |
| Rapporto tra occupazione giovanile e popolazione giovanile | 49,6 | 57,0 | 42,2 | 47,9 | 55,1 | 40,5 |
| Africa sub-sahariana | 56,4 | 62,3 | 50,5 | 53,8 | 59,7 | 47,8 |
| Africa settentrionale | 26,7 | 39,6 | 13,4 | 25,8 | 38,3 | 13,0 |
| Inattività giovanile – valore assoluto (.000) | 54.572 | 20.441 | 34.131 | 76.294 | 29.413 | 46.881 |
| Africa sub-sahariana | 34.891 | 13.064 | 21.827 | 50.933 | 19.518 | 31.415 |
| Africa settentrionale | 19.681 | 7.377 | 12.304 | 25.361 | 9.894 | 15.466 |
| Tasso di inattività giovanile (%) | 38,3 | 28,6 | 48,2 | 40,5 | 31,0 | 50,2 |
| Africa sub-sahariana | 31,7 | 23,7 | 39,7 | 34,3 | 26,2 | 42,6 |
| Africa settentrionale | 60,8 | 44,8 | 77,5 | 63,3 | 48,7 | 78,4 |

Fonte: ILO, *Regional Labour Market Trends for Youth: Africa*.

Per contro, Paesi come quelli dell'estremo oriente ⁽¹¹⁾, al centro di un processo di rapidissima accelerazione dell'economia, che ha prodotto conseguenze positive su indicatori di benessere come quelli relativi al livello generale di istruzione, devono oggi affrontare problemi, quali il persistente divario di sviluppo le aree urbane e quelle rurali e il *mismatch* tra le professionalità formate e la domanda emergente dal mercato, che comportano una complessiva sottoutilizzazione del capitale umano della quale risentono in primo luogo le generazioni più giovani.

La dimensione planetaria del problema, in uno con la irreversibile interdipendenza ormai istituita tra le economie del mondo globalizzato – che si manifesta, nel caso di specie, con i flussi di giovani che lasciano i luoghi di origine alla ricerca (spesso senza esito) di migliori condizioni occupazionali o formative all'estero, nell'ambito di quella che è stata efficacemente definita la “battaglia dei cervelli” ⁽¹²⁾ – ha portato gli analisti ad interrogarsi sulla possibilità di porre in essere azioni di contrasto coordinate su scala transnazionale. Significative, in questo senso, sono le iniziative realizzate in seno a istituzioni internazionali quali la *International Labour Organization* (ILO), le Nazioni Unite e la Banca Mondiale. Esse, muovendo da una prospettiva di semplice analisi e studio comparato, si sono progressivamente concentrate sulla predisposizione di strumenti di impulso e coordinamento per la realizzazione di politiche occupazionali rivolte ai giovani. Si tratta di iniziative, quali lo *Youth Employment Programme* dell'ILO, operanti attraverso una modalità *soft* già sperimentata, con risultati invero non sempre incoraggianti, nell'ambito della Strategia per l'Occupazione adottata dall'Unione Europea a partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso ⁽¹³⁾.

Tuttavia, proprio l'esperienza comunitaria, unitamente alle sollecitazioni a cui l'economia globale sottopone gli ordinamenti nazionali, chiamano a riconoscere i limiti di una metodologia di intervento che conservi intatta in capo ai singoli Stati nazionali, pur se sotto una (più o meno stringente) regia unitaria, la responsabilità della funzione regolativa senza con ciò mettere in discussione i canoni tradizionali di questa funzione. In proposito, è utile rilevare come l'attenzione degli studiosi e delle istituzioni che si occupano delle ricadute normative della internazionalizzazione economica si stia ormai spostando da una sfera esterna alla sovranità statale (i condizionamenti “leggeri” esercitati da istituzioni transnazionali) ad una interna, che investe le istituzioni, gli attori del sistema di relazioni industriali e, infine, la natura stessa degli strumenti di regolazione, suggerendo l'ipotesi che l'efficacia delle politiche del lavoro di fronte ai problemi posti dalla globalizzazione passi da una revisione profonda delle tecniche normative e degli stessi principi fondamentali della scienza giuridica.

Privati delle fondamentali connessioni con i temi della produttività del lavoro, dell'investimento in capitale umano e del raccordo tra sistema formativo ed educativo e mercato del lavoro, la scienza giuridica e in molti casi anche gli studi di

⁽¹¹⁾ Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *op. cit.*; UNITED NATIONS – ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA, *The Economic Report on Africa 2005 – Meeting the Challenge of Unemployment and Poverty*, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce Africa.

⁽¹²⁾ Cfr. R. BLANPAIN, *The End of Labour Law?*, in R. BLANPAIN, M. TIRABOSCHI (a cura di), *The Global Labour Market. From Globalization to Flexicurity*, Kluwer Law International, The Hague, 2008, 3.

⁽¹³⁾ Cfr. i contributi raccolti nel recente numero monografico di *IJCLIR*, 2007, n. 4.

relazioni industriali non sono sin qui riusciti a contribuire con il proprio apparato concettuale – formalistico e, il più delle volte, autoreferenziale – all’opera delle istituzioni e degli attori sociali (internazionali e talvolta anche nazionali) che sono impegnati su scala globale nella implementazione di un progetto organico di intervento, coerente e coordinato con i dati e gli indicatori approntati dalla scienza economica, sul tema del miglioramento della condizione occupazionale dei giovani. Di qui una pleora di strumenti internazionali – si pensi al divieto di lavoro minorile ⁽¹⁴⁾, alle forme di incentivazione del lavoro decente e produttivo ⁽¹⁵⁾, al tema della qualificazione dei rapporti di lavoro, costretto nell’alternativa tra la valorizzazione degli elementi formali e l’attenzione su fattori sostanziali come la dipendenza economica ⁽¹⁶⁾ – tanto importanti sul piano dei principi quanto largamente ineffettivi sul piano dei processi normativi reali, e ciò sia nei Paesi più avanzati (perché caratterizzati da più elevati *standard* di tutela) sia nei Paesi in via di sviluppo o sottosviluppati (in ragione della forza brutale dei fatti e di vincoli economici oggettivi) ⁽¹⁷⁾.

Eppure, considerate nella prospettiva del mercato globale, quelle che sono peculiari e apparentemente irrisolvibili problematiche dei singoli Stati nazionali possono rappresentare, in una prospettiva integrata e valutata in una ottica interdisciplinare, una grande opportunità di sviluppo e crescita in un gioco che, se ben governato, non è certo a somma zero.

Un terreno di prova per gli argomenti qui sostenuti può essere tratto dal problema delle migrazioni internazionali. Come giustamente osservato, seppure in modo incidentale, dalla stessa ILO, il flusso di giovani lavoratori diretti verso le economie più sviluppate è portatore di un numero di benefici sia per i Paesi di provenienza che per le nazioni ospitanti ⁽¹⁸⁾.

Pur intuendo la possibilità di tradurre, attraverso una alleanza globale, questi aspetti contraddittori in possibili soluzioni ai problemi dei singoli Stati nazionali,

⁽¹⁴⁾ Cfr. convenzione ILO C182, *Worst Forms of Child Labour*, 1999, e le altre convenzioni in tema di lavoro minorile elencate in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*.

⁽¹⁵⁾ Cfr. i molteplici riferimenti al concetto di “*full, productive and freely chosen employment*” inclusi nelle seguenti raccomandazioni dell’ILO: R122, *Employment Policy*, 1964; R169, *Employment Policy (Supplementary Provisions)*, 1984; R195, *Human Resources Development*, 2004.

⁽¹⁶⁾ Cfr. il Libro Verde della Commissione Europea *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM(2006)708 def., in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Flexicurity e Libro Verde*, che si interroga sulla persistente rilevanza di tale distinzione. Per una rassegna del dibattito sviluppatosi attraverso tutta l’Europa sulla materia cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Risultati della consultazione pubblica sul Libro Verde della Commissione “Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”*, COM(2007)627 def., e la restante documentazione disponibile in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Flexicurity e Libro Verde*, nonché i commenti pubblicati in *q. Rivista*, 2007, n. 4, 951 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. anche *infra*, § 3.

⁽¹⁸⁾ Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Youth Employment. From a National Challenge to a Global Development Goal*, cit., spec. 8. In particolare, secondo l’ILO, «*as regards the former, there is evidence that migrants have only slight negative effects on the wages of nationals, and tend to pay more taxes than they receive in tax-supported services. Conversely, little evidence exists that migration leads to a displacement of nationals in employment. Given the current demographic change, young immigrants are also likely to become part of the solution to the employment and welfare problems raised by aging in developed economies. Young migrants can also be a source of funding for development in their countries of origin. Their remittances help cover family expenses and investment for job creation. When they return, they bring back human, financial and social capital, thereby contributing to the development of their home countries*».

l'ILO ha tuttavia sin qui posto maggiore enfasi sull'altro lato, quello certamente maggiormente negativo e più insidioso, della medaglia. Giustamente l'ILO ricorda, tra le altre cose, che i giovani residenti nei Paesi in via di sviluppo costituiscono una vasta quota della forza-lavoro istruita e formata costretta, per guadagnarsi da vivere, a migrare verso le aree più sviluppate del mondo, con l'effetto di privare i Paesi di provenienza del loro investimento in capitale umano. Alcuni studi hanno dimostrato, per esempio, che nell'arco di cinque anni, dal 1985 al 1990, ben sessantamila professionisti (medici, ingegneri, docenti universitari) hanno lasciato l'Africa per cercare lavoro altrove⁽¹⁹⁾. E, d'altro canto, sono molti gli africani, specialmente giovani e di genere femminile, che espatriano per andare a svolgere lavori domestici o di cura, esponendosi al rischio di sfruttamento e abuso inclusa, nei casi estremi, la prostituzione e la riduzione in schiavitù⁽²⁰⁾.

Nel presente saggio, che raccoglie e sintetizza le prime provvisorie conclusioni di un più ampio progetto di ricerca in corso di svolgimento presso la Scuola di Alta formazione in Relazioni industriali e di lavoro di Adapt e della Fondazione Marco Biagi, si vuole offrire una nuova prospettiva per la valutazione su scala globale del problema della occupazione giovanile, quale possibile base di discussione per una revisione delle strategie delle istituzioni presenti sul mercato del lavoro e, segnatamente, degli attori del sistema di relazioni industriali. A nostro avviso infatti, e come cercheremo di dimostrare in questo lavoro, i principali limiti della impostazione "tradizionale" derivano da una considerazione per così dire statica dei movimenti del mercato del lavoro su scala globale, là dove un gioco d'anticipo, inteso come rivisitazione complessiva ad opera delle istituzioni e delle parti sociali delle fasi di transizione e di raccordo tra scuola e mondo del lavoro, potrebbe contribuire in modo dinamico a creare migliori e più sostenibili equilibri.

L'obiettivo è quello di individuare una chiave di lettura che consenta di affrontare in modo unitario il tema della occupazione giovanile, muovendo dalle sue interrelazioni con i profili della produttività del lavoro e dell'investimento nel capitale umano. Si ritiene che tale chiave interpretativa possa essere rappresentata dal concetto di transizione scuola-lavoro, relegato finora ad un ruolo marginale nel dibattito delle relazioni industriali e del diritto del lavoro in particolare. Il metodo di lavoro prescelto trae origine proprio da una riflessione sui motivi di tale marginalizzazione: in primo luogo il respiro prettamente locale e/o nazionale delle politiche del lavoro finora realizzate, che contrasta con la necessità di un approccio globale che imponga il problema a partire dai percorsi educativi e formativi in ragione delle logiche di funzionamento del mercato del lavoro, al fine di superare la apparente contraddizione tra aree ricche e aree povere del mondo. Trasporre nel discorso giuridico e nelle relazioni industriali la categoria della transizione scuola-lavoro, già da tempo utilizzata nella letteratura economica, permette di osservare unitariamente i diversi attori, oggetti ed interessi che insistono sui temi della produttività, dell'investimento in capitale umano e della disoccupazione o

⁽¹⁹⁾ Cfr. P. WICKRAMASEKARA, *Policy Responses to Skilled Migration: Retention, Return and Circulation*, ILO, Geneva, 2003, 5.

⁽²⁰⁾ Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Youth Employment. From a National Challenge to a Global Development Goal*, cit., 8 ss.

sotto-occupazione giovanile, e pertanto appare particolarmente adeguato a circoscrivere più nitidamente il terreno entro cui svolgere la valutazione dei problemi e la conseguente impostazione delle politiche.

Il concetto di transizione scuola-lavoro, applicato al metodo giuridico e alle relazioni industriali in una dimensione comparata, indica che il progresso del capitale umano, la produttività del lavoro e l'efficace contrasto ai problemi della occupazione giovanile sono realizzabili solo attraverso una anticipazione (dal mercato alla scuola e ai percorsi formativi) del raggio di azione delle *policies* e, forse meglio ancora, una loro integrazione complessiva. Mentre gli interventi che operano sul fronte del mercato del lavoro prendono in considerazione un *stock* di forza-lavoro data, e perciò non consentono di intercettare e risolvere i problemi strutturali della occupazione giovanile, ed in particolare le loro ricadute sulla contrapposizione tra popoli poveri e popoli ricchi, si ritiene che un metodo che consentisse di affrontare tali problemi in un momento anteriore, occupandosi di come i percorsi formativi ed educativi possano essere progettati e costruiti in funzione dei fabbisogni espressi nel mercato del lavoro globale, potrebbe contribuire alla individuazione di soluzioni plausibili e di lungo periodo nel governo dei flussi di manodopera su scala internazionale.

2. Conforta ad avviare la riflessione ipotizzata nel paragrafo che precede, pur con tutte le cautele e verifiche del caso, anche l'ultimo rapporto dell'*International Labour Organization* (ILO) sulle tendenze dell'occupazione giovanile, pubblicato nel 2006 ⁽²¹⁾. In questo rapporto l'ILO ha chiaramente sottolineato che gli indicatori sull'occupazione giovanile oggi disponibili sono perfettamente in grado di fornire un quadro informativo analitico sulla condizione dei giovani nei mercati del lavoro delle diverse regioni del mondo, cosicché la sfida appare piuttosto essere quella di come migliorare tale condizione facendo uso dei dati esistenti (relativi a tassi di partecipazione alla forza-lavoro, tassi di occupazione e disoccupazione, orari di lavoro, condizioni di sotto-occupazione e povertà).

L'opinione sostenuta in questo studio è che, per rispondere a tale sfida nella prospettiva analitica delle relazioni industriali, occorra muovere dalla individuazione, all'interno degli indicatori sulla occupazione giovanile, di un denominatore comune nel quale tutti gli attori possano riconoscersi, e che sia idoneo a fungere da base per la realizzazione di iniziative coordinate su scala transnazionale. In altre parole, si tratta di ricondurre i dati ad alcuni semplici concetti fondamentali, comprensibili ad ogni latitudine, al fine di poter raccogliere le parti sociali intorno ad analisi ed obiettivi condivisi, nella consapevolezza che, nel contesto economico globale, le azioni intraprese in un luogo sono destinate a produrre effetti ben oltre i confini di pertinenza delle istituzioni nazionali. Non appare appagante, a questo fine, appoggiarsi semplicemente al concetto di "lavoro decente", elaborato in seno all'ILO ed incluso nel 2000 tra i principali *Millennium Development Goals* ⁽²²⁾. Benché la centralità di tale concetto non sia revocabile in dubbio, il

⁽²¹⁾ Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Global Employment Trends for Youth*, Geneva, 2006. Il documento è consultabile in indice www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*.

⁽²²⁾ Sul concetto di "lavoro decente" e sulla strategia dei *Millennium Development Goals* cfr. le considerazioni di M. WEISS in *q. Fascicolo*.

modo in cui esso è formulato appare di ampiezza tale da impedire il raggiungimento di risultati tangibili sul piano dell'analiticità e della concretezza del confronto transnazionale tra gli attori delle relazioni industriali, per i quali la espressione "lavoro decente" richiama valori e significati assai diversi a seconda dell'atteggiarsi del contesto soggettivo, economico e culturale di riferimento⁽²³⁾. È lo stesso rapporto anzidetto dell'ILO a tratteggiare i primi passaggi del proposto percorso di approssimazione, sottolineando un primo, fondamentale elemento di sintesi riguardo alla condizione mondiale dei giovani nel mercato del lavoro. Esso consiste nel ridimensionamento dell'importanza del problema della disoccupazione. In nessuna parte del mondo ciò che affligge i giovani è solo – o tanto – la mancanza di lavoro. Il tema che desta le maggiori preoccupazioni tra gli analisti è piuttosto quello della qualità delle prospettive occupazionali⁽²⁴⁾. Un tema che riguarda parimenti le aree geografiche con i tassi di disoccupazione giovanile inferiori (Estremo oriente, 7,8 per cento e Asia meridionale, 10 per cento) e quelle che registrano le quote più alte di senza lavoro (Medio Oriente e Africa settentrionale, 25,7 per cento; Europa centrale e orientale *extra* UE, 19,9 per cento). Tale filo conduttore si dipana poi su scala globale con sembianze estremamente variabili, non solo sotto il profilo delle criticità conclamate, ma anche per quanto riguarda le ragioni ad esse sottostanti. Tassi di disoccupazione apparentemente simili, infatti, possono nascondere situazioni occupazionali estremamente discordanti. Ad esempio, mentre il 19,9 per cento dei giovani disoccupati dell'area dell'Europa centrale e orientale *extra* UE riflette l'esistenza di un elevato numero di inattivi (i c.d. *NEETs, not in employment, education or training*), per effetto dello scoraggiamento derivante dalla difficoltà di reperire una occupazione corrispondente alle proprie aspettative professionali, il tasso di disoccupazione giovanile nell'Africa sub-sahariana, pari al 18,1 per cento, rivela come le file degli occupati in quell'area siano alimentate da individui che, semplicemente, non possono permettersi di rimanere esclusi dal mercato del lavoro. Questa considerazione conduce a sottolineare il ruolo fondamentale che le condizioni generali dell'economia di riferimento giocano nel determinare le scelte, o le opportunità, occupazionali dei giovani. Si spiega così il fatto che economie meno sviluppate e ad alto tasso di informalità, come quelle africane, latino-americane o dell'Asia meridionale, siano contraddistinte da un ingresso dei giovani nel mercato del lavoro in età precoce e in condizioni di forte povertà, senza sostanziali opportunità di crescita personale e professionale (come dimostrano gli elevati tassi di *turnover*), mentre nei Paesi più ricchi (quelli appartenenti all'area OECD) si assiste allo spostamento in avanti dell'età di uscita dai percorsi educativi e formativi e di allontanamento dalla famiglia di origine, a causa di fenomeni complessi tra cui una crescita economica non accompagnata da un equivalente aumento dei posti di lavoro.

⁽²³⁾ Sulle differenti interpretazioni del concetto di "lavoro decente", con particolare riferimento al dualismo tra regioni ricche e regioni povere del mondo, cfr. le riflessioni di J. MAREE in *q. Fascicolo*.

⁽²⁴⁾ Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Global Employment Trends for Youth*, cit., 9: «*youth unemployment is only the tip of the iceberg. Although more difficult to quantify, there are two other groups that together outnumber the unemployed youth but suffer from the same frustrations as the unemployed: the discouraged youth and the working poor*».

Sullo sfondo degli esempi proposti si delinea in termini alquanto netti una problematica comune a tutte le aree geografiche citate; un fattore costante che, sommato alle specificità economiche, demografiche, culturali e sociali di ciascun territorio, provoca l'emersione di distinte problematiche occupazionali. Tale fattore consiste nelle carenze di capitale umano, intendendo per tali le competenze professionali adeguate alle esigenze di sviluppo dell'economia e della effettiva produttività del lavoro. A ben vedere, infatti, è a tale causa originaria che si devono, in gran parte, quelli che l'ILO ha descritto come i principali problemi della occupazione giovanile nel mondo, al netto della disoccupazione: la povertà, lo scoraggiamento e la sotto-occupazione.

Il primo dei problemi anzidetti appare inestricabilmente connesso alle condizioni informali e al basso grado di specializzazione in cui si svolgono le attività imprenditoriali nelle aree depresse. La mancanza di specializzazione dal lato della domanda, e il perseguimento di modalità produttive ad alta intensità (e basso costo) di lavoro, stringono le potenzialità formative ed occupazionali dei giovani in un circolo vizioso privo di prospettive di evoluzione, e sono tra l'altro alla base dei fenomeni migratori che la globalizzazione dell'economia ha drammaticamente accelerato.

Il fenomeno dello scoraggiamento, che sorge dalla percepita carenza di opportunità di impiego, provocando l'uscita dei giovani dal mercato del lavoro (vuoi per proseguire gli studi nel tentativo di migliorare le proprie *chances* occupazionali, vuoi per ridursi in condizioni di totale inattività), ha invece a che vedere con le asimmetrie informative tra la domanda e l'offerta, per cui i percorsi di istruzione e formazione professionale non riescono ad interpretare il fabbisogno espresso dal tessuto produttivo di riferimento. Specularmente, i massicci fenomeni di sotto-occupazione, ovvero di impiego in mansioni dal contenuto professionale inferiore rispetto alle competenze possedute, nonché di disoccupazione intellettuale (gravanti, secondo l'ILO, in particolare sulle aree Europa centrale e orientale *extra* UE, Asia sud-orientale e Pacifico, Medio Oriente e Africa settentrionale, Africa sub-sahariana), risentono con evidenza delle medesime criticità.

Paradigmatico in proposito è il caso dei Paesi dell'estremo oriente, interessati come è noto negli ultimi anni da livelli *record* di crescita sotto la spinta della economia cinese. Qui, come sottolineato da un recente rapporto dell'ILO, l'elemento di maggiore preoccupazione per il futuro è costituito precisamente dal fabbisogno di maggiore capitale umano e dalle conseguenti prospettive di sviluppo della produttività e di creazione di posti di lavoro ad elevato contenuto professionale ⁽²⁵⁾.

Gli argomenti illustrati finora dovrebbero contenere gli elementi utili ad individuare, come prospettato in apertura di questo paragrafo, la chiave interpretativa generale del problema del lavoro dei giovani. Essa, si ritiene, va ricondotta ad una specifica declinazione del concetto di "lavoro decente": quella della opportu-

⁽²⁵⁾ Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Global Employment Trends 2008*, Geneva, 2008, in cui si afferma: «another challenge is to prepare young people for the future through investment in their human capital, as low-cost labour will not continue to be the region's comparable advantage». Il documento è consultabile in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Lavoro e globalizzazione*.

nità, intesa nel significato di occupabilità, e quindi correlata alla crescita del capitale umano.

Delle quattro dimensioni del concetto, come individuate dall'ILO (opportunità di impiego, diritti fondamentali, sicurezza sociale e rappresentanza collettiva) ⁽²⁶⁾, la prima appare la più appropriata al contesto di una economia globale; quella che può accomunare tutte le regioni del mondo a prescindere dalle sostanziali peculiarità presenti in ciascuna di esse. Mentre gli squilibri tra Paesi ricchi e Paesi poveri rendono improbabile che le relazioni industriali possano coordinarsi su scala globale intorno a temi quali rappresentanza sindacale e diritti fondamentali (come orario di lavoro e retribuzioni), sui quali – a prescindere dalla loro indubbia centralità – appare difficile sintetizzare in una piattaforma comune condizioni di partenza e livelli di evoluzione economica e sociale estremamente diversificati, il problema delle opportunità interessa da vicino, come si è cercato di dimostrare, tutte le regioni del mondo. Sia quelle carenti di forza-lavoro e per questo impegnate nella “battaglia dei cervelli”, sia quelle dotate da un *surplus* di popolazione giovanile che, in un'ottica globale, può tradurre il drammatico problema della occupazione giovanile in una inaspettata risorsa per la crescita e lo sviluppo.

L'opinione qui sostenuta appare coerente con il rilievo, comunemente accolto, secondo cui l'obiettivo del “lavoro decente per tutti” ha quale essenziale preconditione quella dello sviluppo della produttività ⁽²⁷⁾. Gli studi sul rapporto tra produttività e qualità dell'occupazione segnalano, molto realisticamente e in linea con le diverse fasi dello sviluppo economico che hanno accompagnato indistintamente tutti i Paesi del globo, che per ottenere risultati di crescita significativi nel lungo periodo può essere talvolta necessario transigere, nella fase di avvio, su alcuni dei fattori che maggiormente contraddistinguono la qualità dell'impiego. In altri termini, talvolta lo sviluppo della produttività potrebbe essere ostacolato da una crescita troppo rapida degli indicatori del lavoro decente correlati ai diritti fondamentali. Come ha dimostrato, recentemente, l'esperienza cinese, è utile per ogni regione poter contare, nel periodo iniziale del proprio sviluppo, sugli elementi che ne configurano il vantaggio competitivo: anche quando si tratti del basso costo del lavoro o della scarsa rigidità delle tutele. In queste fasi preliminari, la garanzia per i lavoratori risiede soprattutto nel fatto di essere dotati degli strumenti intellettivi e professionali necessari a far fronte alle “turbolenze” che contraddistinguono il cammino verso la stabilizzazione. Quindi sulle opportunità, prima che sulle altre caratteristiche del lavoro decente.

Non si deve trascurare, in proposito, l'argomento secondo cui l'imposizione di vincoli stringenti sulle tutele dei lavoratori, qualora avvenga prematuramente rispetto ai tempi di maturazione strutturale di una economia, finisca per spostare il vantaggio competitivo a favore delle economie sviluppate, che pure storicamente hanno trascorso senza vincoli le fasi nelle quali oggi si trovano i Paesi in via di

⁽²⁶⁾ Cfr. *amplius* INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *World Employment Report 2004/2005*, Geneva, 2006, spec. cap. 2. Il documento è consultabile in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Lavoro e globalizzazione*.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, la cui prefazione si apre con l'enunciato «*Productive employment is the economic foundation of decent work*».

sviluppo; rivelando così una indubbia valenza di regolazione della concorrenza a scapito della tutela delle persone, che ne verrebbero anzi penalizzate nella attuale economia globale.

Per focalizzare adeguatamente il tema può essere utile rileggere, e trasporre in un contesto economico di portata globale e senza più chiari confini nazionali, alcune illuminanti pagine dell'*Industrial Democracy* dei coniugi Webb, e segnatamente quelle dedicate all'aspirazione ad una regolamentazione uniforme dei rapporti di lavoro mediante la sottomissione della volontà dei singoli lavoratori e datori di lavoro ad una "common rule" nell'interesse di entrambe le controparti e della nazione nel suo complesso. Regolamentazione comune che viene infatti teorizzata e conseguita, dai coniugi Webb, non mediante l'intervento imperativo della norma di legge, ma come percorso alternativo all'intervento statale nella giuridificazione dei rapporti di lavoro, attraverso gli strumenti di autoregolazione del mercato tra i quali spicca, indubbiamente, il metodo della contrattazione collettiva non a caso intesa nella sua essenza più profonda alla stregua di *strumento di produzione giuridica extrastatale*.

Nell'*Industrial Democracy* continui e ripetuti sono i richiami alla funzione regolamentare della contrattazione collettiva, che, lungi dall'apparire come una semplice istituzione economica votata alla disciplina delle condizioni di lavoro, viene raffigurata come uno strumento sociale di volta in volta finalizzato al perseguimento degli «*interests of Industrial Peace*», all'obiettivo di promuovere «*the selection of the most efficient factors of production, wheter capital, brains, or labor*», all'esigenza di evitare il deterioramento del «*capital stock of the nation*», di stimolare «*the invention and adoption of new processes of manufactures*» ed eliminare così dal mercato «*the incompetent or old-fashioned employers*», al conseguimento della «*nation's productive efficiency*» ovvero dell'«*industrial efficiency*». Altrettanto emblematiche sono le pagine dell'*Industrial Democracy* dedicate al fenomeno del c.d. "parassitismo industriale", che ben illustrano il generale clima di fiducia nella funzione autoregolativa del mercato. Per un verso, scrivono i nostri autori, «più è esteso ed effettivo il meccanismo della "regola comune" maggiore sarà a parità di condizioni la porzione della popolazione protetta dagli effetti devastanti della speculazione sul lavoro», mentre per altro verso, «là dove le condizioni minime di utilizzo della forza-lavoro sono stabili e uniformi, la concorrenza non potrà che innalzare gli standard qualitativi», sia del lavoro sia del sistema produttivo nel suo complesso, «eliminando dal mercato la concorrenza parassitaria che sopravvive speculando semplicemente sul costo del lavoro»⁽²⁸⁾.

Le considerazioni svolte dovrebbero contribuire a sdrammatizzare alcuni dei problemi più frequentemente richiamati allorché si consideri la combinazione tra dinamiche occupazionali ed economia globale: segnatamente, l'incontrollabilità dei flussi migratori e dei processi di de-localizzazione imprenditoriale. Muovendo dalla ammissione della impossibilità di prevenire o reprimere tali fenomeni, può rinvenirsi nello sviluppo armonico delle opportunità su scala globale il mezzo per dotare il sistema degli strumenti per autoregolarsi.

⁽²⁸⁾ Queste ultime e le precedenti citazioni sono tratte da S. WEBB, B. WEBB, *Industrial Democracy*, London, 1926 (ma 1897), 218, 703, 751, 724, 728, 732, 766-767, 759, 703.

A sostegno di quanto sin qui argomentato può essere addotto il caso virtuoso dei servizi del settore *Information and Communication Technology* in India. La delocalizzazione verso quel Paese di servizi ad alto contenuto professionale e tecnologico, combinandosi ad una buona base di capitale umano locale, specie per quanto attiene alle competenze linguistiche, ha per un verso contribuito ad accelerare il processo di accumulazione di competenze professionali nel settore, e per altro verso ha dato avvio a fenomeni migratori che, lungi dal causare il depauperamento delle risorse intellettuali del Paese, hanno piuttosto rappresentato una opportunità di integrazione e scambio con le altre regioni del mondo⁽²⁹⁾. Il principio dell'opportunità, declinato alla stregua di occupabilità, appare così idoneo a rappresentare l'orizzonte di riferimento delle politiche per il lavoro giovanile su scala transnazionale, nonché il codice interpretativo comune per l'instaurazione di azioni coordinate tra gli operatori delle relazioni industriali.

Invero, occorre rimarcare a questo punto l'assoluta centralità delle relazioni industriali, in quanto elementi costitutivi delle istituzioni del mercato del lavoro, nella materia in discussione. Le argomentazioni sviluppate finora, infatti, si reggono su di un presupposto fondamentale: quello dell'esistenza, nei diversi mercati del lavoro, di istituzioni solide e attive, alle quali è attribuita la responsabilità di governare le dinamiche economiche, assicurandone l'efficienza e l'equità ed indirizzandole affinché producano l'instaurazione di un legame virtuoso tra crescita della produttività e miglioramento dell'occupazione. Questa precisazione permette di superare le possibili obiezioni in punto di democraticità che, in termini formalmente ineccepibili, ma ciò nondimeno assai distanti dalla realtà dei fatti, potrebbero venir mosse ad una interpretazione del concetto di lavoro decente focalizzata sulle opportunità e non su elementi più tangibili come quelli relativi alla qualità dell'impiego. In tal senso, la *governance* condivisa dei processi economici ed occupazionali tra gli attori (in particolare potere pubblico, parti sociali, istituzioni formative) dovrebbe costituire sufficiente garanzia di presidio contro eventuali abusi, quali ad esempio la mancata distribuzione ai lavoratori di una quota dei frutti dell'accresciuta produttività⁽³⁰⁾.

Ci si propone quindi, nel seguito di questo saggio, di verificare se la circostanza che l'occupazione giovanile rappresenti un problema in tutte le regioni del mondo, indipendentemente dal grado di maturazione dell'economia, non possa avere tra le proprie cause una troppo prolungata sottovalutazione dei nessi tra produttività e capitale umano da parte delle istituzioni del mercato del lavoro e, conseguentemente, dalla mancanza di una chiara visione su scala globale e internazionale dei possibili processi di raccordo tra il sistema educativo e formativo e il mercato del lavoro.

⁽²⁹⁾ Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *World Employment Report 2004/2005*, cit., cap. 2.

⁽³⁰⁾ Non si ignora che tale affermazione potrebbe dare adito ad obiezioni, fondate sul rilievo che il coinvolgimento delle parti sociali in questi processi è tutt'altro che meccanica garanzia di democraticità, come dimostrano i problemi di rappresentatività e partecipazione sindacale diffusi nelle economie avanzate. Tali obiezioni potrebbero, peraltro, venire capovolte sostenendo che i citati problemi di rappresentatività traggano fonte proprio dall'incapacità delle parti sociali di intervenire efficacemente sui temi della occupazione giovanile.

3. Secondo l'ILO, si può guardare oggi con ottimismo alle potenzialità di sviluppo dei Paesi più poveri, le cui economie appaiono più forti che in passato e maggiormente integrate nel contesto mondiale. Nondimeno, per quanto riguarda la qualità del lavoro il divario tra Paesi poveri e ricchi è ancora enorme: cinque lavoratori su dieci versano in condizioni di vulnerabilità, e per quattro su dieci le retribuzioni non sono sufficienti a superare la soglia di povertà. Pertanto, conclude l'ILO, il progresso economico non conduce meccanicamente al miglioramento delle condizioni di lavoro⁽³¹⁾.

Nel paragrafo precedente si è illustrato come sussista un vasto consenso tra i politici, le istituzioni internazionali e gli studiosi circa il ruolo della produttività del lavoro quale unico possibile sentiero di accesso a condizioni di lavoro decente e ad uno stabile sviluppo economico e sociale. Vi è invece un ampio dibattito sui mezzi attraverso cui sia possibile raggiungere tale obiettivo strategico.

Accanto alle strategie di *mainstreaming* e di coordinamento aperto e per obiettivi, che possiamo ricondurre alle note tecniche normative di *soft-law*, per garantire adeguati livelli di impiego decente e produttivo gli Stati, su impulso delle organizzazioni internazionali ed *in primis* dell'ILO, hanno fatto ampio ricorso alla tradizionale strumentazione del diritto del lavoro.

A ben vedere, tuttavia, l'imposizione di *standard* normativi omogenei su scala mondiale, in termini di età minima di accesso al lavoro, tutela dei giovani di fronte ai rischi per la salute e alle lavorazioni pericolose (si includono in questa categoria le restrizioni in materia di orario di lavoro, lavoro notturno, lavoro minorile, ecc., oggetto di specifiche convenzioni e raccomandazioni ILO) e non discriminazione, non ha potuto ostacolare il progressivo ampliamento del divario tra i Paesi più ricchi, ormai spontaneamente assestatisi su livelli di protezione sensibilmente maggiori rispetto a quelli prescritti in sede internazionale, e quelli in via di sviluppo, che registrano sul punto drammatici quanto frequenti episodi di ineffettività⁽³²⁾, pur a fronte di una ampia quanto il più delle volte meramente formale ratifica di questi strumenti internazionali⁽³³⁾.

Si consideri, a riprova di quanto osservato, il successo conseguito negli ultimi anni, sia sullo scenario politico sia nel dibattito scientifico, dal tema della responsabilità sociale d'impresa, che altro non esprime se non l'affidamento della attuazione dei diritti alla buona volontà di una sola delle parti in causa, quasi a riconoscere l'impotenza degli strumenti autoritativi ai fini dell'imposizione del rispetto delle regole, specialmente in taluni contesti economici e produttivi situati nei Paesi in via di sviluppo⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Global Employment Trends 2008*, cit.

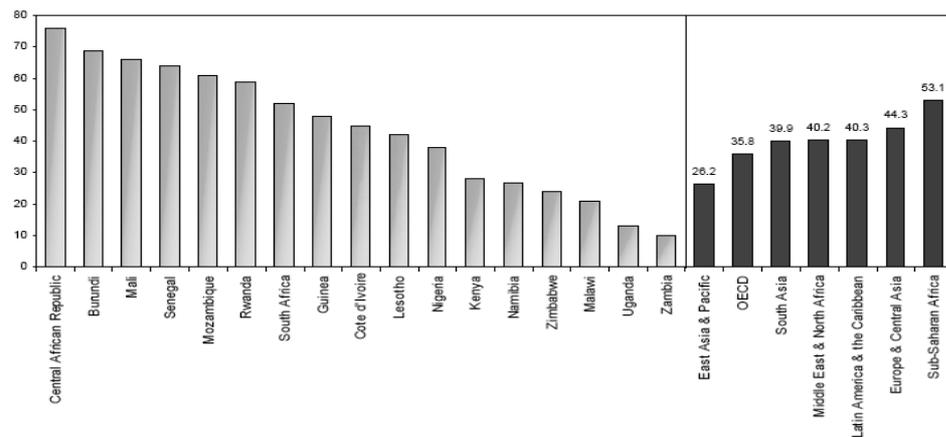
⁽³²⁾ Con situazioni particolarmente allarmanti nel continente africano, benché nell'ambito di un tendenziale miglioramento su scala mondiale: cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *IPEC action against child labour 2006-2007 – Progress and future priorities*, Geneva, 2008, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*, in cui si rileva che «the latest global estimates indicate that progress in sub-Saharan Africa towards the elimination of child labour is lagging behind other regions of the world. Sub-Saharan Africa has the greatest incidence of economically active children: 26.4 per cent of all 5-14 year-olds, compared to 18.8 per cent for Asia and the Pacific and 5.1 per cent for Latin America and the Caribbean».

⁽³³⁾ Cfr. in merito le considerazioni formulate da M. WEISS in *q. Fascicolo*.

⁽³⁴⁾ Per il dibattito italiano sul tema cfr., recentemente, L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2006; S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione*,

Certo è che, per un osservatore occidentale, è quantomeno sorprendente osservare l'insanabile contraddizione, nei paesi dell'Africa sub-sahariana, tra tassi di rigidità formale del mercato del lavoro, molto elevati nel confronto internazionale e comparato (Figura 4), e i dati relativi al mercato del lavoro sommerso e alla povertà diffusa, senza pari nel resto del mondo.

Figura 4 – Indici di rigidità dell'occupazione (Africa sub-sahariana e comparazione mondiale).



Fonte: Banca Mondiale, *Doing Business Database*, 2006.

Lo scarso livello di effettività del dato normativo legale può trovare spiegazione, a ben vedere, nella tradizionale visione del diritto del lavoro come mera tecnica unilaterale di tutela ed emancipazione di un soggetto caratterizzato da sottoprotezione sociale e dipendenza economica. A tale concezione del diritto del lavoro, infatti, ben si attaglia una rappresentazione in chiave marcatamente, se non esclusivamente, repressivo-protettiva della norma giuridica, là dove l'impiego di una tecnica sanzionatoria di tipo promozionale – volta cioè a incentivare o, a seconda dei casi, disincentivare la condotta degli operatori economici in funzione di determinati obiettivi politici, economici o sociali – risulterebbe quantomeno eccentrica rispetto alla funzione, assegnata al diritto del lavoro, di tutela del c.d. “contraente debole” e, in generale, del lavoratore come “persona” implicata in una relazione di lavoro dipendente.

Questo atteggiamento della cultura giuslavoristica è stato probabilmente accentuato dallo sviluppo marcatamente unidirezionale impresso dai legislatori, specialmente nei Paesi dell'Europa continentale, agli assetti complessivi del diritto del lavoro, sino a tempi recenti caratterizzati per un eccesso di tutela del lavoratore nel “rapporto” a scapito della tutela nel “mercato”. La sostanziale negazione del mercato, conseguenza dei rigorosi limiti imposti dalla legge alle libere dinamiche della autonomia negoziale privata nelle fasi di costituzione, svolgimento e

cessazione dei rapporti di lavoro, non poteva infatti non tradursi, quale che sia il giudizio che se ne voglia poi trarre, in una generalizzata svalutazione di tutte quelle tecniche di tutela del lavoro dipendente che non fossero orientate al consolidamento della posizione del singolo nel rapporto di lavoro, ivi comprese le misure di tipo promozionale non direttamente afferenti a una relazione contrattuale di lavoro subordinato già in essere.

In verità, non migliore fortuna, secondo molti analisti, hanno sin qui riscosso le tecniche regolative mirate a dare impulso all'occupazione dei giovani attraverso incentivi di vario genere, aventi in prevalenza la forma di alleggerimento dei costi retributivi, fiscali o anche normativi (il riferimento è ad esempio alle condizioni di recedibilità) a favore delle imprese, ovvero quella di procacciamento, a favore dei giovani in cerca di lavoro, di occasioni di impiego al di fuori dalle condizioni di mercato (lavori di pubblica utilità e altre forme di impiego temporaneo nel settore pubblico).

Alcuni studi, concentrati su esperienze di siffatte "politiche attive" realizzate nell'area OECD⁽³⁵⁾, ne hanno tratto indicazioni piuttosto scoraggianti. Se ne è finanche revocata in dubbio la reale rispondenza ad obiettivi di giustizia sostanziale, in quanto misure di sostegno finalizzate a sospingere al lavoro soggetti poco occupabili. Misure che non sembrano, in molti casi, arrecare utilità nemmeno ai propri beneficiari, i quali al termine del programma transiteranno spesso ad una condizione di mercato libera da protezioni recando con sé lo stigma di un sostegno che potrà costituire un fattore negativo di valutazione da parte di un potenziale datore di lavoro, e che frequentemente condurrà il soggetto verso occupazioni scadenti e scarsamente retribuite.

Gli effetti sfavorevoli di tali misure di sostegno si estendono peraltro anche ai soggetti che non ne beneficiano direttamente, nonché al mercato del lavoro complessivamente inteso. Quanto ai non beneficiari, oltre alla marginalizzazione derivante dal risultare, *ceteris paribus*, meno appetibili ad un potenziale datore di lavoro, in quanto non recanti in dote alcun incentivo, un effetto negativo può derivare dall'essere catalogati *a priori* come soggetti deboli, in quanto ricadenti nel gruppo dei potenziali destinatari di una misura di sostegno all'occupazione⁽³⁶⁾.

Sul piano del mercato del lavoro, inoltre, anche in presenza di un miglioramento dei dati occupazionali, il valore aggiunto arrecato da un programma di *job creation* può rivelarsi solo apparente, mascherando in concreto un semplice fenomeno di sostituzione, talvolta associato a conseguenze discriminatorie⁽³⁷⁾.

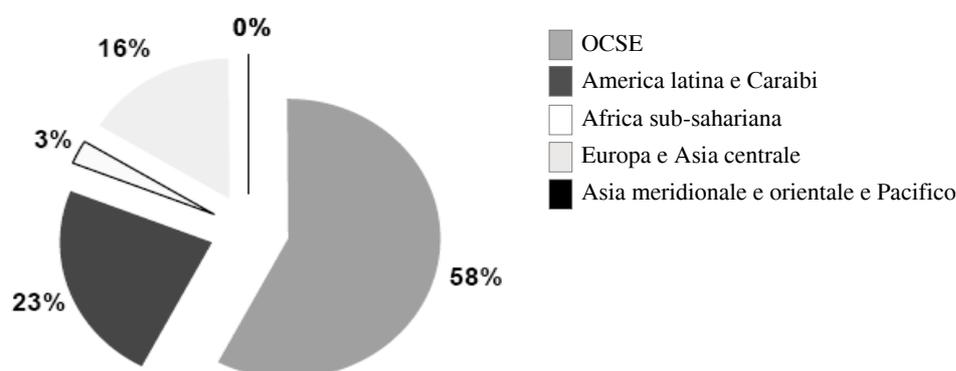
⁽³⁵⁾ Cfr. per tutti J. GAUTIÈ, *Promoting Employment For Youth. A European Perspective*, in ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (a cura di), *op. cit.*; P. RYAN, *The School-to-work Transition. A Cross-National Perspective*, in *Journal of Economic Literature*, 2001, vol. 39, 1.

⁽³⁶⁾ In altri termini, il fatto di corrispondere alla tipologia di *target* di una misura di sostegno all'occupazione determina un minor grado di occupabilità anche per quanti non beneficiano concretamente di tale misura: «*by targeting a measure according to a characteristic that is readily identifiable by employers (age, level of qualification, nationality, duration of unemployment, etc.), all the individuals who have that characteristic are stigmatised regardless of whether they are participating in the programme or not*»: cfr. J. GAUTIÈ, *op. cit.*, 410.

⁽³⁷⁾ Come accade allorché «*the firm would have created the job anyway and would have filled it with somebody with the same profile as the beneficiary, or [...] the firm would have created the job but because the programme existed filled it with somebody with a profile different from that of the person they would have otherwise hired, for example, a young person instead of an adult*»: cfr. J. GAUTIÈ, *op. cit.*

Anche nei Paesi in via di sviluppo, dove il peso dei vincoli normativi e il livello delle tutele del diritto del lavoro è decisamente minore, l'efficacia delle politiche tradizionali di *job creation* è oggi messa radicalmente in discussione, come ha riconosciuto la Divisione regionale africana dell'ILO ⁽³⁸⁾. Occorre in proposito sottolineare, peraltro, come nel confronto internazionale il numero di programmi a favore dei giovani attivati nei Paesi in via di sviluppo sia alquanto ridotto rispetto alle altre regioni del mondo: ad esempio, nell'Africa sub-sahariana il rapporto è pari ad appena il 3 per cento (Figura 5).

Figura 5 – Incidenza dei programmi di sostegno all'occupazione giovanile per area geografica.



Fonte: Banca Mondiale, *Regional Report for the Youth Employment Inventory* (2006).

Ciò nonostante è comunque vero, come documentato da un'ampia e articolata rassegna della Banca Mondiale, che ha censito 29 misure adottate da 17 Paesi aventi l'obiettivo di supportare l'occupazione e l'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro nell'Africa sub-sahariana ⁽³⁹⁾, come solo in casi marginali ed eccezionali le iniziative vengano condotte in questa area con un sufficiente grado di monitoraggio, tale da accreditare un margine di successo. Di modo che, in assenza di adeguati strumenti valutativi, risulta impossibile formulare un giudizio solido sulla qualità e l'impatto reale di tali interventi.

⁽³⁸⁾ In particolare, «*although the aggregate resources that are being invested in the plethora of small-scale are significant, their impact is barely visible*»: cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – REGIONAL OFFICE FOR AFRICA, *It is High Time to Rethink – Youth Employment in 2008*, Addis Abeba, 2008. Il documento è consultabile in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*.

⁽³⁹⁾ Cfr. F. ROTHER, *Intervention to Support Young Workers in Sub Saharan Africa. Regional Report for the Youth Employment Inventory*, The World Bank, Washington, 2006. Il documento è consultabile in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*.

Tavola 3 – valutazione della qualità dei programmi di sostegno all'occupazione giovanile nell'Africa sub-sahariana, ripartiti per categoria.

| Categoria di ricaduta del programma | Qualità della valutazione | | | |
|--|---------------------------|-----------|----------|----------|
| | 0 | 1 | 2 | 3 |
| 1. Miglioramento della qualità del mercato del lavoro giovanile | | | | |
| 1c. Programmi pubblici di lavoro | | 1 | | |
| Sub-totale | 0 | 1 | 0 | 0 |
| 2. Aumento delle opportunità per i giovani imprenditori | 4 | 3 | | |
| 3. Costruzione delle competenze professionali dei giovani | | | | |
| 3a. Formazione professionale e programmi di apprendistato | 2 | 4 | | |
| Sub-totale | 2 | 4 | 0 | 0 |
| 4. Miglioramento della qualità del sistema formativo per i giovani | | | | |
| 4a. Servizi informativi | 2 | | | |
| 4c. Incentivi fiscali | | | | 1 |
| 4d. Altro | 1 | | | |
| Sub-totale | 3 | 0 | 0 | 1 |
| 8. Programmi multiservizio onnicomprensivi | 7 | 3 | 1 | |
| Totale | 16 | 11 | 1 | 1 |

Fonte: Banca Mondiale, *Regional Report for the Youth Employment Inventory* (2006).

Ad avviso di chi scrive, una realistica spiegazione delle sopra illustrate disfunzioni potrebbe essere rinvenuta esaminando il problema nella prospettiva analitica della transizione scuola-lavoro. In tale ottica è possibile rilevare come gli strumenti di *job creation* intervengano su problemi pervenuti ormai ad uno stadio conclamato, senza però interrogarsi sui fattori da cui tali problemi hanno tratto origine, alcuni dei quali riconducibili ai percorsi educativi e formativi seguiti prima di entrare nel mondo del lavoro. In altri termini, i suddetti strumenti appaiono finalizzati a rispondere ad istanze di tutela frammentarie e mutevoli, spesso in conseguenza di alterne sollecitazioni da parte di differenti gruppi di pressione, piuttosto che a governare assetti economici complessi. Non può stupire che un simile approccio, quantunque si dimostri capace di arrecare un beneficio rispetto a contingenti situazioni di emergenza, non produca risultati considerevoli nel lungo periodo. E cioè soprattutto quando le misure di *job creation* siano utilizzate in alternativa a prospettive di modernizzazione del diritto del lavoro, come una sorta di ammortizzatore delle rigidità e delle inefficienze del diritto del lavoro rispetto agli obiettivi imprescindibili di giustizia sociale concreta (non cioè meramente enunciati sulla carta).

4. Alla luce delle considerazioni sin qui sviluppate, occorre peraltro subito chiarire che la prospettiva che si intende suggerire in questo studio non va certo nella direzione di una semplicistica deregolamentazione dei mercati del lavoro. Recenti studi hanno del resto ampiamente confermato come il dibattito sulla *deregulation*, quantunque sollecitato da alcune importanti esperienze maturate negli ordinamenti di matrice anglosassone e autorevolmente avallato nel decennio pas-

sato dalle raccomandazioni dell'OECD ⁽⁴⁰⁾, sia stato in realtà il frutto di un equivoco: quello di accostare *sic et simpliciter*, sino al punto di ritenerle interscambiabili, le politiche del lavoro alle politiche della occupazione ⁽⁴¹⁾. Una volta assimilati i due concetti è apparso infatti del tutto scontato imputare elevati livelli di disoccupazione (e disoccupazione giovanile in particolare) ai livelli – altrettanto elevati – di tutela del lavoro. Così come è risultato automatico, quanto semplicistico, richiamare l'opposto caso degli Stati Uniti, del Regno Unito, della Nuova Zelanda e dell'Australia, dove i bassi livelli di disoccupazione sono normalmente spiegati alla luce di considerazioni di stampo neo-liberale.

Le espressioni “politiche della occupazione” e “politiche del lavoro” designano, in realtà, due concetti profondamente distinti. Le prime risultano finalizzate a incrementare i livelli di occupazione in un determinato sistema socio-economico. Per raggiungere questo obiettivo, esse si avvalgono di strumenti che operano a un livello diverso rispetto a quello della pura e semplice regolamentazione dei rapporti di lavoro, quali la leva fiscale, parafiscale e contributiva, il credito e il mercato dei capitali, l'investimento in infrastrutture, il governo e la riqualificazione della spesa pubblica, nonché, per quanto rileva ai fini della nostra ricerca, l'investimento in capitale umano e la modernizzazione del sistema di istruzione e formazione professionale. Le seconde, per contro, sono dirette a promuovere le opportunità di impiego di talune fasce della popolazione (disoccupati di lungo periodo, inoccupati, lavoratori privi di qualifiche richieste dal mercato, immigrati, donne, giovani) attraverso un adeguato sistema di servizi all'impiego, forme di alternanza tra formazione e lavoro, riduzione alle barriere in entrata e in uscita dal mercato del lavoro, nonché le diverse tipologie di *job creation* sopra richiamate. Di conseguenza, esse non incidono, se non in misura del tutto marginale, sui livelli complessivi della occupazione, limitandosi a operare sulla durata e, soprattutto, sulla distribuzione della disoccupazione tra i differenti gruppi di lavoratori.

Le più recenti rilevazioni empiriche e fattuali, in ogni caso, hanno smentito, sulla scorta di accurati riscontri econometrici, l'esistenza di una correlazione univoca, in termini di causa ed effetto, tra i livelli di tutela del lavoro e i relativi livelli di disoccupazione. La stessa OECD ⁽⁴²⁾, che pure nel decennio scorso aveva prospettato una politica sostanzialmente neo-liberale di intervento nel mercato del lavoro, è giunta a confermare una conclusione a cui erano già pervenuti numerosi

⁽⁴⁰⁾ Basandosi sulle risultanze dei *Job Studies* intrapresi a partire dal 1992 – che sembravano dimostrare una significativa correlazione tra elevati livelli di disoccupazione ed elevati standard di tutela del lavoro – l'OECD ha come noto formalizzato un programma di azione (c.d. *Job Strategy*), indirizzato ai governi e alle parti sociali, focalizzato attorno a dieci raccomandazioni. Tra queste, particolare rilievo assume quella della deregolamentazione del mercato del lavoro in funzione della creazione di nuova occupazione. Accanto agli *Employment Outlook*, pubblicati con cadenza annuale, cfr. per tutti ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *Implementing the OECD Job Strategy: assessing Performance and Policy*, Paris, 1999, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Politiche per l'occupazione*.

⁽⁴¹⁾ Cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *The Role of Labour Law in Job Creation Policies: an Italian Perspective*, in M. BIAGI (a cura di), *Job Creation and Labour Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, 179 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *Employment Outlook 1999*, Paris, 1999, spec. cap. 2, *Employment Protection and Labour Market Performance*, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*.

e significativi studi di singoli ricercatori⁽⁴³⁾, e cioè che la disciplina di regolamentazione dei rapporti di lavoro e la flessibilizzazione delle regole di utilizzo della forza-lavoro, nella migliore delle ipotesi, possono concorrere a creare quelle indispensabili pre-condizioni che si rendono necessarie per rendere efficaci le politiche dell'occupazione.

Gli attuali esiti del dibattito sulla *deregulation* inducono dunque a ritenere che non esistono, oggi, ragioni plausibili per offrire in olocausto il diritto del lavoro sull'altare dell'occupazione. Del tutto sterile, conseguentemente, appare il tentativo di assegnare alle politiche del lavoro in senso stretto compiti ambiziosi che non solo ne travalicano la competenza ma che, per di più, esse sole non sono in grado di svolgere: primo tra tutti quello di creare nuova occupazione e possibilmente occupazione di qualità.

La traccia su cui si intende piuttosto lavorare, anche in futuri percorsi di ricerca, è semmai quella di una modernizzazione e rivisitazione della strumentazione giuridica, in una ottica meno formalistica e per contro più vicina e maggiormente in linea con il metodo delle relazioni industriali, in modo da poter fornire una soluzione strutturale al problema della occupazione giovanile.

A questo fine, la prospettiva privilegiata consiste nella messa in opera di una riforma dei sistemi educativi e formativi combinata al miglioramento della efficienza degli organismi dedicati alla promozione della occupabilità dei giovani, anche attraverso la costruzione di reti, formali o meno, tra istituzioni internazionali e locali, associazioni imprenditoriali, imprese e sindacati. In proposito, una particolare attenzione dovrebbe essere tributata alla alternanza tra periodi di istruzione e lavoro, secondo lo schema funzionale dell'apprendistato⁽⁴⁴⁾, così come allo sviluppo di meccanismi istituzionali finalizzati a promuovere il *placement* degli studenti e, più in generale, un fluido passaggio dai sistemi educativi e formativi al mondo del lavoro. La direzione che si intende proporre è pertanto quella di un approccio fortemente istituzionale. Infatti, come dimostrano i casi della Germania e del Giappone, le istituzioni sono adattabili e durevoli, mentre le politiche del lavoro risultano instabili ed evanescenti⁽⁴⁵⁾.

Emerge ancora una volta, dalle considerazioni che precedono, l'argomento del capitale umano, che tanto le tecniche protettive quanto quelle incentivanti finora illustrate sono solite relegare in un ruolo marginale. Gli insuccessi delle politiche di *job creation* e delle tutele fondate sulla inderogabilità della disciplina legale contribuiscono infatti ad avvalorare la tesi sostenuta nel secondo paragrafo, che

⁽⁴³⁾ Cfr. tra gli altri M. REGINI, G. ESPING-ANDERSEN (a cura di), *Why Deregulate Labour Markets?*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

⁽⁴⁴⁾ Per i profili definitivi cfr. M. AXMANN, *Facilitating Labour Market Entry for Youth through Enterprise-Based Schemes in Vocational Education and Training and Skills Development*, SEED Working Papers, 2004, n. 48, International Labour Office, Geneva, XII. Il documento è consultabile in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. P. RYAN, *op. cit.*, § 8, il quale ha rilevato, con riferimento ai programmi di apprendistato tedeschi e ai servizi di *placement* universitario giapponesi, che «*those institutions have allowed Germany and Japan to avoid mass labor market programs and to concentrate instead on institutional development improving general education, vocational preparation and job placement, and making it easier for low achievers to participate. Although Japanese and German transition institutions have come under strain, they have adopted well and they continue – thus far at least – to function largely intact*».

propone di fondare il governo globale della occupazione giovanile sui presupposti della produttività e della occupabilità della forza-lavoro.

Ciò che si intende sostenere è l'importanza di individuare tecniche regolative rinnovate sia nel metodo che nei contenuti. Dal punto di vista del metodo, occorre prendere atto dei limiti delle tradizionali impostazioni eteronome, che non riescono a focalizzare adeguatamente tutti gli interessi in gioco né a rimanere al passo con la tempistica sempre più accelerata dei cambiamenti, e quindi non sono in grado di individuare soluzioni realmente efficaci. Processi regolativi più fluidi e condivisi, fondati su di una incisiva partecipazione delle istituzioni del mercato del lavoro, potrebbero rivelarsi, in ragione della loro flessibilità, più adatti ad instaurare forme di coordinamento transnazionale delle politiche, quanto mai necessarie in un terreno, quello dell'occupazione giovanile, nel quale nessuno Stato o area del mondo è immune dalle conseguenze degli sviluppi economici e sociali registrati all'esterno.

Dal punto di vista dei contenuti, occorre tuttavia focalizzare meglio gli obiettivi delle azioni da intraprendere, ossia gli elementi sui quali sia necessario incidere per rimuovere i problemi strutturali che impediscono di raggiungere effettivi risultati di crescita qualitativa e quantitativa dell'occupazione giovanile. Elementi che, coerentemente con il ruolo centrale riconosciuto al tema della produttività come chiave di accesso al lavoro decente, possono essere ricondotti a due principi: l'opportunità e la stabilità. Il primo allude alla esigenza che l'individuo sia messo in condizione di accedere al mercato del lavoro con una dotazione di competenze culturali, professionali e sociali adeguata ad affrontare con sicurezza le fasi di transizione occupazionale nelle quali potrebbe incorrere. L'obiettivo della stabilità si collega invece al rapporto tra la produttività e il grado di *turnover* esistente nell'ambito della forza-lavoro di un'impresa. Se è vero quanto rilevato nel *World Employment Report 2004/05* dell'ILO⁽⁴⁶⁾, ossia che la stabilità dell'impiego è positivamente correlata alla produttività del lavoro, allora la stabilità del rapporto tra il lavoratore e l'impresa dovrebbe essere incentivata, nella prospettiva che qui si propone, non tanto con l'innalzamento di velleitarie barriere all'uscita, quanto piuttosto accentuando, nella fase di ingresso, la qualità del *matching* tra i profili professionali dei giovani e i fabbisogni espressi dal tessuto produttivo.

Centrali, in questa prospettiva, sono il concetto di transizione scuola-lavoro e la funzione da esso sin qui svolta nella analisi economica e sociologica. Quella cioè di uno strumento essenziale per una più accurata comprensione dei problemi dei soggetti che entrano nel mercato del lavoro. Questo concetto, che si propone ora di utilizzare in modo sistematico anche negli studi giuslavoristici e di relazioni industriali, è particolarmente importante perché permette di ricondurre all'interno di una arena comune una gamma di tematiche disparate, afferenti all'istruzione, alla formazione professionale, alla disoccupazione giovanile e alla struttura delle retribuzioni, consentendo così di seguire ed esaminare analiticamente il *continuum* che lega tutte le condizioni intermedie dalle quali un giovane può transitare nel passaggio dall'istruzione al lavoro: formazione professionale, apprendista-

⁽⁴⁶⁾ Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *World Employment Report 2004/2005*, cit.

to, occupazione temporanea, partecipazione a programmi di politica attiva del lavoro.

È del resto la stessa ILO ad aver già utilizzato questo concetto per osservare da vicino e scorporare alcuni indicatori relativi alla occupazione giovanile lavoro: la durata del passaggio dai percorsi formativi al mercato del lavoro, l'età di ingresso, lo *status* occupazionale, il rapporto tra il livello di istruzione conseguito e la posizione ricoperta nel mercato del lavoro, i livelli reddituali, il settore di impiego, le disparità di genere. Quello che ora si propone è dunque l'ultimo passaggio del ragionamento, che dovrebbe consentir di chiudere il cerchio tra sistemi educativi e formativi e mercato del lavoro.

Applicato al problema della occupazione giovanile e della qualità/produttività del lavoro, il concetto di transizione scuola-lavoro pare in effetti in grado di consentire lo sviluppo delle innovazioni di metodo e contenuto proposte nei paragrafi che precedono, indicando una chiara connessione non solo teoretica ma anche pratico-operativa tra percorsi educativi e formativi e mercato del lavoro.

Sul versante del contenuto, il concetto in questione permette infatti di focalizzare l'attenzione sulle carenze che intervengono nella "accumulazione" del capitale umano nelle fasi che precedono l'ingresso nel mondo del lavoro. Il riferimento è ai temi, tra loro collegati, della asimmetria informativa e del *mismatch* tra la offerta formativa e la domanda del mercato, che provocano i fenomeni in precedenza osservati della disoccupazione, della sotto-occupazione e del lavoro di bassa qualità. Investire sulla produttività come chiave di accesso al "lavoro decente" richiede di sintonizzare gli strumenti regolativi (come i contratti di lavoro), e forse anche i valori che stanno alla base della formazione e della interpretazione delle regole, in coerenza con il fine di agevolare l'incontro tra domanda e offerta.

Dal punto di vista del metodo, il concetto di transizione scuola-lavoro richiama immediatamente la necessità di un approccio regolativo fortemente istituzionalizzato, non fondato sulla imposizione di una autorità esterna bensì sulla partecipazione di tutti i soggetti portatori di interessi rilevanti in materia (potere pubblico, parti sociali, istituzioni educative e formative). Solo una forte struttura istituzionale, composta da tutti i soggetti citati, può accompagnare efficacemente la costituzione dei raccordi tra i diversi segmenti di cui si compone questa complessa fase della vita. Raccordi che, come detto, costituiscono la condizione essenziale per uno sviluppo del capitale umano effettivamente orientato alla produttività e, quindi, all'occupazione decente. Questo perché, da un lato, si tratta dei soggetti che meglio di tutti possono conoscere ed interpretare in chiave occupazionale le esigenze correlate ad ogni contingenza economica; dall'altro perché essi adempiono all'essenziale compito di sorvegliare e garantire contro il compimento di abusi (ad esempio, affinché gli schemi contrattuali utilizzati per avvicinare i percorsi formativi al mercato del lavoro non divengano fonte di approvvigionamento di manodopera a basso costo, oppure come mezzo per sostituire i lavoratori adulti con giovani più a buon mercato). Circostanza questa che potrebbe consentire di pervenire a una nuova concezione dei sistemi educativi e formativi, non più intesi come un mondo a sé stante e autoreferenziale, quanto piuttosto come una dimensione fortemente intrecciata con le dinamiche e le logiche di funzionamento dei mercati del lavoro.

Affinché l'assetto così prefigurato possa realizzarsi è dunque necessario, in un'ottica di relazioni industriali, che gli attori entrino con maggiore decisione e capacità progettuale nella costruzione di percorsi educativi e formativi coerenti con le esigenze del mercato del lavoro globale, anche instaurando reti e alleanze con istituzioni e soggetti di altri Paesi, in un importante gioco di anticipo rispetto alla soluzione dei problemi. Per avviare questo percorso si deve, ad avviso di chi scrive, affidare alle parti sociali e alle relazioni industriali tale gioco di anticipo. Il concetto di transizione scuola-lavoro può fungere a questo fine alla stregua di un percorso di integrazione complessiva tra il sistema formale di educazione e formazione professionale, inteso come un sistema unitario e di pari grado (con percorsi interscambiabili a partire dal livello secondario), e il mercato del lavoro (Figura 6) e non invece, come da tradizione, quale zona di confine tra sistema educativo e mercato del lavoro che vede contrapporsi politiche *ex ante* e politiche *ex post* (Figura 7).

Figura 6 – Capitale umano e mercato del lavoro: la proposta alternativa.

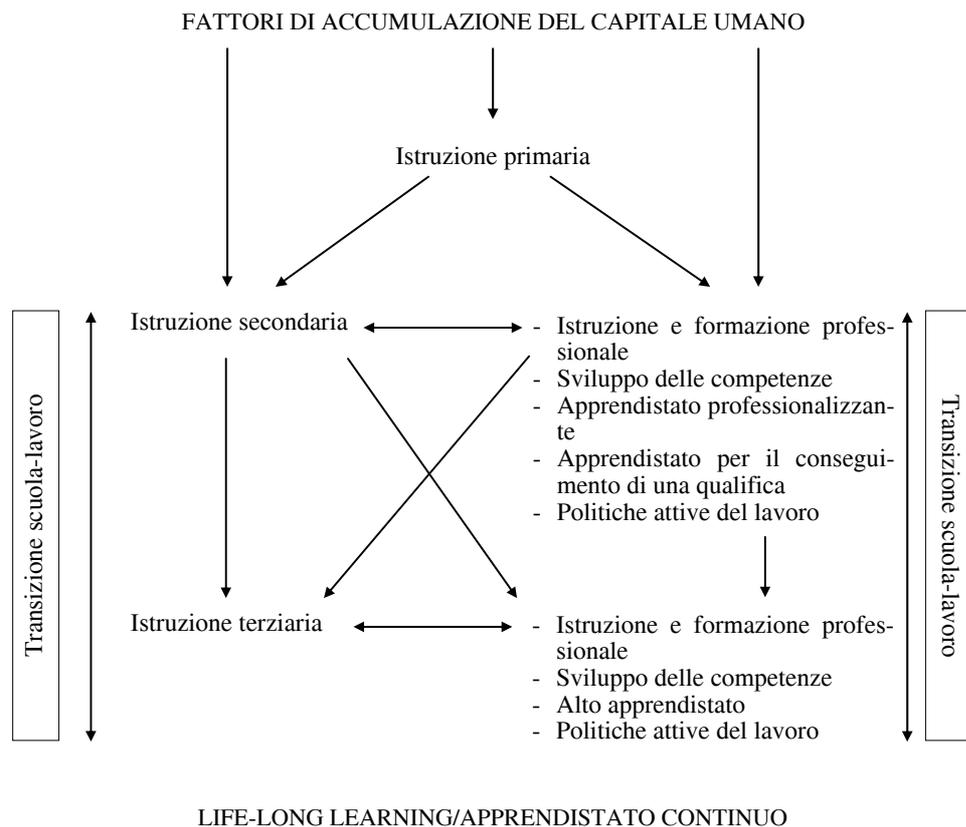
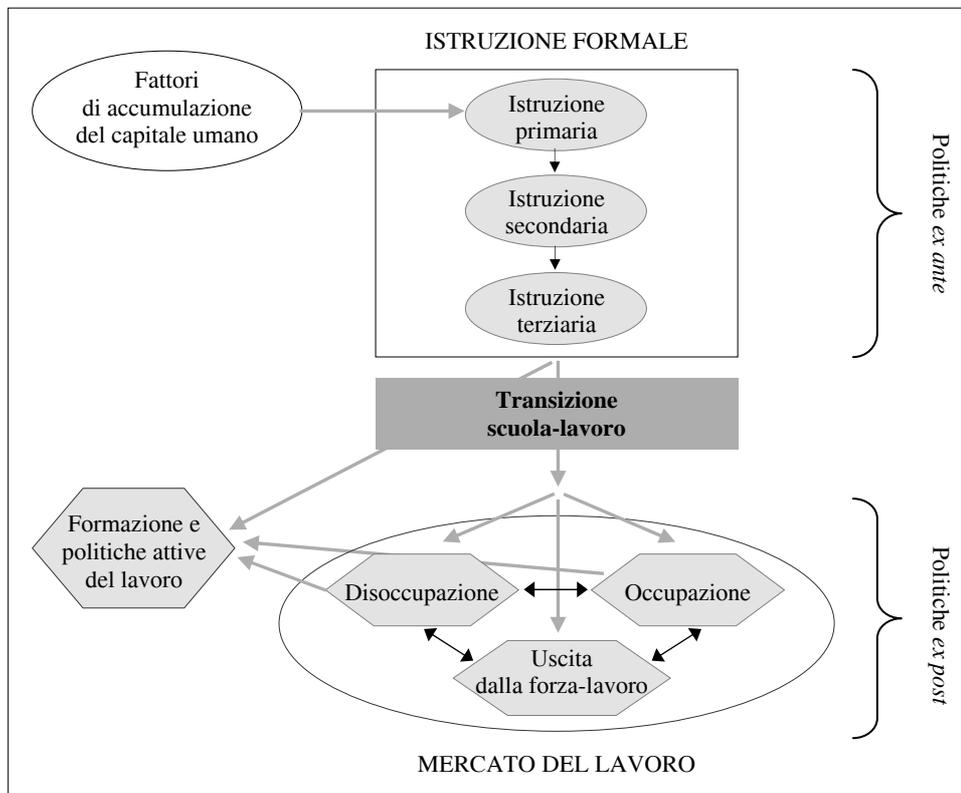


Figura 7 – Capitale umano e mercato del lavoro: l'impostazione tradizionale.



Fonte: ONU, Commissione Economica per l'Africa.

L'importanza di questo percorso è evidente solo se si ponga mente agli studi che hanno dimostrato come l'impatto degli interventi a sostegno dell'occupazione dei giovani svantaggiati diminuisca con l'avanzare dell'età⁽⁴⁷⁾. In altri termini, e come ha recentemente riconosciuto la Banca Mondiale in una importante indagine sulle politiche di sostegno della occupazione giovanile nell'Africa subsahariana⁽⁴⁸⁾, anticipare l'epoca degli interventi ad un periodo anteriore all'uscita dai percorsi educativi, ne aumenta il potenziale di buon esito.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. tra gli altri J. MARTIN, D. GRUBB, *What Works and for Whom. A Review of OECD Countries' Experiences with Active Labour Market Policies*, IFAU Working Papers, 2001, n. 14, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Giovani e lavoro*; J.J. HECKMAN, L. LOCHNER, *Rethinking Education and Training Policy: Understanding the Sources of Skill Formation in a Modern Economy*, in S. DANZIGER, J. WALDFORTEL (a cura di), *Securing the Future: Investing in Children from Birth to Adulthood*, Russel Sage Foundation, New York, 2000.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. F. ROTHER, *op. cit.*, 3, in cui si afferma che «addressing potential problems early has a greater return than when young people have left formal education». Tale opinione è condivisa dall'OECD, che in uno dei suoi periodici rapporti sull'occupazione ha osservato: «the evidence from the evaluation literature suggests the biggest pay-off for disadvantaged youths come from early and sustained interventions. Such interventions should begin before children enter the compulsory schooling system, and they should

Non si comprende pertanto perché, dopo aver riconosciuto la preferibilità di azioni preventive rispetto ad interventi *ex post*, la letteratura che si occupa di questi problemi non abbia la forza di procedere a una ricomposizione in chiave unitaria dei problemi della coerenza dei sistemi educativi e formativi con il mercato del lavoro in una ottica globale. Ciò può forse essere spiegato proprio con la mancanza di una riflessione interdisciplinare che riunisca, sotto un unico concetto trainante, le diverse specificità e competenze disciplinari. Eppure, solo una riprogettazione ad opera delle istituzioni e delle parti sociali dei percorsi educativi e formativi può consentire una realistica integrazione con il mondo del lavoro, tale da rispondere alle sfide della globalizzazione. E ciò tanto più considerando che, per i Paesi in via di sviluppo, il vero problema è ancora quello di garantire a tutti il livello primario di educazione. Di modo che pare irrealistico mantenere un sistema di educazione formale tradizionale per il secondo e il terzo livello quando in un numero ancora rilevante di casi neppure il primo livello viene conseguito⁽⁴⁹⁾.

L'esperienza internazionale e comparata ci segnala, al riguardo, talune buone pratiche che potrebbero ora essere sperimentate anche nei Paesi in via di sviluppo. Oltre alla espansione dei programmi di formazione professionale, ovvero all'apertura di canali di collegamento tra istruzione generalista e professionalizzante, esiste e può essere valorizzata una vasta gamma di esperienze lavorative incardinate all'interno di programmi scolastici (*school-based workplace experience*). Tali esperienze variano dalla prestazione gratuita di lavoro ad accordi per prestazioni retribuite alternate a periodi di frequenza a lezioni frontali, all'interno di un dato intervallo temporale (giorno, settimana o periodo più ampio).

Le analisi che hanno investigato l'impatto di queste esperienze sull'occupabilità dei giovani che le hanno intraprese danno conto di una correlazione positiva. È del resto notorio che l'occupazione giovanile è relativamente alta nei Paesi, come la Germania e la Danimarca, in cui i sistemi di istruzione e formazione sono organizzati secondo uno schema "duale" che prevede l'ingresso nel mercato del lavoro attraverso esperienze di apprendistato che costituiscono un ottimo ponte tra il mondo della scuola e quello del lavoro. Il beneficio in questi casi è conseguenza del precoce contatto dei giovani con il mondo del lavoro.

È ben noto che in Paesi come quelli da ultimo citati gli schemi di apprendistato sono fondati sul presupposto della coesistenza armoniosa di diversi elementi interdipendenti. Da un lato i bassi livelli retributivi, che rendono l'apprendistato attrattivo per i datori di lavoro. Dall'altro la certificazione, e quindi la spendibilità nel mercato, delle qualifiche conseguite al termine dell'apprendistato, che rende tale contratto conveniente per i lavoratori. E, a legare insieme tali elementi, una solida base istituzionale costituita dalle associazioni datoriali e sindacali, che definiscono le qualifiche con l'intento di preservarne costantemente la validità nel mercato. Di qui il ruolo strategico non solo e non tanto dei soggetti pubblici, che possono sostenere finanziariamente queste iniziative, ma prima di tutto degli

be followed by intensive efforts to boost their performance in primary and secondary schooling and reduce drop-out rates»: cfr. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *Employment Outlook 2002. A Better Start for Youths?*, cit.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. UNITED NATIONS – ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA, *op. cit.*

stessi attori del sistema di relazioni industriali, che hanno un ruolo decisivo rispetto alla utilità di questi percorsi in alternanza.

Come dimostrano i deboli risultati delle esperienze di sostegno e implementazione del sistema di apprendistato sin qui avviate nei Paesi dell'Africa sub-sahariana⁽⁵⁰⁾, esiste certamente un complesso problema di trasposizione, ben noto agli studiosi di diritto comparato, di istituti che hanno i loro punti di forza in caratteristiche del tutto peculiari e tipiche dei sistemi nazionali in cui operano⁽⁵¹⁾. È comunque un dato di fatto che solo nei Paesi che utilizzano adeguatamente questo strumento i tassi di disoccupazione giovanile non si discostano poi molto da quelli della popolazione adulta⁽⁵²⁾, lasciando così intravedere una interessante connessione tra apprendistato e inserimento stabile e di qualità nel mercato del lavoro.

Il senso della nostra proposta va peraltro ben oltre un semplice intervento di riforma dei sistemi educativi e formativi in una (pur importante) ottica meramente nazionale⁽⁵³⁾, e si propone di sviluppare, con l'ausilio delle organizzazioni internazionali e della rete di attori sociali a livello internazionale e locale, una serie di iniziative di carattere globale. Esse potrebbero procedere nel senso di immaginare l'attivazione sistematica di flussi di manodopera tra le aree forti e le aree deboli, mediante interscambi di studenti (dai Paesi in via di sviluppo verso i Paesi sviluppati) e docenti (dai Paesi sviluppati ai Paesi in via di sviluppo) governati dalle istituzioni scolastiche e universitarie, secondo programmi educativi concordati, a livello locale, con le istituzioni e le parti sociali dei rispettivi Paesi in modo da intercettare i reali fabbisogni formativi.

Nella nuova economia, la ricchezza principale delle nazioni risiede nella dotazione di capitale umano. È il capitale umano il vero fattore di crescita e il motore del cambiamento. Da questo punto di vista i Paesi in via di sviluppo dispongono, rispetto alla vecchia Europa e alle altre economie occidentali caratterizzate da un vistoso invecchiamento della popolazione, di una enorme ricchezza che, per non essere spreca, va gestita non attraverso velleitarie regole giuridiche, ma soprattutto, come avvenuto in un recente passato in molte economie asiatiche, attraverso una riforma dei sistemi educativi e formativi su scala globale che va condotta in raccordo con le parti sociali. Un governo attivo di questo sistema potrebbe in effetti offrire ai giovani provenienti dall'Africa e dalle altre regioni in via di sviluppo una realistica alternativa rispetto alla disoccupazione, al lavoro sommerso o ai viaggi migratori della disperazione che alimentano flussi e ingressi clandestini.

La soluzione proposta non è certo di breve periodo e di facile implementazione e richiede un complesso sforzo ad opera degli attori del sistema educativo e formativo e di quelli del mercato del lavoro e delle relazioni industriali. Tuttavia non si intravedono, allo stato, valide alternative. C'è del resto ampia consapevolezza, tra i *policy-makers*, che il conseguimento di condizioni di lavoro decenti e produttive

⁽⁵⁰⁾ Cfr. F. ROTHER, *op. cit.*

⁽⁵¹⁾ Sulle insidie della trasposizione per il comparatista cfr. le riflessioni di M. WEISS in *q. Fascicolo*.

⁽⁵²⁾ Cfr. per tutti M. AXMANN, *op. cit.*

⁽⁵³⁾ In questa prospettiva il terreno è stato ampiamente dissodato, in Italia, da G. BERTAGNA, *Pensiero manuale. La scommessa di un sistema educativo e di istruzione e di formazione di pari dignità*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006.

per i giovani non possa essere perseguito attraverso misure frammentarie e isolate, bensì richieda un concorso coerente di politiche quali, tra l'altro, la modernizzazione dell'apparato normativo e il potenziamento dei servizi di orientamento, istruzione e formazione.

Il tema della transizione scuola-lavoro ci pare, da questo punto di vista, l'ambito migliore su cui lavorare e investire per ottenere qualche risultato di tipo strutturale, che superi cioè la endemica fragilità della crescita dei Paesi in via di sviluppo, basandosi del resto su una convenienza reciproca tra tutte le aree e le economie del mondo globale.

5. Chi scrive è ben consapevole che la prospettiva proposta in questo studio necessita di ulteriori verifiche e approfondimenti sul campo. Non si può tuttavia non notare, a conclusione del ragionamento, come l'impiego del concetto di transizione scuola-lavoro possa fornire un importante contributo a quei filoni di indagine che, da tempo, si interrogano sulla opportunità di una rifondazione del campo di riflessione teorico e dello statuto scientifico tanto del diritto del lavoro quanto delle relazioni industriali.

Per quanto innovativa, e oggetto di ulteriori verificazioni, questa prospettiva di indagine si colloca infatti, a livello teorico, nel solco di alcune recenti proposte dottrinali volte a estendere e modificare l'ambito di azione e studio sia del diritto del lavoro che delle relazioni industriali, al fine di confermarne la persistente attualità e utilità rispetto a un *trend* internazionale che sembra invece emarginare queste due aree disciplinari. Sotto il primo aspetto, non si può non richiamare quel filone dottrinale che ha recentemente proposto la necessità di riformulare (*recast*) la disciplina del diritto del lavoro declinandola alla stregua di un "diritto del mercato del lavoro" ⁽⁵⁴⁾, evidenziando con ciò come il paradigma dominante nel diritto del lavoro nella seconda metà del ventesimo secolo sia manchevole dei "poteri esplicativo e normativo" all'interno delle mutevoli procedure del mercato del lavoro (sia interno sia esterno alle imprese), delle nuove teorie economiche sul mercato del lavoro e delle sue istituzioni e, persino, di quelle larghe mutazioni nelle strutture della società nel suo insieme ricollegabili alla globalizzazione della economia e dei mercati. Sotto il secondo profilo, si deve invece ricordare quel recente filone dottrinale che, riflettendo sul paradigma originale delle relazioni industriali, così come sviluppato all'inizio del XX Secolo ⁽⁵⁵⁾, suggerisce di estendere considerevolmente l'ambito di osservazione ben oltre le dinamiche sindacali, in modo da abbracciare tutte le problematiche legate alle relazioni di lavoro. Opzione questa imprescindibile, in una economia globale, se non si vuole correre il rischio di una sempre maggiore marginalizzazione delle relazioni industriali rispetto alle libere logiche del mercato.

Un importante contributo, in questa direzione, potrebbe dunque derivare dalla ipotesi avanzata in questo studio, che propone infatti di governare le dinamiche della domanda e della offerta di lavoro mediante un raccordo su scala globale dei

⁽⁵⁴⁾ Cfr. C. ARUP, R. MITCHELL, *Dal diritto del lavoro al diritto del mercato del lavoro*, in *q. Rivista*, 2008, n. 2, 293-310.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. B. KAUFMAN, *Il principio essenziale e il teorema fondamentale delle relazioni industriali*, in *q. Rivista*, 2006, n. 4, 1107-1133.

sistemi educativi e formativi e dei mercati del lavoro, ritenendo di trovare in ciò una soluzione più efficace e realistica rispetto a una prospettiva regolatoria (o anche deregolatoria) resa sempre più debole e ineffettiva dalla perdita di sovranità degli Stati nazionali sul governo del mercato del lavoro. In questo senso non si vuole negare la tradizionale funzione di tutela del diritto del lavoro, ma semplicemente ricordare che il diritto del lavoro è un diritto della produzione prima ancora che un diritto distributivo, e che senza crescita e sviluppo si comprimono inevitabilmente le potenzialità del mercato del lavoro e le tutele dei lavoratori. Di qui la conferma della importanza decisiva del metodo delle relazioni industriali, in considerazione del fatto 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.

La sfida della occupazione giovanile nel mercato globale tra produttività del lavoro e investimento in capitale umano – Riassunto. *Il saggio muove dalla ricognizione dei profili di elevata complessità e delle contraddizioni che caratterizzano, in prospettiva comparata, il tema dell'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro. Le economie più avanzate registrano infatti, nel complesso, un progressivo innalzamento della età di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro che solleva non pochi problemi di carattere economico e sociale; per contro le economie dei Paesi in via di sviluppo presentano fenomeni propri delle fasi che hanno contrassegnato la nascita del moderno diritto del lavoro, legati a un massiccio sfruttamento della forza-lavoro giovanile e minore che, non di rado, risulta coinvolta in imponenti flussi migratori verso le aree geografiche più sviluppate. Seguendo una metodologia comparata, coordinata con i dati economici emergenti dalle più recenti indagini condotte dall'ILO e dall'OECD, gli AA. si propongono di individuare una chiave interpretativa che consenta di affrontare in modo unitario, su scala globale, il problema della occupazione giovanile e le sue interrelazioni con i temi della produttività e dell'investimento in capitale umano. La tesi è che tale chiave di lettura possa essere rinvenuta nel concetto di transizione scuola-lavoro, relegato finora ad un ruolo marginale nel dibattito delle relazioni industriali e del diritto del lavoro in particolare.*

Productivity, Investment in Human Capital and the Challenge of Youth Employment in the Global Market (Article in Italian) – Summary. *The essay starts by noticing the complexities and the contradictory aspects affecting, in a comparative perspective, the issue of access to the labour market on the part of young people. In the most advanced economies there has been a steady increase in the age at which young people enter the labour market, giving rise to significant economic and social problems. The economies of developing countries, on the other hand, are characterised by different trends, that bring the mind the early stages of modern labour law, with the large-scale exploitation of young workers and children, many of whom join the flow of migrants towards the more highly developed regions of the world, with the consequent risk of impoverishing human capital in the country of origin. The study adopts a comparative approach, based on the latest economic data on youth employment from ILO and OECD surveys. The aim is to identify a perspective for tackling in a global dimension the matter of youth employment and its connections with the issues of productivity and investment in human capital. For this purpose, it is proposed to make use of the school-to-work perspective: a concept that has so far attracted little attention from industrial relations and labour law scholars.*

*Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni:
problemi e prospettive di riforma*

**Le disposizioni in materia di organizzazione e lavoro
riguardanti le pubbliche amministrazioni: la “riforma Brunetta”**

Francesco Verbaro

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** La trasparenza nella gestione: la *total disclosure*. – **3.** I contratti di lavoro flessibili: le ulteriori modifiche dopo le misure di contenimento previste nella Legge Finanziaria per il 2008. – **4.** Gli ulteriori interventi in materia di collaborazioni autonome. a) Il requisito della professionalità. b) Le collaborazioni coordinate e continuative. c) Le disposizioni in materia di collaborazioni per gli enti locali. – **5.** Gli interventi in materia di contrattazione. – **6.** Il rafforzamento dei poteri datoriali: le modifiche sul tempo parziale e sul trattenimento in servizio. – **7.** Le disposizioni sulle assenze per malattia. – **8.** Le misure in materia di organizzazione e reclutamento. – **9.** Considerazioni conclusive.

1. Il Governo entrato in carica nel 2008 ha individuato – potremmo dire ancora una volta – nella riforma della pubblica amministrazione una delle direttrici di volta dell’azione politico-amministrativa.

Il Ministro per l’innovazione e la pubblica amministrazione, Renato Brunetta, economista del lavoro, ha voluto dare certamente una notevole spinta e visibilità all’azione dell’esecutivo in questo settore al punto da stimolare un’attenzione mediatica senza precedenti.

I provvedimenti in materia messi in campo dal Governo sono contenuti nel decreto legge n. 112 del 2008, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133, nel disegno di legge (AS 847) contenente *Delega al Governo finalizzata all’ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico* e nel disegno di legge di *Delega al Governo in materia di lavori usuranti e di riorganizzazione di enti, misure contro il lavoro sommerso e norme in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro (1441-quater)*.

Da questi provvedimenti è possibile ricavare alcuni filoni guida del nuovo processo di riforma:

- a) la trasparenza nella gestione dell’amministrazione e il superamento dell’auto-referenzialità;
- b) la revisione del ruolo della contrattazione e la nuova ripartizione delle competenze tra fonte legislativa e fonte contrattuale;
- c) il rafforzamento del potere datoriale della dirigenza;

* *Francesco Verbaro è Segretario generale del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali.*

- d) la valorizzazione del merito e della produttività attraverso una revisione del sistema dei controlli e dei vincoli alla contrattazione integrativa;
- e) le misure sull'organizzazione e sulle assunzioni volte a ridurre le spese di funzionamento;
- f) le misure per la migliore gestione delle risorse umane nel settore pubblico.

Finita una fase di interventi episodici, contenuti spesso in decreti legge *omnibus* ⁽¹⁾ o nelle Leggi Finanziarie composte di un unico articolo e centinaia di commi, si sentiva da più parti l'esigenza di intervenire in maniera sistematica per correggere le diverse patologie emerse negli anni e per superare quei "fallimenti" che una contrattualizzazione formale e incontrollata ha, di fatto, generato.

Se una correzione di politica del diritto emerge rispetto a quella proposta negli ultimi anni, questa può essere individuata nel superamento della "concertazione" e della "pancontrattualizzazione" come passaggio necessario per ricreare una dialettica fisiologica e vera tra parte pubblica e rappresentanti dei lavoratori. Pertanto, pur essendo molti gli interventi pubblicitari previsti nei provvedimenti e progetti indicati, questi vanno di fatto a comprimere una "cattiva" contrattazione ed a ristabilire un rapporto paritetico tra le parti, fino adesso sbilanciato a favore delle organizzazioni sindacali.

Il processo di contrattualizzazione del rapporto di lavoro avviato negli anni Novanta non ha tenuto conto di alcune dinamiche fortemente presenti e ricorrenti nella gestione delle risorse pubbliche quali la corporativizzazione delle relazioni industriali, l'evoluzione delle organizzazioni sindacali nell'area mediterranea e, in generale, del comportamento delle classi dirigenti rispetto alle istituzioni pubbliche e il ruolo pervasivo, ma poco orientato al servizio, di queste nella società e nell'economia italiana.

Come è stato ricordato il processo di decentramento amministrativo e costituzionale da un lato e la forte autonomia "normativa" riconosciuta con la fonte contrattuale dall'altro hanno trovato classi dirigenti e amministratori il più delle volte impreparati, se non "collusi", rispetto ad interessi "altri" da quello pubblico, generando non pochi guasti nella gestione delle risorse umane e nel funzionamento delle pubbliche amministrazioni.

Proprio quei mali che la contrattualizzazione del rapporto di lavoro si prefiggeva di superare, come l'aumento dei costi, i vuoti normativi, le disposizioni illegittime e particolari, la rigidità nella gestione del personale, hanno trovato un loro peggioramento.

Il processo di riforma avviato in questa legislatura, anche attraverso il decreto legge n. 112 del 2008, mira complessivamente a responsabilizzare una "élite" dirigente nella gestione delle risorse pubbliche materiali e immateriali, iniziando dalla gestione delle risorse umane, in una fase storica delicata per il nostro Paese nella quale si vorrà dare piena attuazione al processo federalistico avviato parzialmente negli anni Novanta. Non potrà esserci federalismo, più o meno solida-

⁽¹⁾ Si ricordano in particolare: il d.l. n. 7/2005; il d.l. n. 115/2005; il d.l. n. 4/2006; d.l. n. 223/2006; d.l. n. 262/2006. Si ricordano inoltre le Leggi Finanziarie di riferimento di questi anni approvate attraverso articoli unici o comunque limitati: l. n. 289/2002, l. n. 350/2003, l. n. 311/2004, l. n. 266/2005, l. n. 296/2006 e l. n. 244/2007, tutte in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Pubblico impiego (Leggi finanziarie)*.

le, senza una reale trasparenza e responsabilità nella gestione delle risorse pubbliche.

2. La riforma del lavoro pubblico e l'“ottimizzazione della produttività del lavoro”, nell'approccio adottato dal Governo, presuppongono un modo diverso di intendere la gestione delle amministrazioni e delle risorse assegnate, senz'altro più efficiente, rispondente ai bisogni dei cittadini e degli utenti e, quindi, trasparente e soggetto a controllo da parte di quest'ultimi, in linea con gli obiettivi generali della riforma degli anni Novanta.

La mancanza di controlli efficaci e moderni spinge oggi il legislatore a potenziare il controllo principale che dovrebbe essere attivato nella gestione delle risorse pubbliche: il controllo sociale.

Le misure adottate sulle collaborazioni autonome, relativamente agli obblighi di pubblicità e trasparenza ⁽²⁾, ad esempio, stanno producendo risultati positivi e altrettanto si spera avvenga in generale su molte altre voci di spesa. Si ricordano il comma 598 dell'articolo 2 della legge n. 244 del 2007, che prevede l'obbligo di pubblicare i piani triennali di razionalizzazione delle spese di funzionamento e il recente articolo 67 del decreto legge n. 112 del 2008 in materia di contrattazione integrativa.

Lo stesso disegno di legge *Delega finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico* (AS 847) prevede, tra i suoi principi, anche quello di rendere pubblica e leggibile la spesa per il personale, con riferimento ai servizi e alle funzioni delle amministrazioni.

Tali misure di trasparenza e accessibilità dei dati si rivelano di particolare interesse nel momento in cui il nostro Paese intende completare con forza il processo federalista intrapreso nel 2001, in quanto consentono di conoscere l'ammontare e il tendenziale di un aggregato finanziario importante quale è la spesa per il personale, che ha inficiato in questi anni la sostenibilità dei bilanci di molti enti. Il dissesto finanziario di molte amministrazioni locali (vedi Taranto e Catania) o di Regioni e di sistemi sanitari è stato favorito anche da politiche per il personale clientelari e corporative, tutte a discapito del funzionamento degli enti.

Il decreto legge n. 112 del 2008, su questo aspetto, proseguendo un filone già intrapreso dal legislatore con la Legge Finanziaria per il 2008 (legge n. 244 del 2007), ha ampliato l'ambito oggettivo a cui applicare i principi di trasparenza e pubblicità.

Con riferimento ad un fenomeno ampiamente diffuso, specialmente negli enti locali, come le società a totale partecipazione o controllo, viene previsto anche per questi soggetti, attraverso l'articolo 18 del decreto legge, l'obbligo di adottare procedure trasparenti per il reclutamento di personale e per il conferimento degli incarichi di collaborazione. Le società a totale partecipazione pubblica, pertanto, dovranno adottare dei regolamenti in merito per disciplinare tali procedure nel

⁽²⁾ In particolare ricordiamo diverse disposizioni, inserite in maniera poco coordinata, come l'art. 7, comma 6, del d.lgs. 165/2001; il comma 14 dell'art. 53 dello stesso decreto legislativo; i commi 54, 55 e 56 dell'art. 3 della l. n. 244/2007 e il comma 18 dell'art. 3 della l. n. 244/2007, che hanno portato negli ultimi anni ad una diminuzione delle collaborazioni e degli importi medi delle stesse (Dati Anagrafe delle Prestazioni, Dipartimento della Funzione Pubblica, Elaborazioni Uppa, 2007).

rispetto dei principi di «trasparenza, pubblicità e imparzialità». All'articolo 61, comma 4, si prevede una modifica all'articolo 53 del decreto legislativo n. 165 del 2001 in materia di trasparenza sulle collaborazioni, che assegna al Dipartimento della funzione pubblica il compito di trasmettere alla Corte dei Conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di effettuare la comunicazione allo stesso Dipartimento per l'Anagrafe degli incarichi di collaborazione, prevista entro il 30 giugno di ogni anno.

3. Dopo il drastico intervento legislativo, operato dal Parlamento, in sede di Legge Finanziaria per il 2008 ⁽³⁾, al fine di contenere la forte pressione politica e sindacale scaturita dalle disposizioni in materia di “stabilizzazione” e il continuo ricorso delle pubbliche amministrazioni al lavoro flessibile, il legislatore ha voluto riaprire circa il possibile ricorso al lavoro flessibile, pur prevedendo delle significative limitazioni.

In particolare l'articolo 49 del decreto legge, che riscrive l'articolo 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001, pur superando il vincolo temporale dei tre mesi precedentemente previsto, afferma i principi di rigore già al comma 1, dove si prevede che le esigenze connesse al fabbisogno ordinario vengono soddisfatte con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Tale principio, che richiama il comma 01 dell'articolo 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, mira chiaramente ad affermare il peculiare rapporto tra pubbliche amministrazioni e fabbisogno temporaneo di personale. In questo senso, pur contraddetti dai dati reali, è corretto ricordare come i contratti di lavoro flessibili nel settore pubblico non devono costituire una modalità di reclutamento, stante il divieto di trasformazione operante nelle pubbliche amministrazioni e le numerose e continue disposizioni in materia di riduzione degli organici e limitazioni del reclutamento.

Il contenuto delle disposizioni riflette fortemente l'esperienza negativa, nel ricorrere a certe tipologie contrattuali, registrata nel settore pubblico negli ultimi dieci anni ⁽⁴⁾, nonostante i tetti di spesa e le limitazioni poste dall'ordinamento.

Al comma 2 viene previsto un “causalone”, specifico per le pubbliche amministrazioni le quali, per «esigenze temporanee ed eccezionali», possono ricorrere a tutte le tipologie contrattuali flessibili, ivi compreso il contratto con le agenzie di somministrazione.

Queste “esigenze”, fortemente limitative, si aggiungono a quelle previste al comma 1 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001, e sembrerebbero trovare erroneamente applicazione anche nei confronti dei contratti di formazione e lavoro, che continuano a vivere nelle pubbliche amministrazioni. Non pochi problemi potrebbe creare il requisito della “eccezionalità” rispetto alle esigenze

⁽³⁾ Si ricorda il comma 79 dell'art. 3 della l. n. 244/2007 (Legge Finanziaria per il 2008) che ha limitato fortemente il ricorso al lavoro flessibile «per periodi non superiori a tre mesi». Si veda anche la direttiva n. 3/2008 del Ministro per le riforme e le innovazioni nelle Pubbliche Amministrazioni contenente *Linee di indirizzo in merito alla stipula di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni in attuazione delle modifiche apportate all'art. 36 del Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 dall'articolo 3, comma 79, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008)*.

⁽⁴⁾ Si consenta sul punto il rinvio a F. VERBARO, *Il lavoro a termine nella pubblica amministrazione e le misure sulla stabilizzazione dei precari*, in *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, 2007, n. 6.

stagionali degli enti. Una scelta diversa rispetto a quella effettuata dal legislatore nello stesso decreto con le modifiche contenute all'articolo 21 al decreto legislativo n. 368 del 2001, attraverso le quali si chiarisce che si può rimandare anche a ragioni «riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro».

Una precisazione, già anticipata in circolari e pareri del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio, riguarda il divieto di ricorrere al contratto di somministrazione per l'esercizio di funzioni direttive, con riferimento, si ritiene, allo svolgimento di funzioni pubblicistiche e non alla totale ex carriera direttiva e dirigenziale.

Di particolare interesse il comma 3 del nuovo articolo 36, che si caratterizza per essere la disposizione "anti precariato" del nuovo articolo e per prevedere delle misure adeguate per porre fine al fenomeno dei rinnovi e dell'utilizzo del singolo lavoratore con più tipologie contrattuali da parte dello stesso datore di lavoro. Viene individuato un periodo oltre il quale si alimentano aspettative nei confronti del lavoratore e l'apposizione del termine ad un contratto appare strumentale, trattandosi probabilmente di un fabbisogno permanente dell'ente.

Non è semplice individuare i contratti che devono essere computati nella dizione "utilizzo del lavoro flessibile" contenuta al comma 3. Un'espressione che può contemplare, dato il termine "utilizzo" e la finalità della norma, sia il personale somministrato che il personale con contratto di collaborazione coordinata e continuativa. Certamente il limite di utilizzo di tre anni negli ultimi cinque non rileva in caso di successiva assunzione a tempo determinato a seguito di procedura concorsuale, chiaramente obbligatoria per poter procedere all'assunzione a tempo determinato. Il richiamo ai principi di imparzialità e trasparenza è evidentemente finalizzato ad evitare il formarsi del precariato attraverso il ricorso, *intuitu personae*, sempre agli stessi lavoratori.

Il comma 4 prevede la trasmissione al Dipartimento della funzione pubblica delle convenzioni stipulate dalle amministrazioni per collocare i lavoratori socialmente utili, fenomeno che ha contribuito a far crescere il numero dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche nonostante il blocco delle assunzioni.

L'ultimo comma dell'articolo 36, così come sostituito dall'articolo 49 del decreto legge, richiama le responsabilità in capo al dirigente in caso di violazione delle disposizioni in materia di lavoro flessibile, con un esplicito riferimento anche alla responsabilità dirigenziale ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286.

È mancato in questa sede un intervento correlato e necessario riguardo alle disposizioni vigenti in materia di stabilizzazione e di proroghe finalizzate alla stabilizzazione⁽⁵⁾, che certamente appaiono in forte contrasto con lo spirito dell'attuale legislatore rivolto a considerare il fattore "personale", non una variabile indipendente o sociale, ma un importante fattore di produzione. Le aspettative alimentate da tali disposizioni e le proroghe previste appaiono certamente in contrasto con le nuove disposizioni in materia di contratto a termine e, soprattutto, con le nuove disposizioni in materia di assunzioni per il triennio 2009-2011. Evidente è in me-

⁽⁵⁾ Si ricordano in particolare i commi 519, 520, 558, 565, 566 e 940 dell'art. 1 della l. n. 296/2006 e i commi 90, 92, 93, 94, 95, 96, 99 e 106 dell'art. 3 della l. n. 244/2007. A questi occorre aggiungere altre specifiche disposizioni per singole amministrazioni o comparti.

rito il contrasto tra il nuovo articolo 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001 e i commi 529 e 560 dell'articolo 1 della legge n. 296 del 2006 (Legge Finanziaria per il 2007), ancora in vigore, che prevedono l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di riservare nei concorsi per le assunzioni a tempo determinato il 60 per cento dei posti messi a concorso al personale già utilizzato con contratti di collaborazione coordinata e continuativa ⁽⁶⁾.

4. Continua l'intervento del legislatore nazionale in materia di collaborazioni autonome nelle pubbliche amministrazioni con ulteriori correttivi all'articolo 7, comma 6 del decreto legislativo n. 165 del 2001 e alle disposizioni specifiche in materia previste per gli enti locali nella legge n. 244 del 2007.

Come è noto, in questi anni, il legislatore ha riservato una continua attenzione al tema delle collaborazioni, con particolare riferimento alla spesa, potendo individuare comunque dei tetti di spesa specifici per le amministrazioni centrali dello Stato, gli enti pubblici non economici, le università e gli enti di ricerca. Ultimamente l'intervento legislativo è stato rivolto a ridefinire i presupposti di legittimità sulla base dei quali è possibile ricorrere alle collaborazioni autonome, cercando di superare molte delle ambiguità che una legislazione superficiale, genericamente rivolta alle "consulenze", ha prodotto, generando contraddizioni anche in seno alla giurisprudenza e alle pronunce della magistratura contabile.

Le disposizioni introdotte in maniera incerta e poco coordinata hanno spesso fatto riferimento ad alcuni contenuti e prestazioni (ricerca, studio, consulenza) prescindendo dalla modalità, durata e presupposti della collaborazione, creando spesso dei *vulnus* pericolosi in una legislazione che si poneva come rigorosa. Da qui le modifiche intervenute con il decreto legge n. 223 del 2006 e, da ultimo, con l'articolo 49 del decreto legge n. 112 del 2008, convertito nella legge n. 133 del 2008. A fianco di questi interventi di razionalizzazione, altri collocati in Leggi Finanziarie e decreti "taglia spese", meno puntuali o rivolti ad alcuni settori specifici come la ricerca o gli enti locali.

Le disposizioni contenute nel decreto legge n. 112 del 2008 in materia di collaborazione intervengono su disposizioni già modificate dalla legge n. 244 del 2007 (Legge Finanziaria per il 2008) e dal decreto legge n. 223 del 2006 (c.d. "Decreto Bersani"), che nel delimitare e circoscrivere i casi in cui è possibile ricorrere alle collaborazioni e alle procedure di evidenza pubblica da rispettare, avevano generato più di un dubbio sull'ambito di applicazione delle disposizioni.

Un dato letterale non sempre pulito, ma attento genericamente a fenomeni macro come il "preariato" o le "consulenze", ha creato incertezza sulle fattispecie contrattuali da sottoporre alle limitazioni. Occorre ricordare la posizione del Dipartimento della funzione pubblica che più volte ha ribadito il carattere onnicomprensivo dell'articolo 7, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001 dando una lettura sistematica e razionale delle diverse disposizioni in materia di colla-

⁽⁶⁾ In merito si segnala il parere del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 49/2008 (in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Pubblico impiego*), in merito alle modalità di applicazione del nuovo art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 anche con riferimento alle disposizioni in materia di stabilizzazione.

borazioni autonome, da ultimo con la circolare 11 marzo 2008, n. 2 ⁽⁷⁾, emessa dal Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione. Poco razionale si è mostrata, invece, quella lettura, a volte più fedele al testo, che rilevava differenti limiti e regimi in base al contenuto della prestazione o alla modalità in cui veniva effettuata la prestazione (occasionale o coordinata e continuativa).

I numerosi pareri delle sezioni regionali della Corte dei Conti, discordi tra loro, e la deliberazione della Corte dei Conti in sezione delle autonomie nell'adunanza del 14 marzo 2008 n. 6, in contrasto con le pronunce e le circolari del Dipartimento della funzione pubblica, hanno reso incerto il quadro normativo da cui dovrebbero derivare responsabilità amministrative e contabili per i dirigenti e gli amministratori.

L'articolo 46 del decreto legge n. 112 del 2008, quindi, si colloca in questo quadro, diretto a superare alcuni dei dubbi e delle criticità emerse nella fase applicativa successiva all'entrata in vigore delle disposizioni contenute nella legge n. 244 del 2007, con particolare riferimento ai seguenti profili.

a) Il requisito della professionalità.

Con la Legge Finanziaria per il 2008 il legislatore era intervenuto cercando di circoscrivere il ricorso alle collaborazioni elevando il requisito dei soggetti a cui è possibile conferire incarichi di collaborazione.

Le spinte provenienti dalle organizzazioni sindacali e dal Parlamento verso la "stabilizzazione" del personale con contratti di collaborazione autonoma aveva portato alla necessità di rafforzare «l'alta qualificazione della prestazione» prevedendo il requisito, al comma 6 dell'articolo 7 del decreto legislativo n. 165 del 2001, della «particolare e comprovata specializzazione universitaria» (comma 76, dell'articolo 3 della legge n. 244 del 2007).

Il nuovo comma 6, così come modificato dall'articolo 46, comma 1, del decreto legge n. 112 del 2008, prevede che la specializzazione possa essere «anche universitaria», prevedendo che si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di iscrizione ad ordini e albi o di collaborazioni attivate nel campo dell'arte, dello spettacolo e dei mestieri artigianali. Una precisazione necessaria per evitare di escludere professionalità qualificate in settori nei quali la specializzazione non è necessariamente connessa al titolo di studio della laurea.

I presupposti di legittimità vengono ulteriormente riscritti e precisati riprendendo i principi della giurisprudenza contabile più rigorosi, solo in base ai quali è possibile attivare una collaborazione autonoma nelle pubbliche amministrazioni, dovendo le amministrazioni far fronte ai fabbisogni professionali prima di tutto con il personale interno.

b) Le collaborazioni coordinate e continuative.

Le disposizioni di carattere finanziario in materia di collaborazioni e di spesa per il personale hanno alimentato la tesi di chi sostiene che le limitazioni di rigore

⁽⁷⁾ Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 2/2008, Legge 24 dicembre 2007, n. 244, disposizioni in tema di collaborazioni esterne, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Pubblico impiego*.

sulle collaborazioni si applichino solo a quelle occasionali, facendo ricadere le collaborazioni coordinate e continuative in un limbo vantaggioso.

Le modifiche apportate dal decreto legge n. 112 del 2008 vanno a chiarire il carattere onnicomprensivo dell'articolo 7, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001 precisando che i presupposti di legittimità ivi elencati valgono anche per le collaborazioni coordinate e continuative e non solo per le collaborazioni autonome o d'opera professionale. Su questo aspetto il contrasto tra la Corte dei Conti e il Dipartimento della funzione pubblica è noto e dovrebbe trovare una soluzione con il terzo periodo del nuovo comma 6 dell'articolo 7.

In base a quest'ultimo non è possibile conferire incarichi di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie e distinguere, quindi, tra le collaborazioni occasionali, a cui si applicherebbero i diversi vincoli oggi previsti, finanziari e ordinamentali, tra cui quelli di pubblicità ed evidenza pubblica, e le collaborazioni coordinate e continuative, rientranti di fatto nel lavoro "parasubordinato".

Proprio questa distinzione ha creato forti ambiguità ed ha favorito il moltiplicarsi delle co.co.co. nel settore pubblico a cui, ricordiamo, non si applicano le disposizioni contenute nella legge n. 30 del 2003 e nel decreto legislativo n. 276 del 2003 in materia di collaborazioni a progetto.

L'applicazione delle disposizioni limitative in materia di collaborazioni a tutte le tipologie contrattuali, prescindendo dal contenuto della prestazione, viene confermata, inoltre, dalle disposizioni specifiche rivolte agli enti locali.

c) Le disposizioni in materia di collaborazioni per gli enti locali.

L'articolo 46 interviene a modifica delle disposizioni introdotte nella legge n. 244 del 2007 per gli enti locali e, in particolare, dei commi 55 e 56 dell'articolo 3 della Legge Finanziaria per il 2008. Questi ultimi, facendo riferimento rispettivamente ad «incarichi di studio o di ricerca, ovvero di consulenze» e ad «incarichi di collaborazione, di studio o di ricerca, ovvero di consulenze», avevano escluso dal presupposto di utilità istituzionale e dalla regolamentazione il fenomeno più ampio (e patologico) presente negli enti locali quale è quello delle collaborazioni coordinate e continuative.

In ogni caso anche il legislatore in sede di conversione del decreto legge n. 112 del 2008, ha modificato in riduzione il tetto di spesa previsto in materia di studi e incarichi di consulenza (articolo 61) alla legge n. 266 del 2005 applicando a decorrere dal 1° gennaio 2009 un tetto pari al 30 per cento della spesa registrata nell'anno 2004. Poteva essere questa un'ulteriore occasione per porre ordine alle diverse limitazioni di carattere finanziario vigenti, che si fondano su una distinzione poco coerente tra "consulenze e studi" e collaborazioni coordinate e continuative⁽⁸⁾.

5. Accanto ai principi di riforma della contrattazione contenuti nel disegno di legge delega (Atto Senato n. 847), rivolti a rivedere in particolare la contrattazio-

⁽⁸⁾ Il comma 187 dell'art. 1 della l. n. 266/2005, così come modificato dall'art. 1, comma 538, della l. n. 296/2006, e successivamente dal comma 80 dell'art. 3 della l. n. 244/2007, prevede a decorrere dal 2008 un tetto di spesa per contratti a tempo determinato e per collaborazioni coordinate e continuative pari al 35% di quella sostenuta nel 2003.

ne integrativa, vengono adottate nel decreto legge alcune disposizioni di carattere finanziario e ordinamentale di rigore e di controllo in linea con lo spirito dei provvedimenti e delle proposte legislative citate.

All'articolo 67 (commi 1 e 2) sono contenute delle misure in materia, specifiche per le amministrazioni statali, volte a sospendere per il 2009 i finanziamenti previsti da disposizioni speciali a favore dei fondi per il finanziamento della contrattazione integrativa. Dal 2010 tali fondi potranno essere utilizzati con una decurtazione del 20 per cento. Al comma 5 si interviene su una disposizione già adottata in passato (comma 189, dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266) volta a bloccare i fondi di amministrazione delle amministrazioni statali, enti pubblici non economici, università, enti di ricerca riducendo del 10 per cento l'ammontare complessivo previsto per l'anno 2004, così come certificato dagli organi di controllo.

Con il comma 7 dell'articolo 67 vengono apportate delle modifiche all'articolo 47 del decreto legislativo n. 165 del 2001 in materia di controlli e certificazione dei contratti da parte della Corte dei Conti, a correzione delle modifiche di semplificazione e attenuazione dei controlli introdotte con il comma 548 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Viene precisato, con il nuovo comma 6 dell'articolo 47 del decreto legislativo richiamato, che in caso di certificazione non positiva della Corte dei Conti le parti non possono procedere alla sottoscrizione definitiva dell'ipotesi di accordo e vi è l'obbligo per l'Aran di riaprire le trattative. Il nuovo comma 7 dello stesso articolo 47 del decreto legislativo n. 165 del 2001, definisce i termini a disposizione di ogni soggetto interessato al procedimento di certificazione del contratto, chiarendo successivamente (comma 7-bis) che tutti i termini indicati si intendono riferiti a giornate lavorative. Tali interventi sono diretti ad assicurare l'esercizio dell'attività di controllo e certificazione da parte degli organi e delle strutture competenti (Dipartimento della funzione pubblica, Dipartimento della ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'economia e delle finanze, Corte dei Conti).

Infine, in attesa della riforma della contrattazione viene introdotto un sistema di monitoraggio non solo di carattere meramente finanziario ma riguardante, altresì, i sistemi di utilizzo del fondo e di gestione delle risorse umane. È interessante l'attenzione che viene dedicata (comma 9) ai criteri utilizzati per la distribuzione dei fondi con riferimento al merito individuale, alla valorizzazione dell'impegno e ai sistemi di valutazione e selezione, non sempre previsti o rigorosi, adottati per le progressioni economiche. Anche su tale tipologia di spesa e sugli istituti della contrattazione integrativa viene previsto l'obbligo di pubblicazione sul sito *web* dell'Ente di tutte le informazioni e i dati di carattere finanziario e gestionale trasmessi all'organo di controllo.

Responsabile del monitoraggio sull'applicazione delle misure introdotte dall'articolo 67 del decreto legge è il Collegio dei Revisori dei Conti che, in caso di inadempimento, verifica circa l'applicazione della sanzione di blocco delle risorse destinate alla contrattazione integrativa.

Emerge, in generale, una sfiducia, spesso ben fondata, sulle capacità delle amministrazioni di gestire la contrattazione collettiva e di saper rappresentare in tale sede gli interessi organizzativi e di funzionamento degli enti. I significativi incrementi delle retribuzioni da un lato e l'attivazione di meccanismi di carriera e

gestione automatici e non meritocratici dall'altro hanno prodotto un aumento incontrollato della spesa e una rigidità nell'impiego del personale a tempo indeterminato, determinando degli effetti gravi sul buon andamento delle amministrazioni in contrasto con quanto auspicato dal legislatore ⁽⁹⁾.

Le critiche sull'eccessivo intervento pubblicistico nella contrattazione non tengono conto non solo delle patologie che si sono manifestate in questi primi quindici anni di esperienza, ma delle specificità del settore pubblico e delle dinamiche che si registrano nelle organizzazioni del lavoro afferenti alle amministrazioni pubbliche. D'altronde, il diritto del lavoro come diritto vivo non può non tenere conto della funzionalità rispetto alla tutela dei cittadini e dei servizi (che non hanno voce), dei reali rapporti di forza (e non quelli teorici) e degli interessi meritevoli di tutela in gioco.

Il diritto del lavoro anche nel settore pubblico non può essere un diritto astratto, così come la "convergenza con il settore privato" non può porre l'attenzione sulle regole a valle (garantismo dei lavoratori) prescindendo dalle macro regole a monte (attenzione al risultato e al servizio prodotto).

In questo caso emerge una paradossale funzione mediatrice e di riequilibrio della legislazione del lavoro, che caratterizza l'essenza stessa del diritto del lavoro.

Comitati di settore irresponsabili possono certamente portare a contratti illegittimi, non compatibili finanziariamente e con risvolti gestionali penalizzanti per il funzionamento delle amministrazioni. Un recente esempio ci è stato dato dal contratto del personale dell'università 2006-2009, firmato dall'Aran nel luglio 2008 e contenente più di uno svantaggio per la parte datoriale. In questo caso la Conferenza dei rettori italiani, in qualità di Comitato di settore competente, non è riuscita a rappresentare e a difendere gli interessi dell'amministrazione universitaria.

6. I diversi commenti degli ultimi anni, rivolti a mettere al centro della gestione amministrativa la figura del dirigente, hanno concordato sull'esigenza di rafforzare i poteri datoriali della stessa, stante una cattiva contrattazione collettiva e una legislazione attenta, prevalentemente, a risvolti finanziari che hanno compresso ulteriormente le prerogative datoriali.

Le disposizioni contenute all'articolo 72, in materia di esodi e collocamento a riposo, e all'articolo 73 sul tempo parziale si collocano in questa direzione.

L'articolo 72 disciplina tre diversi istituti diretti a rafforzare l'attività di programmazione e il potere datoriale con riferimento alla cessazione del rapporto di lavoro in prossimità del collocamento a riposo.

Dai commi 1 a 6 viene disciplinato un meccanismo di esonero su richiesta del dipendente che si trovi a cinque anni di distanza dalla maturazione dell'anzianità massima contributiva di 40 anni. È data facoltà all'amministrazione di accogliere l'istanza in base alle proprie esigenze organizzative, tenendo conto del personale interessato da processi di riorganizzazione e ristrutturazione o appartenente a

⁽⁹⁾ Tra tutti ricordiamo: il *Libro verde sulla spesa pubblica – Spendere meglio: alcune prime indicazioni*, 2007, del Ministero dell'economia e delle finanze; G. PISAURO, *Le storture del pubblico impiego riformato*, in *RTDPub*, 2008, n. 2, 449-459; C. DELL'ARINGA, G. DELLA ROCCA (a cura di), *Pubblici Dipendenti: una nuova riforma*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007; L. BELLARDI, U. CARABELLI, A. VISCOMI, *Contratti integrativi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato*, Cacucci, Bari, 2007.

qualifiche per le quali è prevista una riduzione di dotazioni organiche, anche in considerazione dei processi di esternalizzazione e informatizzazione delle funzioni e dei processi.

Durante il periodo di esonero dal servizio spetta un trattamento economico pari al cinquanta per cento di quello complessivamente goduto (con una probabile difficoltà di calcolo delle voci accessorie) che può essere incrementato fino al settanta per cento qualora il dipendente svolga, in modo continuativo ed esclusivo, attività di volontariato. All'atto del raggiungimento dei limiti di età contributiva il lavoratore ha diritto al trattamento economico di previdenza che sarebbe spettato se fosse rimasto in servizio.

Un importante intervento viene effettuato sul trattenimento in servizio da 65 a 67 anni ⁽¹⁰⁾ che viene sottoposto alla valutazione del datore di lavoro, non assumendo il carattere di diritto soggettivo e consentendo all'amministrazione di valutare di volta in volta, sulla base delle esigenze professionali e dei processi di ristrutturazione in corso, i casi in cui accogliere le richieste di trattenimento in servizio. Sono fatti salvi i trattenimenti in servizio in essere alla data di entrata in vigore del decreto legge e quelli disposti sulla base delle domande presentate nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore del decreto, con riferimento comunque ai trattenimenti che decorrerebbero entro il 31 dicembre 2008. Per i trattenimenti a decorrere dal 1° gennaio 2009 è possibile rivedere i provvedimenti adottati con atti di revoca motivati, mentre i trattenimenti autorizzati a decorrere dal 1° gennaio 2010 decadono e i dipendenti interessati sono tenuti a presentare una nuova istanza.

A tal fine le amministrazioni dovranno dotarsi di criteri oggettivi, razionali e predeterminati a cui far riferimento a garanzia della correttezza e buona fede dell'azione datoriale.

L'ultimo comma dell'articolo 72 introduce, a favore delle amministrazioni, uno strumento di risoluzione del rapporto di lavoro nei confronti del personale che compie i 40 anni di anzianità massima contributiva, assicurando un preavviso di sei mesi. Un istituto, questo della risoluzione, che consente ai datori di lavoro pubblici di poter programmare le fuoriuscite di personale e di effettuare dei processi di riorganizzazione e ristrutturazione reali. Appare evidente il mutamento di orientamento non più rivolto ad assicurare al dipendente la permanenza in servizio su sua istanza, a prescindere dagli interessi dell'amministrazione, ma teso a rafforzare le prerogative aziendali in capo alle amministrazioni.

Anche l'istituto del tempo parziale subisce importanti modifiche dirette a riconoscere alle amministrazioni il potere di valutare, a discrezione, la concessione o meno della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. La legge n. 662 del 1996 aveva regolamentato il part-time nelle pubbliche amministrazioni come diritto soggettivo alla trasformazione del rapporto, in connessione di una campagna contro il doppio lavoro consentendolo solo in presenza di un part-time non superiore al 50 per cento. L'approccio di carattere finanziario portava alla considerazione che, comunque, un dipendente a tempo parziale portava ad un beneficio economico indipendentemente dalla professionalità dello stesso e del suo ruolo in quel momento nell'organizzazione del lavoro.

⁽¹⁰⁾ Cfr. art. 16 del d.lgs. n. 503/1992.

Oggi l'amministrazione valuta se concedere la trasformazione e, comunque, le economie non confluiscono più indiscriminatamente al fondo, ma sono destinate per il 30 per cento ad economie di bilancio e per il 70 per cento ad incentivare la mobilità del personale in presenza di piani di mobilità e di riallocazione del personale presso altre sedi.

7. L'attenzione mediatica e degli addetti ai lavori sul tasso di assenteismo presente nel settore pubblico ha portato il legislatore ad intervenire, in occasione dell'emanazione del decreto legge n. 112 del 2008, con delle misure specifiche dirette a penalizzare le assenze per malattia e a prevedere un regime di particolare rigore delle stesse disapplicando la disciplina contrattuale vigente.

Viene introdotta, al comma 1 dell'articolo 71, una misura generale volta a colpire il trattamento economico da corrispondere nei primi dieci giorni di assenza per malattia, in base alla quale viene corrisposto il trattamento economico fondamentale «con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo nonché di ogni altro trattamento accessorio». I primi 10 giorni comportano sempre una decurtazione dell'accessorio consentendo di mantenere il trattamento tabellare, la posizione economica, la retribuzione individuale di anzianità ed eventuali assegni *ad personam*.

Al comma 2 si rafforza l'onere di certificazione in capo al lavoratore pubblico prevedendo, per periodi superiori a dieci giorni o dopo il secondo evento morboso, la presentazione di certificazione medica rilasciata da una struttura pubblica, intendendo per questa anche il medico convenzionato⁽¹⁾.

Viene rivisto con l'occasione anche il sistema dei controlli disciplinando per legge l'obbligo di disporre la visita fiscale anche in caso di un solo giorno di assenza, potendo tenere conto comunque delle esigenze organizzative e funzionali, e ampliando le fasce orarie di reperibilità, adesso dalle ore 8,00 alle 13,00 e dalle 14,00 alle 20,00 di tutti i giorni, compresi i non lavorativi e festivi.

Al fine di contenere il ricorso ai permessi nelle giornate in cui il lavoratore è tenuto al rientro pomeridiano, la contrattazione collettiva è delegata a stabilire una quantificazione esclusivamente ad ore di detti permessi (permessi per esigenze familiari, permessi, legge n. 104 del 1992, ecc.). Il comma 4 interviene anche sui permessi ancora da usufruire nell'anno in corso, generando qualche dubbio circa l'ambito di applicazione⁽²⁾. Un intervento sistematico della materia dovrà tenere conto della portata generale di alcune leggi (vedi la legge n. 104 del 1992), riferite ai lavoratori del settore pubblico e del settore privato che mostrano comportamenti organizzativi differenti.

Ambiziosa e non di facile applicazione si rivela la disposizione contenuta al comma 5 dell'articolo 71 che prevede di tenere conto delle assenze («non sono equiparate alla presenza») ai fini della distribuzione dei fondi di amministrazione. Tale disciplina rischia di avere degli effetti indesiderati, potendo portare le

⁽¹⁾ Si veda in merito il parere del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 45/2008, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Pubblico impiego*.

⁽²⁾ In merito si rinvia alle circolari del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 7/2008 e n. 8/2008, entrambe in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Pubblico impiego*.

amministrazioni a computare l'apporto dei singoli lavoratori sulla base della presenza anche su istituti fondati sulla misurazione della produttività.

Diverse le problematiche su queste disposizioni connesse all'esigenza di individuare le risorse decurtate, le voci della retribuzione, gli effetti sulla contribuzione e le esclusioni all'applicazione di tali misure.

8. Le tematiche relative all'organizzazione e al reclutamento vengono riproposte ancora una volta attraverso disposizioni rivolte alla riduzione delle strutture delle amministrazioni centrali dello Stato e al contenimento in generale della spesa per il personale. Data la potestà dello Stato in materia di coordinamento di finanza pubblica, riferita ai principi e obiettivi macro-economici e finanziari, nel decreto legge sono contenute diverse disposizioni che tengono conto dei diversi livelli di autonomia garantiti dal Titolo V della seconda parte della Costituzione.

Il processo di *downsizing* del settore pubblico riguarda tutti i settori e i comparti del pubblico al fine di raggiungere gli obiettivi finanziari indicati all'articolo 1 del decreto legge n. 112 del 2008, anche nell'ambito del rispetto del patto di stabilità interno.

Per le amministrazioni centrali dello Stato si fa riferimento a quanto previsto dall'articolo 74 in materia di riorganizzazione. Dopo gli interventi operati con leggi finanziarie dei precedenti anni ⁽¹³⁾, le amministrazioni sono tenute a ridurre le posizioni dirigenziali di livello generale di almeno il 20 per cento, le posizioni dirigenziali non generali del 15 per cento e le dotazioni organiche del 10 per cento, riducendo altresì il personale addetto al supporto di un ulteriore 10 per cento rispetto a quanto già previsto dalla legge n. 296 del 2006.

Non vengono previste disposizioni puntuali in materia di organizzazione per le Regioni e gli enti locali, stante l'autonomia di queste amministrazioni. Con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, individuato al comma 6 dell'articolo 76 del decreto legge, da emanarsi previo accordo tra Governo, Regioni e autonomie locali, verranno individuati criteri e modalità volti alla riduzione dell'affidamento degli incarichi a soggetti esterni e alla riduzione dell'incidenza percentuale delle posizioni dirigenziali in organico.

In materia di assunzioni occorre tenere conto dei diversi regimi previsti per i differenti comparti. In generale viene riproposta una rigorosa disciplina di contenimento delle assunzioni e della spesa per il personale per tutto il triennio 2009-2011.

Per le amministrazioni centrali dello Stato, enti pubblici non economici e le agenzie fiscali per il 2009 è consentito assumere nei limiti del 10 per cento della spesa relativa alle cessazioni verificatesi nell'anno precedente con riferimento ai vincitori di concorso e per un altro 10 per cento per l'assunzione del personale in possesso dei requisiti sulla stabilizzazione.

A rafforzare il limite per le assunzioni viene previsto che in ogni caso il numero delle unità di personale da assumere non può superare il 10 per cento delle unità cessate nell'anno precedente. Per gli anni 2010 e 2011 è consentito procedere a

⁽¹³⁾ Ricordiamo qui l'art. 34 della l. n. 289/2002; il comma 93 dell'art. 1 della l. n. 311/2004; i commi 404 ss. e 440 ss. dell'art. 1 della l. n. 296/2006, che hanno trovato un'applicazione formale e parziale nei regolamenti delle amministrazioni.

nuove assunzioni, previo effettivo svolgimento delle procedure di mobilità, ad assunzioni a tempo indeterminato nel limite del 20 per cento della spesa relativa al personale cessato nell'anno precedente e del 20 per cento delle unità cessate nell'anno precedente. Viene previsto, attraverso una modifica al comma 527 dell'articolo 1 della legge n. 296 del 2006, solo per il 2008 un fondo per le assunzioni in deroga per le amministrazioni richiamate corrispondente ad una spesa annua lorda a regime pari a 75 milioni di euro.

A decorrere dal 2009 e per un triennio (2009-2011) anche le università sono sottoposte alle limitazioni sulle assunzioni potendo procedere al reclutamento a tempo indeterminato per una spesa pari al 20 per cento di quella relativa alle cessazioni verificatesi negli anni precedenti. Le università erano state escluse dal divieto ad assumere con il comma 105 dell'articolo 1 della legge n. 311 del 2004.

Restano fermi per questo comparto gli ulteriori limiti relativi al fondo per il finanziamento ordinario delle università. Per l'anno 2012 le amministrazioni pubbliche richiamate potranno assumere per una spesa pari al 50 per cento di quella relativa al personale cessato nell'anno precedente.

Gli enti di ricerca potranno assumere per il triennio 2010-2012 nel limite dell'80 per cento delle proprie entrate correnti complessive, come risultanti dal bilancio consuntivo dell'anno precedente, purché entro il limite delle risorse relative alla cessazione dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato complessivamente intervenute nel precedente anno (ai sensi dell'articolo 1, comma 643, della legge n. 296 del 2006, che disciplina il regime delle assunzioni solo per gli anni 2008-2009). Viene comunque imposto anche a questi enti il limite del *turn over* pieno rispetto ai cessati dell'anno precedente.

Per il regime in materia di assunzioni e spesa per il personale previsto per le Regioni e gli enti locali occorre fare riferimento all'articolo 76 del decreto legge, che poco modifica rispetto all'impianto creato dal legislatore con la legge n. 296 del 2006 con la quale si è distinto tra amministrazioni sottoposte al rispetto del Patto di stabilità interno ed enti non sottoposti a tale vincolo.

Rimangono in vigore, rispettivamente, i commi 557 e 562 dell'articolo 1 della richiamata Legge Finanziaria per il 2007, intervenendo a chiarire il concetto di spesa per il personale al fine di monitorare tale macro aggregato. Il comma 1 dell'articolo 76, difatti, precisa che costituiscono spese per il personale anche quelle sostenute per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, per i contratti di somministrazione di lavoro, per gli incarichi fiduciari a termine e, comunque, per il personale utilizzato in strutture e organismi partecipati o comunque facenti capo all'ente. Una dizione ampia diretta a monitorare anche quei fenomeni che possono costituire una forma di elusione del divieto ad assumere.

Viene riproposto il divieto ad assumere a qualunque titolo in caso di mancato rispetto del patto di stabilità interno, sanzione venuta meno nel 2007. A tal fine è fatto divieto agli enti di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi del divieto ad assumere.

Viene previsto, altresì, un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri diretto a disciplinare le assunzioni per le diverse fattispecie riscontrabili nel comparto delle Regioni e degli enti locali al fine di tenere conto delle diverse dimensioni demografiche, dei diversi livelli di spesa e dell'incidenza della spesa per il perso-

nale rispetto alla spesa corrente, con riferimento all'andamento nei cinque anni precedenti.

9. In conclusione, le modifiche di cui al decreto legge n. 112 del 2008 rappresentano un insieme di interventi, che da un lato fanno riferimento a strumenti tradizionali, come il divieto ad assumere, il blocco della contrattazione integrativa e le limitazioni in materia di lavoro flessibile – allontanando il settore pubblico dal settore privato stante una specificità ineludibile e le criticità finanziarie – e dall'altro contengono degli strumenti e principi nuovi da sviluppare in materia di governo responsabile e trasparente delle risorse umane e finanziarie. Non può essere certamente una manovra finanziaria, adottata con decreto legge, lo strumento per effettuare interventi di carattere sistematico, che però sembrano prossimi con riferimento ai disegni di legge delega e al disegno di legge di *Delega al Governo in materia di lavori usuranti e di riorganizzazione di enti, misure contro il lavoro sommerso e norme in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro* (1441-quater).

Una riforma, quindi, che potrà essere efficace solo se verrà collocata correttamente in una riforma complessiva del pubblico e delle sue regole di *government* e *governance* e con un'attenzione non solo allo scenario economico e finanziario con il quale i Paesi occidentali devono ormai confrontarsi da alcuni anni, ma alla riforma federale della Repubblica che va completata coniugando necessariamente autonomia e responsabilità.

Le disposizioni in materia di organizzazione e lavoro riguardanti le pubbliche amministrazioni: la "riforma Brunetta" – Riassunto. *L'Autore individua nella riforma della Pubblica Amministrazione una delle direttrici di volta dell'azione politico-amministrativa. In particolare poiché il processo di decentramento amministrativo e costituzionale da un lato e la forte autonomia "normativa" riconosciuta con la fonte contrattuale dall'altro hanno trovato dirigenti ed amministratori impreparati rispetto ad interessi "altri" da quello pubblico, il processo di rinnovamento, anche ad opera del d.l. n. 112/2008, è stato indirizzato a responsabilizzare una "élite" dirigente nella gestione delle risorse pubbliche materiali e immateriali, iniziando dalla gestione delle risorse umane. L'art. 18 del d.l. n. 112/2008 prevede, infatti, l'adozione di procedure trasparenti per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi di collaborazione, nel rispetto dei principi di «trasparenza, pubblicità ed imparzialità». Con l'art. 49, che riscrive l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, il legislatore ha previsto il ricorso al lavoro flessibile, seppur con delle limitazioni. Similmente è intervenuto in materia di collaborazioni autonome nelle Pubbliche Amministrazioni con ulteriori correttivi all'art. 7, comma 6 del d.lgs. n. 165/2001 e alle disposizioni specifiche in materia previste per gli enti locali nella l. n. 244/2007. Oggetto di riforma è stata anche la contrattazione integrativa: da un lato sono state adottate alcune disposizioni di carattere finanziario e ordinamentale di rigore e di controllo; dall'altro è stato introdotto un sistema di monitoraggio riguardante l'utilizzo del fondo di finanziamento e la gestione delle risorse umane. Le disposizioni contenute negli artt. 72 e 73 del d.l. n. 112/2008 testimoniano l'intento di rafforzare i poteri datoriali per rendere più efficiente la gestione delle risorse all'interno degli uffici. In quest'ottica è stato introdotto l'art. 71, deputato a disciplinare le assenze per malattia, prevedendo un regime di particolare rigore attraverso la disapplicazione del regime contrattuale vigente. Infine i temi dell'organizzazione e del reclutamento vengono riproposti attraverso la riduzione delle strutture delle amministrazioni statali ed il contenimento della spesa per il personale in armonia con i diversi livelli di autonomia garantiti dal Titolo V della Costituzione.*

Provisions relating to the organisation of work in the public administration: the “Brunetta reform” (Article in Italian) – Summary. *This paper argues that the reform of the public administration is a strategic objective in political and administrative terms. In particular, it is argued that administrative and constitutional decentralisation, together with a high degree of “normative” autonomy in terms of bargaining, need to be considered in relation to high-level ministerial and administrative staff with a rather inward-looking tendency. The process of renewal, promoted by Legislative Decree no. 112/2008, is aimed at making public officials more responsible for the management of public resources, both tangible and intangible, starting from the management of human resources. Article 18 of Legislative Decree no. 112/2008 provides for the adoption of transparent procedures for the recruitment of personnel and for the award of contract work, in compliance with the principles of “transparency, publicity and impartiality”. Article 49, amending Article 36 of Legislative Decree no. 165/2001, makes provision for flexible employment, albeit within certain limits. Similar measures have been taken in relation to contract work in the public administration, with further amendments to Article 7(6) of Legislative Decree no. 165/2001 and the specific provisions for local authorities laid down in Act no. 244/2007. A further reform concerns supplementary agreements, introducing certain measures of a financial and regulatory nature to improve auditing procedures, and on the other hand a system of monitoring concerning the utilisation of funds and the management of human resources. The measures contained in Articles 72 and 73 of Legislative Decree no. 112/2008 reveal an intention to strengthen the powers of the employer in order to improve the level of efficiency of the management of human resources in public services. This is the rationale for Article 71, governing sick leave, and introducing particularly rigorous measures that entail setting aside provisions in existing agreements. Finally, the paper examines organisation and recruitment, with a view to reducing the state administration, and containing personnel costs in compliance with the various levels of autonomy provided by Title V of the Constitution.*

Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti regionali e locali

Anna Trojsi

Sommario: **1.** Necessità di distinguere tra pubblico impiego regionale e pubblico impiego locale. – **2.** La “privatizzazione” del pubblico impiego. – **3.** La riforma legislativa statale e il pubblico impiego regionale e locale. – **4.** Revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione del 2001 e fonti di disciplina dell’impiego regionale. – **5.** *Segue:* il contratto collettivo. – **6.** Riforma costituzionale del 2001 e fonti dell’impiego locale. – **7.** La dirigenza regionale e locale: maggiore ampiezza della potestà normativa dell’ente. Conseguenze sulla natura del provvedimento di conferimento dell’incarico dirigenziale. – **8.** *Segue:* i limiti dello *spoils system*.

1. Nell’affrontare il tema della disciplina dei rapporti di lavoro pubblico alle dipendenze degli enti territoriali, è essenziale distinguere, in primo luogo, tra enti *regionali* ed enti *locali*, al fine di rimarcare l’affermarsi – soprattutto a seguito delle importanti riforme degli ultimi anni, tra cui in particolare quella realizzata con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 – della tendenza ad una sempre maggiore, e continua, diversificazione tra i vari livelli dell’amministrazione pubblica, non solo di quelli decentrati rispetto al livello statale, ma anche tra Regioni ed enti locali. Questo processo si ripercuote, infatti, sul regime del pubblico impiego e, quindi, sulle regole applicabili ai dipendenti delle Regioni, da una parte, e a quelli degli enti locali, dall’altra parte.

Ma, prima ancora di delineare i confini di tale distinzione tra impiego regionale e impiego locale, va messa in luce la differenziazione crescente tra la disciplina del pubblico impiego statale e quella del lavoro presso le altre amministrazioni non centrali.

2. È a tutti nota l’importanza della riforma, realizzata dal decreto legislativo n. 29 del 3 febbraio 1993 (in attuazione della delega contenuta nell’articolo 2 della legge n. 421 del 23 ottobre 1992), con cui ha avuto luogo la c.d. *privatizzazione* del pubblico impiego.

In precedenza, era stato compiuto – con la legge quadro n. 93 del 29 marzo 1983 – solo un primo passo nella direzione di un maggiore avvicinamento del pubblico impiego alla disciplina del lavoro privato; ma, fondamentalmente, il pubblico impiego aveva sempre costituito materia di diritto amministrativo, con la etero-

* Anna Trojsi è professore associato di Diritto del lavoro presso l’Università degli Studi “Magna Grecia” di Catanzaro.

nomia e l'autoritatività delle fonti del rapporto (legge, regolamenti ed atti amministrativi) e l'attribuzione ai dipendenti di uno stato giuridico pubblicistico.

La riforma del 1993 ha determinato, invece, il passaggio dal regime pubblicistico ad un sistema in cui le fonti del rapporto di lavoro pubblico sono diventate le medesime del rapporto di lavoro privato.

Per meglio comprendere la portata di questa riforma, occorre precisare che la privatizzazione del pubblico impiego si compone di tre elementi:

- l'*unificazione normativa* tra lavoro pubblico e lavoro privato, in base alla quale ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche si applica la disciplina sul lavoro privato contenuta nel codice civile e nelle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa (e non più, dunque, una disciplina speciale di diritto amministrativo), ovviamente per quegli istituti che non siano specificamente disciplinati dalla stessa legislazione di riforma del pubblico impiego;

- la *contrattualizzazione* del lavoro pubblico, che rappresenta una conseguenza dell'unificazione normativa, discendendo, come corollari di questa, la natura contrattuale del rapporto di lavoro e la sua regolamentazione mediante fonti consensuali di natura privata, e cioè: da un lato, il contratto individuale, con il quale si è prodotto il cambiamento della genesi del rapporto, che si instaura non più attraverso un atto unilaterale autoritativo dell'amministrazione, prescindente da ogni manifestazione di volontà da parte dell'impiegato, ma per mezzo di un incontro di volontà tra amministrazione e dipendente, con il passaggio da un regime di supremazia speciale ad uno di tipo convenzionale; dall'altro lato, il contratto collettivo, stipulato dall'Aran (agenzia di rappresentanza della pubblica amministrazione) e dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori, come fonte di regolazione delle condizioni concrete dei rapporti di lavoro anche per il pubblico impiego, distinto per comparti (ovvero, settori omogenei) dell'amministrazione (e con la previsione di un ulteriore livello decentrato-integrativo di contrattazione, per singolo ente) e che ha efficacia di per sé, vale a dire senza necessità di recepimento in fonti eteronome, primarie o secondarie, o in atti amministrativi (come, invece, per gli accordi sindacali stipulati ai sensi della legge n. 93 del 1983);

- l'*unificazione della giurisdizione* tra lavoro pubblico e lavoro privato, anch'essa conseguenza delle altre due trasformazioni, con il trasferimento della competenza a giudicare le controversie del pubblico impiego dal giudice amministrativo al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro; ciò, per tutti gli aspetti del rapporto di lavoro pubblico, ad eccezione di quelli relativi alla fase antecedente all'instaurazione del rapporto, vale a dire i concorsi.

Quella posta in essere dal decreto legislativo n. 29 del 1993 – all'interno di un più vasto processo di riforma della pubblica amministrazione, coinvolgente gli ambiti più importanti di questa, con maggiore incidenza sulla spesa pubblica (in particolare: sanità, scuola, previdenza e finanza territoriale), e volto ad attuare i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'amministrazione (articolo 97 della Costituzione), anche per l'esigenza dell'Italia di rientrare nei c.d. "parametri di Maastricht" – ha rappresentato, però, soltanto la prima tappa della "privatizzazione". Negli anni successivi, infatti, il legislatore è intervenuto nuovamente a perfezionare la disciplina, realizzando la c.d. *seconda privatizzazione* del pubblico impiego, mediante l'emanazione, in particolare, dei decreti legislativi n. 396 del 4 novembre 1997 e n. 80 del 31 marzo 1998, attuativi della delega conte-

nuta nell'articolo 11 della legge n. 59 del 15 marzo 1997 (la c.d. "Legge Bassanini", autrice delle riforme istituzionali "a Costituzione invariata", anche in questo caso nell'ambito di un processo di revisione più ampio) ⁽¹⁾.

Tali decreti hanno portato a compimento la privatizzazione del pubblico impiego ⁽²⁾.

Il processo riformatore ha, poi, raggiunto un approdo, con ambizione di definitività, mediante l'emanazione del decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001: che ha costituito, però, un risultato inferiore rispetto alle attese di un Testo unico di complessivo riordino della congerie normativa in materia (secondo le intenzioni espresse nella relativa delega: articolo 1, comma 8, legge n. 340 del 24 novembre 2000), essendosi limitato ad una mera rinumerazione degli articoli già presenti nel decreto legislativo n. 29 del 1993, come modificato in particolare nella seconda metà degli anni Novanta ⁽³⁾. Il decreto legislativo n. 165 del 2001 costituisce, comunque, oggi il testo normativo di riferimento per quanto riguarda la disciplina del rapporto di lavoro pubblico. Anche se l'iter di riforma non si è concluso nel 2001: basti ricordare, per tutte, la legge n. 145 del 15 luglio 2002 che, ad un solo anno di distanza dal decreto n. 165, ha nuovamente cambiato la disciplina della dirigenza pubblica.

3. Pochi mesi dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 165, la approvazione dell'importante riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001, ha fatto sorgere una rilevante questione interpretativa: vale a dire, se ed in che misura la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, contenuta nel decreto legislativo n. 165 del 2001, sicuramente applicabile alle amministrazioni statali, debba considerarsi ancora riferibile anche ai dipendenti delle Regioni, da una parte, e a quelli degli enti locali, dall'altra parte. Ed inoltre, con specifico riguardo agli enti locali, anche quanto della disciplina del relativo personale – contenuta nel decreto legislativo n. 267 del 18 agosto 2000, recante il *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, integrativa rispetto a quella del decreto n. 165 (articolo 88) – debba considerarsi ancora vigente dopo la riforma costituzionale.

Al fine di rispondere a tale quesito, è necessario preliminarmente verificare come è stato affrontato e risolto il problema nel decreto legislativo n. 29 del 1993, e quindi nel decreto legislativo n. 165 del 2001, nonché nel decreto legislativo n. 267 del 2000, sotto la vigenza del quadro costituzionale anteriore al 2001.

⁽¹⁾ Si veda M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *LPA*, 1998, I, 35.

⁽²⁾ Si veda l'analisi della disciplina del pubblico impiego riformato, contenuta nei principali volumi di commento: F. CARINCI, M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2000; F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004; A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche. Commentario al Decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni e integrazioni*, in *NLCC*, 1999, n. 5-6.

⁽³⁾ F. CARINCI, *Spes ultima dea*, in *LPA*, 2001, suppl. n. 2, 1; V. TALAMO, *Il decreto legislativo n. 165 del 2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un testo unico "meramente compilativo"*, in *LPA*, 2001, suppl. n. 2, 9; L. ZOPPOLI, *Alla ricerca della razionalità sistematica della riforma del pubblico impiego. Considerazioni su "un testo unico che non c'è"*, in *LPA*, 2001, suppl. n. 2, 107.

Poiché l'articolo 117 della Costituzione, nella versione originaria, riconosceva potestà legislativa concorrente Stato-Regione soltanto nella materia dell'«ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione», l'impiego pubblico regionale era riconducibile a tale tipo di potestà, con la spettanza allo Stato dell'individuazione dei principi fondamentali e alla Regione della disciplina di dettaglio ⁽⁴⁾; mentre per l'impiego pubblico locale (al pari di quello statale) era competente in via esclusiva il legislatore statale. Ciò, per quanto riguarda le Regioni a statuto ordinario; diverso il discorso per le Regioni a statuto speciale e per le Province di Trento e di Bolzano, dotate, dai rispettivi statuti (che hanno forza giuridica di leggi costituzionali), di potestà legislativa "primaria" o "piena" nelle materie dell'«ordinamento degli Uffici e degli Enti dipendenti dalla Regione e stato giuridico ed economico del personale» e dell'«ordinamento degli Enti locali», comprensive della disciplina del relativo personale, regionale e locale (provinciale e comunale) ⁽⁵⁾.

La scelta operata dalla normativa sul pubblico impiego rispondeva, dunque, a tale assetto costituzionale.

Difatti, secondo l'articolo 1, comma 3, del decreto legislativo n. 29 del 1993 (oggi del decreto legislativo n. 165 del 2001), «le disposizioni del decreto costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione. Le Regioni a statuto ordinario si attengono ad esse tenendo conto delle peculiarità dei rispettivi ordinamenti. I principi desumibili dall'articolo 2 della legge n. 421 del 1992 e dall'articolo 11, comma 4, della legge n. 59 del 1997 costituiscono altresì, per le Regioni a statuto speciale e per le Province autonome di Trento e di Bolzano, norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica».

L'altro richiamo al riparto di competenze risulta effettuato con riferimento, in particolare, alla dirigenza: secondo il comma 1 dell'articolo 27-*bis* del decreto legislativo n. 29 del 1993 (oggi articolo 27 del decreto legislativo n. 165 del 2001), introdotto dall'articolo 17 del decreto legislativo n. 80 del 1998 e rubricato *Criteri di adeguamento per le pubbliche amministrazioni non statali*, «le Regioni a statuto ordinario, nell'esercizio della propria potestà statutaria, legislativa e regolamentare, e le altre pubbliche amministrazioni [tra cui, gli enti locali, *nda*], nell'esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare, adeguano ai principi dell'articolo 4 e del presente capo [sulla Dirigenza, *nda*] i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità». Questa disposizione sostanzialmente ha riprodotto la norma, prima esaminata, concernente la disciplina del personale pubblico in generale, ma presentando un maggior grado di specificità, poiché ha individuato puntualmente i principi fondamentali in materia di dirigenza, contenuti nel decreto, cui dovevano attenersi le Regioni (appunto, quelli dell'articolo 4, tra cui il famoso «principio di distinzione tra politica ed amministrazione», e quelli dettati appositamente per il rapporto dirigenziale nel Capo II del Titolo II del decreto legislativo n. 165 del 2001, tra i quali quelli in materia di

⁽⁴⁾ La giurisprudenza costituzionale riteneva, infatti, l'«ordinamento del personale regionale», a sua volta inclusivo della disciplina del rapporto d'impiego, rientrante in tale materia: cfr. C. Cost. 10 luglio 1968 n. 93; 3 marzo 1972 n. 40; 14 luglio 1972 n. 147; 30 gennaio 1980 n. 10; 29 settembre 1983 n. 277; 29 settembre 1983 n. 278; 8 giugno 1987 n. 217; 27 ottobre 1988 n. 1001; 30 luglio 1993 n. 359.

⁽⁵⁾ Sul punto, sia consentito rinviare ad A. TROISI, voce *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni. II. Amministrazione regionale*, in *DDPCom*, 2008, in corso di pubblicazione.

incarichi e di responsabilità dirigenziale, nonché di contrattualizzazione del rapporto di lavoro del dirigente pubblico).

Dal suo canto, nell'esercizio della potestà legislativa statale in materia, il decreto legislativo n. 267 del 2000 ha dettato «i principi e le disposizioni in materia di ordinamento degli enti locali» (articolo 1, comma 1), stabilendo, in particolare, appunto che «all'ordinamento degli uffici e del personale degli enti locali, ivi compresi i dirigenti ed i segretari comunali e provinciali, si applicano le disposizioni del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni [oggi del decreto legislativo n. 165 del 2001, *nda*], e le altre disposizioni di legge in materia di organizzazione e lavoro nelle pubbliche amministrazioni nonché quelle contenute nel presente testo unico» (articolo 88, comma 1: con una sorta, dunque, di “specialità nella specialità” della disciplina) e attribuendo alla potestà regolamentare degli enti locali il potere di disciplinare, «tenendo conto di quanto demandato alla contrattazione collettiva nazionale», alcune circoscritte materie riguardanti il rapporto di lavoro del personale, quali: le «responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento delle procedure amministrative»; gli «organi, uffici, modi di conferimento della titolarità dei medesimi»; i «principi fondamentali di organizzazione degli uffici»; i «procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro»; i «ruoli, dotazioni organiche e loro consistenza complessiva»; la «garanzia della libertà di insegnamento ed autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca»; la «disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra impiego nelle pubbliche amministrazioni ed altre attività e casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici» (articolo 89, comma 2, lettere da *a* a *g*). Con specifico riferimento alla dirigenza, poi, l'articolo 111, comma 1, riproducendo il disposto dell'articolo 27-*bis* del decreto legislativo n. 29 del 1993, ha stabilito che «gli enti locali, tenendo conto delle proprie peculiarità nell'esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare, adeguano lo statuto ed il regolamento ai principi del presente capo [su *Dirigenza ed incarichi, nda*] e del capo II del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni [sulla *Dirigenza, nda*]». Alla disciplina del Testo unico si sottraggono solo gli enti locali delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, come precisato dallo stesso articolo 1, comma 2, del decreto n. 267 del 2000, secondo cui «le disposizioni del presente Testo unico non si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano se incompatibili con le attribuzioni previste dagli statuti e dalle relative norme di attuazione» ⁽⁶⁾.

4. A questo quadro legislativo si è sovrapposta, nel 2001, la modifica del quadro costituzionale di riferimento, con la novella dell'articolo 117 della Costituzione, che ha previsto un riparto di competenze tra Stato e Regioni completamente di-

⁽⁶⁾ Analogamente, con specifico riferimento alla disciplina dei segretari comunali e provinciali, l'art. 105 ha disposto che «le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano disciplinano le materie di cui al presente capo con propria legislazione» (comma 1); «nel territorio della regione Trentino-Alto Adige, fino all'emanazione di apposita legge regionale, rimane ferma l'applicazione del titolo VI della legge 11 marzo 1972, n. 118» (comma 2).

verso rispetto a prima, introducendo tre tipi di potestà legislativa: in breve, nel comma 2 vi è un'elencazione di materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato; nel comma 3 segue l'indicazione delle materie assegnate alla potestà concorrente Stato-Regione (con la determinazione dei principi fondamentali da parte dello Stato e la competenza regionale per la disciplina di dettaglio); infine, nel comma 4 è enunciata la c.d. "clausola di residualità", in base alla quale, per tutte le materie non elencate nei commi 2 e 3, la potestà legislativa spetta alla Regione (c.d. competenza "residuale" regionale).

Vanno, pertanto, esaminate le ripercussioni, determinate da tale cambiamento, sul sistema delle fonti dell'impiego regionale e di quello locale, e dunque sulla disciplina oggi applicabile ad essi.

Al riguardo, occorre sottolineare subito, come già anticipato, che il nuovo assetto costituzionale ha prodotto l'accentuarsi della differenza tra impiego regionale e impiego locale, dal punto di vista della competenza normativa, già prima esistente (ciò, quanto meno sul piano teorico; diverso è il profilo dell'attuazione pratica, rispetto al quale bisogna rilevare che la riforma costituzionale operativamente stenta a decollare, in quanto Regioni ed enti locali sono ancora molto prudenti nello sfruttare i nuovi spazi di competenza).

Questo rende opportuno tenere distinti, e analizzare separatamente, impiego regionale e impiego locale.

Cominciando dal primo, l'operazione da compiere consiste nel rintracciare nell'articolo 117 della Costituzione i titoli di competenza legislativa in materia di impiego regionale, in modo da capire per quali aspetti e, se del caso, in quale misura questo debba rientrare nella potestà dello Stato e in quella della Regione. Di ausilio, a tal fine, è stata la giurisprudenza costituzionale successiva al 2001: in realtà, la Corte ha cominciato a dare qualche indicazione sul riparto di potestà legislativa in materia solo a partire dal 2004; inizialmente, forse data la complessità delle problematiche insorte proprio a causa della formulazione dell'articolo 117, è stata, invece, abbastanza retiva, nel senso che ha evitato di affrontare in maniera diretta e puntuale la questione, mantenendo la situazione di incertezza interpretativa; una conferma definitiva e chiara di quale debba considerarsi l'attuale assetto delle competenze in materia di pubblico impiego regionale si ritrova, peraltro, soltanto nelle sentenze del 2007.

Il metodo interpretativo corretto da utilizzare – indicato in via generale dalla stessa Corte Costituzionale sin dalle prime pronunce sul Titolo V ⁽⁷⁾ – è quello di verificare, tra le materie dell'articolo 117 della Costituzione, a quali di queste è riconducibile ciascuno dei profili del pubblico impiego regionale, tenendo presente la clausola di residualità: qualora, cioè, non si riesca a collocare un profilo in nessuno degli ambiti del 117, vuol dire che esso rientra nella competenza residuale regionale.

Scorrendo gli elenchi dei commi 2 e 3 dell'articolo 117, sono due le materie che possono avere rilievo per il pubblico impiego in generale: da una parte, l'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali», appartenente alla competenza esclusiva statale (lettera g del comma 2), data la sempre persistente attinenza, anche dopo la "privatizzazione",

⁽⁷⁾ Si veda A. TROJSI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, in *LPA*, 2005, I, 492 ss.

dell'impiego pubblico all'organizzazione amministrativa, essendo il personale funzionale allo svolgimento delle attività e al perseguimento dei fini della amministrazione pubblica, e quindi mediamente alla realizzazione degli obiettivi di imparzialità e di buon andamento posti dall'articolo 97 della Costituzione; dall'altra parte, l'«ordinamento civile», anch'esso di competenza esclusiva statale (lettera l del comma 2), poiché il pubblico impiego è stato appunto privatizzato, per cui molta della disciplina di questo rientra nel diritto civile, constando di norme privatistiche.

La soluzione circa il riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni in materia – costruita progressivamente dalla Corte Costituzionale, dalla prima delle sentenze di riferimento (la n. 2 del 13 gennaio 2004)⁽⁸⁾ fino alle due decisioni più recenti (le n. 95 del 21 marzo 2007 e n. 189 del 14 giugno 2007), mediante l'aggiunta di sempre nuovi elementi di chiarificazione del quadro complessivo⁽⁹⁾, e con il sostanziale recepimento dell'orientamento della dottrina maggioritaria sul punto⁽¹⁰⁾ – è la seguente: nell'«ordinamento civile» rientrano gli aspetti del rapporto di lavoro pubblico «privatizzati» dal legislatore statale, in quanto appunto portati nel

⁽⁸⁾ In *GCost*, 2004, 9, con nota di F. GHERA, *Il lavoro alle dipendenze delle Regioni alla luce del nuovo art. 117 Cost.*

⁽⁹⁾ Su questa giurisprudenza costituzionale, si veda, in particolare, R. SALOMONE, *Titolo V della Costituzione e lavoro pubblico privatizzato: i primi orientamenti della Consulta*, in *LPA*, 2004, II, 1147; R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Cedam, Padova, 2005, 171 ss.; R. SALOMONE, *Nuova riforma costituzionale e lavoro pubblico. Osservazioni a margine della cd. devolution (legge cost. 18 novembre 2005)*, in *LPA*, 2006, I, spec. 56 ss.; A. TROJSI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, cit.; A. TROJSI, voce *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni. II. Amministrazione regionale*, cit.

⁽¹⁰⁾ E. ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2007, 48 ss.; A. BELLAVISTA, *Federalismo e lavoro pubblico regionale*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, I, spec. 8 ss.; A. BELLAVISTA, *Ordinamento civile, diritto del lavoro e regionalismo*, in *DML*, 2003, 531 ss.; M. CALCAGNILE, *L'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Regioni ed i principi dell'ordinamento amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 2004, n. 16; F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *IF*, 2003, 260 ss.; F. CARINCI, *Una riforma "conclusa"*. *Fra norma scritta e prassi applicativa*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, tomo I, LXXII ss.; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, 1318-1319; A. CORPACI, *Appunto su lavoro pubblico e titolo V*, in *www.astrid-online.it*, 2002; G. D'AURIA, *Il lavoro pubblico dopo il nuovo Titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *LPA*, 2001, 5, 753; G. D'AURIA, *Titolo V cost. e lavoro pubblico: prime e provvisorie considerazioni*, in *www.astrid-online.it*, 29 maggio 2002; G. D'AURIA, *Variazioni su lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e Titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *LPA*, 2005, I, spec. 13 ss.; L. DE ANGELIS, *Federalismo e rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *FI*, 2003, V, 26 ss.; A. GARILLI, *Diritto del lavoro e nuovo assetto dello Stato*, in *RGL*, 2004, I, 355 ss.; G. GENTILE, *Il lavoro pubblico: disciplina attuale e prospettive evolutive*, in G. FERRARO (a cura di), *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Giuffrè, Milano, 2004, 431 ss.; F. LISSO, *Articolo 117 e lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *www.astrid-online.it*, 2002; F. SCARPELLI, *Federalismo e diritto del lavoro*, in *QRS*, 2003, n. 1, 31-33; T. TREU ET AL., *Diritto del lavoro e federalismo*, in V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo*, Il Mulino, Bologna, 2004, 199 ss.; L. ZOPPOLI, *Pubblica amministrazione e diritti del lavoro nella stagione di federalismo e devolution*, in *LD*, 2001, spec. 475; L. ZOPPOLI, *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i "pezzi" di un difficile puzzle?*, in *LPA*, 2002, suppl. n. 1, spec. 156 ss.; L. ZOPPOLI, *La (piccola) "controriforma" della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche non statali: prime riflessioni critiche*, in *LPA*, 2002, I, spec. 918 ss.; L. ZOPPOLI, *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle Regioni e riforma costituzionale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, tomo I, 54 ss. Di diverso avviso, E. GIANFRANCESCO, *La ripartizione di competenze tra Stato e Regioni in materia di tutela e sicurezza del lavoro*, in *Le Regioni*, 2005, 527 ss., che riconduce la disciplina del personale regionale interamente all'«ordinamento e organizzazione amministrativa» della Regione.

diritto civile e quindi riconducibili al c.d. “limite del diritto privato”, di cui questa materia costituisce espressione; conseguentemente appartengono, invece, all’“ordinamento e organizzazione amministrativa” i profili del rapporto sottratti dal legislatore alla “privatizzazione” e dunque ancora mantenuti in ambito pubblicistico (con il parallelismo, dunque, per il pubblico impiego, tra profili di organizzazione amministrativa e profili di diritto amministrativo; tra i principali: le dotazioni organiche; il regime delle incompatibilità e della responsabilità; i concorsi per l’accesso al pubblico impiego).

Questa distribuzione di profili non ha comportato, come è ovvio, alcuna ripercussione sul riparto di competenze legislative in materia di pubblico impiego statale, ritrovandosi entrambe le materie – sia l’“ordinamento civile”, sia l’“ordinamento ed organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali” – nel comma 2 dell’articolo 117 della Costituzione; pertanto, come è naturale che sia, per la disciplina di questo continua ad essere competente in via esclusiva il legislatore statale.

Per l’impiego regionale, invece, mentre i profili “privatizzati” del rapporto rientrano sempre nell’“ordinamento civile” e quindi nella competenza statale, con riguardo ai profili di “ordinamento ed organizzazione amministrativa della Regione e degli enti regionali” bisogna concludere nel senso della appartenenza di questi, in base alla “clausola di residualità” del comma 4 dell’articolo 117, alla competenza legislativa residuale regionale, non ritrovandosi tale materia negli elenchi dei commi 2 e 3 del 117 ed anzi potendosi rinvenire, nella formulazione dell’articolo 117, l’intenzione del riformatore di escludere dalla competenza statale l’ordinamento e l’organizzazione amministrativa delle Regioni, in quanto appunto nel comma 2 è inserita la materia dell’ordinamento ed organizzazione amministrativa *soltanto* dello Stato ⁽¹⁾.

In materia di impiego pubblico regionale esiste, perciò, un riparto tra la competenza legislativa esclusiva statale e quella residuale regionale, con la possibilità di esercitare quest’ultima soltanto sugli aspetti del rapporto di lavoro esclusi dalla privatizzazione e perciò rientranti nell’ordinamento ed organizzazione amministrativa della Regione. Le Regioni non possono, pertanto, disciplinare i profili privatizzati del rapporto, né mutarne il regime giuridico riportandoli nel diritto pubblico, né tantomeno cambiare, in senso pubblicistico, la natura degli atti di gestione del rapporto di lavoro, dal momento che il legislatore statale, stabilendo, in via generale, che questi sono assunti «dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del *privato* datore di lavoro» (articolo 5, comma 2, decreto legislativo n. 165 del 2001), ne ha decretato la natura privatistica, riconducendoli

⁽¹⁾ Il problema del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni si complica ulteriormente con riguardo ai dipendenti dei settori della scuola e della sanità. In proposito, ferma restando la riconduzione all’«ordinamento civile» dei profili del rapporto di lavoro pubblico privatizzati in via generale (cioè, per tutti i dipendenti pubblici) dal legislatore statale, la Corte Costituzionale (su cui, si veda A. TROISI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, cit., 510 ss.) ha ritenuto i profili di «ordinamento e organizzazione amministrativa (scolastica e sanitaria)» rientranti, rispettivamente, nelle materie dell’«istruzione» e della «tutela della salute», entrambe appartenenti alla potestà legislativa concorrente Stato-Regione (art. 117, comma 3, Cost.). In questi due casi, dunque, le Regioni non hanno potestà “piena”, ma possono legiferare solo nel rispetto dei principi fondamentali dettati dal legislatore statale.

all'interno della sfera del "limite del diritto privato" alla potestà legislativa regionale.

Di conseguenza, la disciplina generale del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, contenuta nel decreto legislativo n. 165 del 2001, si applica anche al pubblico impiego regionale per i profili del rapporto "privatizzati" dallo stesso legislatore statale, mentre non vincola le Regioni, neppure limitatamente ai principi fondamentali, per gli altri profili, in quanto su questi la potestà regionale è piena, e non più concorrente (da qui, la sopravvenuta inapplicabilità degli articoli 1, comma 3, e 27, comma 1, del decreto legislativo n. 165 del 2001).

Il caso del pubblico impiego regionale è, in definitiva, molto particolare, perché – non è possibile sapere quanto consapevolmente – con il nuovo articolo 117 il legislatore costituzionale ha offerto al legislatore statale un potere molto rilevante in materia: e cioè, quello di determinare l'estensione dello spazio della potestà legislativa regionale, in quanto essa aumenta o si riduce automaticamente ed in misura inversamente proporzionale all'ampliamento o alla restrizione dell'ambito della privatizzazione del rapporto di lavoro, che appunto il legislatore statale può individuare in via esclusiva nell'esercizio della propria potestà in materia di ordinamento civile. Nel momento in cui il legislatore statale privatizza un profilo, decide, infatti, che quello deve rientrare nell'ordinamento civile e, rendendolo privatistico, lo avoca alla propria potestà legislativa, sottraendolo così alla potestà regionale. Non pare siano molti altri gli esempi di settori in cui è il legislatore statale stesso a poter stabilire l'ampiezza della propria potestà legislativa e, di conseguenza, anche di quella delle Regioni, e quindi fissare i rapporti di forza con queste.

A questo punto, si pone il problema dell'identificazione del titolo di legittimazione costituzionale di tale potere del legislatore statale: esso risiede proprio nella attribuzione allo Stato di potestà legislativa esclusiva in materia di "ordinamento civile", che conferma appunto l'assegnazione a questo del compito, da sempre riconosciuto dalla Corte Costituzionale, di stabilire i confini del c.d. "limite del diritto privato" alle altre potestà normative; oltre che nella persistenza, in capo al legislatore statale, di un ruolo di "unificazione" dell'ordinamento, pur nell'accentuarsi del peso delle autonomie (regionali e locali), discendente dallo stesso principio di unità e di indivisibilità della Repubblica, sancito dall'articolo 5 della Costituzione⁽¹²⁾. Da tale funzione di garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento è possibile, infatti, ricavare il potere del legislatore statale di individuare i "principi generali" di una materia, tra cui quelli di "organizzazione pubblica", vincolanti per tutte le amministrazioni, statali e non, al fine di fornire a queste linee fondamentali di indirizzo comuni: tra tali principi, può essere ricompresa proprio la scelta circa la parte della disciplina del pubblico impiego da privatizzare e quella da mantenere, invece, in regime pubblicistico, che non può che essere valevole per tutte le amministrazioni, potendosi altrimenti ottenere il paventato effetto di un regime giuridico del pubblico impiego disomogeneo, tra dipendenti statali e dipendenti di ognuna delle Regioni, con pericolose disparità di trattamento

⁽¹²⁾ Sul punto, si veda anche A. TROJSI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, cit., 520 ss.

all'interno del personale pubblico e con l'incomunicabilità dei vari bacini di impiego.

5. Come già sottolineato, tra le componenti più importanti della riforma del pubblico impiego vi è la "contrattualizzazione" di questo: il fatto, cioè, che oggi le condizioni dei rapporti di lavoro pubblico sono disciplinate da contratti collettivi (oltre che dai contratti individuali).

Al riguardo, l'articolo 40 del decreto legislativo n. 165 del 2001 ha individuato tre livelli di contrattazione collettiva: quello dei contratti collettivi nazionali quadro, che recano la disciplina di istituti con valenza generale nei confronti dei dipendenti di tutte le pubbliche amministrazioni; poi, il livello più noto, quello del contratto collettivo nazionale di comparto, che disciplina appunto le condizioni dei rapporti di lavoro dei dipendenti di ciascun comparto (i comparti sono settori omogenei dell'amministrazione, come Ministeri, Sanità, Scuola, Regioni ed Autonomie Locali, ecc.), nonché il relativo sistema di relazioni sindacali; infine, il contratto collettivo decentrato-integrativo, stipulato a livello di singola amministrazione, che si svolge sulle materie e nei limiti, tra i soggetti e con le procedure negoziali stabiliti dai contratti collettivi nazionali e che, nel rispetto di questi, disciplina, in maniera più dettagliata e più rispondente alle esigenze dei vari enti, le condizioni dei rapporti di lavoro dei dipendenti e le relazioni sindacali nei luoghi di lavoro pubblico. Per i dirigenti, sono, poi, previste aree di contrattazione separata, sia a livello nazionale, sia a livello integrativo.

Ai dipendenti di una Regione, dunque, secondo l'assetto della contrattazione collettiva delineato dal legislatore statale, si applicano il contratto collettivo nazionale del comparto Regioni-Autonomie locali (che si riferisce, dunque, anche al personale di Province e Comuni), nonché il contratto collettivo integrativo eventualmente stipulato in quella Regione.

In seguito all'entrata in vigore della riforma costituzionale del 2001, con la trasformazione del ruolo delle Regioni e l'ampliamento delle loro competenze, è sorta la questione della persistente validità di questo sistema contrattuale, con la centralità del livello nazionale di comparto della contrattazione collettiva, con la previsione di un comparto unico per le Regioni e per tutti gli enti locali, e con l'accentramento della legittimazione a contrattare in capo all'Aran, come rappresentante di tutte le amministrazioni, anche di quelle regionali, e dunque con un ruolo complessivamente non adeguato delle Regioni, che hanno possibilità di esprimersi sostanzialmente soltanto attraverso il comitato di settore⁽¹³⁾.

In realtà, però, come pare confermato anche dalla Corte Costituzionale (in particolare, nelle sentenze del 2007), quello prospettato è un falso problema, in quanto, anche secondo il nuovo riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni in ma-

⁽¹³⁾ Si veda L. BORDOGNA, *Verso un maggiore decentramento della struttura contrattuale nel settore pubblico? Un confronto pubblico-privato*, in *QRS*, 2002, n. 4, 83; M. GENTILE, *Dopo il nuovo Titolo V della Costituzione. La contrattazione nel comparto Regioni e Autonomie locali*, in *QRS*, 2003, n. 3, 227; M. RICCIARDI, *La contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni. Luci, ombre e pregiudizi*, in *LD*, 2004, 651 ss.; A. VISCOMI, *Prime riflessioni sulla struttura della contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni nella prospettiva della riforma costituzionale*, in *LPA*, 2002, suppl. n. 1, 165; L. ZOPPOLI, *La ricerca di un nuovo equilibrio tra contrattazione nazionale e contrattazione integrativa. Il comparto Regioni/Autonomie locali*, in *QRS*, 2002, n. 4, 99.

teria di impiego pubblico, è pienamente legittima la predisposizione di tale sistema contrattuale da parte del legislatore statale, dal momento che questi l'ha effettuata nell'esercizio della propria competenza esclusiva sull'"ordinamento civile": difatti, secondo la disciplina del decreto legislativo n. 165 del 2001, la contrattazione collettiva interviene sugli aspetti del rapporto di lavoro oggetto di privatizzazione, e quindi in ogni caso sottratti alla sfera di influenza regionale, mentre non può intervenire sui profili di ordinamento e organizzazione amministrativa, oggetto di disciplina pubblicistica e quindi attribuiti alla potestà regionale per il personale dipendente dalle Regioni (non a caso, scorrendo i contenuti dei contratti collettivi del comparto Regioni-Autonomie locali finora stipulati, in nessuno di questi si trovano regolati, ad esempio, i concorsi per l'accesso all'impiego). In pratica, non si pone un problema di invasione, da parte del contratto collettivo nazionale di comparto, della competenza legislativa regionale, e quindi di legittimità di questo sistema alla luce del nuovo quadro costituzionale, in quanto vi è perfetta corrispondenza tra materie privatizzate e possibili spazi della contrattazione collettiva nazionale, per cui le Regioni non hanno competenza in tale ambito, ed il legislatore statale può decidere di attribuire il compito di regolazione ad un'altra fonte (il contratto collettivo), invece di predisporre direttamente la disciplina⁽¹⁴⁾.

Diverso è il piano della valutazione della opportunità di distinguere il comparto delle Regioni da quello delle Autonomie locali, dal momento che la accentuata differenziazione tra i due tipi di enti rende non più rispondente alle nuove esigenze la persistenza di un comparto unico Regioni-Autonomie locali. Tale istanza – espressa nell'*Intesa sul lavoro pubblico e sulla riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche. Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche* del 6 aprile 2007 (sottoscritta dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, dal Ministro dell'economia e delle finanze, dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, dai Presidenti dell'Anci, dell'Upi e dell'Uncem, e dalle organizzazioni sindacali) (punto 7-bis) – è stata, almeno in parte, recepita dal recente *Accordo quadro per la definizione dei comparti di contrattazione per il quadriennio 2006-2009* dell'11 giugno 2007, che, pur mantenendo «ferma l'unicità del comparto delle Regioni e delle Autonomie locali», ha stabilito che «nell'ambito del Ccnl sarà istituita una sezione contrattuale specifica delle Regioni» (articolo 9, comma 3).

6. Passando all'analisi della potestà normativa in materia di lavoro alle dipendenze degli enti locali⁽¹⁵⁾, in questo caso la questione si presenta al tempo stesso estremamente interessante e particolarmente spinosa, al punto che la stessa Corte Costituzionale ha finora evitato di occuparsene.

⁽¹⁴⁾ A. TROJSI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, cit., 523 ss.; A. TROJSI, voce *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni. II. Amministrazione regionale*, cit.

⁽¹⁵⁾ Su cui, si vedano, da ultimi, AA.VV., *Organizzazione e lavoro negli enti locali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, con contributi di A. Viscomi, D. Di Cocco, R. Soloperto, U. Gargiulo, P. Mastrogiuseppe, M. Delfino, P. Saracini, C. Spinelli, A. Trojsi, R. Santucci, U. Carabelli; AA.VV., *L'impiego pubblico negli enti locali*, in *QDLRI*, 2007, n. 30, con contributi di C. Zoli, S. Mainardi, L. Fiorillo e G. Gentile, E. Ragnoli, A. Boscati, G. Finocchiaro, R. Soloperto, V. Ferrante.

L'operazione interpretativa da effettuare è la medesima: occorre, cioè, verificare in quali delle materie dell'articolo 117 della Costituzione è possibile collocare i profili dell'impiego pubblico locale.

Al riguardo, potrebbe sembrare che il riparto di potestà legislativa per gli enti locali non sia diverso rispetto all'impiego regionale: confermata la dicotomia, anche per il pubblico impiego locale, tra profili privatizzati (rientranti nell'"ordinamento civile") e profili non privatizzati del rapporto di lavoro (rientranti nell'"ordinamento e organizzazione amministrativa"), con la riserva al legislatore statale della competenza relativa ai primi (articolo 117, comma 2, lettera l, della Costituzione) e quindi anche del potere di stabilire quale parte della disciplina del pubblico impiego deve essere privatizzata e quale invece deve rimanere nel diritto pubblico, il problema riguarda la individuazione della competenza normativa sull'"ordinamento e organizzazione amministrativa". Con riferimento a questo, a prima vista, potrebbe apparire possibile giungere alle stesse conclusioni formulate per l'"ordinamento e organizzazione amministrativa regionale": poiché anche l'"ordinamento e organizzazione amministrativa degli Enti locali" non si ritrova tra le materie espressamente contemplate dall'articolo 117, commi 2 e 3, della Costituzione – ed anzi, l'inclusione, nella lettera g del comma 2, del solo "ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato" potrebbe essere interpretata come implicita esclusione dell'ordinamento e dell'organizzazione amministrativa di tutte le amministrazioni non statali – si dovrebbe, conseguentemente, dedurre, in applicazione della clausola di residualità del comma 4 dell'articolo 117, l'appartenenza pure di tale materia, in quanto "innominata", alla potestà legislativa residuale della Regione.

Siffatta interpretazione, in realtà, ad una analisi più approfondita, non si rivela corretta. L'incompetenza delle Regioni in materia di "ordinamento degli Enti locali" discende, oltre che implicitamente da qualche sporadica sentenza della Corte Costituzionale, dalla stessa lettura complessiva del nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione, dal quale si ricava che per l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa degli enti locali è competente l'Ente locale stesso: esso, infatti, per la prima volta sancisce la potestà normativa degli enti locali, distinguendola in *potestà statutaria* e *potestà regolamentare*, dando così ulteriore forza al principio di autonomia degli enti locali desumibile dall'articolo 5 della Costituzione. La prima è riconosciuta dall'articolo 114, comma 2, della Costituzione, che stabilisce che «i Comuni, le Province, le Città Metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione»; la seconda è, invece, riconosciuta dall'articolo 117, comma 6, ultimo periodo, della Costituzione, che stabilisce che «i Comuni, le Province e le Città Metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite».

È possibile, dunque, affermare che, per quanto riguarda i profili di ordinamento ed organizzazione amministrativa del pubblico impiego locale, sia competente l'Ente locale tramite l'esercizio della potestà statutaria e di quella regolamentare⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Così già A. TROJSI, *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, cit., 532 ss.

La soluzione, così formulata, al quesito circa la competenza normativa in materia non è, però, completa, in quanto non è possibile che con riguardo all'ordinamento e all'organizzazione degli enti locali non vi sia il riconoscimento di alcuna potestà legislativa, né dello Stato, né delle Regioni, quanto meno per il dovuto rispetto del principio di legalità che, per l'organizzazione dei pubblici uffici, si manifesta addirittura sotto forma di riserva relativa di legge (articolo 97, comma 1, della Costituzione).

D'altro canto, la necessaria valorizzazione della potestà normativa degli enti locali conduce a ritenere legittima una limitazione di questa esclusivamente ad opera di principi legislativi generali di organizzazione pubblica, che – come già sottolineato – solo il legislatore statale può essere competente a dettare, nell'adempimento della sua funzione di garante dell'unitarietà dell'ordinamento. Di conseguenza, rimane confermata la mancanza di competenza legislativa regionale in materia. Inoltre, nell'articolo 117 della Costituzione è contemplato anche un titolo di legittimazione specifico per il legislatore statale nei confronti degli enti locali, essendo riservata a questo la competenza legislativa con riguardo alla «legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (comma 2, lettera p).

Quanto, poi, ai ruoli rispettivi dello statuto e del regolamento dell'Ente locale, nella ripartizione della competenza a regolare l'organizzazione, ed al rapporto tra questi e la legislazione statale, tali aspetti sono definiti dall'articolo 4 della legge n. 131 del 5 giugno 2003: che, dando attuazione agli articoli 114 e 117 della Costituzione per quanto riguarda la potestà normativa degli enti locali, prevede che «lo statuto, in armonia con la Costituzione e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica, nel rispetto di quanto stabilito dalla legge statale in attuazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, stabilisce i *principi di organizzazione e funzionamento dell'ente*, le forme di controllo, anche sostitutivo, nonché le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare» (comma 2) (analogamente a quanto previsto dall'articolo 123, comma 1, della Costituzione per lo statuto regionale); ed inoltre, che «l'organizzazione degli Enti locali è disciplinata dai regolamenti nel rispetto delle norme statutarie» (comma 3).

Sintetizzando, la disciplina vera e propria dell'organizzazione dell'Ente locale deve essere contenuta nella fonte regolamentare, che, però, ha come limite il rispetto dei principi contenuti nello statuto dell'ente, il quale a sua volta deve essere in armonia con la Costituzione e osservare i principi generali di organizzazione pubblica e le disposizioni statali recanti la legislazione elettorale e la regolamentazione degli organi di governo e delle funzioni fondamentali degli enti locali; transitivamente, dunque, anche il regolamento dell'Ente locale è sottoposto ai principi generali e alle norme di legge statale attuative della lettera p del secondo comma dell'articolo 117 della Costituzione.

Almeno fino a che non sarà approvata una nuova legislazione, la normativa statale sui profili organizzativi (oltre che su quelli privatizzati) dell'impiego locale – contenuta, appunto, in parte nel decreto legislativo n. 165 del 2001 ed in parte nel decreto legislativo n. 267 del 2000 – deve, pertanto, essere considerata ancora vincolante nei confronti degli enti locali (ovviamente, per i profili organizzativi del lavoro pubblico locale, limitatamente alle disposizioni che siano espressione

di principi generali); come pure, deve essere affermata la persistente vincolatività del sistema di contrattazione collettiva nei confronti di tali enti.

Da questa ricostruzione delle competenze appare confermato che si siano aperti spazi per una sempre maggiore differenziazione tra l'ordinamento del personale regionale, da una parte, e quello del personale degli enti locali, dall'altra parte. Ciò, in quanto tra i profili del rapporto di lavoro pubblico ancora oggi riconducibili all'ordinamento ed all'organizzazione amministrativa, ve ne sono alcuni piuttosto rilevanti: basti pensare, ad esempio, a quello dei concorsi per l'accesso alle pubbliche amministrazioni, per il quale Regioni ed enti locali possono prevedere procedure e requisiti diversi, secondo sistemi decisi dall'ente stesso e non eteroimposti dallo Stato.

Al contempo, questo processo di diversificazione è protetto dal rischio di frammentazione, dal momento che, come già sottolineato, l'unità e l'indivisibilità dell'ordinamento viene garantita dal fatto che comunque resta in capo al legislatore statale il potere di dettare principi generali di organizzazione pubblica, ovvero criteri minimi di organizzazione, validi per tutte le amministrazioni.

7. Nell'ambito del pubblico impiego regionale e locale si accentua, poi, nella stessa misura per entrambi, un'ulteriore distinzione: quella tra disciplina del personale non dirigente e disciplina della dirigenza.

Ciò, in quanto sono diversi gli spazi di competenza che Regioni ed enti locali hanno, rispettivamente, nei confronti di queste due categorie di dipendenti.

Più precisamente, è più ampio l'ambito della potestà normativa dell'ente (legislativa residuale delle Regioni, e regolamentare delle Autonomie locali) nei confronti dei dirigenti, rispetto al restante personale, essendo numerosi e rilevanti gli aspetti del rapporto di lavoro dirigenziale riconducibili all'"ordinamento e organizzazione amministrativa" regionale e locale, in quanto non privatizzati dal legislatore statale: in particolare – come riconosciuto dalla Corte Costituzionale, soprattutto nelle sentenze n. 233 del 16 giugno 2006⁽¹⁷⁾ e n. 104 del 23 marzo 2007⁽¹⁸⁾ – tra questi sono annoverabili i due principali istituti caratterizzanti del rapporto, vale a dire quello degli incarichi e quello della responsabilità dirigenziale (oltre, ovviamente, alla disciplina dei ruoli, dei concorsi e delle incompatibilità, mantenuta in regime pubblicistico per tutti i dipendenti pubblici, si tratti o meno di dirigenti)⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ In *LPA*, 2006, II, 663, con note di G. GARDINI, *Lo spoils system al primo vaglio di costituzionalità: le nomine fiduciarie delle Regioni sono legittime, ma la querelle resta aperta*, e di R. SALOMONE, *Spoils-system regionale e riparto di competenza: via libera dalla Consulta*; in *DLM*, 2006, 711, con nota di M. CERBONE, *Limiti costituzionali dello spoils system della dirigenza regionale*; e in *Le Regioni*, 2007, 133, con nota di F. MERLONI, *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni*.

⁽¹⁸⁾ In *ADL*, 2007, II, 997, con nota di M.C. CATAUDELLA, *La Corte Costituzionale dichiara incostituzionale lo spoils system una tantum*; e in *RIDL*, 2007, II, con nota di G. FONTANA, *La dirigenza pubblica tra Scilla e Cariddi salvata dalla Corte costituzionale? Commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007*.

⁽¹⁹⁾ Sul punto, si veda già A. TROJSI, *Dirigenza regionale e dirigenza locale: il riparto di potestà normativa*, in *RE*, 2007; A. TROJSI, *Potestà legislativa e dirigenza regionale*, in *ADL*, 2007, I, 57; A. TROJSI, *La dirigenza regionale: assetto delle competenze legislative e principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Il governo delle regioni tra politica e amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2007, 101. Si veda, inoltre, A. BOSCATI, *La dirigenza degli enti locali fra logica fiduciaria e logica manageriale: il rapporto con gli organi politici ed il nodo degli incarichi*, in AA.VV., *L'impiego pubblico negli enti locali*, cit., spec. 120 ss.; M.T. CARINCI, D. CASALE, *Dirigenza delle Re-*

Di conseguenza, per questi profili le Regioni e gli enti locali non sono più vincolati all'osservanza della disciplina legislativa statale (contenuta nei decreti legislativi n. 165 del 2001 e n. 267 del 2000), ma soltanto dei principi generali di organizzazione pubblica enunciati da questa, e neppure dei contratti collettivi nazionali dell'Area II dei dirigenti del comparto Regioni-Autonomie locali (potendosi dubitare, in generale, della competenza della contrattazione collettiva a regolare tali aspetti, e della legittimità delle norme eventualmente predisposte da questa). Data l'importanza dei profili del rapporto dirigenziale sui quali possono intervenire, le Regioni e gli enti locali hanno, perciò, l'opportunità di una più marcata diversificazione del regime giuridico delle varie dirigenze, rispetto al personale non dirigente, potendo ciascun ente modellare la disciplina dei propri dirigenti sulla base delle esigenze peculiari del tipo di amministrazione⁽²⁰⁾. Naturalmente, però, poiché l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001 non ha determinato l'immediata caducazione di tutta la normativa precedente, in ossequio al principio generale di continuità dell'ordinamento, fino a che una Regione o un Ente locale non esercita tale potere normativo, rimane applicabile la disciplina statale della dirigenza pubblica frutto del previgente assetto costituzionale (ed eventualmente, quella legislativa regionale o regolamentare dell'Ente locale attuativa di questa).

La riconduzione, ad opera della giurisprudenza costituzionale, in particolare della disciplina degli incarichi dirigenziali all'"ordinamento e organizzazione amministrativa" dell'ente produce, inoltre, delle ripercussioni anche sulla individuazione della natura giuridica del provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale, in parte sconfessando quanto sostenuto poco prima, sul punto, dalla Corte di Cassazione.

Com'è noto, infatti, secondo la disciplina generale del rapporto di lavoro dirigenziale a tempo indeterminato – introdotta dalla legge n. 145 del 2002, che ha modificato il decreto legislativo n. 165 del 2001 – nel contratto individuale di lavoro, col quale si instaura detto rapporto con il vincitore di un concorso per l'accesso alla qualifica di dirigente (articolo 28, decreto n. 165), non sono specificati i compiti, ovvero le funzioni, che in concreto devono essere svolte dal dirigente. Queste vengono, invece, definite da un successivo atto unilaterale della amministrazione – appunto, il "provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale" – che prevede una durata dell'incarico limitata nel tempo (variabile da un minimo ad un massimo fissati dalla legge, e rinnovabile o meno a seconda delle valutazioni dell'amministrazione, legate anche alla verifica dei risultati conseguiti dal dirigente): per cui, l'esercizio della funzione dirigenziale è segnata dal

gioni, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La Dirigenza nelle Pubbliche Amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2005, tomo I, spec. 426 ss.; M. NAVILLI, G. ZAMPINI, *Dirigenza delle Autonomie locali*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *op. cit.*, tomo I, 525; M. RUSCIANO, *La dirigenza degli enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in www.aislo.it, 2004; M. RUSCIANO, *Riforma federalista e dirigenza regionale: il caso della Campania*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Giuffrè, Milano, 2005, 685.

⁽²⁰⁾ Sulla opportunità di parlare di "dirigenze pubbliche", declinato al plurale, si veda F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, in *LPA*, 2004, I, 833; A. CORPACI, *Unicità o pluralità di modelli per la dirigenza pubblica?*, in *Le Regioni*, 2002, 927; M. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *LPA*, 2002, I, 893; M. RUSCIANO, *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, in *DLM*, 2005, 621.

susseguirsi di vari provvedimenti di questo tipo, nei quali di volta in volta l'ente stabilisce appunto l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire. A questo provvedimento accede un "contratto individuale" (c.d. "accessorio" o "accessivo"), nel quale è determinato unicamente il trattamento economico corrispondente al tipo e alle caratteristiche dell'incarico assegnato (articolo 19, decreto legislativo n. 165 del 2001).

La disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali, precedente al 2002, era, invece, diversa, in quanto le condizioni dell'incarico non erano individuate da un provvedimento unilaterale dell'amministrazione, bensì contrattualmente, con un maggiore spazio per la definizione consensuale delle caratteristiche dell'incarico e la certezza circa la natura privatistica dell'atto.

La legge n. 145 del 2002, attraverso la unilaterizzazione del conferimento dell'incarico dirigenziale, ha fatto, invece, sorgere appunto il problema della natura giuridica di questo atto dell'amministrazione: vale a dire, se esso sia configurabile come provvedimento amministrativo o come atto privatistico.

La Sezione Lavoro della Corte di Cassazione, nella nota sentenza n. 5659 del 20 marzo 2004 ⁽²¹⁾, ha sostenuto, in proposito, la natura in ogni caso privatistica dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale, pur essendo questo unilaterale e non più contrattuale, data la sua qualità di determinazione assunta dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, a norma dell'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

Ma la successiva assegnazione, da parte della Corte Costituzionale (soprattutto nella sentenza n. 233 del 2006), della materia degli incarichi dirigenziali all'"ordinamento e organizzazione amministrativa" dell'ente (e, di conseguenza, alla potestà legislativa residuale delle Regioni, per la dirigenza regionale) sembra smentire l'assunto della Cassazione, in quanto – come già sottolineato – tale riconduzione implicitamente indica l'esclusione, da parte della Corte, della appartenenza di questa all'"ordinamento civile" (e quindi alla sfera privatizzata del rapporto), a sua volta presupposto essenziale per la qualificazione come "privatistica" della relativa attività dell'amministrazione e dei provvedimenti da essa adottati. Qualora, infatti, la Corte avesse, viceversa, ritenuto che il legislatore statale abbia conferito natura privatistica all'attribuzione dell'incarico dirigenziale, avrebbe dovuto configurare questa come "limite di diritto privato" e dunque negare la competenza legislativa delle Regioni in materia.

Tale questione interpretativa conferma, tra l'altro, il fatto che il riconoscimento della natura privatistica oppure pubblicistica di un istituto, a maggior ragione oggi, produce delle conseguenze di rilievo sul piano dell'esercizio della competenza legislativa.

8. Un ultimo, significativo profilo, sempre in tema di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali, è quello dei limiti di legittimità dello *spoils system*, anch'esso oggetto delle sentenze della Corte Costituzionale n. 233 del 2006 e n.

⁽²¹⁾ In *LPA*, 2004, II, 153, con nota di A. BOSCATI, *Atto di conferimento dell'incarico dirigenziale: la Cassazione ne riafferma la natura privatistica*; e in *DLM*, 2004, 337, con note di E. ALES, *L'incerta qualificazione del provvedimento di conferimento o revoca degli incarichi dirigenziali*, e di A. CORPACI, *Su natura e regime giuridico degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali nel settore pubblico*.

104 del 2007 (con riferimento alla dirigenza regionale e sanitaria), nonché della sentenza n. 103 del 23 marzo 2007 (riguardante la dirigenza statale) ⁽²²⁾.

Tecnicamente, nel nostro ordinamento vengono considerate misure di *spoils system* (che, tradotto letteralmente, sta ad indicare il “sistema delle spoglie”) quelle – introdotte da disposizioni di legge, statale ⁽²³⁾ o regionale – che prevedono la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali al verificarsi di un certo evento, di solito al cambio di legislatura o di Governo.

La questione sottoposta alla Corte è relativa, in particolare, alla compatibilità di tali disposizioni con i principi di imparzialità e di buon andamento della amministrazione, sanciti dall’articolo 97, comma 1, della Costituzione, in quanto esse, determinando una stretta connessione tra organi di indirizzo politico e organi di gestione amministrativa, costituiscono una deroga al generale «principio di distinzione tra politica e amministrazione», ricavabile come corollario dalla norma costituzionale.

La Corte ha, in proposito, censurato la tendenza dell’ordinamento alla proliferazione di meccanismi di *spoils system*, dichiarando la illegittimità delle norme che ne prevedono una applicazione estesa a tutti i dirigenti pubblici, anche a quelli non di vertice, ma di livello intermedio o di base, e circoscrivendo così la possibilità di *spoils system* – cioè di cessazione immotivata dell’incarico – solo agli incarichi dirigenziali c.d. “apicali”, conferiti direttamente dal vertice politico e caratterizzati da un rapporto fondato sull’*intuitus personae* tra questo e il dirigente; in linea generale, invece, secondo la Corte la revoca degli incarichi dirigenziali è legittima solo se essa è giustificata da ragioni attinenti al mancato raggiungimento dei risultati, quando cioè vi siano gli estremi della responsabilità dirigenziale, ed inoltre se vi è una adeguata “procedimentalizzazione” che garantisca al dirigente la possibilità di esercizio del diritto di difesa. E così, nella sentenza n. 104 del 2007 la Corte ha negato natura di nomina politica persino all’incarico di direttore generale dell’Asl, qualificato, al contrario, come «una figura tecnico-professionale che ha il compito di perseguire, nell’adempimento di un’obbligazione di risultato (oggetto di un contratto di lavoro autonomo), gli obiettivi gestionali e operativi definiti dal piano sanitario regionale, dagli indirizzi della Giunta, dal provvedimento di nomina e dal contratto di lavoro con l’amministrazione regionale» e non necessariamente caratterizzato da un rapporto diretto con l’organo politico, essendovi, «nell’assetto organizzativo regionale, [...] una molteplicità di livelli intermedi lungo la linea di collegamento che unisce l’organo politico ai direttori generali delle Asl»; di conseguenza, ha ritenuto ille-

⁽²²⁾ Su questa giurisprudenza, si veda S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in *GDA*, 2006, 911; M.C. CATAUDELLA, *Lo spoils system una tantum di nuovo al vaglio della Corte Costituzionale*, in *ADL*, 2007, II, 183 ss.; P. CERBO, *La cessazione anticipata degli incarichi dirigenziali fra gestione, politica e legge*, in *LPA*, 2007, I, spec. 457 ss.; C. D’ORTA, *Cinque proposte per una reale funzionalità delle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2007, I, 442 ss.; E. GRAGNOLI, *Lo spoils system e l’imparzialità del dipendente degli enti locali*, in *LPA*, 2007, I, 25; G. NICOSIA, *Le opinioni della Corte Costituzionale su spoils system, fiducia e imparzialità negli incarichi di funzione dirigenziale: il “caso Speciale” è davvero speciale?*, in *LPA*, 2007, II, 497; M. RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e spoils system*, in *www.astrid-online.it*, 30 agosto 2007.

⁽²³⁾ Si veda, ad esempio, l’art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dalla l. n. 145/2002.

gittima la previsione della risoluzione automatica di tale incarico al termine della legislatura regionale ⁽²⁴⁾.

Tramite questa recente giurisprudenza, la Corte ha prescritto delle linee guida in materia anche per il legislatore futuro, sia esso statale o regionale.

Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti regionali e locali – Riassunto. *L'A. sostiene che la diversificazione che contraddistingue i vari livelli dell'amministrazione pubblica si riflette sul regime del pubblico impiego, ovvero sulle regole applicabili ai dipendenti delle Regioni, da una parte, e a quelli degli enti locali, dall'altra. Il lavoro alle dipendenze della PA è stato privatizzato in due momenti: il primo risalente al d.lgs. n. 29/1993 ed il secondo al d.lgs. n. 80/1998. Il processo suddetto è infine approdato a conclusione con il d.lgs. n. 165/2001 e con la l. n. 145/2002 riguardante la disciplina della dirigenza pubblica. Il tessuto normativo ha, tuttavia, dovuto fare i conti con la modifica del Titolo V Cost. a seguito della l. Cost. n. 3/2001, con l'insorgenza di una rilevante questione interpretativa: se il decreto legislativo, valido per le amministrazioni statali, sia applicabile anche ai dipendenti delle Regioni e degli enti locali ed in che misura il Testo unico degli enti locali (d.lgs. n. 267/2000) si coordini con l'intervenuta riforma. L'art. 117 Cost. nella sua precedente formulazione prevedeva che Stato-Regione fossero entrambi competenti per l'ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalle Regioni; non così per l'impiego pubblico locale, di competenza esclusiva del legislatore statale. La novella costituzionale ha modificato profondamente l'art. 117 che ora consta di tre tipi di potestà legislativa, assegnando funzione residuale alla Regione con l'accentuarsi delle differenze tra impiego alle dipendenze di questa o dell'ente locale.*

Salaried employment in regional government and local authorities (Article in Italian) – Summary. *In this paper it is argued that the diversification between the various levels of public administration is reflected in the system of salaried employment, concerning employment in regional government on the one hand and employment by local authorities on the other. Salaried employment in the public administration underwent private-law reform in two distinct phases, the first phase dating back to Legislative Decree no. 29/1993 and the second to Legislative Decree no. 80/1998. This process was completed with Legislative Decree no. 165/2001 and with Act no. 145/2002 regulating the employment of managerial staff in the public sector. However, these legislative provisions have to be reconsidered in light of the amendment of Title V of the Constitution, pursuant to Constitutional Act no. 3/2001, that gave rise to a significant issue of interpretation: whether the Legislative Decree applicable to state employees is also applicable to employees of regional governments and local authorities, and to what extent the consolidating act regulating local authorities (Legislative Decree no. 267/2000) is in line with the reform enacted in 2001. As previously formulated, Article 117 of the Constitution empowered both the state and the regional governments to regulate the public administration and the administrative bodies governed by the regions; however, this did not apply to local authority employees, who were governed exclusively by the state legislator. The constitutional amendment introduced a far-reaching reform of Article 117 that now provides for three types of legislative empowerment, with residual powers to the regions, and a consequent divergence between employment in regional government and in the local authorities.*

⁽²⁴⁾ Sugli effetti di tale sentenza proprio sul regime giuridico degli incarichi dei direttori generali delle Asl, si veda C. Stato 29 maggio 2007 n. 2700, in *LPA*, 2007, II, 711, con nota di M. MONTINI, *A volte ritornano*.

La contrattazione collettiva nel lavoro pubblico (con particolare riferimento al comparto università): chi è meno virtuoso, il datore di lavoro pubblico o il legislatore?

Armando Tursi

Sommario: **1.** La contrattualizzazione collettiva nel settore pubblico: profili critici. – **2.** Contrattazione collettiva e sistema delle fonti. – **2.1.** I soggetti negoziali nel comparto universitario. – **2.2.** I limiti posti dalla legge al datore di lavoro pubblico. – **2.3.** Le peculiarità del datore di lavoro pubblico e la deriva contrattuale. – **2.4.** Contrattazione nazionale e contrattazione decentrata. – **3.** La regolazione contrattuale e la necessità della dimensione individuale. – **4.** Il ruolo della produttività nella contrattazione collettiva e in quella di comparto. – **5.** La formazione come strumento di gestione delle risorse umane. – **5.1.** La flessibilità nel lavoro pubblico tra divieti espliciti e vincoli.

1. Una recente ricerca sulla contrattazione collettiva nel comparto universitario ⁽¹⁾ offre lo spunto per queste riflessioni sui principali profili critici del sistema contrattuale pubblico. L'obiettivo non è quello di sviluppare un'analisi strutturata e precisamente situata nel contesto della riflessione dottrinale in materia ⁽²⁾: ci si propone, piuttosto, di evidenziare, a 15 anni dalla riforma del 1993, i nodi critici veramente essenziali al fine di collocare in una prospettiva utile, in chiave analitica, i problemi della contrattazione collettiva nel settore pubblico, adottando la prospettiva settoriale del comparto universitario.

Parto dal tema per antonomasia "generale" in materia di disciplina (riformata) del lavoro pubblico: quello del significato ordinamentale della "privatizzazione" o (secondo i più) "contrattualizzazione" dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Chi scrive è infatti convinto che pressoché tutti i problemi della contrattazione collettiva del pubblico impiego, ivi compresi quelli attinenti al rapporto tra i livelli contrattuali, e, per altro e forse ancor più fondativo profilo, quelli attinenti al ruolo della dirigenza, siano corollari più o meno immediati e diretti del modo in cui si imposta questa prima, fondamentale questione.

* Armando Tursi è professore ordinario di diritto del lavoro presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano.

⁽¹⁾ Cfr. A. TURSI, E. PERITI (a cura di), *Lavoro e cambiamento organizzativo nelle Università*, Il Mulino, Bologna, 2008.

⁽²⁾ M. RUSCIANO, *Contrattazione collettiva e relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni*, in A. TURSI, E. PERITI (a cura di), *op. cit.*

Un irrisolto equivoco mina alla base l'operazione messa in atto, con una sorta di riforma *in progress*, a partire dal decreto legislativo n. 29/1993: non è stato mai fino in fondo chiarito se, negli enunciati legislativi secondo cui «i rapporti individuali di lavoro di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente» e «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa [...]»⁽³⁾, l'accento sia da porre sul fatto che le situazioni giuridiche soggettive fatte valere nel rapporto di lavoro pubblico sono espressione di libertà negoziali e non (più) di pubbliche funzioni; ovvero sul fatto che una nuova fonte regolativa – il contratto collettivo di lavoro –, abbia scalzato dal ruolo di protagonista della regolazione del lavoro pubblico la legge, tuttavia conservandone e anzi mutuandone, in maniera ben più intensa che nel settore privato, la natura eteronoma e normativa.

Benché la stessa riforma si preoccupi di chiarire che «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro»⁽⁴⁾, non si può non osservare che si tratta di una delle disposizioni rispetto alle quali la cautela dei giuristi è massima; e ancora più accentuato è lo scetticismo, talvolta spinto fino all'ironia, degli studiosi di relazioni industriali, ma anche di taluni giuristi⁽⁵⁾.

La ragione della cattiva accoglienza di siffatta statuizione legislativa sta nel fatto che essa, lungi dall'apparire un chiarimento, appare come l'oscuramento di una diversa verità che si vuole costituisca la sostanza reale – l'unica oggettivamente possibile – della “contrattualizzazione”: il riconoscimento formale della contrattazione collettiva (e non dell'autonomia negoziale privata, in sé) come fonte di regolazione del rapporto di lavoro pubblico; una fonte diversa da quella legale o amministrativa, non già perché non eteronoma, ma perché “flessibile”.

L'esigenza di non operare una ingenua assimilazione normativa del datore di lavoro pubblico a quello privato, e di sottrarsi all'accusa di aver preteso di importare per legge nel settore pubblico la logica privatistica dei “rapporti di forza” e del “mercato”, ha così indotto il *mainstream* giuslavoristico a prendere le distanze dall'affermazione che al datore di lavoro pubblico sono attribuiti i poteri del privato datore di lavoro, e a concentrare la novità della “contrattualizzazione”, nel dato dell'ingresso trionfante e pieno della contrattazione collettiva sulla scena del lavoro pubblico.

Eppure non si può ignorare che, sul piano sistematico, questo ingresso non è il presupposto, bensì esattamente la conseguenza di quella ben più profonda mutazione genetica, costituita dalla de-funzionalizzazione del rapporto di lavoro pubblico: in virtù di tale de-funzionalizzazione, il soggetto pubblico, quando agisce come datore di lavoro, utilizza l'autonomia privata ed è spogliato di quelle funzioni e poteri pubblicistici di cui è investito invece quando agisce come pubblica autorità o pubblico servizio.

⁽³⁾ Art. 2, commi 2 e 3, d.lgs. n. 165/2001.

⁽⁴⁾ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001.

⁽⁵⁾ U. ROMAGNOLI, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in *LD*, 1993, 243 ss.

Ed è precisamente a cagione di questo dato – che è giuridico-sistematico e attuale (si è consumato per intero e *uno actu*), e non sociologico e *in progress* – che è diventato possibile affidare genesi e regolazione del rapporto d’impiego alla libertà negoziale; con la sola, ovvia, ma doverosa precisazione che tale affidamento è stato circondato da innumerevoli cautele stabilite da norme imperative certo speciali, ma non tali da rovesciare la ormai consumata “de-funzionalizzazione”.

È solo un ulteriore corollario di tale acquisita possibilità di regolazione per via negoziale, con chiaro addentellato costituzionale nel principio di libertà sindacale (articolo 39 della Costituzione), la possibilità di una regolazione per via di contrattazione collettiva ⁽⁶⁾.

Nondimeno, è ricorrente l’affermazione che sia la contrattazione collettiva il motore primo della “contrattualizzazione” del pubblico impiego.

Se abbiamo qualche ragione nel rilevare, a distanza ormai di 3 lustri dall’avvenuta “contrattualizzazione”, il suddetto, persistente equivoco, allora si dovrebbe pure riconoscere che esso non ha mancato e non manca di produrre effetti perversi: effetti a loro volta di sistema e, naturalmente, effetti che si riverberano sotto specie di epifenomeni in quella sorta di sotto-ordinamenti costituiti dai comparti.

2. Dall’angolazione del sistema delle fonti, si osserva che la contrattazione collettiva non è concepita alla stregua di un compromesso negoziale libero nell’*an* e nel *quomodo*, intervenuto tra sfere d’interessi contrapposti, bensì di una fonte normativa, sostanzialmente eteronoma e praticamente necessitata. Una fonte che, di veramente peculiare rispetto alle fonti formali del diritto, avrebbe questo: di formarsi secondo un modulo consensuale anziché unilaterale.

È ben noto come nel settore pubblico si registri una regolazione minuziosa del procedimento contrattuale, con predeterminazione analitica e normativamente vincolante dei soggetti negoziali, del modello relazionale tra contrattazione centrale e decentrata, dei contenuti e della funzione di quest’ultima, dei confini tra la contrattazione collettiva e altre forme di relazioni sindacali di cui si pretende di tracciare i limiti *more geometrico*.

Ciascuno di questi aspetti presenta profili critici collegati in qualche modo a quello più generale dal quale siamo partiti.

Conviene illustrare questa affermazione mutando radicalmente il punto di osservazione, passando cioè dalla prospettiva più generale e astratta, a quella specifica e concreta del comparto universitario.

2.1. Venendo, allora, al profilo dei soggetti negoziali, la questione della struttura “dicotomica” della rappresentanza datoriale nella contrattazione integrativa nel comparto universitario, divisa “a mezzadria” tra il rettore e il direttore amministrativo ⁽⁷⁾, si rivela come un falso problema se si parte dall’assunto che nella contrattazione collettiva pubblica, come in quella privata, alla distinzione tecnica tra proprietà/vertice politicamente responsabile, e *management/tecnostruttura*,

⁽⁶⁾ A. TURSÌ, *Libertà sindacale e soggettività negoziale nella contrattazione collettiva del lavoro pubblico*, in *LD*, 2000, 377 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. art. 9, comma 1, Ccnl 8 agosto 2000.

non può corrispondere una reale duplicazione né dell'unico datore di lavoro, né dell'unico centro d'interessi che viene in rilievo nella dialettica sindacale.

In altre e più dirette parole, si vuol dire che della separazione tra politica e amministrazione non può farsi un feticcio nemmeno nel comparto universitario.

Semmai, il problema è quello di far valere, nella negoziazione, una strategia e una tattica negoziale che siano funzionali agli obiettivi istituzionali della amministrazione; ma ciò presuppone che esista una chiara visione di tali obiettivi, e una trasparente ed efficace comunicazione di essi al *management*. Se è indubbio che detti obiettivi devono essere istituzionalmente perseguiti dal vertice "politico", è altrettanto certo che essi non possono essere rimessi né alle istanze sindacali, né al *management*.

Né, ad onta di una diffusa prospettazione, e per sfatare un luogo comune, è questo – ossia la rigida delimitazione dei poteri manageriali da quelli proprietari –, ciò che si riscontra nel settore privato: al contrario, è proprio nel settore privato che non si registrano limiti formali alla c.d. "ingerenza" dell'imprenditore nelle c.d. "prerogative" del *management*. Se limiti vi sono, essi attengono al rispetto della "professionalità" dei quadri e dei manager, non certo delle loro "competenze".

Certo, accade troppo di frequente che dietro l'apparenza di relazioni sindacali cooperative, si consumi la parziale abdicazione del datore pubblico al proprio ruolo, che dovrebbe essere quello di massimizzare i propri obiettivi strategico-istituzionali, indipendentemente dalla contingenza delle relazioni sindacali.

Si usa descrivere ciò in termini di "debolezza del datore di lavoro pubblico", ritenendosi talvolta, erroneamente, che il problema abbia a che fare con la ripartizione dei poteri negoziali tra il vertice politico e quello tecnico-burocratico. Ma se il rilievo sopra svolto è minimamente fondato, varrebbe la pena di intraprendere vie analitiche diverse per spiegare il problema e ipotizzare soluzioni: vie non basate sull'assunto erroneo che nel settore privato esista una geometrica e invalicabile linea divisoria tra "prerogative" della proprietà e "prerogative" del *management*, e soluzioni focalizzate sulla necessità di rendere più stringenti e diffusi i controlli e le valutazioni sull'andamento dei servizi pubblici in termini di efficienza ed efficacia.

2.2. Guardando la questione della c.d. "debolezza del datore di lavoro pubblico" dal punto di vista dei contenuti e del disegno del sistema di relazioni contrattuali, è poi altrettanto in voga ricorrere alla figura retorica della "deriva contrattuale".

Ecco un altro precipitato dell'equivoco di fondo della "contrattualizzazione": la lontananza dal "modello privatistico" viene addebitata, questa volta, al mancato rispetto, da parte di un datore di lavoro pubblico "debole" e "poco virtuoso", dei precisi limiti che la legge pone alle "competenze" della contrattazione collettiva, e ai precisi confini che sempre la legge stabilisce tra contrattazione, concertazione, consultazione, informazione preventiva, informazione successiva.

La verità è, anche in questo caso, che il "modello privatistico" non conosce siffatte competenze, limiti e confini; o meglio, non li conosce in termini di dati normativi, bensì in termini di punti di resistenza auto-imposti nell'esercizio di una libertà negoziale.

La consacrazione normativa di tali limiti, lungi dal rafforzare la capacità del soggetto pubblico di rappresentarsi e di rispettarli, rischia di deresponsabilizzarlo, riducendo la questione a un problema di corretta interpretazione di definizioni legali.

Una volta operata tale interpretazione, ciò che sopravvive non è più una libertà negoziale, ma la camicia di forza di una serie di “adempimenti”, rispettosi e quasi esecutori di “competenze”, che si traducono in una contrattazione senza nerbo strategico-organizzativo, e si risolvono in un omaggio alla collettivizzazione della disciplina del rapporto.

Si pensi, per fare degli esempi tratti dalla realtà del comparto universitario, al fra-stagliato e internamente differenziato intreccio tra contrattazione, informazione, concertazione e determinazioni unilaterali dell'amministrazione, che governa gli istituti della retribuzione accessoria specificamente previsti per il personale delle categorie B, C, D, EP.

Così: mentre i criteri generali per la graduazione dell'indennità di responsabilità per il personale di categoria B, C e D, prevista dall'articolo 63, comma 2, del Ccnl, sono materia contrattuale, la specifica indennità di responsabilità riservata alla categoria D, disciplinata dal successivo comma 3, non prevede contrattazione, ma solo informazione e concertazione sui criteri di conferimento degli incarichi.

La individuazione, a monte, delle relative posizioni organizzative e funzioni specialistiche (articolo 63, comma 1), invece, è oggetto di sola informazione preventiva; come pure la definizione dei criteri per la scelta dei dipendenti cui attribuire le posizioni e funzioni predette, ma questa volta con la variante della possibile richiesta di un “incontro” (comma 6).

Ancora: le procedure di valutazione delle prestazioni del personale di categoria EP e D, ai fini, rispettivamente, della definizione della retribuzione di risultato (articolo 61, comma 5), e di una percentuale dell'indennità di responsabilità (articolo 63, comma 4), sono oggetto d'informazione.

La graduazione della retribuzione di posizione per il personale di categoria EP sembra, invece, escludere ogni ruolo sindacale (articolo 62, comma 2); ma la definizione dei criteri generali per il conferimento degli incarichi al medesimo personale di categoria EP è oggetto d'informazione e concertazione (articolo 61, comma 2).

Non deve stupire, né scandalizzare più di tanto, la scarsa effettività di tali geometriche delimitazioni di campo, e la relativa diffusione di “derivate contrattuali”, che sarebbe poi vano censurare invocandone l'invalidità.

Tanto più, ove si ponga mente al fatto che la “concertazione” ha fatto ingresso, nel novero delle forme di partecipazione sindacale del comparto universitario, con la seconda tornata di contrattazione nazionale (1998-2001), quale forma intermedia tra la “contrattazione” e la “consultazione”; ma intermedia sul piano meramente nominalistico, essendo in sostanza assimilata alla contrattazione in virtù dell'espressa previsione secondo cui «gli impegni concertati hanno per le parti carattere vincolante» (articolo 7, comma 3, Ccnl Università).

2.3. Ciò che intendiamo dire non è che non si diano diversità profonde nelle dinamiche e nelle logiche della contrattazione collettiva del settore pubblico: ave-

va, anzi, sicuramente ragione Umberto Romagnoli quando, fin da subito, la descrisse come “fittizia” perché «non ci sono né padroni o azionisti che mettano in gioco il loro patrimonio, né un mercato che possa allontanare i clienti insoddisfatti» né il sistema delle regole non scritte, delle sanzioni e degli incentivi che è indotto dalla concorrenza ⁽⁸⁾.

Il fatto è che il legislatore è il primo a non prendere troppo sul serio ciò che ha scritto, spingendo, spesso, la specialità del lavoro pubblico anche oltre quanto sarebbe necessario per tener conto della peculiarità del datore di lavoro pubblico, e contribuendo dunque esso, direttamente, a farne, nell’agone delle relazioni industriali, il soggetto più debole e disarmato; come pure a scaricare su di esso, per intero e senza difesa, quegli strali sanzionatori che contro il privato o non vengono affatto scagliati, o se lo sono, si rivelano del tutto ineffettivi.

Così, il timore che il datore di lavoro pubblico non sia in grado di condurre le relazioni di lavoro (a livello sia collettivo che individuale) in maniera virtuosa, non solo induce il legislatore (e la contrattazione nazionale) a privarlo della libertà di scegliere tempi, modi, livelli, soggetti e oggetti della contrattazione collettiva in funzione dei propri obiettivi strategici e delle cangianti convenienze tattiche, ma gli sottrae perfino l’arma più elementare di ogni negoziatore, ossia la possibilità di non svelare in anticipo alla controparte l’ammontare delle risorse disponibili per la contrattazione.

In proposito, si condivide l’opinione di chi, con riferimento alla contrattazione nazionale, ha osservato che, da un lato, sarebbe opportuno «escogitare un sistema di finanziamento dei contratti collettivi [...] che [...] non sia del tutto visibile alle controparti sindacali»; dall’altro, andrebbe affermato il principio che la certificazione negativa della Corte dei Conti sull’ipotesi di accordo produce effetti impeditivi della definitiva sottoscrizione ⁽⁹⁾.

Infine, è sui prodotti negoziali del solo datore di lavoro pubblico, che siano difformi dal modello legale e contrattuale centralmente definito, che viene scaricato il fulmine della nullità, risparmiato invece al datore di lavoro privato ⁽¹⁰⁾.

2.4. A dire il vero, il “modello privatistico” non è del tutto indenne da tale genere di difetti: ne costituisce, a nostro avviso, un esempio la pretesa del protocollo del luglio 1993 di vietare una contrattazione decentrata che non sia rispettosa del modello “virtuoso” basato sulla redistribuzione della sola produttività e redditività incrementale realizzata in sede aziendale. Ma tutti sappiamo quanto poco tale pretesa sia, e si sia dimostrata, suscettibile di tradursi in termini di invalidità delle pattuizioni difformi.

E invece è proprio questo l’obiettivo che, nel settore pubblico, si propone la previsione normativa della nullità dei contratti integrativi stipulati «in contrasto con i vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali» ⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*

⁽⁹⁾ A. BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico*, Working Paper C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – IT, 2007, n. 48.

⁽¹⁰⁾ Cfr., da ultimo, A. VISCOMI, *I profili giuridico-istituzionali della contrattazione collettiva integrativa nelle amministrazioni pubbliche*, in L. BELLARDI, U. CARABELLI, A. VISCOMI, *Contratti integrativi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato*, Cacucci, Bari, 2007, 252 ss.

⁽¹¹⁾ Art. 40, comma 3, ultimo periodo, d.lgs. n. 165/2001. A. VISCOMI, *op. cit.*

La presenza di tale regola legale, che impedisce, di fatto, al sistema contrattuale pubblico di fruire di quella opzione di *default* costituita, nel settore privato, dalla carenza di c.d. “efficacia reale” dei vincoli endo-contrattuali e quindi dalla validità degli accordi decentrati in deroga, rende quanto mai urgente un’opera di autoriforma della contrattazione nazionale, che vada in direzione di un suo sostanziale *self-restraint* a favore della contrattazione decentrata.

3. Un secondo effetto di sistema del *basic misstatement* segnalato in apertura, si manifesta nell’assenza della dimensione individuale nelle relazioni di lavoro del settore pubblico.

Intendiamo con ciò alludere non tanto, in accezione sociologica, al tasso di regolazione effettiva del rapporto ad opera della negoziazione individuale *vis a vis* tra il datore pubblico e il singolo prestatore d’opera – tasso che nello stesso settore privato è storicamente molto basso, e tuttavia, notoriamente, in netta rimonta nella fase più recente delle relazioni di lavoro –; quanto al dato giuridico rappresentato dalla comune interpretazione del combinato disposto degli articoli 2, comma 3, e 45, commi 1-3, del decreto legislativo n. 165/2001, alla cui stregua la “regolazione contrattuale” di cui si parla nella prima delle richiamate disposizioni, sarebbe quella collettiva, con esclusione di quella individuale.

Di ciò sarebbe conferma, con riferimento alla materia retributiva, l’«attribuzione di trattamenti economici [...] esclusivamente mediante contratti collettivi», i quali ultimi, per l’appunto, sono la fonte del «trattamento economico fondamentale ed accessorio», anche per ciò che riguarda i trattamenti accessori collegati «alla produttività individuale» (oltre che a quella «collettiva» e all’«effettivo svolgimento di attività particolarmente disagiate obiettivamente ovvero pericolose o dannose per la salute») (articolo 45, decreto legislativo n. 165/2001).

E sì che lo stesso testo legislativo, che pure nella versione iniziale del 1993 aveva suggerito interpretazioni autorevoli, aperte alla possibilità della contrattazione individuale ⁽¹²⁾, contiene una precisazione del tutto trascurata nei commenti e nella prassi contrattuale, la cui valorizzazione potrebbe essere foriera di innovazioni molto incisive: si tratta della previsione secondo cui l’attribuzione dei trattamenti economici può avvenire anche «mediante contratti individuali», purché «alle condizioni previste» ⁽¹³⁾.

La carica innovativa di tale precisazione sarebbe massima, addirittura dirompente, se le “condizioni previste” cui si allude, non fossero quelle poste dal contratto collettivo ma, ad esempio, dalla stessa legge o da atti normativi sub-legislativi; come pure se si ammettesse, come ci sembra corretto, che la carenza di previsioni in materia non impedisca l’attribuzione dei trattamenti economici mediante contratti individuali.

Essa peraltro resterebbe comunque di tutto rilievo anche se ci si limitasse a leggerla in termini di negoziazione individuale collettivamente autorizzata: se solo i contratti collettivi, sia di comparto che decentrati, prendessero a riconoscere alle amministrazioni potestà effettive di differenziazione retributiva *ad personam*, un

⁽¹²⁾ T. TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *DLRI*, 1994, 1 ss.

⁽¹³⁾ Art. 2, comma 3, III periodo, d.lgs. n. 165/2001.

lunghissimo passo verso il reale avvicinamento al vagheggiato “modello privatistico” sarebbe stato compiuto.

Né sembra che possa essere di ostacolo a siffatta prospettazione, il principio di parità di trattamento, stabilito dall’articolo 45, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001: ché ivi si allude, anzi, e in piena coerenza col tradizionale modello privatistico dell’inderogabilità *in peius* (e quindi della derogabilità *in melius*), cristallizzato dell’articolo 2077 c.c., alla garanzia di «trattamenti non inferiori a quelli previsti dai [...] contratti collettivi».

Tutt’al più, si profilerebbe il limite della non arbitrarietà delle differenziazioni individuali: ma, premesso che non si vede alcuna ragione per interpretare questo limite in termini diversi da quelli in auge nel settore privato (dove peraltro non mancano interpretazioni, per così dire, “sdrammatizzanti”), un conto è appellarsi ad esso, altro invocare la necessità di una regolazione dettagliata ed esaustiva da parte della contrattazione collettiva.

Per toccare con mano le possibilità innovative che questo discorso dischiude con riferimento al comparto universitario, si pensi alla possibile valorizzazione delle previsioni in tema di retribuzione accessoria per la produttività individuale, di indennità di responsabilità per le categorie B-C-D, di retribuzione di risultato per la categoria EP, di valutazione delle performance ai fini della graduazione dell’indennità di responsabilità per i lavoratori di categoria D e della retribuzione di risultato per gli EP.

Letta nella prospettiva giuridico-istituzionale qui suggerita, la sottovalutazione (quale parametro definitorio della retribuzione accessoria) della produttività individuale, a scapito di quella collettiva e degli avanzamenti retributivi connessi alle progressioni economiche orizzontali e verticali, ben evidenziata da tutte le ricerche, trova spiegazione con la difficoltà per le parti collettive di ammettere e regolamentare differenziazioni retributive individuali: una spiegazione più semplice e convincente, a nostro avviso, che non quella alquanto abusata, e comunque da meglio definirsi analiticamente, della “debolezza” o della “non serietà” del datore di lavoro pubblico.

D’altro canto, la chiave di lettura da noi suggerita offre pure una via d’uscita più semplice e meno indefinitamente lontana nel tempo, che non la cura, pur necessaria, dei mali strutturali sopra evocati: si tratterebbe, per le amministrazioni, di guardare ai trattamenti economici accessori in termini di “politiche retributive” anziché di adempimenti contrattuali; e per le organizzazioni sindacali, di imboccare con coraggio la via di una almeno parziale de-responsabilizzazione nei confronti di una dimensione gestionale che nella fisiologia delle relazioni industriali gli è, a ben vedere, storicamente estranea.

Se nel settore pubblico questa estraneità non si manifesta, ebbene, almeno per una volta non si dica che ciò dipende dalla debolezza del datore di lavoro pubblico e dalla sua ontologica diversità rispetto a quello privato: ché la colonizzazione totale di ogni spazio di negozialità privata individuale, ad opera dell’autonomia collettiva, è voluta proprio dal legislatore (o almeno, dal “diritto vivente” nell’interpretazione dottrinale e giurisprudenziale).

4. Il combinato disposto della pressoché totale assenza dell’apprezzamento unilaterale del *management* circa il merito individuale, e del rigido controllo centrale

della contrattazione salariale sui luoghi di lavoro, determina poi effetti perversi sulle politiche gestionali e organizzative: in breve, costringe le amministrazioni e la contrattazione decentrata a scaricare sugli assetti organizzativi e sulle progressioni delle carriere, quelle istanze di giustizia sia distributiva (incrementi collettivi del salario) che commutativa (differenziazione in base al merito anche individuale), che non trovano soddisfazione nella contrattazione collettiva.

Si assiste, per un verso, al paradosso di una diffusa insoddisfazione salariale pur in presenza di dinamiche retributive più sostenute nel settore pubblico rispetto a quello privato; per l'altro, alla altrettanto diffusa percezione di un carente riconoscimento del merito individuale.

Al primo problema la contrattazione collettiva, sia quella nazionale che quella decentrata, tenta di rispondere aggirando i vincoli normativi che impedirebbero, alla contrattazione decentrata, di perseguire obiettivi di sostanziale innalzamento generalizzato dei trattamenti di base, avvocati alla contrattazione di comparto; e a quest'ultima, di spacciare per «trattamenti accessori collegati [...] alla produttività [...]»⁽¹⁴⁾, emolumenti fissi e *flat rates*, come la c.d. “indennità di ateneo” introdotta nel comparto universitario dal Ccnl del 2005 e attivata in pressoché tutte le Università con funzione di innalzamento surrettizio del trattamento economico fondamentale.

Alla medesima finalità risponde la pratica, che tutte le analisi confermano, di utilizzare le progressioni di carriera (c.d. “verticali”) e le progressioni economiche all'interno delle singole categorie (c.d. “orizzontali”), come sostituti funzionali della contrattazione salariale: nel primo caso determinando fenomeni di promozione in massa con conseguente ipertrofia dei livelli superiori e sottodimensionamento dei livelli inferiori, e nel secondo caso realizzando, con riferimento al comparto università, un uso distorto dello specifico «fondo per le progressioni economiche e la produttività collettiva e individuale»⁽¹⁵⁾.

Il primo fenomeno è strettamente collegato a quello, già rilevato, delle c.d. “derivate contrattuali”: esso si accompagna, infatti, in genere, a una formalmente indebita contrattazione collettiva degli avanzamenti di categoria (criteri di progressione, numero delle persone coinvolte).

L'uso poco virtuoso del “fondo progressioni economiche e produttività”, invece, si realizza prevalentemente attraverso il ricorso privilegiato (e ancora una volta con meritorie eccezioni ben segnalate in questo volume) a criteri di carattere formale e poco o punto selettivi, focalizzati su adempimenti, condotte, anzianità di servizio, corsi di formazione effettuati, piuttosto che su performance, risultati, capacità e abilità dimostrate, qualità del servizio.

Inoltre, si registra una netta preferenza della contrattazione integrativa e delle stesse amministrazioni per il ricorso alle progressioni economiche orizzontali piuttosto che agli istituti “di produttività”, quali le indennità di responsabilità per il personale di categoria B, C e D, al cui finanziamento pure è destinato il fondo predetto: ciò che ancora una volta si spiega con la possibilità che le prime, e non i secondi, offrono, di stabilizzare gli incrementi retributivi, in virtù di una più elevata capacità di omogeneizzazione dei trattamenti, e dunque di dare risposta alla

⁽¹⁴⁾ Art. 45, comma 3, d.lgs. n. 165/2001.

⁽¹⁵⁾ Art. 67, Ccnl del 2000.

domanda di perequazione salariale inevasa dal livello nazionale (o quanto meno, come tale percepita dai lavoratori).

Va pure osservato, peraltro, che manca, in generale, nelle pubbliche amministrazioni una diffusa pratica di strumenti e metodologie di *compensation*, che a loro volta presuppongono, da un lato, sofisticati modelli organizzativi, e per l'altro, l'adozione e (soprattutto) la concreta attuazione di strumenti e metodologie di valutazione della qualità e dell'efficacia dei servizi e delle *performance* individuali. Se poi si richiama alla mente quanto poco sopra osservato, circa l'inesistenza istituzionale, prima che gestionale, di una cultura della valutazione individuale del merito, le suddette carenze trovano addirittura una parziale giustificazione.

Mentre, almeno a nostro avviso, non sarebbe decisiva, in contrario, l'obiezione che è proprio la contrattazione collettiva a collegare il trattamento economico accessorio alla produttività collettiva e individuale, precisando che «compete ai dirigenti la valutazione dell'apporto partecipativo di ciascun dipendente, nell'ambito di criteri obiettivi definiti dalla contrattazione collettiva» (articolo 45, comma 3, decreto legislativo n. 165/2001).

Non ci si stupisca se affermiamo che ciò che non ci convince, in queste previsioni normative, è proprio il rinvio vincolante alla contrattazione collettiva circa i criteri di valutazione: l'attribuzione normativa alla contrattazione collettiva di una competenza negoziale, che nel settore privato si configura invece come oggetto possibile di contrattazione individuale a iniziativa del datore di lavoro.

Il valore di cultura gestionale così presupposto è quello della inesistenza di un distinto interesse datoriale a gestire i rapporti di lavoro in funzione dei propri obiettivi strategici; mentre è il valore dell'autonomia collettiva, come fonte regolativa del lavoro pubblico, ad apparire come originario e pre-dato, fino ad assurgere esso stesso a condizione di virtuosità della condotta del datore di lavoro pubblico.

5. A ben vedere, ciò che è implicito nella norma, allora, è proprio quella mancanza di visione strategica che comunemente si rimprovera al datore di lavoro pubblico e al suo *management*.

Ciò è evidente anche se gettiamo un rapido sguardo alle modalità di regolazione, nei contratti integrativi, della formazione professionale e degli istituti di flessibilità, in specie di quella "tipologica" o "in entrata". Così, a leggere le previsioni contrattuali – di comparto e decentrate – in materia di formazione, non si può fare a meno di notare un tono declamatorio e un po' retorico, affatto celato e anzi esaltato dall'apparente razionale geometricità dello schema che attribuisce alla legge l'affermazione solenne dei principi ⁽¹⁶⁾, alla contrattazione di comparto quella delle politiche e al livello decentrato la loro attuazione.

In realtà, all'esito di siffatta complessa ed enfatica architettura normativo-contrattuale, il dato reale è sintetizzabile, innanzi tutto, nel rilievo che la formazione professionale è essenzialmente e prevalentemente finalizzata al sistema d'inquadramento: più esattamente, essa costituisce una delle leve, e uno dei principali criteri, per le selezioni ai fini della progressione orizzontale e verticale.

E in proposito dobbiamo almeno richiamare quanto precedentemente osservato, circa la portata non proprio innovativa dell'adozione del criterio della partecipa-

⁽¹⁶⁾ Art. 7-bis, d.lgs. n. 165/2001; circ. Dipartimento della Funzione Pubblica 24 aprile 1995.

zione a corsi di formazione quale idoneo parametro valutativo a fini di crescita professionale.

In secondo luogo, ma in maniera strettamente collegata a quanto appena osservato, va poi rilevato come il ricco materiale contrattuale in materia si riveli invece molto povero quando si tratta di verificare il modo in cui la formazione viene programmata e collegata alla progettualità organizzativa delle amministrazioni⁽¹⁷⁾.

Anche questo dato non ci stupisce affatto: lo attribuiamo in larghissima misura alla concezione sopra stigmatizzata, che fa del momento collettivo-regolatorio quello focale, a discapito di una visione della formazione come strumento strategicamente integrato di gestione delle risorse umane.

5.1. Discorso del tutto analogo può condursi con riferimento alla flessibilità tipologica.

In materia si registra fin dall'inizio una forte resistenza legislativa nei confronti della tendenza all'assimilazione ottimistica col lavoro privato, pur presente nella riforma del 1993: una vera e propria "controtendenza", si potrebbe dire.

Questa resistenza si manifesta in maniera particolarmente significativa col decreto legislativo n. 276/2003, che pure è testo legislativo considerato espressione di una maggiore apertura verso istanze liberistiche: ivi si stabilisce, infatti, l'esclusione dell'intero settore pubblico dalla riforma (articolo 1, comma 2).

Tre anni dopo, la "controtendenza" si materializza nella legge n. 80/2006, che assoggetta i contratti flessibili nelle pubbliche amministrazioni a vincoli sostanziali e procedurali⁽¹⁸⁾.

Quanto alle collaborazioni coordinate e continuative, contrariamente al luogo comune secondo cui l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal campo d'applicazione del decreto legislativo n. 276/2003 avrebbe lasciato a queste ultime una zona franca rispetto alle restrizioni imposte al "lavoro a progetto", si deve notare come l'articolo 7 del decreto legislativo n. 165/2001 contenga limitazioni che largamente sopravanzano quelle inerenti al "lavoro a progetto".

Il processo si conclude poi con la legge finanziaria per il 2008, che sostanzialmente preclude alle pubbliche amministrazioni il ricorso a contratti flessibili, imponendo loro di assumere «esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato» e vietandogli di «avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile [...] se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi [...]»⁽¹⁹⁾.

Tale processo si accompagna alla concentrazione, sul pubblico impiego, degli sforzi per combattere il c.d. "lavoro precario": alle pubbliche amministrazioni viene infatti imposto l'obbligo di adottare piani per la stabilizzazione di personale assunto a termine o con contratto di collaborazione coordinata e continuativa per almeno tre anni⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ CNEL, *La contrattazione collettiva di secondo livello nel settore pubblico, tra tutela del lavoro e flessibilità dell'organizzazione: le tornate contrattuali 1998/2001 e 2002/2005*, Roma, 2007.

⁽¹⁸⁾ Cfr. art. 36, comma 1-bis, d.lgs. n. 165/2001.

⁽¹⁹⁾ Nuovo art. 36, comma 1, d.lgs. n. 165/2001.

⁽²⁰⁾ Art. 3, comma 94, l. n. 244/2007.

Venendo poi a un istituto contrattuale non già precario, ma di certo atipico rispetto al modello standard del tempo pieno, ossia il contratto di lavoro a tempo parziale, l'osservazione fondamentale da farsi è che il lavoro a tempo parziale non è concepito, dal datore di lavoro pubblico, né come strumento di flessibilità nell'interesse dell'amministrazione (né potrebbe esserlo, visto che è escluso, nel settore pubblico, il ricorso alle clausole flessibili ed elastiche), né come strumento di flessibilità nell'interesse del lavoratore (più spesso, della lavoratrice): quando non è subito per venire incontro alla richiesta di un dipendente (esplicando allora la sua fisiologica funzione di flessibilità nell'interesse del lavoratore), esso è infatti tipicamente utilizzato come strumento di riduzione dei costi. Ciò è tanto vero che, a stregua del Ccnl del comparto università, le economie derivanti dalla trasformazione di rapporti a tempo pieno in rapporti a tempo parziale (come pure dalla riduzione delle ore di lavoro straordinario) confluiscono nel fondo per le progressioni economiche orizzontali e la produttività.

Ciò segnala, ancora una volta, una divergenza, più che una convergenza, rispetto al settore privato.

Nel settore privato, infatti, non si osserva un significativo ricorso al part-time in funzione di riduzione dei costi, ma semmai – quando non sia (volontariamente) subito –, in funzione di flessibilità gestionale ⁽²¹⁾.

Né, nel settore privato, si segnala una tendenza alla riduzione del ricorso al lavoro straordinario, ma al contrario, si registra un incremento in funzione di maggiore produttività.

Orbene, questa differenziazione è addirittura plasticamente riprodotta nel recente intervento legislativo in materia di detassazione del lavoro straordinario, nonché del lavoro supplementare e degli incrementi retributivi dovuti a fronte del ricorso a clausole elastiche e flessibili nel part-time ⁽²²⁾: provvedimento espressamente inapplicabile al settore pubblico (e peraltro strutturalmente inapplicabile con riferimento ai compensi per le clausole elastiche e flessibili, inapplicabili al lavoro pubblico).

La filosofia degli interventi legislativi in materia di flessibilità, e più in generale della “controtendenza” che in questa materia si registra nella regolazione del lavoro pubblico, appare chiara e utile a fungere da chiusura di queste riflessioni: quello del lavoro pubblico è il settore del mercato del lavoro in cui si possono sperimentare – *rectius*, si può sperimentare la permanenza o addirittura l'incremento –, in funzione di tutela sociale, delle rigidità che il mercato del lavoro privato respinge e rende inapplicabili. Una sorta di “zona franca”, cioè, del diritto del lavoro tradizionale, garantista, collettivo, che, progressivamente espulso, dal mercato, fuori dall'area del lavoro privato, è concentrato, dal legislatore, nell'area di minore resistenza, del lavoro pubblico.

Ciò avviene, sia chiaro, all'ombra e per impulso cosciente e diretto della disciplina legislativa, e non per una sorta di deriva indesiderata della prassi rispetto alla norma.

⁽²¹⁾ Clausole flessibili ed elastiche, rese possibili dal d.lgs. n. 61/2000, potenziate dal d.lgs. n. 276/2003, depotenziate infine, ma non eliminate, dalla l. n. 244/2007.

⁽²²⁾ Art. 2, d.l. n. 93/2008.

Se è vero che la cultura gestionale, nel lavoro pubblico come in quello privato, conta più delle regole, non è meno vero che una certa cultura gestionale del settore pubblico è espressa dalle stesse regole che lo disciplinano, e quando ciò accade, il sovvertimento di quella cultura diventa addirittura giuridicamente impossibile.

La contrattazione collettiva nel lavoro pubblico (con particolare riferimento al comparto università): chi è meno virtuoso, il datore di lavoro pubblico o il legislatore? – Riassunto. *L'A. muove dall'analisi del comparto universitario per una riflessione più ampia sui problemi del sistema contrattuale pubblico, discendenti dall'applicazione di categorie e strumenti privatistici. Data la difficoltà dell'impresa, l'intento del legislatore parrebbe essere stato quello di spostare la attenzione dal fine (ovvero la de-funzionalizzazione del lavoro pubblico) allo strumento (ovvero alla contrattazione collettiva) e, in virtù del mezzo, affermare l'assimilazione del datore pubblico a quello privato. Le differenze sono, tuttavia, innegabili: per quanto concerne i soggetti negoziali nel comparto universitario non si rileva alcuna netta separazione tra politica ed amministrazione e dunque tra gli obiettivi e le scelte strategiche che il management dovrebbe adottare per raggiungerli. La situazione descritta è generalizzata attraverso l'uso delle espressioni "debolezza del datore pubblico" e "deriva contrattuale": la prima relativa alla mancata ripartizione dei poteri negoziali; la seconda per indicare l'inosservanza dei limiti legali alle competenze della contrattazione collettiva. Secondo l'A., le critiche al sistema omettono di considerare che le "virtù" del modello privatistico derivano non da imposizioni esterne ma dai rapporti di forza fondati sulle "professionalità" più che su rigide predeterminazioni di ruoli. Così il timore che il datore di lavoro pubblico non sia in grado di condurre in modo virtuoso le relazioni di lavoro ha condotto il legislatore a privarlo di ogni libertà di contrattazione, non solo dal punto di vista collettivo ma anche individuale, a tutto detrimento della produttività. Discorso analogo può condursi con riferimento alla flessibilità tipologica, esclusa dal d.lgs. n. 276/2003 e reintrodotta ma con vincoli stringenti dal d.lgs. n. 80/2006; nonché alle "collaborazioni coordinate e continuative" che sarebbero "zona franca" se non fosse che l'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001 contiene limiti che largamente sopravanzano quelli del "lavoro a progetto".*

Collective bargaining in the public sector (with particular reference to higher education): who is less virtuous, the public employer or the legislator? (Article in Italian) – Summary. *The author begins with an examination of employment in the higher education sector and then moves on to a wider analysis of collective agreements in the public sector, while discussing the application of categories and instruments from the private sector. Considering the difficult nature of this task, the intention of the legislator appears to be to move the focus from the end result (the transformation of the nature of public-sector employment) to the means (that is to say, collective bargaining), thus starting to move public-sector employment in the direction of private-sector employment. However, the differences are undeniable: with regard to the bargaining parties in higher education, there is no clear distinction between political choices and administration, and therefore between the objectives and the strategic choices which the management should adopt in order to implement them. The situation described is then considered in more general terms by means of the expressions "weakness of the public sector employment" and "negotiating drift". The first expression relates to the lack of division between the negotiating parties; the second indicates the failure to comply with the legal limits to the powers of collective bargaining. In the view of the author, critiques of the system fail to consider that the "virtues" of the private-sector model derive not from external constraints but from power relations depending on vocational strength rather than on rigidly predetermined roles. Thus the fear that the public employer is not capable of governing labour relations in a virtuous manner has led the legislator to deprive public employers of any bargaining power, not only from a collective but also an individual point of view, with a negative impact on productivity. A similar argument can be made with reference to the flexibility of employment contracts, for which no provision is made in Legislative Decree no. 276/2003 but introduced with strict limits by Legislative Decree no. 80/2006. Moreover, such an argument could also be put*

forward with regard to quasi-salaried employment, though Article 7, Legislative Decree no. 165/2001 contains limits that go over and beyond those laid down for project work.

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Quale metodo comparato per lo studio delle relazioni industriali?

Richard Hyman

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** La comparazione transnazionale: fondamentale ma impossibile? – **3.** Tutti gli indicatori sono legati al proprio contesto? – **4.** Il problema della tipizzazione. – **5.** Istituzioni, *path-dependence* e cambiamento. – **6.** Scelta razionale, contesti *fuzzy* e condizionamento storico. – **7.** Conclusioni.

1. Che cosa si intende per comparazione transnazionale, e in che modo può essere realizzata? Comparazione, per come chi scrive la intende, significa la sistematica analisi incrociata di fenomeni che mostrano sia somiglianze che differenze. Essa, allo stesso tempo, contribuisce a ed è influenzata da teoria e generalizzazione. È spesso considerata l'equivalente funzionale nelle scienze sociali all'esperimento di laboratorio dello scienziato naturale: esaminando una serie di Paesi è possibile tenere alcune "variabili" costanti mentre si alterano le altre. Questa è stata, ovviamente, la fondazione dei metodi di Mill della concordanza e della differenza⁽¹⁾.

Non di meno la fiducia metodologica di Mill contrasta nettamente con le incertezze e le dispute che informano gli attuali dibattiti della ricerca comparata. «Tutti gli eterni e mai risolti problemi relativi alla ricerca sociologica si manifestano quando ci si impegna negli studi transnazionali», commenta Øyen⁽²⁾. Lo stesso vale per una qualsiasi delle altre discipline che intervengono nello studio delle relazioni industriali, come ad esempio il diritto, l'economia o la scienza politica. Paradossalmente, più grande è la nostra esperienza di ricerca transnazionale, più problematico appare spesso il suo esercizio.

Al centro di questo paradosso ci sono due domande: come possono ritenersi comparabili casi tra loro diversi, e come possiamo offrire spiegazioni causali applicabili in modo generalizzato quando le possibili combinazioni di condizioni antecedenti superano di gran lunga il numero dei casi? Come spiega Lallement

* *Richard Hyman* è professore di Relazioni industriali presso *The London School of Economics and Political Science*. Traduzione dall'inglese a cura di *Alessandro Porcelluzzi*.

⁽¹⁾ J. STUART MILL, *A System of Logic Ratiocinative and Deductive*, vol. I, Longmans, Green, Reader and Dyer, London, 1875, 448.

⁽²⁾ E. ØYEN, *The Imperfection of Comparisons*, in E. ØYEN, *Comparative Methodology*, Sage, London, 1990, 1, 1-18.

«in teoria [...] il confronto è impossibile [...] e tuttavia i sociologi continuano a praticarlo»⁽³⁾.

In questo testo ci si propone di indagare alcune delle caratteristiche fondamentali di questo dilemma centrale della ricerca comparativa. I diversi sistemi nazionali di relazioni industriali sono veramente comparabili, o possono essere resi tali? In primo luogo, si prenderanno in esame alcuni dei principali dibattiti su tale questione, in particolare la natura della spiegazione causale e il noto confronto tra concezioni nomotetiche e idiografiche delle scienze sociali, riferendosi poi al problema della classificazione. In seguito, ci si concentrerà su una controversia parallela: la forza della *path-dependence*, i limiti della complementarità istituzionale, e la dinamica del cambiamento istituzionale. In seguito si discuteranno alcuni importanti sviluppi recenti nella metodologia dell'analisi comparata. Una breve conclusione tenterà di legare questi temi insieme.

2. Si è spesso sostenuto che tutta la scienza sociale sia comparativa; anche se l'attenzione è rivolta all'interno di un unico Paese (o viceversa, se il grado di astrazione è tale che nessun concreto contesto nazionale viene preso in considerazione), un approccio è scientifico nella misura in cui cerca di stabilire e dar conto di somiglianza e differenza nei casi studiati. La comparazione, scrivono Dogan e Pelassy, è «il motore della conoscenza»⁽⁴⁾. Di conseguenza che cosa c'è, se qualcosa c'è, di qualitativamente differente nella ricerca transnazionale?

Una risposta comune, come suggerito in precedenza, è che la comparazione transnazionale sia funzionalmente analoga alla sperimentazione nel campo delle scienze naturali. In fisica o in chimica è possibile variare alcune condizioni mentre si mantengono le altre costanti e stabilire la variazione di risultati, come mezzo per generare e verificare proposizioni causali. Tale manipolazione dell'oggetto d'indagine è raramente possibile nel campo delle scienze sociali; ma si può approssimare il metodo sperimentale confrontando casi nazionali simili sotto certi aspetti e diversi per altri.

Così, ad esempio, se si supponesse che la tradizionale forza del comunismo nel sindacalismo francese derivi principalmente da una combinazione di industrializzazione tardiva e della storica contrapposizione tra le forze del cattolicesimo e del laicismo, si potrebbero esaminare i movimenti sindacali nei Paesi le cui storie hanno coinvolto diverse combinazioni di industrializzazione precoce/tardiva e di contrapposizioni forti/deboli tra laici e cattolici, e quindi sottoporli a verifica rispetto all'influenza comunista. In forma semplificata, ciò ricorda la strategia adottata da Lipset e Rokkan nel loro classico studio della dinamica dei sistemi di partito⁽⁵⁾, una strategia formalizzata da Przeworski e Teune⁽⁶⁾ e Ragin⁽⁷⁾ con l'uso dell'algebra Booleana, sulla quale ritornerò più nel dettaglio.

⁽³⁾ «en théorie [...] la comparaison est impossible [...] et pourtant les sociologues ne cessent de la pratiquer», M. LALLEMENT, *Comparer, traduire, bricoler*, in J.-C. BARBIER, M.T. LETABLIER (a cura di), *Comparaisons internationales des politiques sociales, enjeux épistémologiques et méthodologiques*, PIE-Peter Lang, Brussels, 2005, 171.

⁽⁴⁾ M. DOGAN, D. PELASSY, *How to Compare Nations*, Blackwell, Oxford, 1990, II ed., 8.

⁽⁵⁾ S.M. LIPSET, S. ROKKAN, *Cleavage Structures, Party Systems and Voter Alignments*, in S.M. LIPSET, S. ROKKAN, *Party Systems and Voter Alignments*, Free Press, New York, 1967, 1-64.

⁽⁶⁾ A. PRZEWORSKI, H. TEUNE, *The Logic of Comparative Social Inquiry*, Wiley, New York, 1970.

Alla base di questo modello di metodo comparato vi è una particolare concezione di ciò che è comparabile e di che cosa significhi comparare. Secondo Przeworski e Teune, l'essenza della vera comparazione transnazionale è che gli elementi identificatori nazionali dovrebbero essere sostituibili attraverso descrizioni decontestualizzate che consentano proposizioni teoriche potenzialmente universali della forma "se *x*, allora *y*".

Allo stesso modo, Rose sostiene che «per collegare materiali empirici orizzontalmente attraverso le frontiere nazionali, essi devono anche essere collegati verticalmente, cioè, in grado di essere connessi a concetti sufficientemente astratti da viaggiare attraverso i confini nazionali»⁽⁸⁾. Di conseguenza, ad esempio, uno studio comparato dei modelli di affiliazione ai sindacati europei dovrebbe essere finalizzato a generare conclusioni del tipo: nei Paesi in cui i sindacati hanno un ruolo nella gestione dei sussidi di disoccupazione, la densità di adesione sarà più alta e più stabile rispetto ai Paesi in cui non hanno questo ruolo.

Qui è implicita l'ipotesi che le Nazioni o le società siano aggregati di variabili che possono, in linea di principio, essere isolate analiticamente. Così Lijphart scrive – seguendo Mill – che «la logica del metodo comparato è [...] la stessa logica del metodo sperimentale»; di conseguenza, non c'è «una chiara linea di demarcazione tra i metodi statistico e comparato». La ricerca comparata comporta il concentrarsi sui casi che sono «simili in un gran numero di importanti caratteristiche (variabili) che si vuole considerare come costanti, ma dissimili per ciò che riguarda le variabili che si vogliono mettere in relazione le une con le altre».

Ma questa concezione della comparazione transnazionale è discutibile per due motivi. In primo luogo, la "composizione chimica" del mondo sociale è molto più complessa rispetto a quella del mondo naturale. «Il numero potenziale di diverse costellazioni dei fattori situazionali e istituzionali [è] estremamente ampio – così ampio, in effetti, che è piuttosto improbabile che esattamente la stessa combinazione di fattori venga riscontrata in diversi casi empirici»⁽⁹⁾. Questo che è spesso descritto come il problema della "piccola N" – molte variabili, pochi casi – si applica anche alle comparazioni transnazionali su più vasta scala. I 30 attuali membri dell'OCSE, o addirittura i 192 Stati membri delle Nazioni Unite, offrono un campione di dimensioni ancora troppo piccole per consentire robusti risultati statistici, tenendo conto di una generosa gamma di possibili influenze causali. In effetti, coloro che adottano questo metodo sono costretti a concentrarsi su un numero ristretto di variabili e ad adottare ampie presunzioni *ceteris paribus*, anche se, in realtà, sappiamo che gli altri elementi non sono mai uguali.

Una risposta radicale da parte di molti comparatisti è insistere, come fa De Felice, sul fatto che «la "piccola N" sia in realtà una caratteristica del metodo comparato, non uno dei suoi problemi che necessitano di un rimedio»⁽¹⁰⁾. Coppedge – facendo riferimento alle scienze politiche, ma un argomento identico può essere applicato alle relazioni industriali – sostiene che «nel mondo ideale dell'em-

⁽⁷⁾ C.C. RAGIN, *The Comparative Method*, University of California Press, Berkeley, 1987.

⁽⁸⁾ R. ROSE, *Comparing Forms of Comparative Analysis*, in *Political Studies*, 1991, n. 39, 448.

⁽⁹⁾ F.W. SCHARPF, *Games Real Actors Play: Actor-Centred Institutionalism in Policy Research*, Westview Press, Boulder, 1997, 23.

⁽¹⁰⁾ E.G. DEFELICE, *Causal Inference and Comparative Methods*, in *Comparative Political Studies*, 1986, n. 3, 419.

pirista, i concetti teorici sarebbero “sottili”: semplici, chiari e obiettivi». Ma le più importanti questioni teoriche richiamano concetti “spessi” – come ad esempio il potere, la legittimità, la democrazia – che «non possono essere ridotti a un unico indicatore senza perdere qualche parte importante del loro significato». «L’analisi della piccola N», egli aggiunge, «eccelle nella precisione concettuale che è necessaria per sviluppare valide misure di concetti spessi»⁽¹¹⁾.

In secondo luogo, è necessario chiedersi: che cosa è variabile, e cosa è costante? Come fa presente Teune, «al fine di confrontare qualcosa attraverso sistemi (diversi) è necessario avere fiducia nel fatto che i componenti e le rispettive proprietà siano gli “stessi” o indichino qualcosa di equivalente». Nelle scienze naturali si tratta di una questione (relativamente) semplice: un atomo di idrogeno, ad esempio, non si modifica nella propria composizione nel passaggio attraverso le frontiere nazionali. Per Mill, “le scienze fisiche” erano il modello per il ragionamento e l’argomentazione causale in campo sociale e politico. Ma i “fatti sociali” non sono la stessa cosa dei fenomeni fisici: il loro significato varia a livello transnazionale; quindi «stabilire una equivalenza credibile è difficile, poiché il “significato” è contestuale»⁽¹²⁾.

Di conseguenza, le relazioni industriali comparate si trovano di fronte innanzitutto a problemi di traduzione. Se prendiamo ad esempio i sistemi nazionali della rappresentanza dei lavoratori sul luogo di lavoro, il termine *works council* è spesso usato in modo disinvolto in inglese come una definizione generica. È, in effetti, una traduzione letterale del tedesco *Betriebsrat* o dell’olandese *ondernemingsraad*, ma non del francese *Comité d’entreprise*, e ancor meno del danese *tillidsrepræsentanten* o dell’italiano *rappresentanza*. Come ha sottolineato Biagi più volte, «la standardizzazione linguistica legata all’uso universale della lingua inglese non è sempre accompagnata da una somiglianza delle strutture e delle funzioni»⁽¹³⁾. In una delle prime analisi comparate dell’esperienza europea, Sorge fa riferimento alla «sconcertante varietà di istituzioni della democrazia industriale», aggiungendo che, mentre «ci sono notevoli gruppi di caratteristiche istituzionali simili al di là dei confini nazionali», esistono anche alcune «istituzioni nazionali che non possono essere per convenienza inseriti in un sistema internazionale di modelli»⁽¹⁴⁾.

Molto più in generale, possiamo notare che «parole identiche in lingue diverse possono avere significati diversi, mentre termini corrispondenti possono comprendere realtà totalmente diverse»⁽¹⁵⁾. Molti dei concetti che usiamo, inoltre, sono semplicemente intraducibili. Non c’è traduzione francese accurata dell’espressione inglese *shop steward*, perché non vi è una realtà francese corrispondente: un rappresentante sindacale, selezionato (spesso informalmente) da

⁽¹¹⁾ M. COPPEDGE, *Thickening Thin Concepts and Theories*, in *Comparative Politics*, 1999, n. 4, 468.

⁽¹²⁾ H. TEUNE, *Comparing Countries: Lessons Learned*, in E. ØYEN, *Comparative Methodology*, cit., 53-54.

⁽¹³⁾ M. BIAGI, *Forms of Employee Representational Participation*, in R. BLANPAIN, C. ENGELS, G. BAMBER, *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer, The Hague, 2001, VII ed., 483.

⁽¹⁴⁾ A. SORGE, *The Evolution of Industrial Democracy in the Countries of the European Community*, in *BJIR*, 1976, n. 3, 278.

⁽¹⁵⁾ R. BLANPAIN, *Comparativism in Labour Law and Industrial Relations*, in R. BLANPAIN, C. ENGELS, G. BAMBER, *op. cit.*, 16.

parte degli associati sul posto di lavoro, e riconosciuto come un importante agente contrattuale dal datore di lavoro. Né *délégué syndical* né *délégué du personnel* è una traduzione appropriata: entrambi i termini indicano tipi completamente diversi di rappresentante, nessuno dei quali ricopre un analogo ruolo di negoziatore. Per lo stesso motivo è del tutto sbagliato tradurre il termine tedesco *Vertrauensmann/frau* – anche se lo si è spesso fatto – con *shop steward*. Allo stesso modo, non vi è alcun reale termine inglese per *cadre* o *prud'homme*, perché l'inquadramento della forza lavoro tecnico-manageriale, e la risoluzione delle controversie di lavoro, seguono percorsi molto diversi in Gran Bretagna rispetto alla Francia. Viceversa, a un autore francese o tedesco che non abbia familiarità con la realtà anglo-americana può sembrare ovvio come tradurre *plan social* o *Sozialplan*, ma purtroppo l'espressione *social plan* sarebbe priva di significato per un lettore inglese che non abbia già compreso la realtà istituzionale francese o tedesca ⁽¹⁶⁾.

Analoghi problemi di traduzione compromettono qualsiasi utilizzo dei dati di rilevazione empirica per l'analisi comparata. Jowell osserva che quando il Programma Internazionale per l'Indagine Sociale «stava predisponendo il suo modulo 1991 sulla religione, la delegazione giapponese giunse con riluttanza alla conclusione che non vi fosse una parola o una espressione giapponese adatta ad avvicinarsi al concetto di Dio» ⁽¹⁷⁾. Forse avrebbero avuto problemi analoghi con il Dialogo Sociale, un concetto simile in quanto a *status* mitico, come sarebbe accaduto senza dubbio con il cinese per un termine come *Tarifautonomie*. Eppure la comparazione basata sulle variabili in genere ignora tali problemi. I dati sono, come implica la radice latina, appunto “dati”; la loro origine non richiede alcun controllo ulteriore.

All'interno dell'UE, il *benchmarking* attraverso il “metodo aperto di coordinamento” – un termine che fino a un tempo molto recente era privo di significato in qualsiasi lingua – poggia fermamente sulla costruzione discutibile delle variabili del mercato del lavoro. Come ha sostenuto Barbier, non possiamo presumere che termini come «inclusione sociale» abbiano lo stesso significato in contesti e lingue nazionali differenti ⁽¹⁸⁾. O per citare un altro esempio, gli indicatori della Commissione sulla qualità dell'occupazione tendono ad essere ristretti ed arbitrari ⁽¹⁹⁾, in pratica sopravanzati da preoccupazioni che riguardano “la quantità”. Le misurazioni effettuate dall'OCSE in merito all'interazione tra protezione del lavoro e “performance del mercato del lavoro” tendono allo stesso modo a rimanere su definizioni date. Come argomenta Ferrari, con specifico riferimento agli studi socio-giuridici, «c'è un *gap* tra sostanza e parole» ⁽²⁰⁾ (e, si potrebbe aggiungere, descrittori empirici). La conseguenza per tanta comparazione transna-

⁽¹⁶⁾ Cfr. R. HYMAN, *Words and Things. The Problem of Particularistic Universalism*, in J.-C. BARBIER, M.T. LETABLIER (a cura di), *op. cit.*, 191-208.

⁽¹⁷⁾ R. JOWELL, *How Comparative Is Comparative Research*, in *American Behavioral Scientist*, 1998, n. 2, 172.

⁽¹⁸⁾ J.-C. BARBIER, *Remettre la comparaison internationale sur l'ouvrage et dans ses mots*, in J.-C. BARBIER, M.T. LETABLIER (a cura di), *op. cit.*, 17-43.

⁽¹⁹⁾ Cfr. G. RAVEAUD, *The European Employment Strategy*, in *JCMS*, 2007, vol. 45, n. 2, 411-434.

⁽²⁰⁾ Cfr. V. FERRARI, *Socio-Legal Concepts and their Comparison*, in E. ØYEN, *Comparative Methodology*, cit., 77.

zionale basata sulle variabili è una sofisticazione tecnica utilizzata per allontanare le più dubbie fra le variabili: “*garbage in, garbage out*”. I cinici argomenteranno che la definizione di indicatori comparati sia deliberatamente condizionata in funzione dei risultati desiderati, come con tentativi espliciti si cerca di adattare quella che Threlfall definisce la forza lavoro *fuzzy* in categorie apparentemente rigide ⁽²¹⁾.

3. Un approccio contrario alla comparazione è l’argomento per cui la interrelazione fra gli elementi di ogni complesso sociale renda questi stessi elementi inevitabilmente legati al contesto, così che ogni caso nazionale deve essere analizzato in modo olistico. Come conseguenza, non esistono variabili ma soltanto differenze. La comparazione può indagare *come* le cose funzionino diversamente secondo il contesto nazionale, senza essere in grado di isolare le ragioni del *perché*. Come spiegano Crompton e Lyonette, «la spiegazione causale nelle scienze sociali è problematica... Una dissertazione sulle variabili in assenza di contesto può divenire facilmente sterile». Ciò implica che l’approccio nomotetico alle scienze sociali (che cerca di stabilire generalizzazioni di carattere astratto, simile a quello di una norma giuridica) è mal visto. Per questo «nella maggior parte delle situazioni della ricerca sociale è improbabile che i requisiti di una teoria deterministica siano soddisfatti» ⁽²²⁾; la comparazione transnazionale può produrre solamente conclusioni probabilistiche.

In una conferenza ancora molto citata, Kahn-Freund insisteva nel dire (in particolare per mettere in dubbio i tentativi di “trapiantare” le istituzioni da un contesto nazionale ad un altro) che l’effetto pratico di qualsiasi assetto istituzionale dipende in larga misura da tradizioni politiche e strutture organizzative che differiscono marcatamente a livello transnazionale ⁽²³⁾. Questo tema è stato ripreso da Schregle che ha sostenuto che «è estremamente problematico e pericoloso estrarre da un sistema nazionale di relazioni industriali una sola istituzione o regola e compararla con quello che sembra essere l’istituzione o regola corrispondente in un altro Paese [...]. Le istituzioni devono essere considerate all’interno del contesto generale del sistema di relazioni industriali del quale esse costituiscono parte integrante» [traduzione nostra] ⁽²⁴⁾. O come spiega Thérét, «non si devono comparare gli elementi ma le relazioni fra questi elementi» [traduzione nostra] ⁽²⁵⁾. Lo scopo è capire dinamiche causali sviluppando una «conoscenza *case-intensive*» ⁽²⁶⁾.

⁽²¹⁾ M. THRELFALL, *A critique of the statistics that support European employment policy*, in *Radical Statistics*, 2005, n. 88, 22-34.

⁽²²⁾ S. LIEBERSON, *Small N's and Big Conclusions*, in C.C. RAGIN, H.S. BECKER, *What Is a Case? Exploring the Foundations of Social Inquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, 108.

⁽²³⁾ O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Modern Law Review*, 1974, n. 1, 1-27.

⁽²⁴⁾ J. SCHREGLE, *Comparative Industrial Relations: Pitfalls and Potential*, in *ILR*, 1981, n. 120, 21-22.

⁽²⁵⁾ B. THÉRET, *Theoretical Problems in International Comparisons*, in M. MAURICE, A. SORGE, *Embedding Organizations: Societal Analysis of Actors, Organizations and Socio-Economic Context*, John Benjamins, Amsterdam, 2000, 101-15.

⁽²⁶⁾ J. MAHONEY, *Qualitative Methodology and Comparative Politics*, in *Comparative Political Studies*, 2007, n. 2, 130.

Da questo punto di vista, se i consigli d'azienda tedeschi contribuiscono alla cooperazione a livello aziendale migliorando la produttività, questo può in parte riflettere dinamiche che potrebbero essere riprodotte ovunque la legge costituisca organismi dotati dei diritti e delle responsabilità assegnate ai primi (in nessun altro luogo nel mondo, in realtà). Ma può d'altro canto riflettere anche un'eredità ideologica, una struttura economica e una storia politica impossibili da replicare. Il ricercatore potrebbe in effetti riconoscere a tutte le caratteristiche considerate una certa funzione esplicativa in termini di concetti astratti; ma in quanto combinazione essi potrebbero applicarsi solo alla Germania. Possiamo solo ipotizzare quello che accadrebbe se i consigli d'azienda tedeschi fossero replicati altrove. In Ungheria e in Sud Africa, dopo il ritorno della democrazia, un dibattito carico di attenzione per l'esperienza tedesca ha dato luogo alla creazione di istituzioni immensamente più deboli. Se la Commissione Dunlop negli Stati Uniti avesse raccomandato l'istituzione di un sistema di consigli, e se i legislatori avessero approvato questa proposta (fatto in pratica estremamente improbabile), la esperienza tedesca avrebbe offerto pochi indizi di come tale innovazione avrebbe potuto funzionare.

La conseguenza è che la spiegazione nella sfera sociale è *coniunturale* e *combinatoria*. «La spiegazione congiunturale enfatizza il fatto che una particolare combinazione di cause ed eventi strutturali, in un particolare tempo e luogo, possa creare conseguenze uniche le quali non si ripresenteranno necessariamente in altri contesti». I comparatisti, di conseguenza, possono sviluppare solamente una «teoria condizionale» che è «legata strettamente a tempo e luogo» [traduzione nostra] ⁽²⁷⁾. Inoltre se ogni congiuntura di circostanze è per qualche aspetto unica, come possono i diversi casi essere comparati; come possono delle spiegazioni causali utili in un caso essere applicate (o verificate) in altri; e ancora, e infine, come possiamo valutare punti di forza e debolezza dei tentativi di spiegazione alternativi?

Dobbiamo essere d'accordo, con Poole, a concentrarci «diffusamente sull'unicità nazionale e i contrasti transnazionali piuttosto che su somiglianze e comparabilità» ⁽²⁸⁾? La maggior parte dei ricercatori comparatisti risponderebbe che se tutti i casi sono diversi, alcuni sono meno diversi di altri, e dunque essi sono – o possono essere resi – comparabili. Come spiega Ragin, «i comparatisti [...] sono interessati alle specifiche sequenze o conseguenze storiche e alle loro cause attraverso un insieme di casi simili [...]. Quando gli argomenti causali sono combinatori, non è il numero di casi ma la loro limitata varietà che a rigore impone restrizioni» ⁽²⁹⁾. E presumibilmente, ciò che conta come (dis)similarità di tempo e luogo deve essere definito sulla base di assunzioni teoretiche più ampie.

Nel discutere la natura della comparazione transnazionale nella scienza politica, Rose utilizza il concetto di “variabilità limitata”: «Chiunque prenda parte ad una ricerca comparata osserva immediatamente le differenze tra Paesi. Eppure chiun-

⁽²⁷⁾ J.M. PAIGE, *Conjuncture, Comparison and Conditional Theory in Macrosocial Inquiry*, in *American Journal of Sociology*, 1999, n. 3, 782-784.

⁽²⁸⁾ M. POOLE, *Industrial Relations: Origins and Patterns of National Diversity*, Routledge, London, 1986, 7.

⁽²⁹⁾ C.C. RAGIN, *op. cit.*, 13.

que persista nell'analisi comparata a largo spettro riconosce limiti a queste differenze»⁽³⁰⁾. Allo stesso modo, Dogan e Pelassy fanno notare che bisogna «avere un concetto di imperialismo in generale» [traduzione nostra]⁽³¹⁾ prima di poter comparare e verificare le differenze tra varianti nazionali e storiche diverse. Secondo questa logica, è un obiettivo della ricerca transnazionale esaminare ed esplorare i limiti dell'unicità. «Paradossalmente l'unicità può essere dimostrata solamente attraverso la comparazione sistematica che rende differente un Paese da tutti gli altri, quale caso deviante in un universo dato»⁽³²⁾. Il carattere di eccezione spesso attribuito, per esempio, alle relazioni industriali francesi o al movimento dei lavoratori negli Stati Uniti necessita di essere messo in discussione attraverso l'analisi comparata. È interessante confrontare questa nozione col commento di Maurice secondo il quale «negli “effetti sociali” la non-comparabilità di approccio non costituisce più un ostacolo per l'analisi ma piuttosto diviene il suo oggetto» [traduzione nostra]⁽³³⁾. Questo, aggiunge, è «il significato dato al paradosso della “comparazione del non-comparabile”»⁽³⁴⁾.

Nel campo degli studi sindacali, questo problema è stato impostato in modo provocatorio da Locke e Thelen⁽³⁵⁾. Problemi evidentemente simili, essi argomentano, variano in modo significativo a seconda delle circostanze e tradizioni nazionali; per contro problemi apparentemente dissimili possono avere implicazioni simili da Paese a Paese. Più specificamente, la formazione storica delle identità nazionali distintive dei sindacati plasma quei problemi che sono in grado di provocare un conflitto acuto e quelli che non lo sono. Perciò, essi suggeriscono, il compito per i ricercatori deve essere quello di sviluppare comparazioni contestualizzate che implicino, per ogni caso nazionale, la scelta dei problemi che presentano sfide equivalenti alle identità del sindacato. «Concentrandosi sul modo in cui differenti assetti istituzionali creano diverse configurazioni di rigidità e flessibilità, possiamo identificare lo spettro di possibili “punti dolenti” [...]. Noi troviamo che quelli che generano i conflitti più intensi sono quelli così legati all'identità tradizionale del sindacato che la loro rinegoziazione mette in effetti in moto un rivalutazione molto più profonda e fondamentale del “progetto” del lavoro» [traduzione nostra]⁽³⁶⁾. Un'indagine comparata svolta da chi scrive in merito alle identità in trasformazione del sindacato in Gran Bretagna, Germania e Italia segue una logica piuttosto simile⁽³⁷⁾.

Questo approccio ha molto in comune con l'esigenza espressa da Geertz di una “descrizione spessa”: un comportamento può essere compreso a fondo solamente in riferimento al contesto sociale che gli dà significato⁽³⁸⁾. Questa è anche una

⁽³⁰⁾ R. ROSE, *op. cit.*, 447.

⁽³¹⁾ M. DOGAN, D. PELASSY, *op. cit.*, 10.

⁽³²⁾ R. ROSE, *op. cit.*, 450.

⁽³³⁾ «dans l'approche sociétale la non-comparabilité n'est plus constituée comme limite, elle devient plutôt objet d'analyse».

⁽³⁴⁾ M. MAURICE, *The Paradoxes of Societal Analysis*, in M. MAURICE, A. SORGE, *op. cit.*, 16.

⁽³⁵⁾ R.M. LOCKE, K. THELEN, *Apples and Oranges Revisited: Contextualized Comparisons and the Study of Comparative Labor Politics*, in *Politics and Society*, 1995, n. 23, 337-367.

⁽³⁶⁾ Ivi, 342.

⁽³⁷⁾ R. HYMAN, *Understanding European Trade Unionism. Between Market, Class and Society*, Sage, London, 2001.

⁽³⁸⁾ C. GEERTZ, *The Interpretation of Cultures. Selected Essays*, Basic Books, New York, 1973.

ragione idonea a giustificare il rifiuto dell'idea dell'analisi della "piccola N" come un problema⁽³⁹⁾. Come ha sostenuto Schregle, il significato di istituzioni superficialmente identiche sembra variare a seconda del contesto nazionale. Questo comporta, come Locke e Thelen propongono sin dal titolo del loro articolo, che la comparazione transnazionale sia un processo equivoco di comparazione "tra mele ed arance". Come «rendiamo omogeneo un campo eterogeneo»⁽⁴⁰⁾? Come possiamo rendere le istituzioni comparabili nonostante la variazione legata al contesto? Ahimè, è discutibile quanto la comparazione contestualizzata sia in effetti comparata. Piuttosto, la logica dell'approccio che Locke e Thelen difendono sembrerebbe legata all'idea che ogni contesto sia unico e che le dinamiche di ogni configurazione istituzionale e nazionale debbano essere comprese nei termini loro propri. Esiste un'alternativa?

4. Tutti i contesti nazionali sono per qualche aspetto casi speciali. Somiglianza non è identità, ma quanto differenti possono essere dei casi per rimanere ancora comparabili? Data la molteplicità di casi nazionali (27 ora solo all'interno dell'Unione Europea), come possiamo semplificare al fine di mantenere un senso analitico? La soluzione deve comportare tipizzazione: ridurre la diversità ad un numero limitato di modelli o ideal-tipi per astrazione di quelle che sono considerate le caratteristiche chiave, e soppressione degli aspetti più complessi di differenziazione. Tale processo è necessario ma infido: la semplificazione comporta inevitabilmente iper-semplificazione. Quindi, per esempio, è comune parlare di un "modello sociale europeo" di *governance* societaria e di relazioni industriali; ma i sistemi nazionali di protezione dell'occupazione, regolazione del mercato del lavoro, rappresentanza dei lavoratori e *welfare* sono così diversi che tutti i tentativi di "armonizzare" sulla base di un modello standard si sono dimostrati inutili⁽⁴¹⁾. Oppure gli autori distinguono tra i modelli "nordico", "germanico" e "latino", ma tali categorie sono a loro volta criticate perché trascurano importanti differenze tra i Paesi. Quindi la logica di tale critica è raffinare e suddividere finché ogni singolo caso occupi la propria categoria distinta: uno sforzo controproducente.

Pensiero e linguaggio presuppongono categorie di natura generale che includano tutti i casi che condividono certe caratteristiche ed escludano altri che non le condividono. I casi individuali possono essere descritti solamente in termini che si applicano in modo generale. Ciò non significa tuttavia che tutti gli esempi classificati in modo simile (rappresentante sindacale, sciopero, accordo collettivo, ecc.) siano identici. «Le classi non implicano una "vera identità", ma *somiglianza* [...]. Ogni classe, non importa quanto piccola sia, permette variazioni all'interno della classe» [traduzione nostra]⁽⁴²⁾. Tornando su un punto analogo, ogni genera-

⁽³⁹⁾ B. EBBINGHAUS, *When Less is More: Selection Problems in Large-N and Small-N Cross-national Comparisons*, in *International Sociology*, 2005, n. 2, 133-52.

⁽⁴⁰⁾ M. DOGAN, *Strategies in Comparative Sociology*, in *Comparative Sociology*, 2002, n. 1, 64.

⁽⁴¹⁾ Cfr. B. EBBINGHAUS, *Does a European Social Model Exist and Can It Survive?*, in G. HUEMER, M. MESCH, F. TRAXLER, *The Role of Employer Associations and Labour Unions in the EMU*, Ashgate, Aldershot, 1999, 1-26.

⁽⁴²⁾ G. SARTORI, *Compare Why and How*, in M. DOGAN, A. KAZANCIGIL, *Comparing Nations*, Blackwell, Oxford, 1994, 17.

lizzazione semplifica eccessivamente, ma tale iper-semplificazione è inevitabile se noi vogliamo comprendere il nostro mondo ed agire in esso.

Nella generalizzazione si realizza sempre uno scambio tra accuratezza e riduzione⁽⁴³⁾. Per questa ragione non appare condivisibile la posizione di Crouch secondo cui un modello più semplice è preferibile ad uno più complesso solamente se non c'è nessuna perdita del potere esplicativo⁽⁴⁴⁾; a parere di chi scrive, questo monito di precisione comporta un veto su ogni genere di teoria. Come sostiene molto tempo fa Verba, una generalizzazione può essere messa in atto per “adattare” casi recalcitranti se «noi aggiungiamo una variabile per volta». Ma «nel momento in cui noi introduciamo molte più variabili nella nostra analisi per arrivare ad alcune generalizzazioni che rimangano comuni attraverso una serie di sistemi politici, noi torniamo così indietro che ci troviamo di fronte a un caso “unico” nella sua configurazione complessiva» [traduzione nostra]⁽⁴⁵⁾. Come Bennett ed Elman sottolineano, «le scelte metodologiche implicano uno scambio» [traduzione nostra]⁽⁴⁶⁾. La questione è: cosa si guadagna e cosa si perde con una specifica descrizione ridotta della realtà complessa? Ovviamente i costi e i benefici devono essere giudicati in funzione dello scopo reale del modello di un ricercatore. La dicotomia proposta da Hall e Soskice⁽⁴⁷⁾ tra economie di mercato “liberali” e “coordinate” è per molti aspetti dolorosamente inadeguata, poiché offre descrizioni idealizzate degli Stati Uniti e della Germania quali alternative esaurienti fra le quali può essere inclusa la varietà dei diversi Paesi⁽⁴⁸⁾. Eppure questa presentazione semplicistica delle differenti forme di capitalismo rimane popolare grazie al valore euristico nel dimostrare in modo netto che le economie di mercato possono in realtà essere organizzate secondo logiche istituzionali molto diverse.

Ciò che conta comunque – un punto che Crouch rende in maniera convincente – è evitare di confondere astrazioni analitiche e descrizioni empiriche. Parlare di modelli di forme capitalistiche, per riprendere la mia prima osservazione, è offrire una iper-semplificazione schematica della complessità. Per esempio, quando La Porta e altri⁽⁴⁹⁾ si riferiscono a «Paesi di *civil law* francese» nel loro studio sugli effetti delle regole in materia di *governance* societaria, non pretendono di dare una completa e precisa descrizione dei regimi di diritto commerciale di tutti i Paesi raggruppati sotto questa etichetta (tra cui forse non si inserisce neanche la Francia) ma di accentuare, unilateralmente, le caratteristiche funzionali al loro scopo analitico. Questa era chiaramente l'intenzione di Weber quando delineò il concetto di ideal-tipi.

⁽⁴³⁾ Cfr. A. PRZEWORSKI, H. TEUNE, *op. cit.*

⁽⁴⁴⁾ C. CROUCH, *Capitalist Diversity and Change*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 40.

⁽⁴⁵⁾ S. VERBA, *Some Dilemmas in Comparative Research*, in *World Politics*, 1967, n. 1, 113.

⁽⁴⁶⁾ A. BENNETT, C. ELMAN, *Qualitative Research: Recent Developments in Case Study Methods*, in *Annual Review of Political Science*, 2006, n. 9, 472.

⁽⁴⁷⁾ P.A. HALL, D. SOSKICE, *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. C. CROUCH, *op. cit.*; R. DEEG, G. JACKSON, *Towards a More Dynamic Theory of Capitalist Variety*, in *Socio-Economic Review*, 2007, n. 1, 149-179.

⁽⁴⁹⁾ R. LA PORTA, A. SHLEIFER, R. VISHNY, F. LOPEZ-DE-SILANES, *Law and Finance*, in *JPE*, 1998, vol. 106, n. 6, 1113-1155.

Come corollario, la tendenza di molti ricercatori attuali a scrivere di “ibridazione” è profondamente sospetta. Un mulo è un ibrido tra un asino ed una cavalla, due animali esistenti nella realtà. Per contro, un sistema di affari o regime di lavoro ibrido è un caso che non può essere ricondotto correttamente ad alcuna categoria all’interno di uno schema classificatorio. Dire, per esempio che la *corporate governance* in Francia o Germania realmente sta diventando ibrida vuole dire semplicemente che ci sono importanti cambiamenti in corso del mondo reale e che le nostre astrazioni analitiche falliscono nel coglierli. Né più né meno.

Una ragione per cui i richiami all’ibridazione sono così comuni è che i tipi, i modelli e i sistemi ideali spesso sono visti come internamente coerenti e funzionalmente integrati. Si presume che le istituzioni siano «legate ermeticamente l’una con l’altra»⁽⁵⁰⁾, dando origine a quello che Dore chiama “concatenamento istituzionale”⁽⁵¹⁾. L’integrazione funzionale rende un cambiamento radicale difficile se non impossibile. Qualora un cambiamento innegabilmente accada, la spiegazione deve essere che in qualche modo le “cavalle” e gli “asini” socio-sistemici riescono a combinare quelli che a prima vista sembrano elementi istituzionali incompatibili per costruire un nuovo e coerente amalgama.

Tali stratagemmi analitici non sono necessari, come ha dimostrato Crouch, se noi abbandoniamo l’idea che i sistemi socio-economici, attraverso un qualche processo di selezione naturale, individuino elementi istituzionali pienamente complementari. La sua tesi è che i complessi istituzionali ed economici presentino tipicamente elementi di contraddizione e incoerenza, lasciando aperta la possibilità di “ricombinazione” tra gli elementi costituenti; e che questo è il motivo per cui il cambiamento è possibile e persistente. Ciò detto, tuttavia, occorre riconoscere che alcuni sistemi socio-economici sono più sistemici di altri. Come e perché il fenomeno dei “fattori collegati” accada in alcuni contesti nazionali ma non in altri è un problema analitico fondamentale. Si tornerà sul punto nel prosieguo, quando si considereranno le recenti innovazioni teoretiche nell’analisi istituzionale.

5. È divenuto un luogo comune per i ricercatori comparatisti insistere sul fatto che le istituzioni sono importanti: ma quali, e come? Più fondamentalmente, cosa intendiamo per istituzione; e come possiamo identificarne una quando la vediamo? Nella sua definizione spesso citata, North afferma che «le istituzioni sono le regole del gioco in una società o, in modo più formale, gli ostacoli creati dall’uomo per plasmare l’interazione umana»⁽⁵²⁾; esse non sono, ribadisce, la stessa cosa delle organizzazioni. Inoltre egli sostiene anche che le stesse regole possono avere effetti contrastanti in contesti nazionali diversi a causa di meccanismi di implementazione e norme di comportamento differenti. Ma questo è un modo per dire che non tutte le regole sono “davvero” regole? O anche, forse che

⁽⁵⁰⁾ J.R. HOLLINGSWORTH, R. BOYER, *Coordination of Economic Actors and Social Systems of Production*, in J.R. HOLLINGSWORTH, R. BOYER, *Contemporary Capitalism. The Embeddedness of Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, 3.

⁽⁵¹⁾ R. DORE, *Stock-Market Capitalism, Welfare Capitalism: Japan and Germany Versus the Anglo-Saxons*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 45-47.

⁽⁵²⁾ D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, 3-4.

l'effetto precettivo delle regole di primo grado dipende da regole/istituzioni di grado superiore? Si presenta in questo modo la prospettiva di un regresso infinito? C'è quantomeno un rischio di circolarità se si intende sostenere la connotazione causale delle istituzioni: la capacità di indirizzare il comportamento umano appare allo stesso tempo un'importante caratteristica delle istituzioni ed una proposizione teoretica riguardo l'organizzazione sociale.

La contro-argomentazione di Schregle rispetto alla comparazione istituzionale viene spesso ricordata: «il punto di partenza della comparazione internazionale non può essere un'istituzione come tale, ma piuttosto le funzioni che essa svolge [...]». Noi dobbiamo comparare le funzioni e non le istituzioni»⁽⁵³⁾. E tuttavia identificare la funzione di un'istituzione non è impresa priva di implicazioni. La funzione di un sindacato è trasformare la società, o contrattare all'interno della società così come si presenta? Questa domanda è stata discussa fra gli esponenti del sindacato almeno da quando Owen fondò la sua *Grand National Consolidated Trades Union* nel 1834. O citando un esempio diverso, la funzione di un *Betriebsrat* è rappresentare gli interessi dei lavoratori o migliorare la produttività? E se la risposta è entrambe le cose – fornire rappresentanza ed efficienza, come il modello di Budd suggerirebbe⁽⁵⁴⁾ – cosa accade se i due aspetti entrano in conflitto?

In realtà, la critica di Schregle si applica plausibilmente solo all'approccio alla comparazione basato sulle variabili, che isola le singole istituzioni (micro) dal loro più ampio contesto (macro). Comunque, l'essenza del "neo-istituzionalismo" delle ultime tre decadi è concentrarsi sulle *configurazioni* istituzionali⁽⁵⁵⁾. Qui *l'interrelazione* fra istituzioni è il quadro di riferimento per l'analisi, sulla base dei principi discussi in precedenza.

È comune distinguere tre differenti varianti del "neo-istituzionalismo": scelta razionale, storica e normativa o discorsiva, anche se in pratica queste spesso si combinano, come indica la discussione metodologica proposta nel paragrafo seguente, e Campbell e Pedersen identificano una quarta variante definita istituzionalismo organizzativo⁽⁵⁶⁾. La prima (versione) si concentra sui modi in cui le strategie degli attori sono influenzate da strutture organizzative e regole del gioco che possono favorire certe forme di azione collettiva e ostacolarne altre. La seconda considera in particolare come le istituzioni creino risorse di potere nei conflitti tra politiche. Per la terza, acquisiscono centralità analitica le strutture cogni-

⁽⁵³⁾ J. SCHREGLE, *op. cit.*, 22-23.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. J.W. BUDD, *Employment with a Human Face: Balancing Efficiency, Equity, and Voice*, ILR Press, Ithaca, 2004.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. J.L. CAMPBELL, *Institutional Change and Globalization*, Princeton University Press, Princeton, 2004; P.J. DIMAGGIO, W.W. POWELL, *Introduction*, in P.J. DIMAGGIO, W.W. POWELL (a cura di), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, University of Chicago Press, Chicago, 1991, 1-38; P.A. HALL, R.C.R. TAYLOR, *Political Science and the Three New Institutionalisms*, in *Political Studies*, 1996, n. 5, 936-957; K. THELEN, S. STEINMO, *Historical Institutionalism in Comparative Politics*, in S. STEINMO, K. THELEN, F. LONGSTRETH, *Structuring Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, 1-31.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. J.L. CAMPBELL, O.K. PEDERSEN, *The Rise of Neoliberalism and Institutional Analysis*, in J.L. CAMPBELL, O.K. PEDERSEN (a cura di), *The Rise of Neoliberalism and Institutional Analysis*, Princeton University Press, Princeton, 2001, 1-23.

tive e normative attraverso cui le situazioni sono interpretate e le sequenze di azione legittimate.

In un certo senso, la maggior parte degli approcci neo-istituzionalisti può essere considerata storica, poiché continuità e cambiamento sono i problemi chiave da indagare e spiegare. Un problema per ogni comparatista è che qualsiasi specificazione dei “modelli transnazionali” è essenzialmente una istantanea; di fatto nessuna società, economia o sistema di relazioni industriali è statico. La complessità analitica è amplificata quando la nostra ricerca di una spiegazione causale è allo stesso tempo transnazionale e longitudinale. Questo problema è reso marginale all’interno delle teorie dominanti sulle “varietà di capitalismo” dato che regimi istituzionali e nazionali sono considerati come funzionalmente integrati e di conseguenza resistenti a un cambiamento pezzo per pezzo. Un obiettivo fondamentale di queste teorie fu infatti contestare la tesi secondo cui forze economiche comuni (“la globalizzazione”) stessero conducendo a una convergenza istituzionale transnazionale. Un fondamento in qualche modo più *soft* per un argomento simile è la tesi della “*path-dependence*” che suggerisce che scelte iniziali, forse anche abbastanza arbitrarie (la tastiera QWERTY è un esempio familiare), incoraggino sviluppi istituzionali ad essa compatibili, che cumulativamente aumentano i costi del cambiamento e di conseguenza inducono una tendenza in favore della continuità. Per esempio, il tasso differenziale e i meccanismi di privatizzazione nell’Europa centrale ed orientale nei primi anni Novanta sono stati spesso considerati come fonti di persistente variazione negli assetti sociali ed economici (inclusi quelli di relazioni industriali).

Ma, come indicato in precedenza, la letteratura recente ⁽⁵⁷⁾ ha evidenziato i limiti delle teorie ispirate alla complementarità e alla *path-dependence*. Di conseguenza, una mole crescente di ricerca si è concentrata sul cambiamento istituzionale, suggerendo spesso che tensioni e contraddizioni all’interno dei sistemi nazionali offrano opportunità per gli “imprenditori istituzionali” di riconfigurare la architettura strutturale ereditata. Di seguito verranno brevemente richiamati tre di questi contributi.

In *Institutional Change and Globalization*, Campbell enfatizza la natura politica delle dinamiche istituzionali. «Le istituzioni sono costruzioni nate da lotte e compromessi. Esse riflettono le risorse ed il potere di coloro che le hanno create e, allo stesso tempo, influenzano la distribuzione di risorse e potere nella società» ⁽⁵⁸⁾. Il suo studio ha due obiettivi chiave. In primo luogo, come indica il titolo, egli rivolge la propria attenzione all’impatto dell’internazionalizzazione economica sulle istituzioni nazionali. In breve, egli sostiene che la maggior parte della letteratura esagera l’impatto della globalizzazione, gli effetti della quale tendono ad essere «modesti ed evolutivi» ⁽⁵⁹⁾ e variabili a livello transnazionale.

Ma in secondo luogo, il suo tema centrale è che il cambiamento “modesto ed evolutivo” sia tipico dei processi di mutamento istituzionale e possa quindi condurre ad effetti cumulativi sostanziali. Egli rifiuta la prospettiva dell’“equilibrio *punteggiato*”, secondo la quale la complementarità istituzionale impedisce il

⁽⁵⁷⁾ Cfr. J.L. CAMPBELL, *op. cit.*; C. CROUCH, *op. cit.*

⁽⁵⁸⁾ J.L. CAMPBELL, *op. cit.*, 1.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, 124.

cambiamento fino ad una eventuale trasformazione esplosiva. Parte del problema, egli sostiene, è che in tutte le varianti del neo-istituzionalismo «i meccanismi attraverso cui le istituzioni mettono in grado, conferiscono poteri, costituiscono, obbligano, ed esercitano la *path-dependence* ed altri effetti sono specificati in modo molto scarno»⁽⁶⁰⁾. Il *bricolage* è uno di questi meccanismi, ed egli suggerisce che se ne possano identificare due forme distinte: un *bricolage sostantivo* attraverso il quale principi e pratiche esistenti sono ricombinati per creare una nuova configurazione; ed il *bricolage simbolico* attraverso cui le idee e la retorica sottostante alle istituzioni esistenti sono usate per legittimare una innovazione istituzionale più radicale⁽⁶¹⁾. Questo conduce ad una discussione più generale della mobilitazione delle idee nella politica del cambiamento istituzionale, un tema sul quale si ritornerà in seguito, nel contesto dell'analisi comparata di Schmidt.

Come il cambiamento istituzionale possa essere «allo stesso tempo incrementale e trasformativo» è il tema dei contributi a *Beyond Continuity*⁽⁶²⁾. Qui di nuovo l'equilibrio punteggiato è contestato esplicitamente: «il cambiamento istituzionale può essere generato quale esito della normale, quotidiana implementazione e dell'azione di un'istituzione» [traduzione nostra]⁽⁶³⁾. In parte ciò accade perché le regole sono sempre in qualche modo elastiche ed aperte ad interpretazione, così che «coloro che controllano le istituzioni sociali [...] è probabile abbiano un controllo non completamente perfetto riguardo il modo in cui le loro creazioni funzionano nella realtà». Perciò «le istituzioni non sono contestate solo periodicamente [come l'analisi dell'equilibrio punteggiato presume]; esse sono l'oggetto di scaramucce continue poiché i diversi attori tentano di raggiungere un vantaggio cercando di indirizzare le istituzioni in funzione delle loro mete, o sovvertendo o aggirando le regole che confliggono coi loro interessi» [traduzione nostra]⁽⁶⁴⁾. Cinque meccanismi distinti di cambiamento vengono identificati: dislocazione (l'evoluzione di istituzioni nuove che soppiantano le vecchie); stratificazione (adattamenti in aumento che danno luogo a un cambio qualitativo), deriva (il fallimento nell'adattarsi a circostanze nuove), conversione (riconversione delle istituzioni a funzioni nuove) ed esaurimento (capacità calanti nel realizzare obiettivi istituzionali).

Thelen sviluppa questi temi ancora più a fondo in *How Institutions Evolve*. Il suo studio ha due elementi che si intersecano: un ricostruzione storica delle istituzioni tedesche della formazione professionale dalle iniziative governative risalenti alla fine del XIX secolo, attraverso la loro ristrutturazione nell'era di Weimar fino alla ridefinizione più completa nella Repubblica Federale; ed una comparazione delle più recenti tendenze con quelle della Gran Bretagna, degli Stati Uniti e del Giappone. Nel caso tedesco, il paradosso a lungo termine è che una istituzione creata da un governo autoritario con lo scopo di impedire la crescita di un movimento di massa della classe lavoratrice divenne in realtà un veicolo di “par-

⁽⁶⁰⁾ Ivi, 24.

⁽⁶¹⁾ Ivi, 69-70.

⁽⁶²⁾ W. STREECK, K. THELEN, *Beyond Continuity. Institutional Change in Advanced Political Economies*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

⁽⁶³⁾ Ivi, 11.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, 16-19.

tenariato sociale” all’interno del quale i sindacati di categoria funzionarono come attori di chiave. Come Campbell, Thelen insiste che la costruzione e l’evoluzione delle istituzioni sono processi essenzialmente politici, aggiungendo che le loro dinamiche ruotano attorno alla creazione di coalizioni fra attori le cui capacità sono «condizionate fortemente dalle politiche statuali» [traduzione nostra] ⁽⁶⁵⁾. Thelen non rifiuta l’idea della complementarità istituzionale, ma mette in discussione l’assunto secondo cui questa è il risultato di una logica funzionalista automatica. Piuttosto, la complementarità deve essere valutata come eventuale e storicamente condizionata. Dove essa esiste, ciò può riflettere «crescenti ritorni in termini di potere» ⁽⁶⁶⁾: coloro che traggono profitto da una configurazione preesistente del potere possono essere capaci di «imporre soluzioni istituzionali che riflettono e mettono al sicuro i loro interessi» [traduzione nostra]. Ma al contrario, altri gruppi possono trovare vantaggi nel lavorare in conformità con il carattere delle istituzioni; così i sindacati tedeschi, con la loro forte rappresentatività fra i lavoratori specializzati, hanno cercato di co-gestire il sistema di formazione in fabbrica piuttosto che spostarlo altrove. La conclusione complessiva dell’Autrice è il bisogno di «pensare in termini di co-evoluzione istituzionale ed effetti di ritorno come processi attraverso i quali la coerenza non emerge in misura corrispondente a ciò che si è costruito, poiché le istituzioni ereditate dal passato si adattano [...] ai cambiamenti nel contesto politico, di mercato e sociale» [traduzione nostra] ⁽⁶⁷⁾.

6. «Il metodo comparato mira alle configurazioni delle condizioni; si usa per determinare le combinazioni diverse delle condizioni associate a specifici risultati o processi» ⁽⁶⁸⁾. Ma come può essere realizzato tutto questo? In questo paragrafo verranno discussi un certo numero di contributi metodologici recenti che rispecchiano i tipi di neo-istituzionalismo descritti in precedenza, e nel paragrafo seguente si valuterà come questi si colleghino ad una varietà di recenti tentativi di spiegare in chiave comparata la negoziazione o l’assenza di patti sociali di livello apicale e la loro relativa elasticità.

Si prenderà le mosse dall’approccio all’istituzionalismo della scelta razionale sviluppato da Scharpf nel suo *Games Real Actors Play* ⁽⁶⁹⁾. Il suo quadro di riferimento è legato alla teoria dei giochi; a parte l’avvertenza che egli insiste nel dire che «un quadro di riferimento non è una teoria» e può «solamente offrire linee guida per la ricerca di spiegazioni» ⁽⁷⁰⁾. Il *focus* della sua indagine a livello empirico – che si ricollega alle specifiche questioni dei patti sociali, sebbene nel contesto degli anni Settanta del secolo scorso piuttosto che di tempi più recenti – è il coinvolgimento dei sindacati nella formulazione delle politiche economiche e sociali. La differente esperienza nazionale è interpretata nei termini di due giochi interconnessi: tra governo e sindacati (che sarebbero disposti ad appoggiare una

⁽⁶⁵⁾ K. THELEN, *How Institutions Evolve. The Political Economy of Skills in Germany, Britain, the United States and Japan*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 31.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, 289.

⁽⁶⁷⁾ K. THELEN, *op. cit.*, 291.

⁽⁶⁸⁾ C.C. RAGIN, *op. cit.*, 14.

⁽⁶⁹⁾ F.W. SCHARPF, *op. cit.*

⁽⁷⁰⁾ Ivi, 37.

moderazione salariale per sostenere politiche macroeconomiche di tutela della occupazione) e tra governo ed elettorato (che voterebbe contro un governo ritenuto responsabile di un alto livello di inflazione). Due altri “giochi” vengono identificati come importanti in alcuni casi, quelli cioè tra governi e banche centrali e tra sindacati ed organizzazioni dei datori di lavoro.

La tesi centrale dell’approccio metodologico di Scharpf è «che i fenomeni sociali possono essere spiegati come il risultato di interazioni fra attori *intenzionali* [...] ma che queste interazioni sono strutturate, e i risultati plasmati, dalle caratteristiche dei contesti istituzionali all’interno dei quali essi accadono» [traduzione nostra] ⁽⁷¹⁾. In particolare, la costituzione di attori collettivi, ed i costi e benefici o le scelte strategiche alternative, configurano la probabilità di interazioni cooperative da un lato o conflittuali dall’altro. La spiegazione può operare *in avanti* (dalle condizioni antecedenti agli effetti delle politiche ipotizzate) o *a ritroso* (dalle conseguenze delle politiche alla configurazione causale ipotizzata). In entrambi i casi, egli suggerisce, «è probabile che la spiegazione composita del corso degli eventi sia peculiare ad ogni Paese ma [...] i modelli impiegati nel costruirla possono altresì riapparire in altri casi e così è più probabile che raggiungano lo status di asserzioni teoretiche verificate empiricamente» [traduzione nostra] ⁽⁷²⁾.

Un secondo contributo, che si ricollega, implicitamente più che esplicitamente, alla teoria neo-istituzionalista, è *Fuzzy-Set Social Science* di Ragin ⁽⁷³⁾. Nel suo precedente testo *The Comparative Method* ⁽⁷⁴⁾, Ragin aveva proposto un approccio alla *Qualitative Comparative Analysis* (QCA, analisi qualitativa comparativa) che utilizzava l’algebra booleana (come quello che in precedenza era stato sostenuto da Przeworski e Teune) ⁽⁷⁵⁾. L’obiettivo era impiegare una teoria di riferimento per rendere più semplice l’analisi configurazionale attraverso un ampio numero di casi, allo scopo di identificare le condizioni necessarie e sufficienti di una conseguenza determinata. Poiché egli respingeva l’assunto di un effetto «lineare e progressivo» di variabili indipendenti ⁽⁷⁶⁾, il metodo era delineato in modo da indagare dinamiche causali in cui nessuna singola condizione antecedente fosse necessaria o sufficiente ma dove fosse probabile che combinazioni alternative fossero associate con lo stesso risultato finale.

Un esempio particolareggiato analizzato da Ragin è stato la mobilitazione politica da parte delle minoranze linguistiche e regionali nei Paesi dell’Europa occidentale. Quattro sono le caratteristiche utilizzate: la dimensione della minoranza, la forza della base linguistica, la ricchezza relativa e la crescita o il calo demografici. Sebbene ci fossero 16 combinazioni logicamente possibili, solamente 13 esistevano empiricamente nei 36 casi identificati; in ognuna delle combinazioni, i casi potevano essere valutati in termini di presenza o assenza di mobilitazione politica. Lo stesso poteva essere realizzato per combinazioni di due o tre attributi, o per ciascuno di essi preso individualmente, calcolando in ogni caso le propor-

⁽⁷¹⁾ Ivi, 1.

⁽⁷²⁾ *Ibidem*.

⁽⁷³⁾ C.C. RAGIN, *Fuzzy-Set Social Science*, University of Chicago Press, Chicago, 2000.

⁽⁷⁴⁾ C.C. RAGIN, *The Comparative Method*, cit.

⁽⁷⁵⁾ A. PRZEWORSKI, H. TEUNE, *op. cit.*

⁽⁷⁶⁾ C.C. RAGIN, *How to Lure Analytic Social Science out of the Doldrums*, in *International Sociology*, 2006, n. 5, 639.

zioni emerse nei risultati sottoposti ad indagine. Il metodo (reso più semplice da un apposito software) è stato in grado di facilitare conclusioni probabilistiche su di un grande numero di casi. Una applicazione della QCA nel campo delle politiche sociali è la comparazione svolta da Hicks e altri ⁽⁷⁷⁾ dei sistemi di welfare “generosi”; l’analisi configurazionale ha dimostrato tre “combinazioni” casualmente dominanti che suggerivano percorsi per i regimi di *welfare* più accurati rispetto alle categorie utilizzate nel classico studio di Esping-Anderen ⁽⁷⁸⁾.

La QCA è stata soggetta ad una molteplicità di critiche. Una di queste, segnalata da Scharpf ⁽⁷⁹⁾, è che più grande è il numero di variabili, maggiori saranno le combinazioni che costituiranno i “casi mancanti” che potrebbero in linea di principio contraddire le conclusioni delineate. Inoltre, si potrebbe aggiungere, il problema “piccola N, molte variabili” si ripresenta: molte caselle contenenti casi empiricamente verificati possono includere così poche unità che anche conclusioni meramente probabilistiche potrebbero rivelarsi azzardate. Una seconda importante critica è che la QCA implica una definizione dicotomica, allo stesso tempo, di variabile indipendente e variabile dipendente. Ancora, nell’esempio citato, queste variabili sono continue, o almeno, sono presenti decisioni definitorie relativamente arbitrarie (in base a quale criterio decidiamo che una minoranza linguistica su base regionale è politicamente attiva?).

La seconda di queste critiche, quando non la prima, si rivolge al contesto *fuzzy* della QCA. Si può usare allo stesso tempo per tracciare variabili continue e destreggiarsi con l’ambiguità concettuale. Per esempio, Ragin mostra come il tanto dibattuto argomento di Skocpol ⁽⁸⁰⁾ sul collegamento causale tra il collasso di uno Stato e la rivoluzione sociale – entrambe categorie *fuzzy* – possa essere utilizzato nell’analisi comparata. «Usando contesti *fuzzy*, è possibile indicare il grado in cui una condizione necessaria è presente e rendere questa variazione una parte centrale dell’analisi» ⁽⁸¹⁾. Una interessante applicazione di questa metodologia nel campo delle relazioni industriali è l’analisi di Jackson ⁽⁸²⁾ sulla presenza o l’assenza di sistemi nazionali di rappresentanza a livello di organi direttivi, confrontato rispetto a 11 possibili antecedenti in 22 Paesi dell’OCSE. Né i modelli basati sulla *governance* societaria da parte degli *stakeholders*, né la forza dei sindacati né un governo di centro-sinistra sembrarono essere le condizioni necessarie per la promulgazione di tali sistemi, ma lo erano invece le tradizioni di *civil law*. Al contrario, il coordinamento della contrattazione collettiva sembrò rappresentare una condizione sufficiente. Forse più interessanti erano i modi nei quali le configurazioni distintive delle condizioni potevano essere collegate alla rappresentanza a livello di organi direttivi, indicando diverse “ricette” causali.

⁽⁷⁷⁾ A. HICKS, J. MISRA, T.N. NG, *The Programmatic Emergence of the Social Security State*, in *American Sociological Review*, 1995, n. 2, 329-349.

⁽⁷⁸⁾ G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1990.

⁽⁷⁹⁾ F.W. SCHARPF, *op. cit.*, 27.

⁽⁸⁰⁾ T. SKOCPOL, *States and Social Revolutions. A Comparative Analysis of France, Russia and China*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

⁽⁸¹⁾ C.C. RAGIN, *Fuzzy-Set Social Science*, cit.

⁽⁸²⁾ G. JACKSON, *Employee Representation in the Board Compared. A Fuzzy Sets Analysis of Corporate Governance, Unionism and Political Institutions*, in *Industrielle Beziehungen*, 2005, n. 3, 1-28.

Un terzo recente contributo che solleva importanti questioni metodologiche è *Politics in Time* di Pierson. Il suo scopo è collegare una lettura critica della scelta razionale ad una sensibilità nei confronti dell'evoluzione storica, poiché fa notare che «la componente specificamente storica dell'istituzionalismo storico è [...] generalmente stata lasciata in ombra»⁽⁸³⁾. Parte del suo obiettivo è indagare i processi di auto-rafforzamento che sottendono la *path-dependence*. In alcuni passi questo sembra condurlo ad adottare una concezione di equilibrio *punteggiato* del cambiamento istituzionale, i limiti del quale sono stati discussi nel paragrafo precedente, sebbene in seguito egli appoggi molti degli argomenti di Thelen su questa questione. Più originale, forse, è la sua indagine sul significato della sequenza dei processi storici, l'interazione tra i quali può avere effetti sociali a lungo termine⁽⁸⁴⁾.

Allo stesso modo rilevante per i comparatisti è la discussione delle catene causali che possono generare un cambiamento attraverso una forma di *path-dependence*: egli suggerisce l'esempio di ripetute iniziative governative che diano luogo alla ristrutturazione e riduzione dei costi del *Welfare State*, così che l'impatto più forte di un «governo conservatore riguardo al *welfare state* può essere sentito dieci anni o più dopo che lo stesso abbia completato il mandato»⁽⁸⁵⁾.

«Gli specifici assetti istituzionali invariabili hanno effetti multipli», sostiene Pierson. «L'aumentata attività giurisdizionale nell'Unione Europea ha contemporaneamente conferito maggiori poteri ai giudici, trasferito i poteri di organizzare l'agenda politica dagli Stati membri alla Commissione Europea, modificato le caratteristiche del discorso riguardo le riforme politiche, trasformato il genere di strumenti politici che i decisori preferiscono utilizzare, e cambiato profondamente il valore delle risorse politiche tradizionalmente impiegate dai gruppi di interesse»⁽⁸⁶⁾. Quest'analisi rimanda chiaramente all'ultimo lavoro che verrà analizzato in questo paragrafo, *The Futures of European Capitalism* di Schmidt⁽⁸⁷⁾. Diversamente dai lavori discussi in precedenza, questo studio è in primo luogo empirico – un'analisi comparata delle “varietà di capitalismo” in trasformazione in tre Paesi europei – ma l'Autrice prende esplicitamente di mira problemi metodologici fondamentali.

Il centro della sua attenzione a livello empirico è il «regime di *governance* economica» in ogni Paese e le contrastanti risposte (con importanti aspetti legati alla *path-dependence*) all'internazionalizzazione. Tutti i tre tipi di istituzionalismo, ella sostiene, «tendono ad essere in larga misura statici, e sono più adatti a rendere conto della continuità piuttosto che del cambiamento»⁽⁸⁸⁾. Come Pierson, ella dimostra che la tempistica conta: in parte a causa delle differenti fasi in cui si ar-

⁽⁸³⁾ P. PIERSON, *Politics in Time: History, Institutions and Social Analysis*, Princeton University Press, Princeton, 1998, 8.

⁽⁸⁴⁾ Nel campo delle relazioni industriali, una spiegazione comune dei differenti rapporti a livello nazionale tra sindacati e politica si riferisce alla questione se l'industrializzazione su larga scala abbia preceduto o seguito la democrazia di massa.

⁽⁸⁵⁾ P. PIERSON, *op. cit.*, 88.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, 109.

⁽⁸⁷⁾ V.A. SCHMIDT, *The Futures of European Capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, 209.

ticolano le pressioni economiche esterne, i tre Paesi sono partiti da punti diversi, hanno avuto traiettorie diverse, e sono finiti in luoghi diversi.

Una caratteristica chiave della sua analisi è l'enfasi posta sul discorso inteso quale processo con funzioni cognitive e normative (implicanti una «logica della necessità» ed una «logica dell'appropriatezza») [traduzione nostra] ⁽⁸⁹⁾. Radicali cambiamenti di politica raramente possono essere imposti contro una resistenza coordinata; i governi devono mettere in campo con successo l'argomento che il cambiamento è essenziale e che i nuovi programmi sono perciò legittimi. La linea di ricerca adottata nel suo libro, suggerisce Schmidt, rende possibile «controllare quante più variabili possibili per stabilire quando il discorso è un fattore fondamentale senza il quale noi non possiamo comprendere il cambiamento» [traduzione nostra] ⁽⁹⁰⁾.

7. Sono quattro i problemi che si metteranno in evidenza in conclusione.

In primo luogo, si aderisce all'impostazione dei diversi autori che criticano le pretese della comparazione transnazionale quantitativa, basata sulle variabili. Chiaramente, il confronto metodologico tra fautori di posizioni nomotetiche e idiografiche ha una storia lunga, ma può essere trasceso? Molti, in verità, sosterebbero che la scienza sociale ha bisogno di includere entrambi gli approcci: «anche se profondamente diversi, questi non dovrebbero essere visti come antitetici, impossibili da conciliare o mutualmente escludentisi» [traduzione nostra] ⁽⁹¹⁾. Thérét ha suggerito un percorso per integrare «la teoria e i metodi statistici» ⁽⁹²⁾; la concezione della QCA di Ragin è un'altra. Paradossalmente, forse, la ricerca basata su variabili di ordine N grande forse è valida non tanto per i casi modali che «confermano» un argomento causale ma per identificare «il deviante» che richiede una investigazione più particolareggiata, qualitativa.

In secondo luogo, in una visione pessimistica, l'analisi comparata è essenziale ma forse impossibile. Ancora una volta, forse, l'impossibilità scaturisce da una concezione idealizzata del metodo scientifico ⁽⁹³⁾. Nelle scienze naturali, come nelle scienze sociali, le «relazioni causali devono essere risultato di una deduzione perché, seguendo Hume, in generale si ammette che la causalità non può essere mai osservata direttamente» [traduzione nostra] ⁽⁹⁴⁾. Allo stesso modo, molta parte della argomentazione causale nelle scienze naturali è probabilistica piuttosto che deterministica.

In terzo luogo, occorre riconoscere i problemi che la lingua pone alla ricerca comparata. «*Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt*» scrisse Wittgenstein: I confini della mia lingua sono i confini del mio mondo. Ma lo stesso forse è anche più vero al contrario: i limiti del mio mondo sono i limiti

⁽⁸⁹⁾ Ivi, 220.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, 254.

⁽⁹¹⁾ J. GALTUNG, *Theory Formation in Social Research*, in E. ØYEN, *Comparative Methodology*, cit., 96-112.

⁽⁹²⁾ B. THÉRET, *op. cit.*, 101-115.

⁽⁹³⁾ Potremmo comparare e contrapporre i significati dell'inglese "science" e del francese "science" o del tedesco "Wissenschaft", ma questo è un altro problema.

⁽⁹⁴⁾ E. KISER, M. HECHTER, *The Role of General Theory in Comparative-historical Sociology*, in *American Journal of Sociology*, 1991, n. 1, 4.

della mia lingua. Spesso presumiamo di poter tradurre concetti provenienti da un altro contesto nazionale nella nostra lingua, ma facendo questo sbagliamo perché le realtà istituzionali differiscono a livello trans-nazionale e quindi anche a livello trans-linguistico. Perciò, paradossalmente, per comunicare attraverso le società noi dobbiamo essere consapevoli dei nostri fallimenti nel comunicare.

Infine, è importante riconoscere che per aspetti cruciali il mondo sociale rappresenta un terreno di investigazione affatto peculiare. «I due problemi principali che gli scienziati sociali si trovano ad affrontare come ricercatori empirici sono la natura equivoca del regno teoretico e la complessità del regno empirico»⁽⁹⁵⁾. Se il cambiamento istituzionale all'interno delle società comporta elementi di bricolage, lo stesso è ugualmente vero per quanti di noi si sforzano di trovare un senso alle realtà in trasformazione attraverso l'analisi comparata⁽⁹⁶⁾. La comparabilità non è data: deve essere costruita. Ciò vuole dire che quando si svolge una ricerca comparata, non c'è collegamento diretto tra la teoria generale e le spiegazioni delle somiglianze e delle differenze transnazionali. Come si è sostenuto in altra sede⁽⁹⁷⁾, certamente abbiamo bisogno di teoria *nelle* relazioni industriali, ma non è né possibile né desiderabile perseguire una teoria indipendente *delle* relazioni industriali. Le teorie che contribuiscono alla nostra comprensione delle relazioni industriali devono derivare dall'universo più ampio delle scienze sociali; e applicare le anzidette teorie generali ai problemi che sorgono nello specifico campo del lavoro e dell'occupazione non è una mera operazione meccanica, ma richiede creatività e immaginazione. Per questo scopo, una teorizzazione *ad hoc*, spesso additata come poco affidabile, probabilmente è il meglio che noi possiamo sperare di realizzare, nelle relazioni industriali come nella scienza sociale più in generale. La ricerca comparata è tanto un'arte quanto una scienza.

Quale metodo comparato per lo studio delle relazioni industriali? – Riassunto. *L'A. ritiene che la ricerca comparata nel campo delle relazioni industriali sia resa molto difficile, se non impossibile, da una serie di problemi di natura metodologica. Attraverso una disamina di un certo numero di scritti, mette in discussione la comparabilità di sistemi differenti di relazioni industriali. Una delle cause di questa enorme difficoltà è il numero ridotto di casi a disposizione dell'analisi del ricercatore di scienze sociali rispetto al ricercatore di scienze naturali. Anche il fattore linguistico è rilevante: il significato di alcune espressioni è legato indissolubilmente al contesto di riferimento. Così come sono legati al contesto tutti i più importanti elementi caratterizzanti i sistemi di relazioni industriali. Dopo un'analisi del problema della tipizzazione, l'A. passa in rassegna gli ultimi sviluppi nel campo della ricerca sul cambiamento istituzionale. Infine egli riassume le difficoltà teoriche determinate dal particolare campo di riferimento delle relazioni industriali e, più in generale, delle scienze sociali.*

How can we study industrial relations comparatively? (Article in English) – Summary. *This paper argues that comparative research in the field of industrial relations is made difficult, if not impossible, by a series of methodological problems. By examining a number of studies, the author casts doubt on the comparability of different industrial relations systems. One of the reasons for*

⁽⁹⁵⁾ C.C. RAGIN, "Casing" and the Process of Social Inquiry, in C.C. RAGIN, H.S. BECKER, *op. cit.*, 217-226.

⁽⁹⁶⁾ M. LALLEMENT, *op. cit.*, 169-90.

⁽⁹⁷⁾ R. HYMAN, *Is Industrial Relations Theory Always Ethnocentric?*, in B.E. KAUFMAN, *Theoretical Perspectives on Work and the Employment Relationship*, IRRA, Madison, 2004, 265-292.

this enormous difficulty is the limited number of cases available for analysis in social science research compared to the natural sciences. The linguistic dimension is also relevant: the meaning of certain expressions is closely linked to the particular context. In the same way all the most important characteristic elements of industrial relations systems are context-dependent. After an analysis of the problem of the construction of types, the author examines the most recent developments in research into institutional change. In conclusion, he summarises the theoretical difficulties determined by the particular field of reference of industrial relations and, more generally, the social sciences.

La lezione del passato (replica a R. Hyman)

Jacques Rojot

Alcune delle conclusioni di Richard Hyman ⁽¹⁾ sono difficilmente discutibili. In particolare, su due sono pienamente d'accordo.

La ricerca compara in tema di relazioni industriali deve necessariamente avvalersi di approfondite metodologie qualitative e quantitative, soprattutto, ma non solo, perché le informazioni sugli sviluppi empirici sono aumentate e le raccolte di dati sono migliori rispetto al passato.

La ricerca comparata non è solo una scienza, ma anche un'arte (tuttavia, su questo punto non necessariamente occorre, come di seguito dimostrato, disperarsi)

Se tali considerazioni possono ritenersi ormai assodate, le mie riflessioni si concentreranno di seguito sulla provocazione di Richard Hyman secondo cui «la ricerca comparata è essenziale ma di fatto impossibile» ⁽²⁾.

Sulla veridicità della prima parte della frase, non vi è alcun dubbio. Ancor più nel contesto comunitario in cui non si può sfuggire alla ricerca comparata se, come cittadini, vogliamo siano perseguite politiche efficaci. Non solo. Anche a livello nazionale solo la ricerca comparata permette di comprendere pienamente il proprio sistema di relazioni industriali, premessa necessaria per una comprensione teoretica corretta e, di nuovo, per l'obiettivo di politiche realmente efficaci. È l'idea che la ricerca comparata sia impossibile a sollevare in me delle perplessità. Certamente essa è molto difficile, straordinariamente difficile. Io credo, tuttavia, che due fonti, in particolare, possano esserci di grande aiuto su questo versante:

- la storia della ricerca comparata nel campo delle relazioni industriali;
- la ricerca comparata sul terreno, confinante e talvolta non distinguibile, del diritto del lavoro.

Sul primo punto, Frederic Meyers, più di quaranta anni fa, nel volume appartenente alla serie di ricerche della *Industrial Relations Research Association* dedicato ai profili internazionali del lavoro ⁽³⁾, già tentava di discutere il metodo

* Jacques Rojot è professore di Diritto del lavoro presso l'Università Panthéon-Assas, Paris II. Traduzione a cura di Chiara Bizzarro e Alessandro Porcelluzzi.

⁽¹⁾ Cfr. R. HYMAN, *Quale metodo comparato per lo studio delle relazioni industriali?*, che precede in *q. Fascicolo*.

⁽²⁾ Cfr. R. HYMAN, *op. cit.*

⁽³⁾ F. MEYERS, *The Study of Foreign Labor and Industrial Relations*, in S. BARKIN ET AL. (a cura di), *International Labor*, Industrial Relations Research Association Series, Harper and Row, New York, 1967

comparato. Solo pochi anni prima egli stesso era stato autore di uno dei migliori e più influenti studi comparati ⁽⁴⁾, generalmente considerato un “classico” ⁽⁵⁾. Fino ad allora, erano stati condotti pochi studi comparati nel campo delle relazioni industriali, con la relevantissima eccezione del celeberrimo studio di Dunlop *Industrial Relations Systems* ⁽⁶⁾ e dell’opera collettanea curata da Kerr, *Industrialism and Industrial Man* ⁽⁷⁾, con obiettivi in vero assai più ambiziosi della mera analisi comparata.

In primo luogo, Meyers ha rivendicato la distinzione tra studi comparati e studi aventi ad oggetto profili internazionali ovvero di diritto straniero. Già solo questo costituisce un indubbio merito dei suoi studi. In ogni caso va sottolineato che nel presentare l’obiettivo e i meriti degli studi comparati egli procedeva senza sollevare troppe questioni metodologiche astratte legate a problemi inerenti l’essenza della comparazione. Meyers definiva, infatti, il metodo comparato, con parole ancora oggi pienamente attuali, come strumento per allargare l’insieme di variabili ambientali che possono essere considerate e controllate nel testare modelli di generalità più ampia possibile. Egli riteneva che il valore del metodo comparato risiedesse nell’opportunità per lo scienziato che studia la dinamiche del lavoro di verificare ipotesi e generalizzazioni che emergono da un singolo caso nazionale, o da altre fonti, incluse le deduzioni. La comparazione rappresenta il “laboratorio” dello scienziato sociale, che può costituire, se non una risposta assoluta almeno un tentativo di mitigare gli effetti del c.d. problema della piccola N sollevato da Richard Hyman ⁽⁸⁾.

Questo sforzo di elaborazione teoretica è ancora oggi carico di profondi insegnamenti.

Uno dei maggiori obiettivi dell’analisi comparata è ricavare implicazioni di politica del diritto. In questo senso, Meyers, come Kahn-Freund prima di lui ⁽⁹⁾, non solo raccomanda grande attenzione, ma ritiene che proprio nell’ambito di tale processo lo scienziato sociale divenga vero e proprio artista dovendo fare affidamento tanto sui dati empirici, quanto sull’intuizione colta. Tale passaggio si rende necessario a causa del radicamento profondo delle politiche di relazioni industriali all’interno dell’ambiente nazionale e istituzionale. Al riguardo, si deve alla scuola di Aix, e soprattutto all’opera di Maurice, Sellier e Silvestre ⁽¹⁰⁾, lo studio, nell’ambito del confronto tra Germania e Francia, del c.d. effetto societale ⁽¹¹⁾.

⁽⁴⁾ F. MEYERS, *Ownership of Jobs. A Comparative Study*, Institute of Industrial Relations, University of California, Los Angeles, 1964.

⁽⁵⁾ B. HEPPLER, *Flexibility and Security of Employment*, in R. BLANPAIN, C. ENGELS, *Comparative Labor Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

⁽⁶⁾ J. DUNLOP, *Industrial Relations Systems*, H. Holt, New York, 1958.

⁽⁷⁾ C. KERR AND AL., *Industrialism and Industrial Man*, Harvard University Press, Cambridge, 1960.

⁽⁸⁾ Cfr. R. HYMAN, *op. cit.*, qui § 2.

⁽⁹⁾ O. KAHN-FREUND, *Introductory chapter*, in O. KAHN-FREUND (ed.), *Labor Relations and the Law*, Stevens, London, 1965.

⁽¹⁰⁾ M. MAURICE, F. SELLIER, J.-J. SILVESTRE, *Politiques d’Education et Organisation Industrielle en France et en Allemagne*, Presses Universitaires de France, Paris, 1982; M. MAURICE, F. SELLIER, J. SILVESTRE, *La Production de la hiérarchie dans l’entreprise. Recherche d’un effet sociétal, comparaison France Allemagne*, Laboratoire d’Economie et de Sociologie du Travail, Aix-en-Provence, 1977.

⁽¹¹⁾ Sul c.d. effetto societale e sul contributo degli autori citati cfr. D. SEGRESTIN, *Sociologia dell’impresa*, Dedalo, Bari, 1994, spec. 245 ss. (n.d.t.)

Proprio a partire da tale prospettiva e concordando sul punto con le conclusioni di Dunlop, Meyers propone che la comparazione sia effettuata con riferimento a livelli diversi dalla situazione nazionale: a livello interregionale, interindustriale, interoccupazionale.

Questo Autore sottolinea anche l'importanza della prospettiva longitudinale rispetto a quella più spesso utilizzata nelle comparazioni internazionali transsezionali; tale prospettiva consente di studiare l'evoluzione comparata dei riscontri empirici in diversi momenti nei diversi Paesi e allarga lo spettro di variabili considerate fornendo una migliore percezione dell'impatto dell'ambiente nazionale sugli sviluppi strutturali.

Infine, Meyers individua un ulteriore argomento favorevole allo studio comparato in considerazione dell'oggetto considerato, fenomeni e istituzioni o funzioni, di modo che è possibile concentrare l'analisi su come problemi comuni o simili sono risolti in modi differenti o simili in situazioni e contesti nazionali tra loro differenti.

Oggi, a queste indicazioni generali si può senz'altro aggiungere l'avvertenza contro i rischi dell'ideologia. Accade infatti che la comparazione sia utilizzata in modo del tutto strumentale per confermare o smentire un punto di dibattito in modo tuttavia assolutamente decontestualizzato, come dimostra bene l'odierno dibattito in tema di *flexicurity*.

Il secondo tema su cui richiamare l'attenzione concerne la possibilità che la ricerca comparata sulle relazioni industriali guardi, con le dovute differenze, a quanto accade nel territorio, confinante, del diritto comparato del lavoro.

Il diritto comparato del lavoro è probabilmente oggi più vivace della comparazione sulle relazioni industriali e mobilita molti più studiosi. Un recente volume, l'ultimo, sfortunatamente, che Benjamin Aaron ha avuto modo di curare, raccoglie gli atti di un convegno tenutosi due anni fa presso la facoltà di legge della Università della California⁽¹²⁾ e offre alcuni spunti interessanti in merito alla essenza della ricerca comparata.

Uno in particolare sembra oggi rilevante, posto che, in ogni caso, sono molte le sollecitazioni che possono venire dall'indagine comparata in campo giuridico.

Diverse relazioni pubblicate all'interno del volume richiamano, infatti, la esperienza del *Labor Law Group*, organizzato e convocato oltre dodici anni prima da Ben Aaron. Il modo in cui il gruppo operava a livello anche logistico risolveva, ampiamente se non completamente, quello che Richard Hyman chiama il "problema del vocabolario", di cui egli giustamente indica i molteplici rischi⁽¹³⁾. Ancora più di quanto accada ai ricercatori che si occupano di relazioni industriali, gli studiosi di diritto del lavoro corrono il rischio di confondere meccanismi legali formali, a volte vuoti di contenuto, e processi operativi reali. Il modo con cui il gruppo di studiosi di diritto del lavoro ha affrontato questo ostacolo è stato prima di tutto lavorare in gruppo e poi incontrarsi fisicamente e concretamente. I singoli rapporti, predisposti inizialmente dagli studiosi dei singoli paesi, erano discussi successivamente in riunioni di gruppo alla presenza di tutti i membri. Così, i

⁽¹²⁾ B. AARON, K. STONE (eds.), *Rethinking Comparative Labor Law: Bridging the Past and the Future*, Vandenplas Publishing, Lake Mary, Florida, 2007.

⁽¹³⁾ Cfr. R. HYMAN, *op. cit.*, qui § 2, p. 730 e ss.

meccanismi reali di funzionamento potevano essere ricostruiti e illustrati al di là delle descrizioni formali. In questo modo anche i fraintendimenti potevano essere chiariti in tutti i casi in cui, per esempio, termini simili in traduzione dovevano invece essere riferiti a realtà molto differenti che, conseguentemente, potevano essere specificatamente individuate e descritte. Ottimi esempi in questo senso sono le espressioni *works councils* e *collective bargaining*.

Non solo. Attraverso questa modalità di operare emergevano nuovi temi di confronto – in generale si suppone che i giuristi assai difficilmente siano concordi tra loro nelle soluzioni, ma anche che proprio nella formulazione dei problemi offrano il maggiore contributo – quando possibile tali temi erano elaborati e risolti e i processi (i c.d. *fenomeni* di cui parlava Meyers) potevano essere così contestualizzati nei rispettivi ambienti con la dovuta considerazione per i c.d. effetti sociali, sopra richiamati.

Allora, e solo allora, gli studi comparati potevano essere tradotti in forma scritta⁽¹⁴⁾.

Dalle riflessioni svolte emerge allora la speranza, l'auspicio, che la ricerca comparata possa trovare nell'esperienza del passato nuove sollecitazioni per la sua crescita e il suo ulteriore approfondimento.

La lezione del passato (replica a R. HYMAN) – Riassunto. *L'A. nel presente testo discute alcuni punti del saggio di Richard Hyman. In particolare, l'A. non concorda con l'idea che la ricerca comparata nel campo delle relazioni industriali sia sostanzialmente impossibile. A sostegno della propria posizione, l'A. richiama alcuni classici della ricerca in questo campo: Meyers, Dunlop e Kerr. Ritiene inoltre che un aiuto possa provenire dalle pratiche di ricerca attuate nel campo "confinante" del diritto del lavoro comparato.*

Lessons from the past (comments on R. HYMAN, How can we study industrial relations comparatively?) (Article in English) – Summary. *In this comment the author discusses a number of points made in Richard Hyman's paper. In particular, the author rejects the view that comparative research in the field of industrial relations is practically impossible. To support his position, the author refers to a number of classic studies in this field: Meyers, Dunlop and Kerr. He also argues that it can be useful to adopt research techniques from the related field of comparative labour law.*

⁽¹⁴⁾ Vedi a titolo esemplificativo B. AARON, K. WEDDERBURN (eds.), *Industrial Conflict. A comparative Legal Survey*, Longman, London, 1972.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Agenzia (contratto di)

- *indennità di cessazione del rapporto di agenzia (1.1.)*

Appalto

- *successione nel contratto di appalto e trasferimento di azienda (2.1.)*

Lavoro subordinato

- *indici di qualificazione: nomen iuris e volontà delle parti (3.1. – 3.2.)*
- *indici di qualificazione: indici sussidiari (3.3.)*

Licenziamento individuale

- *trasferimento di ramo d'azienda (4.1.)*
- *licenziamento collettivo: differenza (4.2.)*

Previdenza

- *base imponibile contributiva: buoni pasto (5.1.)*
- *pensione di inabilità (5.2.)*

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- *circolari interpretative dell'ente amministrativo: efficacia (6.1.)*

Nota per la lettura dell'Osservatorio di giurisprudenza ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.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. Agenzia (contratto di)

1.1. Trib. Pistoia 2 febbraio 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 10).

Agenzia (contratto di) - Indennità di cessazione del rapporto di agenzia ex art. 10 dell'AEC del 2002 - Nullità della disciplina per contrasto con la direttiva n. 86/653/CE - Sussistenza - Deroga in melius - Presupposti.

L'art. 10 dell'Accordo Economico Collettivo del 20 marzo 2002, in materia di rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale nel settore della piccola e media industria, deve ritenersi nullo – nella parte relativa alla disciplina dell'indennità per lo scioglimento del contratto – per contrasto con le norme imperative contenute nella direttiva n. 86/653/CE. Tali norme possono essere derogate solo in melius e a condizione che la deroga sia pattuita ex ante, ovvero prima della scadenza del contratto. Conformemente all'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la natura migliorativa o peggiorativa dell'accordo in deroga deve, infatti, poter essere valutata anteriormente alla cessazione del rapporto di agenzia.

L'interminabile odissea dell'indennità di cessazione del rapporto di agenzia tra diritto nazionale e comunitario

Sommario: 1. Il caso. – 2. Indennità di cessazione del rapporto di agenzia: l'art. 1751 c.c. e gli accordi collettivi. – 3. Le oscillazioni della giurisprudenza. – 4. L'interpretazione della Corte di Giustizia.

1. La pronuncia in epigrafe si incardina nell'annoso dibattito concernente la derogabilità dei criteri previsti dall'art. 1751 c.c. per la corresponsione ed il calcolo dell'indennità alla cessazione del rapporto di agenzia e i profili di compatibilità tra la disciplina legale e la disciplina pattizia, introdotta dagli accordi collettivi di categoria – AEC del 20 marzo 2002 per l'Industria e AEC del 26 febbraio 2002 per il Commercio (per una visione d'insieme, si veda E. BARRACO, *Agenzia e indennità di cessazione del rapporto: la Cassazione rinvia alla Corte di Giustizia per un chiarimento*, in *RIDL*, 2005, 818; P. SORDI, *L'invalidità degli accordi del 1992 sull'indennità di cessazione del rapporto di agenzia*, in *GC*, 2002, n. 2, 487; M. CAROPPOLI, *Contratti di agenzia: deciderà la Corte UE*, in *D&G*, 2004, 16; R. BALDI, *Il contratto di agenzia*, Giuffrè, Milano, 2001, 226; F. BORTOLOTTI, C. MOSCA, *La nuova disciplina dell'agenzia commerciale*, Cedam, Padova, 2000, 119; R. DEL PUNTA, *Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia (d.lgs. n. 65 del 1999)*, in *q. Rivista*, 2000, 315; M. MISCIONE, *L'indennità di cessazione del rapporto di agenzia dopo la normativa comunitaria*, in *LG*, 1998, 1001).

La vicenda trae origine dalla domanda proposta da un agente nei confronti della società B. S.p.A., diretta ad ottenere la liquidazione della predetta indennità, quantificata secondo i parametri enunciati dall'art. 10 AEC del 20 marzo 2002. Costituitasi in giudizio, la convenuta eccepiva la nullità degli accordi per contrasto con le norme imperative contenute nella direttiva del Consiglio della Comunità Europea 18 dicembre 1986, n. 86/653/CE, conformemente all'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea con la sentenza 23 marzo 2006, in causa C-465/04 (in *LPO*, 2006, 417, con nota di A. DI FRANCESCO, *L'indennità in caso di cessazione del rapporto di agenzia al vaglio della Corte di Giustizia Europea. La prevalenza dell'art. 1751 c.c. rispetto alla disciplina prevista dagli AEC. La svolta è epocale?*). Il Giudice di merito, allineandosi alla giurisprudenza comunitaria, conclude per la nullità delle disposizioni previste dall'AEC, rigettan-

do la pretesa dell'agente.

2. Per meglio comprendere la *ratio* della decisione, è, però, necessaria una preliminare disamina delle norme disciplinanti la liquidazione dell'indennità.

I criteri per la determinazione dell'indennità sono enunciati dall'art. 1751 c.c., informato, per intervento del legislatore con il d.lgs. 10 settembre 1991, n. 303, e il d.lgs. 15 febbraio 1999, n. 65, ai principi espressi dagli artt. 17 e 19 della direttiva n. 86/653/CE. L'odierna formulazione della norma subordina il diritto all'indennità a due condizioni positive, quali l'apporto di nuovi clienti ovvero il sensibile aumento degli affari per effetto di quelli preesistenti, dal quale il preponente continui a trarre significativo vantaggio e l'*equità* dell'erogazione alla luce di tutte le circostanze e, in particolare, delle perdite provvisorie subite dall'agente. Pone, poi, tre condizioni negative, ciascuna delle quali sufficiente ad escludere il diritto: la risoluzione con effetto immediato del contratto giustificata da grave inadempienza dell'agente; il recesso dell'agente non giustificato da fatto imputabile al preponente o dall'inesigibilità della prestazione, dovuta all'età o all'infermità dell'agente ed, infine, la cessione del contratto da parte dell'agente.

Pur appuntando la propria attenzione sia sull'*an*, che sul *quantum*, la norma civilistica appare lacunosa, in quanto, omettendo qualsiasi parametro esplicito per una precisa quantificazione dell'indennità, si limita a stabilire un principio di massima per la sua determinazione. A tal proposito, per meglio integrare la disciplina di legge, sin dal 1992, le parti collettive avevano ritenuto opportuno introdurre i c.d. *Accordi ponte*, fonte di una disciplina "ragionieristica", ma esaustiva dei meccanismi di calcolo dell'indennità.

A fronte dell'imponente contenzioso insorto a seguito all'applicazione degli accordi del 1992, nel tentativo di arginare il proliferare di controversie erano seguiti gli accordi collettivi di categoria del 2002, allo scopo di dare piena attuazione all'art. 1751 c.c. e «di raggiungere un ragionevole punto di mediazione tra linea legalista e linea c.d. contrattuale» (sul punto, D. ZAVALLONI, *L'AEC del 26 febbraio 2002 relativo al settore commerciale: le innovazioni ed i primi aspetti problematici*, in *LG*, 2002, 510). Con la previsione di una triplice indennità – di "scioglimento", erogata dal FIRR costituito presso l'Enasarco, riconosciuta all'agente, indipendentemente dall'anzianità e dal merito, di "clientela", di tipo premiale ed un ulteriore importo, sempre a titolo di indennità suppletiva di "clientela", strettamente legato al merito –, i nuovi accordi tentano di valorizzare il principio meritocratico impresso nell'art. 1751 c.c., ma non risolvono il problema di fondo della compatibilità tra la normativa legale e la normativa collettiva e della conformità al principio dell'inderogabilità *in peius* di eventuali disposizioni contrattuali. L'astratta disamina delle disposizioni degli AEC evidenzia, invero, la presenza di elementi ancora negativamente influenti sulla normativa civilistica e tali da compromettere il *favor* nei confronti dell'agente: viene, infatti, eliminato ogni automatismo nella corresponsione della indennità di scioglimento, mentre la liquidazione dell'indennità di clientela viene significativamente limitata, anche a fronte della dizione generalizzata dell'art. 1751 c.c. (da ultimo, e con riguardo ai più recenti interventi della Corte di Giustizia della Comunità Europea, v. gli Atti del Convegno organizzato dal Centro studi di diritto del lavoro D. Napoletano, Sez. Veneto, Treviso 23 novembre 2007, e ivi le relazioni di Ianniruberto, Trioni e Bortolotti, in corso di pubblicazione in *Rassegna di Giurisprudenza del Lavoro nel Veneto*).

L'innovazione non è, pertanto, sufficiente a sanare i contrasti interpretativi in materia di indennità, entro i quali si distinguono due indirizzi contrapposti, tuttora in attesa di una battuta di arresto in qualche maniera risolutiva da parte dei giudici di legittimità.

3. Secondo l'orientamento minoritario della giurisprudenza, invero, l'art. 1751 c.c. ridisegnato dalla direttiva europea n. 86/653, configurando un'indennità di tipo meritocratico, finalizzata a compensare coloro che abbiano arrecato vantaggi al preponente, risulta prevalente sul dettato degli accordi collettivi. Poiché gli AEC prevedono un trattamento più favorevole rispetto alla disciplina del codice civile solo per gli agenti che non siano in

grado di dimostrare il possesso dei requisiti di legge, l'art. 1751 c.c. assume una posizione di primazia, trovando piena applicazione in tutti i casi di integrazione dei presupposti di legge (Cass. 29 luglio 2002 n. 11189, in *RIDL*, 2003, II, 304, con nota di G. TRIONI, *Ancora sui rapporti tra l'art. 1751 c.c. e la disciplina collettiva in materia di indennità di scioglimento del contratto di agenzia*, nonché in *GI*, 2003, II, 101, con nota di L. ANTONETTO, *Indennità di fine rapporto di agenzia: la disarmonia delle sfere di legittimità*; App. Milano 21 novembre 2002, in *RCDL*, 2003, 135; Trib. Reggio Calabria 21 ottobre 2002, in *GM*, 2003, 915; Trib. Napoli 13 ottobre 2001, in *Contratti*, 2002, 477; Cass. 30 agosto 2000 n. 11402, in *MGL*, 2001, 538, e in *LG*, 349, con nota di D. ZAVALLONI, *Per una teoria sull'art. 1751 c.c.*). Tale orientamento è, peraltro, imperniato sulla necessità di operare *in concreto* un raffronto tra la disciplina convenzionale e quella legale, con la prevalenza del criterio legale di liquidazione dell'indennità, ogni qualvolta *ex post* conduca, di fatto, ad un risultato economico più vantaggioso per l'agente e con applicazione del criterio contrattuale, ogni volta in cui non sia possibile dimostrare i presupposti previsti dalla disposizione di legge. Secondo tale interpretazione, il richiamo all'*equità* di cui all'art. 1751 c.c., comma 3, non può, quindi, che rappresentare l'unico criterio guida nella quantificazione dell'indennità (sul punto, conformi, Trib. Salerno 10 maggio 2002, in *GM*, 2003, 1710, con nota di G.P. D'AMATO, *Note di in tema di rapporto di agenzia con casa editrice*; Trib. Napoli 13 ottobre 2001, in *Contratti*, 2002, 477, con nota di M. PAPA, *L'art. 1751 c.c. e la previsione dei c.d. Accordi ponte*; Trib. Milano 21 febbraio 2000, in *RCDL*, 2000, 440; Trib. Milano 19 luglio 1999, in *FI*, 2000, I, 1305; Trib. Busto Arsizio 16 novembre 1998, in *MGL*, 2000, 180). Il riferimento all'*equità* induce, peraltro, a ritenere che il Giudice richiesto di pronunciarsi in merito alla spettanza e alla determinazione dell'indennità debba sempre applicare la normativa che assicuri all'agente, alla luce delle vicende negoziali concluse, il risultato migliore, operando una valutazione in concreto, caso per caso.

L'indirizzo giurisprudenziale prevalente opera una decisa virata: la determinazione del *quantum* deve essere lasciata agli accordi collettivi di categoria, previo adeguato raffronto *ex ante* tra la disciplina legale e la disciplina convenzionale. Il confronto esige, peraltro, come corollario, la piena validità degli accordi e la prevalenza della relativa regolamentazione su quella dell'art. 1751 c.c. Dovrà, infatti, essere frutto di una valutazione avente ad oggetto il regime contrattuale come stabilito all'inizio del rapporto o modificato in corso di esecuzione: le circostanze del caso concreto dovranno, quindi, essere valutate *ex ante*, prescindendo dai risultati conseguiti dall'agente, ma tenendo conto degli impegni da lui assunti, che potrebbero essere tali da imporgli quell'incremento di portafoglio, presupposto dell'indennità legale (Cass. 7 febbraio 2004 n. 2383, in *MGC*, 2004, 2; Cass. 24 aprile 2004 n. 7855, in *MGC*, 2004, 4; Cass. 27 marzo 2004 n. 6162, in *MGC*, 2004, 3; Cass. 21 ottobre 2003 n. 15726, in *D&G*, 2003, 108, e in *LG*, 2003, 962, con nota D. ZAVALLONI, *L'art. 1751 c.c. e la giurisprudenza di Cassazione*; Cass. 6 agosto 2002 n. 11791, in *RIDL*, 2003, II, 304, con nota di G. TRIONI, *op. cit.*, nonché in *GI*, 2003, II, 101, con nota di L. ANTONETTO, *op. cit.*; Trib. Torino 17 maggio 1999, in *MGL*, 2000, 180; Trib. Brescia 20 ottobre 1999, in *LG*, 2000, 675; Trib. Como 12 giugno 1999, in *RCDL*, 1999, 867).

4. Nel tentativo di uniformare la disciplina europea in materia di indennità, la Corte di Giustizia della Comunità Europea, investita dell'interpretazione pregiudiziale degli artt. 17 e 19 della direttiva n. 86/653/CE, con la sentenza 23 marzo 2006, in causa C-465/04, ulteriormente precisa che la direttiva, così come recepita dall'art. 1751 c.c., ha carattere imperativo, può essere derogata solo *in melius* e a condizione che la deroga sia pattuita *ex ante*, ovvero prima della scadenza del contratto. Secondo l'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia, la natura migliorativa o peggiorativa dell'accordo in deroga deve, infatti, poter essere valutata anteriormente alla cessazione del rapporto.

Lungi, però, dall'assestarsi lungo una linea mediana di convergenza, l'imponente contenzioso nazionale sulla materia ha originato un terzo filone interpretativo: con la pronuncia 3 ottobre 2006 n. 21309 (in *LG*, 2007, 161, con nota di A. DI FRANCESCO, *Art. 1751 c.c.: la ratio individuale meritocratica prevale nella ricostruzione interpretativa della Cassazione*; conforme, Cass. 23 aprile 2007 n. 9538, in *MGI*, 2007), la Suprema Corte ha, infatti, affermato che la disciplina dettata dall'art. 1751 c.c. può essere derogata soltanto *in melius* dalla contrattazione collettiva e solo sulla base di un raffronto *concreto* tra la disciplina legale e pattizia. L'applicazione del sistema indennitario legale o contrattuale migliore per l'agente sarà, pertanto, subordinata ad una valutazione *ex post* dell'accordo, successiva alla cessazione del rapporto e gli accordi collettivi potranno essere invocati soltanto laddove migliorativi. Con la propria scelta interpretativa, la Corte di Cassazione ha ritenuto di salvaguardare l'impianto di determinazione dell'indennità di scioglimento del rapporto di agenzia previsto dagli AEC, non estendendovi la sanzione di nullità per contrarietà a norma imperativa *ex art.* 1419 c.c., ma affermando la prevalenza dell'art. 1751 c.c. in termini relativi, ovvero nell'ipotesi in cui la stessa disciplina assicuri all'agente il risultato migliore rispetto all'applicazione della norma pattizia. In tal modo si impone alle parti un onere probatorio in merito alla presunta differenza peggiorativa del trattamento. Per converso, viene, invece, valorizzato il criterio dell'equità quale metodo di calcolo per addivenire ad un esito ragionevole, contemperando le contrapposte esigenze delle parti.

La soluzione, tuttavia, non convince e il Tribunale di Pistoia, discostandosi completamente dall'indicazione della Suprema Corte, sceglie di recepire appieno l'orientamento della Corte di Giustizia e, mantenendosi nel solco della giurisprudenza comunitaria, sancisce la nullità delle previsioni dell'AEC, in quanto ritenute contrastanti con il dettato imperativo della direttiva. In tal modo cerca di assolvere all'esigenza sottesa alla direttiva comunitaria di rimuovere le differenze nazionali (Cass. 30 giugno 1999 n. 369, in *RDIPP*, 2000, 741) e restituisce alla contrattazione collettiva la sua naturale funzione di fonte sussidiaria ed integrativa (Cass. 11 agosto 2000 n. 10659, in *D&G*, 2000, 55).

Il dedalo pare, però, inestricabile: se, infatti, da un lato, sulla scia della Suprema Corte si rischia di legittimare richieste monetarie ultronee da parte degli agenti, giustificate dall'interpretazione dell'art. 1751 c.c., dall'altro non appare di facile soluzione nemmeno la questione della nullità e delle sue possibili ripercussioni concrete sul rapporto di agenzia. Non meno criticabile, d'altro canto, è il ricorso al criterio dell'equità, fonte di valutazioni arbitrarie e incerte, plausibile "chiave di ingresso universale" al fine di accedere alle più diversificate soluzioni (per tutti, in dottrina, M. MISCIONE, *Agenti di commercio e normativa comunitaria*, in *DPL*, 2005, 9).

Un intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione pare, quindi, auspicabile per porre fine al tormentato percorso evolutivo della giurisprudenza, mentre sotto il profilo pratico non meno accessibile ed efficace sembra la via della stipulazione di nuovi contratti collettivi, più conformi alla disciplina vigente e certamente più idonei a prevenire ed evitare discrasie nella determinazione del *quantum* dovuto (sul punto, A.L. FRAIOLI, *Scioglimento del rapporto di agenzia: indennità di fine rapporto all'esame della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *MGL*, 2006, 211).

Federica Giazzi
Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Adapt – Fondazione Marco Biagi

2. Appalto

2.1. App. Lecce 19 gennaio 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 5).

Appalto di servizi - Successione di un'impresa ad un'altra - Configurabilità di un trasferimento d'azienda - Insussistenza.

La successione di un'impresa ad un'altra, a seguito di una nuova gara, nella gestione con propria organizzazione di un servizio affidato in appalto non costituisce trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.

Trasferimento d'azienda e successione nell'appalto: interpretazione sistematica degli articoli 29, comma 3, e 32 del decreto legislativo n. 276/2003

La vicenda che ha dato origine alla sentenza in commento riguardava una successione (potremmo dire) a catena nella gestione di un servizio di depurazione delle acque, appaltato da un comune pugliese alle diverse imprese vincitrici delle periodiche gare istituite a tal fine; un lavoratore ivi addetto veniva licenziato dall'impresa che aveva effettuato la gestione provvisoria, senza fruire del passaggio diretto all'immediata subentrante.

Impugnato il licenziamento, in primo grado otteneva una sentenza vittoriosa di reintegrazione, appellata dalla società soccombente che faceva valere *inter alia* l'inapplicabilità alla fattispecie *de qua* dell'art. 2112 c.c.

La Corte d'Appello salentina ha rigettato l'appello in quanto il passaggio diretto alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto era previsto dal contratto collettivo applicabile, ma – per quanto qui più interessa – ha *incidenter tantum* preso posizione in modo netto, escludendola in radice, sulla configurabilità nella specie di un trasferimento d'azienda.

Ratione temporis la sentenza in commento ha fatto applicazione dell'art. 2112 c.c. nella versione previgente alle novelle degli anni 2001 e 2003-2004, ma sul punto la ricostruzione non è destinata a cambiare, per i motivi di seguito esposti volti ad “attualizzare” la pronuncia in commento allo *ius superveniens*.

Nella Riforma del mercato del lavoro, com'è noto, accanto all'art. 32 vi è un'altra disposizione che si occupa direttamente, anche se in negativo, della fattispecie del trasferimento d'azienda: si tratta dell'art. 29, comma 3, 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 d'azienda».

Innanzitutto pare opportuno sottolineare l'importanza sistematica della norma da ultimo citata, costituendo la medesima un implicito recepimento della tesi giurisprudenziale volta a sostenere come già il d.lgs. n. 18/2001 «attraverso la sua lettera e le espressioni usate *valesse* [...] a legittimare in maniera finalmente certa ed inequivocabile una nozione di trasferimento di impresa con più attenuati caratteri di materializzazione», che si spinga, sulla scia di alcune decisioni comunitarie, sino al punto di considerare “attività economica” suscettibile di rappresentare il substrato oggettivo del trasferimento d'azienda, «anche i soli lavoratori, che per essere stati addetti ad un ramo dell'impresa e per avere acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere autonomamente [...] le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro» (Cass. 23 luglio 2002 n. 10761, in *LG*, 2003, n. 1, 19). A fronte di questa regola, il legislatore del 2003 si è premurato, appunto, di inserire un'eccezione, giusta la quale nel caso di successione nell'appalto il

mero trapasso di lavoratori non è di per sé sufficiente a configurare un trasferimento *ex art. 2112 c.c.*, anche se vedremo come tale eccezione abbisogni di precisazioni e distinguo.

Per il resto, l'art. 29, comma 3, non sembra avere una portata particolarmente innovativa, in quanto le elaborazioni dottrinali (per tutti A. VALLEBONA, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *RIDL*, 1999, II, 217) e giurisprudenziali (Cass. 6 marzo 1990 n. 1755, in *MGL*, 1990, suppl., 57; Cass. 22 maggio 1991 n. 5745, in *RIDL*, 1992, II, 437; Cass. 18 marzo 1996 n. 2254, in *MGL*, 1996, 568; Cass. 20 novembre 1997 n. 11575, in *MGL*, 1998, suppl., 13; Cass. 13 gennaio 2005 n. 493, in *GLav*, 2005, n. 8, 42) formatesi sulla vecchia disciplina tendevano comunque già ad escludere con sicurezza la possibilità di inquadrare la successione di un imprenditore ad un altro nella gestione di un servizio concesso in appalto nella fattispecie del trasferimento d'azienda, disciplinato dall'art. 2112 c.c., perché nell'ipotesi in questione non si verifica il passaggio di un complesso di beni organizzati tra il vecchio e il nuovo appaltatore. Del resto, la stessa Corte di Giustizia, dopo alcune pronunce in cui in modo assai discutibile e forzando l'interpretazione del testo delle direttive nel senso dell'ampliamento della nozione di trasferimento d'azienda sino a ricomprendere l'ipotesi ora in commento (in particolare con le sentenze *Schmidt*, *Merckx* e *Redmond Sticking*), ha poi espressamente riconosciuto l'estraneità della mera successione in un appalto di pulizia rispetto alla fattispecie del trasferimento d'azienda nella notissima sentenza *Suzen*.

In altre parole, la mera successione in un appalto non può mai, *di per sé*, configurare un trasferimento d'azienda perché, a ben vedere, non si realizza tecnicamente una "cessione dell'appalto" o un "cambio di appalto", secondo le improprie espressioni utilizzate da taluni contratti collettivi, ma di concessione di un *nuovo appalto* in sostituzione del precedente, non realizzandosi alcun nesso di derivazione giuridicamente apprezzabile tra l'attività del primo imprenditore e quella del secondo, tra le due sussistendo una mera contiguità cronologica ovviamente improduttiva dei pregnanti effetti di cui all'art. 2112 c.c. Come ricorda la stessa Corte di Giustizia «la semplice perdita di un appalto di servizi a vantaggio di un concorrente non può quindi rivelare, di per sé, l'esistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva. In una siffatta situazione, l'impresa di servizi precedentemente affidataria dell'appalto, ove perda un cliente, continua tuttavia a sopravvivere integralmente, senza che si possa ritenere che uno dei suoi stabilimenti o parti di stabilimento siano stati ceduti al nuovo appaltatore» (sentenza *Suzen*, punto 16).

La normativa italiana, in linea con le citate ricostruzioni giurisprudenziali, sembra però porsi in netto contrasto con la più recente elaborazione nomofilattica della Corte del Lussemburgo che, in una recente pronuncia, ha riconosciuto come «l'art. 1 della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 187, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, vada interpretato nel senso che quest'ultima si applichi alla situazione in cui un committente, che aveva affidato con un contratto la completa gestione della ristorazione collettiva di un ospedale ad un primo imprenditore, pone fine a tale contratto e conclude, per l'esecuzione della stessa prestazione, un nuovo contratto con un secondo imprenditore, quando il secondo imprenditore utilizzi rilevanti elementi patrimoniali di cui si è servito precedentemente il primo imprenditore e messi a loro disposizione in successione dal committente, anche se il secondo imprenditore abbia manifestato l'intenzione di non riassumere i dipendenti del primo imprenditore» (così C. Giust. 20 novembre 2003, in causa C-340/2001, *Abler*, in *LG*, 2004, 27, con nota di D. CASALE, *Trasferimento d'azienda e appalti tra Corte comunitaria e legislatore nazionale*).

Sembrirebbe dunque profilarsi un'evidente e rinnovata tensione tra il diritto interno e quello comunitario, volti a dare una risposta antitetica circa il quesito della riconducibilità

della successione nell'appalto alla fattispecie del trasferimento d'azienda. In realtà, abbandonata questa superficiale impressione, ci si avvede ben presto che la soluzione adottata dal legislatore italiano pare perfettamente in linea con la disciplina europea. La sentenza da ultimo citata, infatti, non si è formata in ordine alla fattispecie di una successione *sic et simpliciter* in un appalto, che di per sé – anche per la giurisprudenza comunitaria – non costituisce trasferimento d'azienda, ma a fronte della ben diversa ipotesi di un nuovo appaltatore che non si avvalga di una propria indipendente organizzazione produttiva, ma subentri nella titolarità della medesima entità economica in precedenza gestita dal primo appaltatore. La Corte ha infatti riconosciuto come la ristorazione collettiva non fosse di certo un'attività che si fonda essenzialmente sulla manodopera e che pertanto il trasferimento dei locali e delle attrezzature messe a disposizione dell'ospedale committente, che risulta indispensabile alla preparazione e alla distribuzione dei pasti ai pazienti e al personale dell'ospedale, fosse sufficiente a caratterizzare, nel caso concreto, un trasferimento dell'entità economica. Astraendo dalle numerose peculiarità della vicenda all'origine dell'arresto comunitario, si può quindi ribadire quanto prima espresso in ordine alla fattispecie in commento e cioè che, schematizzando, la successione di un imprenditore ad un altro nella gestione di un servizio concesso in appalto non costituisce *di per sé* trasferimento d'azienda e tale soluzione pare accolta tanto dal diritto interno quanto da quello comunitario, mentre costituisce un'ipotesi di trasferimento d'azienda sussumibile nell'alveo applicativo dell'art. 2112 c.c. la ben diversa ipotesi in cui il secondo imprenditore, nuovo appaltatore, non solo subentri nella gestione del servizio in precedenza esercitata dal primo appaltatore, ma subentri a quest'ultimo anche nella sua organizzazione produttiva. Pare però evidente che il subentro di un nuovo appaltatore nella organizzazione produttiva del precedente non avviene in forza del contratto di appalto, ma in forza di ulteriori elementi negoziali che debbono necessariamente connotare la fattispecie al fine di assoggettare quest'ultima al regime garantista di cui all'art. 2112 c.c.

Detto questo, si tratta allora di fornire un'ulteriore importante precisazione. Ai sensi dell'art. 29, comma 3, della riforma non costituirà un trasferimento d'azienda la riassunzione da parte del secondo appaltatore del personale che il suo predecessore destinava all'esecuzione della stessa attività quando tale nucleo di lavoratori venga inglobato dall'imprenditore subentrante in un'organizzazione autonoma e di per sé già compiuto strumento d'impresa, ma costituirà trasferimento d'azienda la riassunzione di un gruppo organizzato di dipendenti specificamente e stabilmente assegnati ad un compito comune in un settore in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera, anche in assenza di cessione di elementi materiali, quando il nuovo appaltatore non abbia una struttura organizzativa autonoma, ma utilizzi esclusivamente il lavoro organizzato dei dipendenti riassunti (in tal senso anche R. COSIO, *Trasferimenti d'impresa e appalti*, in *DPL*, 2004, n. 14, 937). In quest'ultimo caso, infatti, non si ha soltanto la mera successione nell'appalto, ma vi è un *quid pluris*, perché il secondo appaltatore subentra nella organizzazione produttiva dell'imprenditore precedente che, nell'esempio fatto, è costituita dal lavoro organizzato, idoneo, nei settori *labour intensive*, a costituire un'entità economica suscettiva di trasferimento *ex art.* 2112 c.c.

Enrico Barraco

Assegnista di ricerca e docente a contratto – Università degli Studi di Padova

3. Lavoro subordinato

3.1. Cass. 9 maggio 2008 n. 11589 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 19).

Qualificazione del rapporto di lavoro - *Nomen iuris* utilizzato dalle parti - Decisività - Esclusione - Comportamento delle parti posteriore alla conclusione del contratto - Idoneità a determinare la natura del rapporto - Sussistenza.

Ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato o autonomo, poiché l'iniziale contratto dà vita ad un rapporto che si protrae nel tempo, la volontà che esso esprime ed il nomen iuris utilizzato dalle parti non costituiscono fattori assorbenti, diventando viceversa il comportamento delle parti posteriore alla conclusione del contratto un elemento necessario non solo ai fini della sua interpretazione, ma anche utilizzabile per l'accertamento di una nuova e diversa volontà eventualmente intervenuta nel corso dell'attuazione del rapporto e diretta a modificare singole clausole contrattuali e talora la stessa natura del rapporto inizialmente prevista.

3.2. Trib. Bolzano 1° giugno 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 12).

Qualificazione del rapporto di lavoro - Volontà manifestata dalle parti - Decisività - Sussistenza - Onere probatorio.

Ai fini della qualificazione del rapporto, la volontà manifestata dalle parti rappresenta il punto di partenza dell'indagine del giudice. Pertanto, quando le parti abbiano dichiarato di voler escludere l'elemento della subordinazione non è possibile, specie nei casi caratterizzati dalla presenza di elementi compatibili con l'uno o con l'altro tipo di rapporto, pervenire a una diversa qualificazione se non si dimostri che in concreto l'elemento della subordinazione si sia di fatto realizzato nello svolgimento del rapporto medesimo. L'onere di provare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato grava sul ricorrente, con la conseguenza che qualora vi sia una situazione oggettiva di incertezza probatoria, il giudice deve ritenere che la prova non sia stata raggiunta e non già propendere per la natura subordinata del rapporto.

(3.1. – 3.2.) Sulla rilevanza della volontà delle parti nel procedimento di qualificazione del rapporto di lavoro

Sommario: **1.** La qualificazione del rapporto di lavoro nel recente intervento della Corte di Cassazione. – **2.** *Nomen iuris* e comportamento delle parti posteriore alla conclusione del contratto. – **3.** La pronuncia del Tribunale di Bolzano: gli indici della subordinazione. – **4.** Rilevanza della volontà delle parti e novazione del contratto di lavoro. – **5.** Elemento volontaristico di autoqualificazione e certificazione dei contratti di lavoro.

1. Con la sentenza n. 11589 del 9 maggio 2008, la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi della qualificazione del rapporto di lavoro. I giudici di legittimità affrontano il problema, ampiamente dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza, della rilevanza del *nomen iuris*, utilizzato dalle parti per classificare i loro reciproci rapporti, nel procedimento giudiziale di qualificazione del rapporto di lavoro (si veda, da ultimo e per tutti, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, 2007, 151 e ss).

Nella vicenda in esame, la ricorrente aveva adito il Tribunale del lavoro per far accertare e dichiarare la natura subordinata della prestazione lavorativa svolta alle dipendenze della

società resistente, quale impiegata tecnica.

Risultata soccombente in primo grado, la società aveva proposto appello, lamentando la mancata valutazione, da parte del Tribunale, della circostanza che la dipendente aveva sempre rifiutato, benché ripetutamente invitata, la “regolarizzazione” del rapporto: tanto confermava che comune volontà delle parti era quella di mantenere la collaborazione nell’ambito del lavoro autonomo. La Corte di Appello, dopo aver individuato gli indici che caratterizzano la subordinazione ed averne graduato l’intensità in relazione all’attività lavorativa concretamente esercitata dalla dipendente, statuiva la sussistenza di un rapporto di lavoro di natura subordinata; dalla circostanza che alla dipendente fosse stata proposta formale assunzione traeva convincimento sulla consapevolezza del datore in ordine alla natura subordinata del rapporto.

Contro tale sentenza, la società ha proposto ricorso per cassazione, dolendosi per non avere la Corte d’Appello considerato che la volontà delle parti, risultante dall’atteggiamento della dipendente, era quella di dar vita ad un rapporto di lavoro autonomo. Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso, richiamando l’ormai consolidato principio di diritto (Cass. 18 aprile 2007 n. 9264, in *FI*, 2007, 10, 1, 2726, con nota di V. FERRARI; Cass. 27 febbraio 2007 n. 4500, in *LG*, 2007, 10, 1026; Cass. 5 luglio 2006 n. 15327, in *LG*, 2007, 1, 85; Trib. Napoli 31 gennaio 2006, in *NGL*, 2006, 224; Cass. 10 giugno 2005 n. 12261, in *GD*, 2005, 27, 67) secondo cui il *nomen iuris* attribuito al contratto dalle parti non costituisce fattore decisivo, essendo invece decisivo il comportamento effettivo tenuto dalle parti stesse nello svolgimento del rapporto.

La Suprema Corte sostiene *in primis* che la società ricorrente avrebbe dovuto offrire, già in primo grado, la prova del preciso momento in cui sarebbe intervenuta tra le parti una comune volontà di escludere la natura subordinata della prestazione lavorativa, e ribadisce quindi la logicità della sentenza impugnata laddove individua nella proposta di assunzione un elemento chiave per accertare la consapevolezza del datore di lavoro circa il carattere subordinato del rapporto. Per tali motivi, ritiene il ricorso infondato e lo respinge, confermando la natura subordinata del rapporto di lavoro in oggetto.

2. La sentenza annotata sembra, dunque, voler ribadire che l’ampio margine di autonomia negoziale riconosciuta dal nostro ordinamento alle parti nella determinazione del *nomen iuris* da attribuire al contratto di lavoro trova un limite implicito nella difformità tra quanto dichiarato nel contratto e le concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa. Nel procedimento giudiziale di qualificazione del rapporto di lavoro, la volontà espressa dalle parti nel contratto non può assumere un’importanza tale da sottrarre al giudice di merito la libera valutazione dei fatti rilevanti ai fini della classificazione della natura della prestazione, come affermato anche dalla Corte Costituzionale (sentenza del 31 marzo 1994 n. 115, in *ADL*, 1995, I, 297, con nota di M. D’ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, vol. I, 63), secondo cui né al legislatore, né alle parti può permettersi di escludere direttamente o indirettamente l’applicabilità della disciplina inderogabile posta a tutela dei rapporti aventi le caratteristiche della subordinazione.

In realtà, per una corretta interpretazione di fattispecie, come quella in esame, dove non vi è univocità degli indici rivelatori della qualificazione del rapporto, occorre avere riguardo non solo alla massima individuata dalla Corte di Cassazione, ma all’intero testo della sentenza. Dalla lettura del provvedimento emerge che, anche laddove reale e comune intenzione delle parti fosse stata inizialmente quella di mantenere il rapporto nell’ambito di una libera collaborazione professionale, di fatto la prestazione si è svolta secondo i parametri tipici della subordinazione, come accertato dal giudice del merito, cui tale valutazione è rimessa.

In una tale ipotesi di contrasto tra manifestazione della volontà negoziale espressa dalle parti e contenuto effettivo del rapporto, non può che prevalere quest’ultimo (per tutte,

Cass. 23 luglio 2004 n. 13872, in *MGC*, 2004, 7-8), con la conseguenza che, come nel caso che ci occupa, il giudice dovrà dichiarare la natura subordinata del rapporto di lavoro e la sua valutazione, ove risulti immune da vizi logici e giuridici ed adeguatamente motivata, non potrà essere sindacata in sede di legittimità (cfr. Cass. 24 febbraio 2006 n. 4171, in *FI*, 2007, 1, 1, 93). Diverso sarebbe stato il caso in cui nel giudizio di primo grado fossero emersi elementi compatibili sia con il rapporto di lavoro subordinato che con quello autonomo; in una tale ipotesi, il giudice avrebbe dovuto attribuire rilevanza decisiva alla volontà contrattuale e qualificatoria espressa dalle parti (cfr. Cass. 28 settembre 2006 n. 21028, in *NGL*, 2006, 737; Cass. 21 aprile 2005 n. 8307, in *FI*, 2006, 9, 1, 2451; Cass. 8 aprile 1995 n. 2690, in *MGC*, 1995, 540).

3. In questo solco, si rivela decisamente interessante la lettura della seconda sentenza in commento, pronunciata dal Tribunale di Bolzano, sezione lavoro, il 25 maggio 2007 e depositata il 1° giugno 2007, che ha deciso nel merito il ricorso presentato da un dipendente licenziato del Consorzio per la gestione del Mercato Generale di Bolzano, per ottenere il riconoscimento giudiziale della sussistenza di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e, di conseguenza, la reintegra nel proprio posto di lavoro. Il ricorrente aveva premesso di essere stato assunto come lavoratore subordinato nel 1963, con incarico, dal 1974, di direttore del Mercato; nel 2001, al fine di ridurre i costi di gestione, le parti si erano accordate per “trasformare” il rapporto di dipendenza in rapporto libero professionale, stipulando due diversi contratti di lavoro autonomo, dal 21 febbraio 2001 al 31 dicembre 2003 e dal 12 gennaio 2004 al 31 dicembre 2005, senza soluzione di continuità tra di essi e rispetto al precedente rapporto di natura subordinata e senza alcun mutamento delle mansioni e dei compiti del collaboratore. Aveva aggiunto il ricorrente che, nonostante la scadenza del secondo contratto, il rapporto tra le parti era proseguito di fatto fino al 31 marzo 2006, data in cui il Consorzio aveva ritenuto unilateralmente cessato il rapporto, senza alcuna formale comunicazione.

Il Tribunale chiarisce anzitutto quali siano i requisiti necessari della subordinazione, richiamando costanti orientamenti giurisprudenziali, secondo cui l'elemento distintivo del rapporto di lavoro subordinato, rispetto a quello autonomo, è il vincolo di soggezione personale del prestatore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, mentre hanno carattere sussidiario e funzione meramente indiziaria altri elementi del rapporto di lavoro – quali, ad esempio, la collaborazione, l'osservanza di un determinato orario, la continuità della prestazione lavorativa, l'inserimento del dipendente nella organizzazione aziendale e il coordinamento con l'attività imprenditoriale, l'assenza di rischio per il lavoratore e la forma della retribuzione – i quali possono essere valutati globalmente come indizi della subordinazione stessa, tutte le volte in cui, a causa del concreto atteggiarsi del rapporto, non sia agevole l'apprezzamento diretto (si vedano, *ex plurimis*, Cass. 28 settembre 2006 n. 21028, cit.; Cass. 24 febbraio 2006 n. 4171, cit.; Cass. 25 ottobre 2004 n. 20669, in *DPL*, 2008, 11, 713).

Dopo questa puntualizzazione, la sentenza in commento passa ad analizzare il problema della rilevanza della volontà delle parti nel procedimento giudiziale di qualificazione del rapporto di lavoro, ampliando l'impianto argomentativo solo accennato dalla sentenza della Suprema Corte.

4. La volontà manifestata dalle parti nel momento della conclusione del contratto rappresenta, secondo il Tribunale di Bolzano, un imprescindibile punto di partenza per l'indagine del giudice di merito. Il principio, più volte richiamato in giurisprudenza – di cui è parzialmente espressione anche la annotata sentenza n. 11589 del 2008 –, secondo cui è necessario avere riguardo al concreto atteggiarsi del rapporto a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dalle parti, non implica che la dichiarazione della loro volontà in relazione al contenuto del rapporto debba essere stralciata dall'interpretazione del precetto contrattuale e che non si debba tener conto del relativo reciproco affidamento delle parti

stesse nell'esecuzione della prestazione lavorativa così come liberamente determinata in virtù della loro autonomia contrattuale (cfr. App. Roma 23 agosto 2005, in *LG*, 2006, 7, 709; in dottrina M. TIRABOSCHI, *Premesse per uno studio della giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in *QDLRI*, 1993, 3, 31; L. NOGLER, *Osservazioni su accertamento e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *GC*, 1992, I, 107).

Secondo quanto disposto dall'art. 1362 c.c., alla volontà manifestata dalle parti in sede di stipulazione del negozio non può essere negato il carattere di elemento determinante ai fini dell'individuazione della fattispecie contrattuale; tale principio è valido anche laddove si tratti della classificazione di un rapporto di lavoro. Il secondo comma della norma codicistica richiamata impone, tuttavia, per determinare la comune volontà delle parti, di valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto. Ciò ha senso in maniera particolare nel contratto di lavoro che, essendo un negozio giuridico c.d. di durata, dà origine ad un rapporto destinato a protrarsi nel tempo ed in cui la volontà delle parti si manifesta in ogni atto di esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto stesso. Non c'è da stupirsi se, nel corso dello svolgimento del rapporto lavorativo, l'iniziale volontà espressa dalle parti muta in base ad esigenze contingenti o a necessità derivanti, ad esempio, da un differente assetto d'impresa.

La modalità di esecuzione del contratto, infatti, ben potrebbe far emergere una nuova e diversa volontà, eventualmente intervenuta nel corso del rapporto, idonea a modificare – anche per fatti concludenti – le originarie clausole contrattuali ed addirittura la natura stessa del rapporto lavorativo. Le parti potrebbero porre in essere una sorta di novazione tacita dell'originario contratto di lavoro, che assumerebbe così un nuovo assetto negoziale (cfr. Cass. 5 luglio 2006 n. 15327, cit.; Cass. 21 ottobre 2005 n. 20361, in *LG*, 2006, 6, 609; in dottrina, si veda L. ANGIELLO, *Autonomia e subordinazione nella prestazione lavorativa*, Cedam, Padova, 1974, 74 ss.; L. TOSI, *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1969, 112).

La parte che intende far valere questa modifica nel corso del procedimento giudiziale di qualificazione ha, in virtù di quanto dispone l'art. 2697 c.c., l'onere di indicare gli elementi dell'esecuzione consensualmente modificata che, in quanto contrastanti con la volontà contrattuale inizialmente espressa, siano idonei a determinare il nuovo contenuto negoziale del rapporto. Nel caso in cui, all'esito dell'istruttoria processuale, permangano dubbi sulla qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, il giudice deve concludere per il rigetto del ricorso, non essendo stato assolto l'onere della prova gravante sulla parte ricorrente (cfr. Cass. 28 settembre 2006 n. 21028, cit.).

Questo è esattamente quello che è accaduto nella fattispecie oggetto della sentenza del Tribunale di Bolzano, dove il ricorrente non è riuscito a fornire alcuna prova certa ed inequivoca della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. In presenza di elementi compatibili sia con il rapporto di lavoro subordinato che con quello autonomo, il giudice di merito ha dato rilevanza alla volontà espressa dalle parti e risultante da due contratti scritti aventi ad oggetto prestazioni di lavoro autonomo (sulla rilevanza, in tale circostanza della volontà negoziale si erano già espresse Cass. 28 settembre 2006 n. 21028, cit., e Cass. 8 aprile 1995 n. 2690, cit.).

5. È proprio nelle situazioni come quella appena descritta, in cui la valutazione del concreto momento attuativo del rapporto non porta a risultati univoci ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro, che diviene particolarmente rilevante l'analisi dell'elemento volontaristico di autoqualificazione.

L'esame di tale elemento si rivela decisivo in tutti quei contratti di lavoro grigi, che non presuppongono necessariamente una situazione di disparità del potere contrattuale di lavoratore e datore di lavoro. Pare necessario evidenziare che già nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia* (Ministero del lavoro e delle politiche sociali – 2001), emergeva

l'idea di attribuire maggiore rilevanza e di irrobustire sul piano probatorio la volontà dei contraenti per una migliore definizione delle tipologie contrattuali (M. BIAGI, relazione al convegno AIDLASS, *Il Libro bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento*, svoltosi a Firenze il 18 gennaio 2002).

A questo scopo è risultata quanto mai opportuna la previsione di un istituto, quale quello della certificazione dei contratti di lavoro, introdotta dall'art. 75 e ss. del d.lgs. n. 276/2003, così come modificato dal d.lgs. n. 251/2004, che ha come scopo fondamentale quello di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro e classificare correttamente la volontà espressa dalle parti in sede di stipulazione del contratto di lavoro, al fine di salvaguardare le tutele previste dall'ordinamento per ogni categoria di lavoratori.

Ai dubbi sollevati in dottrina circa l'idoneità del provvedimento di certificazione ad esprimere, sulla base della volontà iniziale dei contraenti, il contenuto effettivo della prestazione lavorativa (*ex plurimis*, E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, in *RGL*, 2004, 4, 543), risponde la lettera dell'art. 80 del d.lgs. n. 276/2003, laddove espressamente prevede la possibilità di impugnare il provvedimento di certificazione per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva e concreta attuazione (per un esame approfondito dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro si rinvia a C. ENRICO, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005).

Maria Rita Gentile

Scuola internazionale di Alta formazione in Relazioni industriali e di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Adapt – Fondazione Marco Biagi

3.3. Trib. Milano 26 aprile 2007 n. 1427 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 21).

Lavoro subordinato - Procedimento di qualificazione - Indici sussidiari di subordinazione - Fattispecie: procacciatore d'affari.

Al fine di conferire natura subordinata ad un rapporto di lavoro, elemento decisivo si rivela la sussistenza di un vincolo tra lavoratore e datore di lavoro, in termini e in misura tali da far emergere la sottoposizione al potere direttivo, gerarchico e disciplinare nel quale si sostanzia la subordinazione. Ove non emerga con chiarezza la subordinazione, l'indagine va effettuata attraverso la ricerca e la valutazione di vari indici che consentano di dedurre indirettamente il carattere della subordinazione. I connotati tipici della figura del procacciatore d'affari sono costituiti dalla precarietà del rapporto, dalla discontinuità dell'impegno del procacciatore, nonché dalla ricerca autonoma della clientela.

Note in tema di sussidiarietà degli indici della subordinazione e di qualificazione giuridica della figura del procacciatore d'affari

Sommario: 1. I caratteri della subordinazione: gli ultimi orientamenti della Cassazione e la sentenza del Tribunale di Milano. – *2.* Il procacciatore d'affari nella pronuncia del tribunale milanese e nel contesto giurisprudenziale di riferimento.

1. La pronuncia di merito del Tribunale milanese desta interesse sotto due profili, l'uno attinente ai caratteri generali della subordinazione, l'altro alla particolare figura del procacciatore d'affari.

Com'è noto, sui caratteri della subordinazione si è formato un filone giurisprudenziale ampio e consolidato, che in questa sede è possibile solo compendiare nei suoi recenti passaggi fondamentali.

È oramai affermazione costante e ricorrente della Suprema Corte che il requisito fondamentale, ed indefettibile, del rapporto di lavoro subordinato consiste in quell'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, di controllo e disciplinare del datore di lavoro, che comunemente viene definito eterodeterminazione, e a cui fa riferimento anche il codice civile, nell'art. 2094 c.c., sotto la nota formula «alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore» (tra le altre, Cass. 27 febbraio 2007 n. 4500, in *LG*, 2007, 10, 1026; Cass. 14 marzo 2006 n. 5495; Cass. 20 giugno 2003, n. 9900, in *LG*, 2004, 467, con nota di C. FERRAÙ). L'eterodeterminazione è considerata non solo, e non tanto, criterio primario della subordinazione, ma anche elemento direttamente inerente al concetto stesso di lavoro dipendente, ad esso consustanziale. Tuttavia, l'elaborazione giurisprudenziale non ha tardato a prendere atto dell'insufficienza, non solo concettuale ma pratica e concreta, del requisito primario indicato dall'art. 2094, cit., al fine di distinguere il rapporto di lavoro subordinato con le figure affini, ed è risaputo che tale riconoscimento ha determinato il parziale abbandono giudiziale del metodo sussuntivo di qualificazione della fattispecie, che identifica il tipo sulla base della ricorrenza in concreto di tutti gli elementi normativi, a favore del metodo tipologico, che reputa sufficiente la ricerca del tipo per approssimazione, cioè mediante il rinvenimento di taluni, e non di tutti, gli elementi strutturali tipici della fattispecie. Quest'ultima metodologia ha imposto la ricerca e la individuazione di ulteriori elementi i quali, pur ritenuti caratteristici della subordinazione, non sono decisivi in ordine alla qualificazione del rapporto, ed appunto per questo sono detti sussidiari; tra gli altri si può ricordare l'osservanza da parte del prestatore di un orario di lavoro fisso, l'erogazione della retribuzione in misura fissa e costante nel tempo, la continuità delle prestazioni, l'inserimento nell'organizzazione aziendale, e così via. La secondarietà di detti elementi è data, secondo l'elaborazione dei giudici, dalla loro individuabilità anche nelle figure contigue al lavoro subordinato, quali le co.co.co., l'associazione in partecipazione, il socio di cooperativa di lavoro, ecc.; il che li rende inidonei, considerati singolarmente, a fondare una chiara distinzione con queste (Cass. 14 luglio 1993 n. 7796, in *RIDL*, 1994, II, 317, con nota di L. NOGLER). La giurisprudenza più recente ha aggiunto a detti elementi, che possono considerarsi tradizionali, l'ulteriore carattere della volontà delle parti, come desumibile dal *nomen juris* conferito al negozio; e tuttavia, gli orientamenti divergono in merito alla classificazione del carattere in questione nella categoria degli indici primari (Trib. Rieti 26 settembre 2006 n. 571, in *GLav*, 2006, 49), ovvero in quella degli elementi sussidiari (Cass. 18 aprile 2007 n. 9264, in *FI*, 2007, 10, 1, 2726; Cass. 14 marzo 2006 n. 5495, cit.).

Tanto premesso, la sentenza in commento si rivela utile al fine di precisare la portata del carattere sussidiario degli elementi diversi dalla subordinazione vera e propria. Invero, non sempre le pronunce puntualizzano il significato preciso del carattere della "sussidiarietà" dei noti indici, poiché a volte esse si limitano a richiamare tralaticciamente il principio, senza specificare la sua reale consistenza.

In merito, si riscontra un primo indirizzo alla cui stregua gli elementi secondari possiedono un valore indiziario del requisito fondamentale, che soccorre ove non sia possibile la prova piena della subordinazione (da ultimo Cass. 27 febbraio 2007 n. 4500, cit.; inoltre Cass. 14 marzo 2006, n. 5495, cit.); in quest'ottica, se le risultanze concrete del rapporto non hanno fatto emergere in via diretta ed immediata la sussistenza del potere direttivo e/o disciplinare del datore, appare lecito desumere la subordinazione dalla ricorrenza concreta degli indici surriferiti, considerati però non già *uti singuli*, bensì globalmente. Pertanto, secondo detto indirizzo, la mancata prova dell'esercizio del potere direttivo non preclude l'ulteriore tentativo di qualificazione del rapporto nel senso della subordinazio-

ne, attraverso l'individuazione di un insieme di elementi, e non di uno solo, quali l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione datoriale, l'osservanza di un orario di lavoro, la continuità delle prestazioni, ecc.

Secondo un altro orientamento, i noti elementi sono semplicemente aggiuntivi, e non sostitutivi attraverso valutazioni presuntive, dell'eterodeterminazione, con la conseguenza che se questa non viene provata non è configurabile la qualificazione del rapporto come subordinato, pur in presenza degli indici secondari in quanto compatibili anche con altri tipi legali (Cass. 20 giugno 2003 n. 9900, cit.; Cass. 20 maggio 2002 n. 7310, in *FI*, 2003, 1, 1148). Secondo l'orientamento in parola, il ricorso a detti indici ha dunque carattere eccezionale, e può ritenersi corretto esclusivamente in casi particolari ove, per la natura della prestazione, per la struttura organizzativa del datore di lavoro o altre specificità della fattispecie concreta, non sia possibile desumere la sussistenza del vincolo di soggezione del prestatore al potere direttivo della controparte; il giudice del merito, ove intenda utilizzare gli indici secondari, deve tuttavia farsi carico di motivare in merito alla ricorrenza di dette particolarità, pena un evidente vizio logico della sentenza.

Il giudice milanese aderisce evidentemente al primo degli indirizzi segnalati, laddove afferma che l'indagine giudiziale sulla ricorrenza degli indici della subordinazione nel caso concreto va effettuata in via residuale, cioè ove lo sforzo di reperimento del criterio primario dell'eterodirezione non abbia determinato esito positivo. Allora, è legittima la ricerca degli elementi sussidiari, che indirettamente rivelino la sussistenza del vincolo della subordinazione. Resta così chiarito, secondo la pronuncia in esame, che la "sussidiarietà" (o "secondarietà") degli elementi dell'elaborazione giurisprudenziale assume una funzione indiziaria e presuntiva, si potrebbe dire "servente" e strumentale, rispetto al criterio fondamentale dell'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo del datore, il quale emerge in via mediata attraverso la valutazione necessariamente globale dei vari indici riscontrati, mentre è pacifico che la ricorrenza di uno solo di questi non è sufficiente per la corretta qualificazione della fattispecie nel senso della subordinazione.

A sostegno dell'assunto del giudice milanese, può sostenersi che l'utilità degli indici, e con essa del metodo tipologico, si rivela proprio nel consentire l'individuazione del "tipo" subordinazione, principalmente in quei casi dubbi che la moderna pratica dei rapporti lavorativi ha moltiplicato non senza intenti elusivi della disciplina vincolistica. In tale quadro, in assenza di una definizione normativa più stringente di quella dell'art. 2094 c.c., il modello per approssimazione si è rivelato una necessità "storica", ai fini dell'inquadramento delle fattispecie negoziali di lavoro nei modelli normativi, ed appare adottabile più propriamente con un utilizzo ampio, seppur a sua volta necessariamente rigoroso, degli indici pretori.

Per completezza, va segnalato che secondo la dottrina (C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, II, Utet, Torino, 1998, 8; R. ROMEI, *Art. 2094 – Prestatore di lavoro subordinato*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il Diritto del lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 2007, 571) la classificazione giurisprudenziale dei criteri qualificatori del rapporto di lavoro comprende tre sottoinsiemi. Il primo, prevalente e decisivo, è dato dai c.d. indici essenziali interni, che riguardano l'in sé della subordinazione, quale assoggettamento del prestatore al potere direttivo/disciplinare del datore. Il secondo è costituito dai c.d. indici essenziali esterni, quale insieme di parametri che, pur non essendo in sé determinanti in ordine alla qualificazione, possono tuttavia avere efficacia sostitutiva, o integrativa, del criterio primario; tra questi si annoverano la collaborazione con l'imprenditore, la continuità delle prestazioni, l'inserimento nell'organizzazione aziendale. L'ultima categoria, c.d. indici sussidiari, è composta da elementi semplicemente rafforzativi, ausiliari (osservanza di un orario di lavoro, forma della retribuzione, tipo di prestazione, rischio, esclusività del rapporto), ma giammai surrogatori del criterio primario del vincolo della subor-

dinazione. Tuttavia, tale tripartizione non appare riscontrabile nella recente produzione giurisprudenziale, essendo invece sistematicamente ricorrente la giustapposizione tra criterio primario e indici sussidiari *tout court*.

2. L'altro aspetto interessante della sentenza in esame afferisce alla figura del procacciatore d'affari, ed al relativo inquadramento giuridico. Il giudice lombardo sostiene che la categoria, che concettualmente rientra nell'ambito dei rapporti lavorativi autonomi, sia caratterizzata dalla precarietà del rapporto e dalla discontinuità dell'impegno del prestatore; inoltre, sul piano del contenuto dell'attività tipica, questa è connotata dalla ricerca autonoma della clientela da parte del procacciatore, senza alcuna ingerenza del preponente.

Il fatto concreto sottoposto allo scrutinio del giudicante vedeva la stipulazione di un contratto di lavoro autonomo di procacciamento di affari, che il lavoratore ha ritenuto, nei fatti, essere di lavoro subordinato, chiedendone il riconoscimento giudiziale. Sulla base della premessa teorica di cui sopra sui caratteri della figura in oggetto, il Tribunale procede alla qualificazione della fattispecie nel senso della subordinazione, giacché la istruttoria aveva fatto emergere elementi rilevanti sia sul piano della subordinazione *tout court*, sia su quello dei criteri secondari.

Dal primo punto di vista, il committente aveva il potere di scelta dell'automezzo da assegnare di volta in volta al prestatore; inoltre, l'azienda esercitava un potere decisorio in ordine alla sostituzione del lavoratore in caso di assenza. Ancora, l'ordine delle visite dei clienti da effettuare era predisposto unilateralmente dall'azienda, e il ricorrente era tenuto a rientrare nella sede di lavoro quotidianamente, di sera, ed ivi consegnare l'incasso con le relative bolle e fatture, puntualmente controllate dal datore di lavoro. Infine, il prestatore aveva l'obbligo di comunicare e giustificare le eventuali assenze.

Relativamente agli indici secondari, il giudice rileva che il lavoratore utilizzava gli strumenti di proprietà del committente, che le prestazioni erano svolte in modo continuativo, che il prestatore osservava un orario di lavoro tipico del lavoro dipendente. Inoltre, il rapporto era caratterizzato da esclusività, poiché il presunto procacciatore non intratteneva rapporti lavorativi con ulteriori committenti, nonché dal pieno inserimento del lavoratore nell'attività produttiva dell'azienda, ed infine dall'erogazione di una retribuzione fissa e predeterminata, svincolata da qualsiasi risultato.

Nell'elaborazione giurisprudenziale precedente alla decisione esaminata, la figura del procacciatore d'affari assumeva rilevanza per distinguerla dal rapporto di agenzia, più che dalla subordinazione. Su questo versante, si è infatti pervenuti alla conclusione pacifica che «mentre l'agente è colui che assume stabilmente l'incarico di promuovere per conto dell'altra (preponente o mandante) a conclusione di contratti in una zona determinata (art. 1742 c.c.), il procacciatore d'affari è colui che raccoglie le ordinazioni dei clienti, trasmettendole alla ditta da cui ha ricevuto l'incarico di procacciare tali commissioni, senza vincolo di stabilità (a differenza dell'agente), ed in via del tutto occasionale [...]» (Cass. 9 dicembre 2003 n. 18736, in *AC*, 2004, 1227; in senso conforme, Cass. 25 gennaio 2005 n. 1441, in *MGI*, 2005; Cass. 24 giugno 2005 n. 13629, in *MGI*, 2005). L'assunto accentua il profilo dell'autonomia del procacciatore, anche nei confronti della già autonoma figura dell'agente, com'è noto tipico soggetto sottoposto al regime delle collaborazioni coordinate e continuative *ex art. 409, comma 1, n. 3*, il che crea una situazione di radicale incompatibilità astratta tra il procacciatore d'affari ed il lavoratore subordinato (cfr. di recente G. ZILIO GRANDI, *Il contratto di agenzia*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. VI, *Lavoro autonomo*, Utet, Torino, 2004, 155).

Non mancano, tuttavia, pronunce che si occupano di delimitare la categoria in questione rispetto a quella del lavoratore subordinato soprattutto attraverso il ricorso ai criteri sussidiari di qualificazione della fattispecie, in funzione indiziaria e presuntiva dell'eterodeterminazione. Così secondo un orientamento di merito (Trib. Bergamo 25 gennaio

1990, in *IPrev*, 1990, 803), è ravvisabile la subordinazione allorché le prestazioni del preteso procacciatore abbiano i caratteri dell'esclusività e della continuità. Ad avviso di altro indirizzo (Trib. Firenze 21 maggio 1991), la subordinazione si riscontra ove il prestatore non abbia, in realtà, alcuna organizzazione strumentale distinta da quella del preponente, ed anzi utilizzi per l'espletamento delle mansioni i locali e le strutture di quest'ultimo. Secondo un'ulteriore, più risalente impostazione, ove il procacciatore percepisca una retribuzione fissa, non abbia alcun rischio, né organizzazione d'impresa, e subisca continui e diretti poteri di controllo e di programmazione tali da condizionarne l'autonomia con direttive concrete, esso si rivela in realtà un lavoratore subordinato (Trib. Milano 12 ottobre 1981, in *OGL*, 1982, 289).

Si può notare come la giurisprudenza, come dimostrato anche dalla pronuncia in commento, ricorra ampiamente agli indici secondari nella particolare fattispecie in questione, e si può tentare di individuarne la ragione fondamentale, insita paradossalmente nella lampante distinzione, sul piano astratto, tra il lavoratore dipendente ed il procacciatore. In altre parole, sembra che le decisioni menzionate diano particolare risalto ai criteri presuntivi, nel tentativo di evidenziare le differenze tra le due categorie, proprio perché queste ultime dovrebbero essere agevolmente distinguibili in considerazione dei caratteri di ciascuna, diametralmente opposti tra loro. Al prestatore subordinato si attribuiscono i caratteri del vincolo gerarchico, della continuità delle prestazioni, dell'inserimento nella realtà aziendale, ove al procacciatore pertengono i reciproci segni dell'assoluta autonomia, dell'occasionalità, della discontinuità. Tuttavia, tale contrapposizione non può far dimenticare che il ricorso al criterio primario si rivela, nel confronto tra le due fattispecie, tanto più necessario quanto più bisogna tener conto della figura intermedia dell'agente. Invero, l'utilizzo dei soli criteri sussidiari in riferimento alla figura del procacciatore si appalesa insufficiente proprio perché potrebbe essere idoneo a far emergere un rapporto di agenzia, anziché di subordinazione, ragion per cui appare particolarmente pertinente all'ipotesi di cui si discute la tesi giurisprudenziale, sopra considerata, che ritiene sempre e comunque necessaria l'individuazione del potere direttivo del datore, in quanto unico elemento realmente decisivo nella direzione della subordinazione.

Come si vede, il discorso torna sul carattere della sussidiarietà degli indici giurisprudenziali di qualificazione della fattispecie del lavoro subordinato, conferendo peraltro in tal caso maggiore dignità alla funzione ausiliaria ed aggiuntiva, ma non decisiva, dei medesimi. Nell'attuale, articolato contesto dei rapporti lavorativi e nella perdurante assenza di un chiaro intervento normativo, riformatore della desueta formula dell'art. 2094 c.c., il metodo per approssimazione non appare agevolmente sostituibile da parte dell'interprete, pur considerando tutte le perplessità avanzate in dottrina, soprattutto in merito ai profili di incertezza del diritto che esso determina.

Carmine Santoro

Funzionario ispettivo – Direzione provinciale del lavoro di Milano

4. Licenziamento

4.1. Cass. 27 settembre 2007 n. 20221 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 1).

Licenziamento - Trasferimento di ramo d'azienda - Licenziamento disciplinare intimato dal cessionario - Presupposti.

A seguito di trasferimento di azienda, che si configura anche quando la cessione coinvolga singole unità produttive purché con propria autonomia organizzativa e funzionale, è legittimo

il licenziamento disciplinare intimato dal cessionario per fatto commesso dal lavoratore prima del trasferimento.

La Cassazione sul licenziamento disciplinare intimato dal cessionario di ramo d'azienda

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il caso in esame. – 3. Trasferimento del ramo d'azienda. – 4. La successione nei rapporti di lavoro.

1. La sentenza che qui commentiamo si presta a un duplice ordine di riflessioni, nelle quali crediamo sarà possibile cogliere i diversi motivi di interesse che essa presenta per quanti vogliano, da un lato, conoscere l'odierno stadio del dibattito giurisprudenziale sui connotati giuridici del trasferimento d'azienda e/o del ramo d'azienda, dall'altro, inquadrate e indagare le vicende traslative del complesso aziendale partendo da una prospettiva diversa da quella che si è soliti assumere come base di partenza per l'esegesi della norma racchiusa nell'art. 2112 c.c.

La peculiarità della vicenda può già in prima battuta essere colta nella diversa angolazione soggettiva, dalla quale il giudice di legittimità si è posto per la ricostruzione di un percorso di tutela "conservativa" dei diritti inerenti al rapporto di lavoro trasferito a seguito del mutamento nella titolarità dell'impresa. A venire in rilievo non è la ormai frequentata problematica della "eterogenesi dei fini" della norma codicistica (in questo senso, R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002; di "crisi di identità" dell'art. 2112 parlano M. MAGNANI, F. SCARPELLI, *Trasferimento di azienda e esternalizzazioni*, in *DLRI*, 1999, n. 2-3, 486 ss.; A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, II, 587 ss.), quanto piuttosto la questione della inversione dei termini soggettivi sul piano della invocazione dell'effetto successorio nella relazione di lavoro: se il rapporto continua con le «stesse caratteristiche e con gli stessi effetti che lo connotavano anteriormente al verificarsi del fenomeno traslativo» (A. FONTANA, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1970), la vicenda successoria riguarda anche le posizioni giuridiche attive del datore di lavoro. Nel caso esaminato i soggetti della fattispecie di cui all'art. 2112 invertono le rispettive posizioni, al punto da suggerire la sostituzione del referente soggettivo della rubrica della norma codicistica con la parte forte del rapporto di lavoro: si potrebbe a questo punto pensare ad una variazione terminologica che suonerebbe pressappoco "Mantenimento dei diritti dei datori di lavoro in caso di trasferimento d'azienda".

Al di là di questo gioco di parole con il testo del dettato normativo, gli spunti di interesse offerti dalla sentenza si rinvengono nell'indicazione di una prospettiva di indagine che pone le vicende circolatorie dell'impresa sotto una lente nuova, diversa da quella con cui tradizionalmente vengono osservate le operazioni di «disaggregazione verticale dell'impresa» (A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, II, 473 ss.). È questa una prospettiva che indubbiamente involge problematiche di ordine sistematico, che vanno oltre la semplice e puntuale definizione dell'oggetto del "trasferimento" – ancorché aspetto non trascurato dal giudice di legittimità – per impegnare l'interprete in sforzi di ricostruzione del complessivo profilo effettuale dei processi di "sfoltimento" dell'organizzazione aziendale. Se le vicende di mobilità dei complessi aziendali sono produttive di effetti successori sul piano dei rapporti di lavoro, è la vicenda successoria e il suo "punto di incidenza" sul rapporto di lavoro trasferito (così S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1980) che occor-

re ricostruire per determinare in cosa davvero succeda il nuovo titolare dell'azienda, quali sono i suoi diritti e le sue prerogative rispetto ai "lavoratori ceduti": e quindi, guardando al nostro caso, quali coordinate concettuali e giuridiche legittimano il licenziamento disciplinare intimato dal cessionario per fatto commesso dal lavoratore prima del trasferimento. Così, se un primo ordine di considerazioni non può che soffermarsi su quelli che sono i presupposti del trasferimento *ope legis* dei rapporti di lavoro, ai sensi dell'art. 2112, dall'altro lato si impone una ricostruzione della figura e degli effetti di una delle ipotesi per antonomasia di sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro, a sua volta riconducibile alla nozione unitaria di successione nel rapporto contrattuale.

2. In breve, il giudice di legittimità, conformemente agli esiti a cui si era già pervenuti nei due precedenti gradi di giudizio, ha dichiarato legittimo il licenziamento intimato, a conclusione del trasferimento di un ramo d'azienda, dal datore di lavoro cessionario sulla base delle risultanze di un procedimento disciplinare attivato dal cedente e perfezionatosi nelle more della vicenda circolatoria.

Le argomentazioni in diritto sviluppate dalla S.C. si svolgono, come accennato, lungo due direttrici, tra loro strettamente connesse e in qualche modo complementari. La prima ricostruisce la vicenda traslativa del ramo d'azienda, normativamente qualificata, nel suo contenuto, da una modificazione soggettiva nella titolarità di «un'articolazione funzionalmente autonoma» del complesso aziendale (così il comma 5 dell'art. 2112 anche prima delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 276/2003). Successivamente alla individuazione degli elementi concettuali e normativi che qualificano la nozione di trasferimento, la sentenza identifica il contenuto della posizione successiva del nuovo datore di lavoro, individuando i presupposti della legittimazione all'esercizio di quei diritti e quei poteri facenti capo all'imprenditore cedente sino all'avvenuta cessione e che – come nel caso del potere disciplinare – rinvergono la loro giustificazione nell'organizzazione di lavoro trasferita e nelle ragioni del suo regolare funzionamento.

3. Sulla nozione di trasferimento d'azienda e, con riguardo al caso in esame, di ramo d'azienda, la sentenza non sembra che introduca o sviluppi spunti ricostruttivi nuovi o in qualche modo innovativi rispetto all'orientamento giurisprudenziale dominante in materia. Anzi è proprio la giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione (si veda, *ex plurimis*, Cass. 6 aprile 2006 n. 8017, in *MGC*, 2006, n. 5) – e della Corte di Giustizia (cfr. C. Giust. 18 marzo 1986, in causa C-24/85, in *FI*, 1989, IV, 14, con nota di M. DE LUCA; C. Giust. 10 dicembre 1998, in causa C-127/96, in  indice A-Z, voce *Trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*) – che i giudici richiamano per arricchire di una ulteriore rappresentazione la fattispecie di cui all'art. 2112, comma 5: ad essa è possibile ricondurre «la cessione di singole unità produttive della medesima azienda purché abbiano una propria autonomia organizzativa e funzionale; e questo anche se, una volta inserite nell'impresa cessionaria, restino integrate e riorganizzate nella più ampia struttura di quest'ultima». Il criterio deputato ad orientare la definizione delle condizioni affinché si produca il fenomeno successorio regolato dal comma 1 dell'art. 2112, viene ad essere identificato nell'esistenza di «un insieme di elementi costituenti un complesso organico», dotato di «autonomia organizzativa e funzionale». Quindi il dato qualificante la essenzialità del trasferimento di una parte dell'azienda è l'attitudine della entità economica ceduta a consentire di per sé l'esercizio di un'attività imprenditoriale: la sentenza si esprime in termini di «adeguatezza a conseguire lo scopo in vista del quale il coordinamento *dei beni aziendali ceduti* è stato posto in essere» [corsivo dell'Autore, *ndr*].

È interessante notare come il giudice di legittimità abbia sviluppato le sue argomentazioni tenendo fuori dal percorso logico-argomentativo seguito qualsiasi riferimento ad uno dei profili oggi più problematici della ricostruzione della nozione, in generale, di trasferimento d'azienda, e di ramo d'azienda in particolare: ci riferiamo al problema della identificazione della fattispecie anche rispetto a quelle vicende circolatorie aventi ad oggetto com-

plexi aziendali contraddistinti da più attenuati caratteri di materializzazione. Lontano dalla pronuncia commentata è infatti l'eco del dibattito che qualche anno addietro sembrò delineare, a distanza di pochi mesi, l'emergere, in seno alla Cassazione, di due opposte interpretazioni dell'ambito di applicazione dell'art. 2112, proprio con riferimento al trasferimento di parte dell'azienda (si veda, per una nozione di trasferimento "leggera" ovvero avente ad oggetto anche i soli lavoratori, Cass. 23 luglio 2002 n. 10761, in *FI*, 2002, I, c. 2280, con nota di R. COSIO, *Il trasferimento d'impresa: dal d. lgs. 18/01 al patto per l'Italia*; per una nozione di "ramo trasferito" che comprenda non solo rapporti ma anche un complesso di beni aziendali strumentali all'esercizio dell'impresa, si veda Cass. 25 ottobre 2002 n. 15105, in *GC*, 2003, I, 345 ss., con nota di G. AMOROSO, *Sulla fattispecie del "trasferimento di parte dell'azienda" al fine dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c.*; un commento delle due sentenze o, meglio, degli orientamenti antinomici in esse espressi è in F.R. GRASSO, *La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di trasferimento di "ramo" di azienda ed esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, I, 587 ss.).

In questa sede preme solo aggiungere che il silenzio del giudice di legittimità su questo aspetto – silenzio suggerito dalla specificità del caso esaminato – non consente di ricavare dalla sentenza commentata elementi alla luce dei quali poter trarre delle conclusioni in ordine ad una più o meno chiara adesione, oggi, da parte della giurisprudenza di Cassazione, alla opzione interpretativa che delle nozioni esaminate è stata fatta propria, e non da ora, dalla Corte di Giustizia (si veda C. Giust. 12 novembre 1992, in causa C-209/91, in *NGL*, 1992; C. Giust. 14 aprile 1994, in causa C-392/92, in *DL*, 1994, II); e questo nonostante il richiamo, come osservato, della giurisprudenza comunitaria. Tuttavia il reiterato riferimento all'"azienda" e il rilievo dato alle caratteristiche della "coesione" e soprattutto della "funzionalità all'esercizio dell'impresa", collocano la sentenza nel solco delle resistenze che il diritto interno continua a manifestare nei confronti di un diritto comunitario che ha disegnato i confini dell'"azienda" o del "ramo trasferito" elevando l'impresa a termine oggettivo di riferimento – quindi l'"attività" più che il suo "strumento di esercizio" – e assumendo come dato qualificante il subingresso di un nuovo soggetto nella titolarità di una attività d'impresa, più che nella titolarità del complesso aziendale – quindi richiedendo il requisito della "identità funzionale" piuttosto che l'"adeguatezza funzionale" della compagine produttiva trasferita.

4. Diversa è la problematica evocata dalla seconda parte della sentenza, là dove, dopo aver fornito le coordinate della nozione di trasferimento – e aver indicato, per inciso, la *ratio* che ad essa sottende, volta a coniugare le ragioni di tutela del lavoro con le esigenze di ristrutturazione aziendale e delocalizzazione delle imprese (in questi termini anche Cass. 30 luglio 2004 n. 14670, in *NGL*, 2005, 129) – il giudice di legittimità ricostruisce le ricadute effettuali della vicenda traslativa sui rapporti di lavoro coinvolti.

È qui che è possibile rinvenire la legittimazione del cessionario all'esercizio del segmento conclusivo del potere disciplinare, nel nostro caso coincidente con l'intimazione del licenziamento disciplinare ad un lavoratore ceduto, sul presupposto che la singola vicenda di esercizio del potere datoriale, iniziata dal cedente, continua, negli stessi termini della relazione di lavoro, in capo al cessionario, riprendendo il suo corso senza soluzione di continuità rispetto al momento del perfezionamento della cessione del ramo d'azienda. La Corte dunque dà prova di aderire a quella lettura del fenomeno successorio, conseguente al trasferimento d'azienda, che, attraverso il richiamo «della struttura e degli effetti del fenomeno, d'altro canto limitrofo, del negozio di cessione del contratto, disciplinato dagli artt. 1406 e ss. c.c.» (si veda R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda. Art. 2112 c.c.*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 1993), individua il termine della successione nel «complesso delle posizioni giuridiche, attive e passive, che qualificano il contenuto del rapporto» (così M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1972).

Se questa conclusione non desta particolari perplessità sul piano teorico (per una ricognizione delle costruzioni dottrinali della cessione del contratto, si rinvia ancora a S. MARGRINI, *op. cit.*), qualche dubbio – allontanandoci dal caso concreto della sentenza e mantenendoci nel solco del ragionamento generale fatto dalla Corte – può destare una definizione così ampia dell'effetto successorio scolpito nella formula del comma 1 dell'art. 2112 («il rapporto di lavoro continua con il cessionario»); e questo soprattutto con riguardo ad una vicenda come quella delle concrete manifestazioni di esercizio del potere disciplinare, che trovano la loro legittimità in un procedimento, regolato sì in termini generali dall'art. 7 Stat. lav., ma anche incardinato nello specifico regolamento disciplinare che ogni azienda si dà e in cui si riflettono le caratteristiche organizzative della compagine produttiva: caratteristiche che non è detto restino immutate a seguito del verificarsi delle vicende di mobilità descritte dall'art. 2112, soprattutto quando, come nel caso di trasferimento di ramo, l'articolazione ceduta è destinata ad integrarsi in una più ampia organizzazione di lavoro.

Ma è evidente come anche questi rilievi vengono meno, là dove si accolga, in sintonia con la sentenza qui commentata, quella osservazione (A. MARESCA, *Tutela collettiva e garanzie individuali del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in *Le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo: legge e contratto collettivo*, suppl. di NGL, 1992) secondo cui nell'art. 2112 «il legislatore non ha inteso dettare garanzie aggiuntive a vantaggio del lavoratore dell'azienda trasferita, ma piuttosto fotografare esattamente la situazione esistente al momento del trasferimento, per farla transitare, inalterata, in capo all'acquirente».

Antonio Baldassarre

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Adapt – Fondazione Marco Biagi

4.2. App. Bologna 26 novembre 2007 n. 643 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 7).

Licenziamento - Licenziamento collettivo - Licenziamento per giustificato motivo - Distinzione e ambito di applicazione.

In presenza di un riassetto organizzativo, attuato dal datore in vista di una più economica gestione dell'azienda, tra le fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e per riduzione di personale non esiste una differenza qualitativa o indotta dalla tipologia delle ragioni allegate ma una diversità limitata al profilo dimensionale, quantitativo, temporale preso in considerazione dalla l. 23 luglio 1991, n. 223. Infatti, in assenza delle condizioni previste da tale legge, l'esigenza di ridurre di una o più unità il numero dei dipendenti per ragioni inerenti all'attività produttiva normalmente concretizza di per sé un giustificato motivo oggettivo di licenziamento individuale.

Licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali: dall'autonomia all'identità

Sommario: **1.** Il caso in esame: licenziamento collettivo e licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo. – **2.** L'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale del rapporto tra i due istituti applicata al caso in esame.

1. Con la pronuncia in commento, l'avvicinamento tra le fattispecie di licenziamento collettivo e licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo registra un'ulteriore

evoluzione. Alla luce di una differenza meramente quantitativa la Corte d'Appello bolognese ha affermato che, in presenza di motivi non inerenti alla persona del lavoratore, la disciplina dettata dalla l. n. 223/1991 ha un'applicazione *generale*. Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, dunque, si applica – *residualmente* – solo nell'ipotesi in cui non sussistano i requisiti previsti dall'art. 24, comma 1, della l. n. 223/1991.

Due lavoratrici, in seguito ad un incendio occorso nei locali dove prestavano la loro attività, erano state licenziate con preavviso (insieme ad altri otto lavoratori impiegati nel medesimo esercizio commerciale) per cessazione di attività. Il datore aveva posto a base dei licenziamenti (individuali) sia il fatto che, per la perdurante inagibilità dei locali a seguito dell'incendio, il contratto di appalto per la gestione dell'esercizio commerciale incendiato era stato risolto, sia che non esisteva alcuna possibilità di reimpiego delle lavoratrici in azienda. A seguito del ricorso di queste ultime, il Tribunale di Parma aveva dichiarato invalidi i licenziamenti intimati in considerazione del fatto che il datore aveva ommesso di rispettare le procedure previste dagli artt. 4 e 5 della l. n. 223/1991.

La Corte d'Appello di Bologna ha confermato tale statuizione.

La sentenza è interessante perché fa il punto sugli orientamenti giurisprudenziali, ormai consolidati, relativi alla fattispecie di licenziamento collettivo e, in particolare, sul rapporto tra essa e quella di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo.

2. La storia del rapporto tra queste due fattispecie è stata da sempre piuttosto travagliata. Fino alla disciplina legislativa del 1991, la giurisprudenza considerava il licenziamento collettivo come *ontologicamente* diverso dal licenziamento individuale. Il riferimento normativo era dato dal comma 2 dell'art. 11 della l. n. 604/1966, che escludeva i licenziamenti collettivi dall'ambito di applicazione della legge medesima. Il licenziamento individuale, pur essendo accomunato a quello collettivo dalla irrilevanza delle condizioni personali del lavoratore, poteva riguardare anche un solo dipendente e presupponeva, per un verso, che l'apporto di ciascun dipendente fosse considerato superfluo per l'esercizio dell'impresa e, per altro verso, che quest'ultima restasse immutata nelle sue strutture e dimensioni. Nelle massime giurisprudenziali si leggeva: «l'esclusione dei licenziamenti collettivi dalle disposizioni della l. n. 604/1966 è, nell'art. 11, comma 2, netta ed inequivocabile: è la "materia" senza limitazioni e quindi nella sua interezza, ad essere tenuta fuori dall'ambito della legge» (si veda, per tutte, Cass., sez. un., 27 febbraio 1979 n. 1270, in *OGL*, 1979, 355).

Opinioni discordanti si registravano in dottrina. Accanto a coloro che sostenevano l'orientamento giurisprudenziale (A. ARANGUREN, *Licenziamenti collettivi e statuto dei lavoratori*, in *MGL*, 1973, 274 ss.; M. PAPALEONI, *Rapporti tra i licenziamenti per riduzione di personale e l'art. 3 della legge 604/1966*, in *DL*, 1979, I, 451 ss.; G. TAMBURRINO, *Ancora in tema di licenziamento collettivo per riduzione di personale*, in *MGL*, 1974, 329), non mancavano riflessioni che proponevano il superamento della distinzione/contrapposizione (si veda per tutti G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti delle giornate di studio AIDLASS di Firenze, 27-28 aprile 1968, Giuffrè, Milano, 1969; M.G. GAROFALO, *Licenziamenti collettivi e mobilità*, Atti delle giornate di studio AIDLASS di Roma, 26-27 giugno 1990, Giuffrè, Milano, 1991).

La riforma legislativa del 1991 ha definitivamente segnato il tramonto della differenza ontologica tra le due fattispecie di recesso (in dottrina si veda, tra i tanti, R. DEL PUNTA, *I licenziamenti collettivi*, in AA.VV., *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993; M. D'ANTONA, "Riduzione di personale" e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91, in *FI*, 1991, I, 2027; O. MAZZOTTA, *Sub art. 11*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *I licenziamenti – Commentario*, Giuffrè, Milano, 1999).

La giurisprudenza, pur prendendo atto di tale evoluzione (*ex multis*, si veda Cass. 22 aprile 2004 n. 7688, in *RFI*, 2004, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 972, la quale ha affermato

che «il quadro normativo vigente ha eliminato qualsiasi differenza “ontologica” tra licenziamenti collettivi ed individuali»), ha mantenuto distinto il licenziamento collettivo, facendo leva sulla procedimentalizzazione del potere di recesso introdotta dalla l. n. 223. La massima standard è la seguente: «il licenziamento collettivo costituisce un istituto autonomo, che si distingue *radicalmente* dal licenziamento individuale per g.m.o., essendo caratterizzato in base alle dimensioni occupazionali dell’impresa (più di 15 dipendenti), al numero dei licenziamenti (almeno 5), all’arco temporale (120 giorni) entro cui sono effettuati i licenziamenti ed essendo strettamente collegato al controllo preventivo, sindacale e pubblico, dell’operazione imprenditoriale di ridimensionamento della struttura aziendale» (*ex plurimis*, si veda Cass. 23 marzo 2004 n. 5794, in *NGL*, 2004, 676).

La *radicale* differenza non consiste, dunque, in un elemento qualitativamente determinato tra le due fattispecie, ma nel solo dato quantitativo (Cass. 20 gennaio 2003 n. 777, in *NGL*, 2003, 355, ha previsto che «non esiste una differenza qualitativa tra le due fattispecie o indotta dalla tipologia delle ragioni allegate, ma una diversità limitata al solo profilo dimensionale, quantitativo e temporale preso in considerazione dalla legge 23 luglio 1991, n. 223»).

Alla luce di tali premesse, la pronuncia in commento afferma (ribadendo il disposto di Cass. 20 gennaio 2003 n. 777, cit.) che in assenza delle condizioni previste dalla l. n. 223, l’esigenza di ridurre di una o più unità il numero dei dipendenti per ragioni inerenti all’attività produttiva normalmente concretizza di per sé un giustificato motivo di licenziamento individuale. Di qui, poi, il consequenziale rilievo che la disciplina prevista dalla l. n. 223/1991 ha un *carattere assolutamente generale*, qualora ricorrano i requisiti dimensionali e numerici previsti (si veda anche Cass. 8 luglio 2004 n. 12645, in *RIDL*, 2005, II, 217, con nota di C. FALERI).

L’applicazione dell’una o dell’altra disciplina a seconda della presenza dei parametri quantitativi mal si concilia con due fattispecie che, sempre secondo la giurisprudenza, sono profondamente diverse. L’una, quella dei licenziamenti individuali, causale e controllabile *ex post* in sede giudiziale, e l’altra, quella dei licenziamenti collettivi, a-causale, controllabile *ex ante* dai sindacati e dagli organi pubblici ma non dal giudice, se non per la sola correttezza dell’operazione procedurale (cfr., da ultime, Cass. 14 giugno 2007 n. 13876, in *RIDL*, 2008, I, 185, con nota di S. CAFFIO; Cass. 16 marzo 2007 n. 6225, in *RIDL*, 2008, I, 197, con nota di M. VINCIERI; *contra* Cass. 19 aprile 2003 n. 6385, in *RIDL*, 2003, II, 884, con nota di I. SENATORI).

Forse siamo in presenza di un nuovo “manufatto giurisprudenziale” (espressione utilizzata da M. D’ANTONA, *op. cit.*, in riferimento al sistema previgente).

Sarebbe forse opportuno che licenziamenti individuali e collettivi fossero unificati da un punto di vista causale.

Non sembra possibile, infatti, concepire un potere di licenziare collettivamente i lavoratori come separato e specifico rispetto al potere del datore di procedere al recesso dal rapporto in presenza di una delle cause giustificatrici *ex art. 3*, l. n. 604/1966. Sotto il profilo causale «la riduzione di trasformazione di attività o di lavoro» e la cessazione di attività (art. 24, l. n. 223/1991) sono agevolmente riconducibili alle «ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa» (art. 3, l. n. 604/1966). In questa dimensione, a conferma, si richiama l’art. 4, l. n. 236/1993, nella parte in cui il legislatore evoca la nozione di «giustificato motivo oggettivo connesso a riduzione, trasformazione o cessazione di attività o di lavoro».

Una distinzione non sembra postulabile nemmeno sotto il profilo dell’atto. L’unica distinzione “appagante” è quella tra *genus* licenziamenti e *species* “per motivi economici” o – come timidamente affermato dalla pronuncia in commento, sulla scorta della direttiva n. 75/129/CEE – per motivi non inerenti alla persona del lavoratore.

Il licenziamento è sempre un “atto individuale” (G. GIUGNI, *Intervento*, in G. PERA, *op. cit.*, 1969; G. PERA, *op. cit.*; di recente, si veda O. MAZZOTTA, *Licenziamento collettivo e licenziamento individuale per motivi economici: tornare a Tolomeo?*, in AA.VV., *I licenziamenti per motivi economico-produttivi*, Ediesse, Roma, 2007, 127 ss.) al quale si applica, a seconda di determinate circostanze numeriche, spaziali e temporali, l’una o l’altra disciplina. La procedura prevista dalla l. n. 223 rappresenta, dunque, un *quid pluris*, richiesto dalla dimensione sociale del fenomeno.

Sulla base di tali premesse, non si pone più il problema della controllabilità in sede giudiziale delle riduzioni di personale. Facendo tesoro della soluzione proposta da autorevole dottrina (G. PERA, *op. cit.*, 18) il punto di partenza, per tutta la materia dei licenziamenti per motivi non inerenti alla persona del lavoratore, è l’art. 41 Cost. La libertà di iniziativa economica implica l’assoluta libertà del soggetto circa l’*an*, il *quantum* ed il *quomodo* dell’impresa. Tra le scelte determinanti di fondo, insindacabili, e le implicazioni in tema di conservazione del rapporto di lavoro dovrà tuttavia emergere un concreto *nesso causale*.

Tutto ciò che riguarda la scelta imprenditoriale dell’assetto organizzativo è, dunque, *insindacabile*, ma l’assetto organizzativo come *presupposto di fatto* è verificabile e controllabile dal giudice. Il controllo deve essere teso a verificare l’*effettività* della scelta (effettività che può essere ancorata ai tre pilastri della *serietà, attualità e stabilità della scelta*) ed il *nesso di causalità* tra tale scelta e le conseguenze in termini di licenziamento (O. MAZZOTTA, *Sub art. 11*, cit.; di recente sul controllo del giudice nei licenziamenti oggettivi si veda L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi costituzionali”*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Atti delle Giornate di Studio di AIDLASS di Venezia, 25-26 maggio 2007, Giuffrè, Milano, 2008; L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziale*, in *LD*, 2007, n. 3, 465 ss.).

Si tratta di una soluzione non troppo avveniristica e comunque già sperimentata nell’ordinamento francese, dove secondo l’art. L 321-1, comma 1, del *Code du Travail*, «constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d’une suppression ou transformation d’emploi ou d’une modification, refusée par le salarié, d’un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques». Il licenziamento dunque, individuale o collettivo, è definito in base a tre elementi:

- il primo, definito in negativo, riguarda la non inerente alla persona del lavoratore;
- il secondo si riferisce alla causa immediata del licenziamento, individuata con riferimento alle ipotesi di soppressione di uno o più posti di lavoro o, alternativamente, alla loro trasformazione o ad una modificazione sostanziale del contenuto del contratto di lavoro subordinato;
- il terzo s’identifica nella causa remota del licenziamento e, segnatamente, alle difficoltà economiche dell’impresa o dai cambiamenti della sua organizzazione dovuti ad innovazioni tecnologiche.

Stante l’unitarietà della fattispecie il regime è poi diversificato in base alla distinzione tra «les licenciements individuels et les licenciements collectifs» nonché tra «les petits licenciements collectifs et les grands licenciements collectifs».

Il ruolo del giudice nelle operazioni di riduzioni di personale è poi determinante. Esso è rivolto alla sussistenza di una causa *réelle et sérieuse*. Il carattere della “*réalité*” implica l’obiettività, la precisione e l’esattezza. Appartiene, dunque, ai giudici apprezzare la “*réalité*” delle difficoltà economiche, delle mutazioni tecnologiche e della riorganizzazione necessaria alla salvaguardia della competitività dell’impresa, invocate come causa remota del licenziamento.

Il carattere “*sérieux*” del motivo economico rinvia ad una causa di una certa gravità che rende necessaria la riduzione di personale.

Raffaele Galardi
Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Adapt – Fondazione Marco Biagi

5. Previdenza

5.1. App. Ancona 27 dicembre 2006 n. 521 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 28).

Previdenza - Natura retributiva dei buoni pasto ai fini dell'inclusione nella base imponibile contributiva - Esclusione - Irregolare utilizzo dei buoni pasto da parte dei dipendenti - Irrilevanza - Ripetibilità delle somme versate all'ente previdenziale a titolo di contributi e sanzioni civili - Sussistenza.

Il valore dei buoni pasto erogati dal datore di lavoro non è da considerarsi retribuzione imponibile ai fini contributivi, neanche qualora essi siano utilizzati irregolarmente dal personale dipendente. I requisiti per l'esenzione contributiva dei buoni pasto vanno, infatti, verificati con riguardo alle sole condizioni di emissione dei titoli e non sono inficiati dai casi di uso improprio nella successiva fase di utilizzo. Pertanto, va accolta la domanda di ripetizione di indebito – per inesistenza “in radice” dell'obbligo contributivo – e restituita la somma versata dal datore di lavoro all'istituto previdenziale, a titolo di contributi e di sanzioni civili, anche laddove essa segua un procedimento di condono.

Sulla natura retributiva dei buoni pasto

Sommario: **1.** Il caso. – **2.** Sussistenza dell'obbligo contributivo. – **3.** Domanda di condono e riserva di ripetizione. – **4.** Riconoscimento dell'indebito. – **5.** Evoluzione della normativa in materia.

1. La sentenza in esame si occupa della questione della restituzione di una somma di denaro versata da una banca, in qualità di datore di lavoro, all'Inps, a fini contributivi, servendosi del procedimento del condono.

Tale somma veniva versata in conseguenza di un verbale di accertamento redatto dagli ispettori del servizio di vigilanza dell'Inps, ove veniva considerato retribuzione imponibile, a fini contributivi, il valore di parte dei buoni pasto erogati ai dipendenti della banca, a causa dell'irregolare utilizzo degli stessi buoni ad opera del personale dipendente, per il periodo compreso fra l'ottobre 1988 e il dicembre 1993.

La banca, pur consapevole della mancanza di ogni sua responsabilità, pagava i contributi e le sanzioni civili, per una parte della somma si avvaleva del condono e per l'altra parte versava l'importo per intero. Effettuati i pagamenti, la banca, con separata comunicazione rimessa all'Inps, formulava riserva di ripetizione delle somme versate.

Dopo circa un mese, l'Inps emanava una circolare, la n. 126/1994 (in *DPL*, 1994, 1389), dove affermava che i requisiti per l'esenzione contributiva dei buoni pasto «vanno verificati con riguardo alla condizione di emissione dei titoli e non sono inficiati, ai fini contributivi, dai casi di uso improprio nelle fasi successive dell'utilizzo e della raccolta, le cui conseguenze non possono farsi ricadere sul datore».

Nel giudizio di primo grado, promosso dalla banca, il tribunale accoglieva la domanda di

restituzione della sola somma pagata al di fuori del condono. Il tribunale affermava che ciò che rileva, quanto all'imponibilità o meno del valore dei buoni pasto, sono le clausole del servizio e non l'eventuale indebito utilizzo degli stessi ad opera dei dipendenti e concludeva che i buoni pasto, anche laddove impropriamente negoziati dai dipendenti della banca, non hanno natura retributiva, con conseguente esclusione dell'obbligo contributivo. Respingeva, invece, la domanda di restituzione delle somme versate a titolo di condono, poiché la riserva di ripetizione delle stesse non era stata apposta sulla domanda di condono, come preteso dall'art. 81, comma 9, l. n. 448/1998.

In sede di appello, promosso dalla banca, la Corte d'Appello accoglie la domanda di ripetizione delle somme versate con il condono, per la giuridica inesistenza dell'obbligo contributivo, riconosciuta dallo stesso Inps, con ulteriore condanna dell'Inps al pagamento degli interessi legali in favore della banca.

2. Occorre sottolineare che sia il Giudice di primo grado, seppure solo per le somme pagate al di fuori del condono, sia il Giudice d'Appello condannano l'Inps alla restituzione delle somme versate per inesistenza dell'obbligo contributivo sui buoni pasto.

Ricorre, quindi, un'ipotesi di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c., che si verifica quando manchi un'originaria causa contrattuale che giustifichi il pagamento (come nel caso in esame) o quando la causa sia venuta meno; l'azione accordata dalla legge è quella di ripetizione di indebito oggettivo (si veda, in tal senso, Cass. 4 febbraio 2000 n. 1252, in *MGC*, 2000, I, 242).

L'esclusione dall'obbligo contributivo dei buoni pasto deriva dal fatto che gli stessi non hanno natura retributiva. E se non esiste obbligo contributivo le somme che la banca ha pagato all'Inps sono "*sine causa*". Nel nostro ordinamento, difatti, ogni spostamento patrimoniale deve essere giustificato, deve cioè avere una propria causa meritevole di tutela e, quindi, l'inesistenza originaria del titolo del pagamento o il suo venir meno costituiscono il presupposto per la ripetizione, con il solo temperamento per quanto riguarda frutti ed interessi, derivante dalla eventuale condizione di buona fede dell'*accipiens*.

A norma dell'art. 2033 c.c., il diritto del *solvens* di ripetere quanto pagato per estinguere un debito inesistente prescinde dalla scusabilità dell'errore in base al quale il pagamento è stato effettuato, essendo sufficiente l'inesistenza (originaria o sopravvenuta) di una legittima *causa solvendi* (si veda Cass. 6 novembre 1984 n. 5620, in *MGC*, 1984, II, 1830). Per cui, il pagamento fatto dalla banca all'Inps costituisce un indebito, che come tale va restituito indipendentemente dall'accertamento dell'*animus* con cui la banca ha effettuato il pagamento.

Come sostenuto anche in Cass. 27 febbraio 2002 n. 2943 (in *IPrev*, 2002, n. 3, 605, con nota di C. PUNZI, *Legittimità costituzionale della disciplina in tema di apposizione della clausola di riserva nel condono previdenziale e momento individuativo dell'apposizione della clausola di riserva*), richiamata in sentenza, la domanda di condono non esonera l'Inps dalla previa verifica della sussistenza dei presupposti della posizione assicurativa. L'Inps deve, quindi, verificare se i contributi siano dovuti e l'Inps stesso, in base alla circolare succitata, praticamente nega la pretesa contributiva.

Mancando l'obbligo contributivo, poco importa che la banca avesse formulato prima domanda di condono e poi riserva di ripetizione delle somme.

3. La materia dell'apposizione della riserva alla domanda di condono era stata oggetto di un profondo contrasto giurisprudenziale.

Negli anni precedenti la l. 23 dicembre 1998 n. 448, la giurisprudenza della Cassazione era stata costante nell'affermare che il condono previdenziale contempla, quale unico presupposto per il godimento del beneficio, l'esistenza di un debito contributivo e non prevede l'estinzione dei giudizi pendenti diretti all'accertamento negativo del debito previdenziale (si veda Cass. 25 maggio 1995 n. 5744, in *MGC*, 1995, I, 1063).

L'orientamento era stato, in seguito, disatteso dalla sentenza della Corte di Cassazione,

Cass. 26 marzo 1997 n. 2684 (in *OGI*, 1997, I, 587, e in *MGL*, 1997, 477, con nota di A. RONDO, *Contrasto nella giurisprudenza della Cassazione sulla riserva in tema di condono previdenziale*), secondo cui la normativa sul condono ha come finalità quella di consentire la pronta esazione delle somme dovute e di eliminare il contenzioso, quindi deve escludersi la facoltà dell'interessato di apporre alla domanda di condono una riserva relativa all'esito dell'accertamento giudiziale in corso sulla sussistenza del debito, riserva che, se apposta, resta priva di effetti.

Nella giurisprudenza di merito successiva alla sentenza della Corte, una parte di essa afferma che la domanda di condono non impedisce al contribuente di coltivare la domanda di accertamento negativo del debito e di ripetizione nei confronti dell'Inps (si veda, ad esempio, Trib. Brescia 20 dicembre 1997, in *OGI*, 1998, I, 199); altra parte afferma che la domanda di condono fa venir meno ogni contestazione sull'esistenza del debito contributivo e l'eventuale riserva di accertamento negativo del debito apposta alla domanda è priva di effetti (si veda, ad esempio, Trib. Milano 16 settembre 1998, in *LG*, 1999, 271).

In seguito, la Cass., sez. un., 15 maggio 1998 n. 4918 (in *IPrev*, 1997, n. 5, 489, con nota di A. SGROI, *Efficacia del condono previdenziale e della clausola condizionale*, e in *MGL*, 1998, 734, con nota di E. BOGHETICH, *Condono previdenziale: apposizione di condizioni risolutive ed effetti sui giudizi di accertamento dei debiti contributivi*) statuisce che l'accoglimento della domanda di condono comporta il venir meno di ogni contestazione sull'esistenza del debito contributivo e che è priva di ogni effetto l'eventuale riserva di accertamento negativo del debito apposta alla domanda stessa. Pertanto, va rigettata la domanda di accertamento negativo dell'obbligo contributivo proposta dopo l'adempimento degli obblighi derivanti dalla disciplina sul condono; mentre, per i giudizi pendenti, ove tale adempimento avvenga in corso di causa, dovrà dichiararsi la cessazione della materia del contendere e, ove il beneficiario del condono si sia avvalso della facoltà di dilazionare il pagamento, il giudice definirà il procedimento in corso con un provvedimento meramente processuale, così da non pregiudicare l'originaria pretesa dell'ente in caso di decadenza del soggetto obbligato dai benefici del condono.

Tale affermazione delle sezioni unite della Cassazione si pone, tuttavia, in aperto contrasto con un principio cardine del nostro ordinamento previdenziale, contenuto nell'art. 8 del d.P.R. 26 aprile 1957, n. 818, secondo cui: «I contributi o le quote di contributo [...] indebitamente versati non sono computabili agli effetti del diritto alle prestazioni e della misura di esse e sono rimborsabili al datore di lavoro [...]». Tale norma conferma che la contribuzione è dovuta solo nei casi previsti dalla legge e cioè che l'obbligo contributivo sussiste solo nelle fattispecie contemplate dalla legge, indipendentemente da ogni atto posto in essere dal soggetto interessato, con la conseguenza che la presentazione della domanda di condono non esclude la possibilità per il soggetto di far verificare dal giudice la fondatezza della pretesa contributiva, né l'obbligo per l'istituto previdenziale di accertare se la posizione condonata sia in effetti riferibile a fattispecie soggette a contribuzione.

Con l'art. 81, comma 9, della l. 23 dicembre 1998, n. 448, viene stabilito che: «Le clausole di riserva di ripetizione, subordinate agli esiti del contenzioso per il disconoscimento del proprio debito, apposte alle domande di condono previdenziale, presentate ai sensi dell'art. 4 del D.L. 28 marzo 1997 n. 79, convertito dalla L. 28 maggio 1997 n. 140, e precedenti provvedimenti di legge sempre in materia di condono previdenziale, sono valide e non precludono la possibilità di accertamento negativo in fase contenziosa della sussistenza del relativo debito. Per tali fattispecie sulle eventuali somme da rimborsare da parte degli enti impositori, a seguito degli esiti del contenzioso, non sono comunque dovuti interessi». Così, riconoscendo la validità delle clausole di riserva di accertamento del debito apposte alle domande di condono, il legislatore ammette ciò che, solo poco tempo prima, la Suprema Corte aveva negato.

Altro problema è, poi, quali possano essere gli effetti di un condono non supportato dalla

clausola di riserva di ripetizione e, per il caso in esame, quali possano essere le conseguenze della formulazione della riserva non nella domanda di condono ma in un atto successivo. La Suprema Corte, con sentenza del 5 aprile 2000 n. 4230 (in *LG*, 2000, 782), afferma che, pur mancando un'espressa previsione di legge al riguardo, l'accoglimento della domanda di condono comporta il venir meno di ogni contestazione sull'esistenza del debito contributivo, salvi gli effetti delle clausole di riserva di ripetizione, eventualmente apposte alla domanda. Dunque, nell'ipotesi di presentazione della domanda di condono senza alcuna riserva, essendosi estinto il rapporto, è preclusa la presentazione di una domanda giudiziale di accertamento negativo del debito, ormai inesistente. Anche nella decisione della Cass. 26 luglio 2001 n. 10040 (in *IPrev*, 2001, n. 6, 1269) si statuisce che il condono previdenziale senza apposizione di clausola condizionale e con accettazione da parte dell'Inps della somma dovuta comporta l'incontestabilità del credito contributivo. In modo ancor più chiaro, la Cassazione, con sentenza 24 luglio 2004 n. 13942 (in *MGC*, 2004, III, 1796) afferma, in tema di condono previdenziale, che l'apposizione della riserva di accertamento dell'obbligo contributivo e di ripetizione di quanto pagato, ai sensi dell'art. 81, comma 9, l. n. 448/1998, deve essere necessariamente contenuta nella domanda di condono, poiché si configura come condizione risolutiva apposta alla suddetta domanda, per cui se l'interessato abbia proposto domanda di condono senza riserva di ripetizione, la domanda stessa è configurabile come riconoscimento del debito contributivo, senza che sia possibile una successiva azione per ripetere quanto pagato.

Dunque, dalle sentenze della Corte citate, si desume che è necessario che la riserva di ripetizione sia contenuta nella domanda di condono stessa e che, quindi, un'eventuale riserva formulata con separata comunicazione, come è successo nel caso in esame, non ha alcun valore ai fini della contestabilità del debito contributivo.

4. La questione a monte è che l'Inps, ricevuta la domanda di condono, deve controllare la regolarità di essa e dei pagamenti, previa verifica della sussistenza dei presupposti della posizione assicurativa, come si evince, ad esempio, dalla sentenza della Cass. 27 febbraio 2002 n. 2943, cit., già richiamata anche nella motivazione della sentenza in commento.

Quindi, bisogna risolvere la questione se il valore dei buoni pasto, per i quali la banca si era avvalsa del condono, previsto dall'art. 4, d.l. n. 6/1993, convertito nella l. n. 63/1993, va considerato retribuzione imponibile ai fini contributivi.

E da quel che risulta, a seguito del verbale di accertamento redatto dagli ispettori del servizio di vigilanza dell'istituto, il valore dei buoni pasto viene considerato retribuzione imponibile esclusivamente a motivo del loro irregolare utilizzo da parte del personale dipendente, dal che si deduce che il valore dei buoni pasto, se gli stessi fossero stati regolarmente utilizzati dai dipendenti, sarebbe stato esente da contribuzione previdenziale.

In contrasto, poi, con il verbale di accertamento suddetto, si pone la successiva circ. Inps 27 aprile 1994, n. 126, che, come visto, afferma che i requisiti per l'esenzione contributiva dei buoni pasto vanno verificati con riguardo alle condizioni di emissione dei titoli (fra cui, ad esempio, la non-cumulabilità, la non-cedibilità, la non-convertibilità in denaro del buono pasto) e non sono inficiati, ai fini contributivi, dai casi di uso improprio nelle fasi successive dell'utilizzo e della raccolta.

Se ne deduce che è lo stesso Inps ad affermare che i buoni pasto, una volta verificata la sussistenza dei requisiti con riguardo alle condizioni di emissione dei titoli, sono esenti da contribuzione previdenziale.

Dunque, non sussistendo i presupposti della posizione assicurativa, l'Inps deve restituire alla banca anche le somme pagate con condono, con in più gli interessi di mora, trattandosi di versamento di somme non giustificate, quindi di un indebito oggettivo.

5. Giova, da ultimo, accennare alla questione dell'assoggettabilità a contribuzione del servizio mensa fino alla modifica di cui all'art. 17 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503.

Senza risalire troppo nel tempo, la l. n. 153/1969 all'art. 12 disponeva che: «per la deter-

minazione della base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale, si considera retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro, in denaro o in natura, *in dipendenza* del rapporto di lavoro». Il limite dell'assoggettabilità a contribuzione era costituito dalla tassativa elencazione delle voci escluse, prevista dalla legge stessa.

Secondo autorevole dottrina, la retribuzione non era, quindi, più intesa come il corrispettivo in senso oggettivo, ma in senso soggettivo della prestazione lavorativa e cioè come il compenso non solo dell'attività di lavoro svolta, ma anche dell'implicazione del lavoratore nell'adempimento dell'obbligazione di lavorare (si veda Cass. 15 aprile 1987 n. 3761, in *MGL*, 1987, 385, con nota di M. PERSIANI, *Ancora sulla retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale*).

Interpretando la legge, si era sostenuto che nel concetto di retribuzione imponibile dovevano ricomprendersi anche quei vantaggi indiretti (come appunto il servizio mensa) che abbiano solo finalità di salvaguardia del salario, sebbene non collegati in funzione di stretta corrispettività con le prestazioni del lavoratore (in materia si veda F.D. MASTRANGELI, C.A. NICOLINI, *La contribuzione previdenziale*, Utet, Torino, 1997, 101).

Quindi, finché era in vigore l'art. 12 della l. n. 153/1969, si era sempre riconosciuta l'assoggettabilità a contribuzione delle somme inerenti alla mensa.

Era stato, anche, precisato che l'erogazione del servizio di mensa, fornita attraverso terzi gestori con i quali il datore si convenziona fornendo ai dipendenti buoni pasto per accedere al servizio, non differisce da quella in cui il datore provvede direttamente mediante la mensa aziendale (su tali aspetti si veda A. GUIDETTI, *Servizio di mensa: imponibilità contributiva*, in *DPL*, 1994, 2509).

Tale sistema è stato rovesciato con il varo del d.lgs. n. 503/1992, che ha stabilito, all'art. 17, l'esclusione dalla base imponibile dei corrispettivi dei servizi di mensa predisposti dal datore di lavoro con riguardo alla generalità dei lavoratori per esigenze connesse con l'attività lavorativa, nonché dei relativi importi sostitutivi, e ciò a decorrere dal periodo di paga in corso alla data del 1° gennaio 1994.

Riguardo a tale disposizione, autorevole dottrina ha sostenuto che l'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 503/1992 sia norma di interpretazione autentica dell'art. 12 della l. n. 153/1969 (si veda M. PERSIANI, *Problematiche generali relative all'obbligo contributivo*, in *IPrev*, 2002, n. 6, 1355).

La Cassazione, invece, ha continuato ad affermare che, relativamente ai periodi di paga ai quali non è applicabile l'esonero contributivo di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 503/1992, sussiste per il datore l'obbligo di corrispondere i contributi di previdenza ed assistenza sociale sulle somme erogate per il servizio di mensa, atteso che l'art. 12 della l. n. 153/1969 impone di considerare retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore in dipendenza del rapporto di lavoro, come è confermato dall'art. 6, d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito in l. 8 agosto 1992, n. 359, che, pur stabilendo che il valore del servizio mensa e l'indennità sostitutiva non costituiscono retribuzione, ha precisato che tali emolumenti restano compresi nella retribuzione imponibile ai fini contributivi (si veda, ad esempio, di recente Cass. 9 agosto 2005 n. 16761, in *MGC*, 2005, n. 6).

Infine, come è noto, il d.lgs. n. 314/1997 ha unificato la base imponibile ai fini fiscali e previdenziali, rimarcando che le somministrazioni di vitto o in mense organizzate dal datore (e da lui gestite direttamente oppure affidate a terzi) sono escluse dalla base imponibile e che lo sono anche le indennità sostitutive di esse (seppure entro certi limiti).

Monica Napolitano
Dottoranda di ricerca in Legislazione sociale europea
Università degli Studi di Macerata

5.2. App. Ancona 6 dicembre 2006 n. 486 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 28).

Previdenza - Pensione di inabilità - Requisiti.

Ai fini del riconoscimento della pensione di inabilità e della sostituzione con l'assegno sociale al compimento del sessantacinquesimo anno di età è necessario, oltre al possesso del requisito sanitario dell'invalidità del 100%, che l'interessato non abbia compiuto i 65 anni nel momento in cui sorge il diritto alla pensione stessa e cioè il primo giorno del mese successivo alla proposizione della domanda.

I presupposti del diritto alla pensione di inabilità e il requisito dell'età massima pensionabile

Sommario: **1.** La fattispecie in commento. – **2.** Presupposti del diritto alla pensione di inabilità.

1. La sentenza in epigrafe fornisce chiarimenti circa i requisiti necessari per il diritto alla pensione di inabilità e per la sua successiva trasformazione in assegno sociale al compimento del sessantacinquesimo anno di età.

La fattispecie in esame riguarda, in particolare, un invalido al 100%, che appena prima di compiere 65 anni ha proposto domanda per ottenere la pensione di inabilità. La Amministrazione ha respinto la domanda, valutandolo come invalido ultrasessantacinquenne e dunque carente di uno dei requisiti – quello dell'età compresa tra i 18 e i 65 anni – prescritti per l'attribuzione del beneficio assistenziale. Impugnato tale diniego dinanzi al giudice di primo grado, l'invalido, deducendo che il suo stato risaliva al momento di presentazione della domanda e quindi a data anteriore al suo sessantacinquesimo anno di età, otteneva la condanna dell'Inps al pagamento della pensione sociale di cui all'art. 8, d.lgs. 23 novembre 1988, n. 509.

Il giudice d'appello, innanzitutto, respinge il primo motivo di doglianza sulla nullità della sentenza di primo grado per inesistenza della provvidenza chiamata "pensione sociale" fin dal 1° gennaio 1996. Per effetto, infatti, di quanto disposto dall'art. 3, commi 6 e 7, l. 8 agosto 1995, n. 335, "assegno sociale" è la nuova denominazione della pensione sociale, prestazione istituita alla fine degli anni Sessanta a favore dei cittadini ultrasessantacinquenni sprovvisti di reddito. La pronuncia di primo grado, dunque, contiene una mera imprecisione lessicale, essendo riferita effettivamente all'assegno sociale, ex pensione sociale.

Per quanto attiene all'altro motivo del ricorso e cioè all'insussistenza del diritto alla pensione di inabilità e quindi alla trasformazione in assegno sociale al compimento dei 65 anni di età, va premesso, al fine di comprendere effettivamente gli interessi sottesi alla fattispecie in esame, che la conversione della pensione di inabilità (per gli invalidi totali e dell'assegno di invalidità per gli invalidi parziali) in pensione sociale è divenuta una questione problematica in seguito alla previsione per quest'ultima di più rigorosi limiti di reddito. Mentre in origine, infatti, i due istituti erano, sotto questo aspetto, disciplinati allo stesso modo (cfr. art. 26, l. 30 aprile 1969, n. 153), successivamente, per la pensione sociale è stato previsto un limite di reddito più basso (cfr. art. 1, l. 21 febbraio 1977, n. 29, e 14-*septies*, l. 29 febbraio 1980, n. 33) e, quindi, meno favorevole (anche in relazione alla disciplina del cumulo con il reddito del coniuge ex art. 28, l. 21 dicembre 1978, n. 843, e art. 14-*bis*, l. n. 33/1980), nonché un meno favorevole regime di compatibilità e cumulabilità con altre prestazioni di sicurezza sociale.

Situazione, questa, che portò al diffondersi della discutibile prassi – "ratificata" (per i casi

già verificatisi), in via di interpretazione “autentica” dalla l. 21 marzo 1988, n. 93 (si veda sul punto M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2007, 418) – di accoglimento delle domande per il riconoscimento della pensione di inabilità, presentate anche dopo il compimento del sessantacinquesimo anno di età, al fine di beneficiare, per effetto dell’automatica sostituzione di questa in pensione sociale, di un più favorevole limite di reddito. Tale prassi amministrativa, però, fu ben presto bloccata dal Consiglio di Stato (I sezione, parere 3 aprile 1987, n. 463), dalla Corte Costituzionale (sentenza 7 luglio 1988 n. 769, in *RGL*, 1988, III, 163) e di Cassazione (sentenza 9 giugno 1989, n. 2808, in *MGC*, 1989, 6), che ne affermarono l’illegittimità in ragione della necessaria preesistente titolarità della pensione di inabilità per l’ammissione al godimento della pensione sociale sostitutiva (cfr. G. BENASSI, *Le controversie in tema di invalidità pensionabile e di invalidità civile*, in *LG*, 2006, n. 11, 1045).

La Corte Costituzionale, inoltre, chiamata a pronunciarsi più volte circa la legittimità costituzionale dei differenti requisiti reddituali fissati per il conseguimento dei trattamenti di invalidità (assegno di invalidità e pensione di inabilità) e della pensione sociale, ha, in un primo momento, auspicato un appropriato riequilibrio che realizzasse un adeguato contenimento degli interessi in gioco (cfr. sentenza 7 luglio 1988 n. 769, cit.; sentenza 14 giugno 1990 n. 286, in *GC*, 1990, I, 2227; sentenza 11 febbraio 1991 n. 75, in *LP*, 1992, 179). Monito, che il legislatore ha recepito, ma parzialmente; infatti, successivamente alle pronunce della Corte, l’art. 12, l. 30 dicembre 1991, n. 412, ha provveduto ad assimilare totalmente il limite di reddito individuale valevole per la concessione dell’assegno mensile agli invalidi parziali a quello stabilito per la pensione sociale, lasciando invece invariato il diverso limite vigente per gli invalidi assoluti. Di qui la riproposizione di nuove questioni di costituzionalità, decise dalla Corte Costituzionale (sentenza 9 marzo 1992 n. 88, in *RGL*, 1992, II, 267, con nota di A. ANDREONI, *Una nuova tappa della lunga marcia degli invalidi ultrasessantacinquenni*) nel senso dell’esclusione dell’illegittimità costituzionale dei diversi tetti di reddito personale valevoli per la pensione di inabilità e la pensione sociale alla luce *in primis* della diversità e specialità della condizione degli invalidi assoluti, fatti correttamente oggetto di un trattamento di maggior favore. Di conseguenza, non sarebbe certamente possibile porre a raffronto la condizione di questi ultimi con quella degli anziani non afflitti da menomazioni diverse dalla attenuata capacità psicofisica normale dell’età avanzata. Inoltre, ha sostenuto la Corte, non è possibile raffrontare le situazioni di soggetti tutti anziani e tutti egualmente invalidi, differenziate per il solo fatto che per gli uni l’invalidità sarebbe stata riconosciuta prima, per gli altri dopo il compimento del sessantacinquesimo anno di età: «pur indubbiamente identica potendo essere la condizione di fatto finale – l’inabilità assoluta – non può ritenersi irrilevante, ai fini della valutazione degli elementi necessari per la determinazione dello stato di bisogno, il tempo in cui tale condizione si è prodotta: ben diversa è infatti la situazione di chi si trova ad essere in età avanzata sprovvisto di reddito, perché durante la sua vita pregressa l’invalidità gli ha impedito di procurarsi mediante il lavoro il reddito necessario per vivere, nonché la garanzia previdenziale per la vecchiaia, imponendogli prolungati e rilevanti costi umani ed economici, rispetto a quella di colui la cui storia personale non ha registrato un simile impedimento».

2. Passando ora ad analizzare il caso in esame, il problema nasce dalla individuazione del momento in cui sorge il diritto alla pensione di inabilità, posto che l’interessato, oltre a possedere un’invalidità del 100%, non deve aver ancora compiuto i 65 anni.

La *ratio* dell’esclusione degli ultrasessantacinquenni dal diritto alla pensione di inabilità va ricercata nel fatto che tali soggetti non sono più valutabili sul piano dell’attività lavorativa e, quindi, in termini di totale inabilità (cfr. P. VENUTI, *Le prestazioni previdenziali e assistenziali*, Cedam, Padova, 2001, 94).

Il giudice d’appello, per risolvere la controversia, si affida alla lettura congiunta degli

artt. 8, d.lgs. n. 509/1988, e 12, l. 30 marzo 1971, n. 118.

Il primo dispone che la pensione di inabilità è concessa agli invalidi civili di età compresa tra i 18 e i 65 anni di età e che al compimento del sessantacinquesimo anno di età, in sostituzione della stessa è corrisposta la pensione sociale. Norma questa, che, in verità, ha confermato una disciplina già vigente nel nostro ordinamento: l'art. 19, l. n. 118/1971, infatti, prevedeva che al raggiungimento dell'età predetta s'interrompesse la corresponsione della pensione d'inabilità e maturasse il diritto alla pensione sociale (cfr. Cass. 2 ottobre 1991 n. 10262, in *FI*, 1992, I, 734, con nota di F. NISTICÒ; Cass. 29 luglio 1994 n. 7104, in *MGC*, 1994, 1031; Cass. 12 marzo 1996 n. 2011, in *MGC*, 1996, 341; Cass. 4 agosto 2004 n. 14945, in *MGC*, 2004, 78).

Non è dunque sufficiente, afferma il giudice d'appello, per il diritto alla pensione sociale in esame – che comporta requisiti reddituali meno severi di quelli prescritti per la pensione sociale non derivante da sostituzione di quella di inabilità – il mero possesso del requisito sanitario dell'invalidità del 100% fin da epoca anteriore al compimento del sessantacinquesimo anno di età: è invece indispensabile che il soggetto sia già titolare, effettivo o potenziale, della pensione di inabilità. E il momento in cui tale titolarità si acquisisce è indicato dall'art. 12, l. n. 118/1971, il quale dispone che agli invalidi civili di età superiore ai 18 anni nei cui confronti sia accertata una inabilità lavorativa totale, spetta una pensione di inabilità con decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione della domanda amministrativa. È dunque questo il momento, in cui sorge il diritto alla pensione di inabilità e, poiché l'art. 8, d.lgs. n. 509/1988, stabilisce che questa spetta solo fino al compimento dei 65 anni, nel primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda amministrativa il soggetto invalido non deve ancora aver compiuto tale età.

Seguendo questo ragionamento, il giudice conclude che nel caso in cui la domanda di accertamento dell'inabilità sia stata presentata, come nella fattispecie in esame, appena prima (nel caso il 6 maggio 1997) del compimento dei 65 anni (8 maggio 1997), la pensione, pur in presenza di un'invalidità del 100%, non può essere riconosciuta, perché al momento dell'insorgenza del diritto alla stessa, cioè al primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda, l'invalido è già ultrasessantacinquenne ed è quindi sprovvisto di uno dei requisiti – quello dell'età – necessari per la concessione della prestazione assistenziale. In mancanza della titolarità, in capo all'invalido, del diritto alla pensione di inabilità con decorrenza anteriore al compimento dei 65 anni di età, non sussiste neanche il diritto all'assegno sociale sostitutivo previsto dall'art. 8, d.lgs. n. 509/1988.

La conclusione a cui perviene il giudice d'appello sembra, però, non considerare una precedente pronuncia della Corte Costituzionale (C. Cost. 31 maggio 1995 n. 209, in *GC*, 1995, I, 2302) in cui si stabilì che «nella disciplina a regime, come si argomenta dagli artt. 12 e 13 della legge n. 118 del 1971, che fissano la decorrenza della prestazione dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione della domanda, l'accertamento è meramente dichiarativo della fattispecie del diritto, in relazione all'elemento centrale costituito da uno stato di invalidità non inferiore alla misura indicata dalla legge». La Corte ha riconosciuto, dunque, che il momento costitutivo del diritto in esame non è quello dell'accertamento dello stato invalidante, bensì quello in cui tale stato è maturato, tanto che l'erogazione della prestazione – e non il diritto alla stessa come invece ha statuito il giudice d'appello nella sentenza in esame – decorre dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda e non dal momento dell'accertamento. Da ciò sembra potersi desumere che il momento, in cui il soggetto non deve ancora aver compiuto 65 anni, è quello in cui si manifesta l'invalidità totale, fermo restando l'onere dell'interessato di presentare la domanda prima dello scadere del suddetto termine.

In un caso, quindi, come quello in esame, risalendo sia l'invalidità totale, che la presenta-

zione della domanda a data anteriore al compimento del sessantacinquesimo anno di età, si sarebbe dovuto riconoscere – come effettivamente aveva fatto il giudice di primo grado – il diritto del soggetto invalido alla pensione di inabilità e alla automatica sostituzione della stessa in assegno sociale una volta compiuti 65 anni.

Michela Virgili
Dottoranda di ricerca in Legislazione sociale europea
Università degli Studi di Macerata

6. Servizi ispettivi e attività di vigilanza

6.1. Cass., sez. un., 2 novembre 2007 n. 23031 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 11).

Servizi ispettivi - Circolari interpretative - Efficacia normativa c.d. esterna - Esclusione - Rilevanza per il cittadino e per gli uffici gerarchicamente subordinati - Precisazioni.

La circolare con la quale l'amministrazione interpreti una norma dell'ordinamento, anche qualora contenga una direttiva agli uffici gerarchicamente subordinati perché vi si uniformino, esprime esclusivamente un parere dell'Amministrazione che l'ha emessa. Essa, dunque, non è vincolante per il cittadino che non può quindi impugnarla dinanzi al giudice amministrativo non essendo la circolare un atto generale di imposizione (nel caso in esame si trattava di una circolare dell'Agenzia delle Entrate).

Note a margine della sentenza n. 23031 del 2 novembre 2007 delle Sezioni Unite della Cassazione sulle circolari amministrative interpretative

Sommario: **1.** Validità ed efficacia delle circolari amministrative. – **2.** L'evoluzione dei rapporti tra uffici di grado diverso interni alla PA. – **3.** La sentenza n. 23031 del 2007.

1. La circolare amministrativa è atto espressivo del potere di autorganizzazione dell'ente pubblico e si colloca nel rapporto tra uffici di grado diverso, appartenenti alla medesima Amministrazione ovvero a diverse Amministrazioni.

Una delle funzioni che ad essa può essere assegnata è quella interpretativa, con cui l'autorità di vertice dell'Amministrazione, chiarendo il significato di leggi o regolamenti destinati ad essere applicate dagli uffici subordinati, vuole garantirne l'uniforme applicazione da parte dell'apparato amministrativo.

Trattandosi di atto endogeno alla PA, l'incidenza nei confronti di rapporti esterni ad essa è, dunque, solo indiretta e successiva (sul punto, le Sezioni Unite intervengono con considerazioni di ordine generale, ma anche strettamente legate alla questione posta al loro esame, relativa alle circolari interpretative in ambito tributario, precisando che «per la sua natura e per il suo contenuto (di mera interpretazione di una norma)» non può riconoscersi alla circolare interpretativa «alcuna *efficacia normativa esterna*» [il corsivo è presente nel testo originario della sentenza, *nda*]), con la conseguente possibilità d'impugnare dinanzi al giudice amministrativo non la circolare, ma solo gli atti che ne costituiscono diretta applicazione, in quanto solo questi ultimi sono dotati di efficacia lesiva.

L'impugnazione della sola circolare interpretativa non è perciò possibile, per carenza di interesse concreto da parte del ricorrente, ma anche per difetto assoluto di giurisdizione, non potendo il giudice intervenire su un atto interno all'Amministrazione senza che ciò comporti anche una violazione della riserva di Amministrazione.

2. Ulteriore questione che dottrina e giurisprudenza hanno affrontato – e che anche la sentenza in commento esamina – riguarda la vincolatività delle circolari per gli uffici sottordinati.

Tale problema va considerato alla luce dei nuovi rapporti interni alla PA che, nel corso degli anni, si sono costantemente evoluti: la relazione tra uffici di grado diverso della Amministrazione non si pone più in termini di semplice gerarchia, bensì direttivi.

In sostanza, mentre nel passato gli uffici sottoposti non avevano margini di autonomia rispetto agli ordini emananti dagli organi di vertice dell'Amministrazione, attualmente il rapporto interorganico concede maggiore libertà decisionale ai primi: gli organi superiori non emanano più ordini bensì direttive, ossia atti che vincolano rispetto agli obiettivi da raggiungere, ma non rispetto alle modalità attraverso cui realizzare tali obiettivi.

In questo nuovo contesto, anche la circolare amministrativa non è più un atto indiscutibile (le Sezioni Unite affermano che le circolari sono destinate «ad esercitare una funzione *direttiva* nei confronti degli uffici dipendenti» [corsivo dell'Autore, *nda*]), quasi un dogma per gli uffici inferiori, essendo invece riconosciuta a questi ultimi la possibilità di discostarsene.

D'altro canto, proprio in quanto frutto di attività interpretativa, la circolare non vincola la stessa autorità emanante, che può emettere successivamente altre circolari, modificative o integrative del contenuto delle precedenti (sempre nella sentenza n. 23031/2007 si legge che «la circolare non vincola la stessa autorità che l'ha emanata, la quale resta libera di modificare, correggere e anche completamente disattendere l'interpretazione adottata»).

Non bisogna tuttavia dimenticare la funzione, per così dire, “nomofilattica” che la circolare interpretativa svolge, e che impedisce agli uffici sottoposti di divergere dalle direttive contenute al suo interno senza un'adeguata motivazione.

Se così non fosse, si rischierebbe di dare origine ad un sistema anarchico all'interno della PA in quanto, una volta emanata una norma di legge o regolamentare, ogni Ufficio si sentirebbe libero d'interpretarla come crede, senza tenere in alcun conto le indicazioni dell'autorità di vertice.

In tal senso, per ciò che concerne l'attività di vigilanza sulle norme in materia di lavoro, si segnala anche il sistema disegnato dal d.lgs. n. 124/2004, in materia di riforma della attività ispettiva del lavoro, che, nell'art. 2, comma 2, individua la Direzione Generale per l'Attività Ispettiva come organo preposto ad «assicurare l'esercizio unitario dell'attività ispettiva di competenza del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e degli enti previdenziali, nonché l'uniformità di comportamento degli organi di vigilanza nei cui confronti la citata direzione esercita [...] un'attività di direzione e coordinamento».

Proprio quest'organo, nel luglio 2007, ha emanato una lettera circolare con cui evidenziava la disomogeneità delle condotte del personale ispettivo rispetto alle indicazioni contenute in circolari, lettere circolari ed istruzioni operative, precisando che esse «non rappresentano il punto di vista dell'estensore né tantomeno meri “consigli” o “suggerimenti” da recepire solo se condivisi, ma costituiscono una precisa presa di posizione dell'Amministrazione in ordine ad una determinata problematica operativa e come tali *sono da considerarsi vincolanti per tutto il personale*» [l'evidenziazione del testo è presente nel testo originario della circolare, *nda*] (la lettera circolare, del 16 luglio 2007, prot. n. 9453, prosegue con un invito ai responsabili dell'attività di vigilanza ed ai dirigenti dei singoli uffici «di verificare l'effettivo rispetto delle indicazioni [...] adottando anche i relativi atti di competenza per i comportamenti non in linea con gli indirizzi interpretativi emanati»).

3. La sentenza in commento delle Sezioni Unite della Cassazione sembra rafforzare le indicazioni della Direzione Generale del Ministero, in quanto, con il verdetto in commento, la Suprema Corte – mantenendo fermo un orientamento già presente in giurisprudenza – ha chiarito che, contenendo la circolare un'interpretazione, questa potrà non essere osservata dagli uffici sottoposti, dando una sufficiente motivazione del proprio distacco.

Paradigmatico – ma probabilmente solo esemplificativo – è il caso, indicato nella stessa sentenza, in cui si ritenga la circolare in contrasto con le norme di legge, poiché in una simile ipotesi, se non ci si discostasse dalla normativa, si emanerebbero atti amministrativi illegittimi perché affetti da violazione di legge.

L'assenza di efficacia normativa della circolare amministrativa non è, però, elemento tale da escluderne l'osservanza da parte degli uffici sottoposti, proprio in forza del suindicato rapporto interorganico. Non sarebbe dunque possibile, per gli uffici subordinati, attenersi al solo rispetto della norma di legge o regolamentare, non tenendo in alcun conto le indicazioni dell'autorità apicale.

Non bisogna, d'altro canto, dimenticare le ricadute pratiche derivanti dalla disomogenea applicazione delle circolari interpretative: ciò che, altrimenti, si determinerebbe, sarebbe un'irragionevole disparità di trattamento nei confronti dei terzi destinatari delle norme, con la conseguenza che, a seconda dell'Ufficio con cui il terzo (il cittadino) è in rapporto, questi vedrà applicata in vario modo la normativa.

Matteo Ariano

Funzionario ispettivo – Direzione provinciale del lavoro di Venezia

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Esternalizzazioni

- *offshoring e impatto sul mercato del lavoro (1.1. – 1.3.)*

Lavoro a termine (o a tempo determinato)

- *quadro normativo (2.1.)*
- *condizioni di ricorso (2.2.)*
- *illegittima apposizione del termine (2.3. – 2.6.)*

Lavoro accessorio

- *quadro normativo (3.1.; 3.3. – 3.4.)*
- *sperimentazioni (3.2.)*

Libro unico del lavoro

- *quadro normativo: disciplina riformata (4.1.; 4.4.)*
- *scritture obbligatorie: disciplina abrogata (4.2. – 4.3.)*

Mercato del lavoro

- *quadro normativo (5.1.; 5.5. – 5.6.)*

- *tipologie contrattuali (5.2.)*
- *scritture obbligatorie e libro unico (5.3.)*
- *orario di lavoro (5.4.)*

Pubblico impiego

- *malattia (6.1. – 6.3.)*
- *permessi retribuiti (6.4.)*
- *produttività del lavoro (6.5.)*
- *ripartizione di competenze tra Stato e Regioni (6.6.)*

Rapporti interpositori

- *quadro normativo (7.1. – 7.4.)*
- *somministrazione (7.5.)*
- *appalto (7.6.; 7.8.)*
- *distacco (7.7.)*

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- *attività ispettiva: linee programmatiche di intervento (8.1. – 8.4.)*

*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.unimore.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. Esternalizzazioni

L'impatto dei processi di *offshoring* sull'occupazione delle industrie manifatturiere italiane

Sommario: **1.1.** Sintesi dello studio. – **1.2.** Perché misurare l'integrazione verticale. – **1.3.** L'*offshoring* e il dilemma integrazione verticale o esternalizzazione.

1.1. La scelta di attuare politiche di *offshoring* – ossia condurre operazioni al di fuori del paese di residenza dell'impresa che le mette in atto – può generare delle ricadute negative sui livelli occupazionali di imprese afferenti ad altri settori industriali e ad essa connessi. È quanto emerge dallo studio condotto da Simone Bertoli per il Centro Studi Luca D'Agliano (S. BERTOLI, *The Impact of Material Offshoring on Employment in the Italian Manufacturing Industries: the Relevance of Intersectoral Effects*, Development Studies Working Paper, aprile 2008, n. 244 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 24), nel quale è stato analizzato il diverso grado di correlazione tra processi di *offshoring* e livelli occupazionali per quattordici industrie manifatturiere italiane, dalla tessile alla alimentare, dalla chimica alla metalmeccanica, dalla siderurgica all'industria dell'abbigliamento. Si tratta di un tema particolarmente dibattuto in Europa e negli Stati Uniti e che, spesso, è visto come una minaccia per milioni di posti di lavoro, pur non essendo corredato da una adeguata evidenza empirica.

In particolare, lo studio di Bertoli utilizza un approccio nuovo, che fa uso dei dati contenuti nelle tavole intersettoriali e che fa derivare il trasferimento di beni intermedi interno all'impresa dal fatto che nella matrice input-output vengano registrati passaggi di input tra i settori in cui essa opera.

Le dinamiche occupazionali di uno specifico settore industriale di un paese, dunque, potrebbero essere influenzate non solo dalle scelte strategiche assunte dalle imprese afferenti alla stessa area, ma anche dalle decisioni degli attori economici che operano in settori industriali diversi e che decidono di attuare processi di *offshoring*, rinunciando a *input* nazionali per il proprio processo di produzione.

È il cosiddetto “effetto filiera”, nel quale le esternalità di una fase del processo produttivo investono, a cascata, le altre attività ad esse connesse. Lo studio fa riferimento, tra le varie industrie, alla filiera della calzatura e prende in considerazione l'ipotesi che una impresa che produce, appunto, scarpe, decida di spostare la propria produzione all'estero, estinguendo il contratto di fornitura con il produttore locale di un bene c.d. intermedio (nel caso specifico, le soles di gomma); l'evidenza empirica dimostra che la decisione di portare le operazioni al di fuori del paese di residenza dell'impresa – *offshoring* – genera degli effetti negativi non solo per i lavoratori dell'impresa calzaturiera, ma anche per quelli che operano nei settori affini.

Dunque, se il processo di *offshoring* può determinare, per l'impresa, significativi benefici in termini di produttività – specie per il c.d. *material offshoring*, la cui influenza positiva sulla produttività è misurata come il tasso di crescita del valore aggiunto per un lavoratore equivalente impiegato a tempo pieno – attraverso il processo di ristrutturazione della produzione che induce, lo studio sottolinea che vengono influenzati, allo stesso tempo, i livelli occupazionali e salariali di quel preciso settore, così come il mercato del lavoro di settori industriali affini; analogamente, se l'esternalizzazione produttiva all'estero determina, per l'impresa agente, effetti di scala significativi, conseguentemente potrebbe essere influenzata la curva di domanda e offerta dei beni intermedi.

Certamente, un altro fattore da considerare – e che lo studio di Bertoli analizza – è la tipologia di industria che si osserva e, in particolare, il livello medio di competenze richieste a chi vi lavora: gli effetti negativi sull'occupazione si registrano, principalmente, per

quelle industrie c.d. *low skill*, mentre le industrie *skill intensive* non sembrano accusare una riduzione significativa della domanda di forza-lavoro. Analogamente, sottolinea lo studio, saranno maggiormente esposti al verificarsi di *spillover* intersettoriali quei settori i cui beni sono principalmente utilizzati come beni intermedi piuttosto che come beni finali di consumo.

Infine, lo studio pone l'interrogativo se l'*offshoring* sia la causa o, piuttosto, il sintomo dei problemi del mercato del lavoro interno e se, in altre parole, la riduzione dei livelli di occupazione domestici debba essere ricondotta all'alto costo del lavoro invece che ai processi di *offshoring*. Auspica, quindi, un cambio di prospettiva volto a considerare l'*offshoring* come un fattore del mercato del lavoro e non un elemento esogeno che prevale su di esso e ne determina le condizioni; progetta, in tal modo, forme appropriate di tutela per i lavoratori coinvolti in tali processi.

1.2. Come già sottolineato, per analizzare l'impatto dei processi di *offshoring* sulla occupazione delle industrie manifatturiere, lo studio utilizza i dati contenuti nelle tavole intersettoriali, facendo derivare il trasferimento di beni intermedi interno all'impresa dal fatto che nella matrice *input-output* vengano registrati passaggi di input tra i settori in cui essa opera. Tale impostazione si confronta, pertanto, con la misurazione della integrazione verticale, operazione da sempre considerata difficile per via della difficoltà, per un analista esterno, di reperire dati e informazioni qualificanti: solo chi lavora internamente alla propria realtà aziendale ha la possibilità di estrarre notizie sugli scambi interni di beni intermedi. Nel corso degli anni, infatti, si sono susseguite diverse misurazioni della integrazione verticale ma soltanto c.d. indirette – la più nota è l'indice di Adelman, che misura il livello di integrazione verticale di un'impresa come il rapporto tra valore aggiunto e valore totale prodotto dall'impresa stessa.

Tuttavia, nonostante la parziale inadeguatezza dei metodi che sono stati usati nel corso del tempo, misurare l'integrazione verticale di un'impresa consente di confrontarne diverse della stessa industria, rendendo possibile un'analisi intersettoriale in grado di evidenziare, soprattutto, l'incidenza dell'elemento dimensionale sull'attuazione di tale processo. Conseguentemente, è possibile effettuare un confronto orizzontale, fra imprese operanti nello stesso settore, in grado di mettere in luce le eventuali differenze strategico-decisionali proprie di ciascuna industria. Può risultare di particolare interesse, inoltre, osservare come l'attitudine ad una maggiore o minore integrazione verticale vari nel tempo, con l'attuazione di scelte strategiche progressive o, di contro, discontinue. Proprio un'analisi intra-temporale può facilitare la comprensione della scelta organizzativa antecedente un preciso processo di integrazione verticale o di esternalizzazione di parti del processo produttivo.

Tutte queste considerazioni, poi, potranno portare a studi più mirati di particolari processi – come l'*offshoring*, oggetto dello studio di Bertoli – e dei nessi fra questi ultimi e determinati contesti che possono influenzare (come il mercato del lavoro).

1.3. Nel 1776, Adam Smith, nel suo famoso trattato *Ricerche sopra la natura e la causa della ricchezza delle nazioni*, inizia col far notare che la causa principale del progresso delle capacità produttive sembra sia stata la divisione del lavoro. Nel corso degli anni, con l'affermazione sempre più netta di una società industrializzata inserita nel contesto di un'economia di mercato, la scelta strategica di un'impresa di trasferire all'esterno parte del proprio processo produttivo è stata analizzata con prospettive differenti anche da un punto di vista teorico: ci si è chiesto che cosa determina il livello di integrazione verticale di un'impresa e su che cosa si basa l'impresa per decidere se attuare o meno una strategia di tale tipo.

Già nel 1937, Ronald Coase, ne *La natura dell'impresa*, metteva in luce l'esistenza di costi d'uso del mercato, definendo l'impresa come un'istituzione centralizzata alternativa al mercato, cui si ricorre quando i costi di transazione di mercato diventano troppo alti.

L'integrazione verticale, dunque, si manifesta quando vi è una sostituzione di scambi di mercato con scambi interni all'impresa, con la relativa sostituzione di costi di transazione con i costi che un'impresa sostiene per organizzare la produzione al suo interno. Seguendo tale impostazione, ripresa da Oliver Eaton Williamson nel 1971 in *L'integrazione verticale della produzione: considerazioni sul fallimento del mercato*, i fattori che determinano il livello di integrazione verticale vanno ricercati nelle imperfezioni di mercato e nel riconoscimento dell'esistenza di un certo grado di incertezza e di esposizione al rischio. Con riferimento allo studio di Simone Bertoli, appare evidente che il decentramento produttivo, in alcuni casi, è determinato proprio dall'imperfezione di un particolare mercato, quello del lavoro; già nel 2007, un'indagine dell'OECD (in [📖](#) indice A-Z, voce *Esternalizzazioni*), studiando le relazioni tra i processi di *offshoring* attuati dalle grandi multinazionali e la riduzione della loro forza-lavoro, osservava come per l'Italia e per altri Paesi europei un ruolo determinante è giocato dalle regolazioni dei rispettivi mercati del lavoro. In particolare, una regolazione del mercato del lavoro piuttosto rigida rende un Paese maggiormente esposto al verificarsi di fenomeni di esternalizzazione produttiva all'estero e, conseguentemente, può generare riflessi negativi sul piano dell'occupazione. Analogamente, il fattore dimensionale – punto di criticità dell'industria italiana – può influire sulla scelta di integrazione verticale o meno, alla luce del fatto che il quadro normativo-sindacale può prevedere, per esempio, prezzi diversi per le grandi e le piccole imprese – nelle grandi, sia il salario che il costo del lavoro sono talvolta più alti che nelle piccole. Allo stato dell'arte, come evidenziato dallo studio di Bertoli, solamente il *material offshoring* ha un impatto sicuramente positivo sulla produttività, al contrario del *service offshoring* che ha un dubbio, se non addirittura negativo, impatto sull'aumento della produttività. Questi dati evidenziano come, ad oggi, le decisioni di trasferire fasi del proprio processo produttivo all'estero sono guidate, principalmente, dall'obiettivo di minimizzazione dei costi: le imprese trasferiscono, soprattutto, le fasi c.d. *labor-intensive*, aumentando, come visto, l'impatto negativo sull'occupazione domestica. Tuttavia, è bene evidenziare un dato, spesso trascurato quando si trattano tali argomenti: l'impatto negativo sull'occupazione domestica è correlato con un effetto positivo, per l'impresa, derivante da un aumento degli *output*. Dunque l'*offshoring*, se produce effetti benefici per l'impresa agente, non necessariamente deve comportare una riduzione del benessere sociale: spesso il prezzo finale si riduce ed il benessere del consumatore aumenta.

2. Lavoro a termine (o a tempo determinato)

La *miniriforma* del contratto a termine

Sommario: **2.1.** Cambia la disciplina del contratto a termine. – **2.2.** Il problema delle causali. – **2.3.** Le modifiche al Protocollo Welfare. – **2.4.** Le norme destinate al contenzioso in corso. – **2.5.** Ambito applicazione della nuova disciplina. – **2.6.** I dubbi di costituzionalità sulla nuova disciplina.

2.1. Il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, e la successiva legge di conversione (l. 6 agosto 2008, n. 133, entrambi in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*) hanno apportato significative innovazioni alla disciplina del contratto a tempo determinato.

La finalità complessiva delle nuove norme è quella di eliminare le incertezze che, dopo l'approvazione del d.lgs. n. 368/2001 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*), hanno accompagnato la nuova disciplina delle causali di ricorso al con-

tratto e, nel contempo, di attenuare la rigidità dei nuovi limiti di durata complessiva introdotti dal Protocollo sul Welfare.

A tal fine, il d.l. n. 112/2008 e la legge di conversione intervengono sui seguenti aspetti:

- si interviene sulla definizione delle esigenze che legittimano il ricorso al contratto;
- si ammette la possibilità di superare il limite di durata massima dei rapporti a termine che possono instaurarsi tra lo stesso lavoratore e lo stesso datore di lavoro;
- si rende flessibile la disciplina del diritto di precedenza;
- i modificano, per i giudizi in corso, le conseguenze della illegittima apposizione del termine.

Queste innovazioni giungono a pochi mesi di distanza da quelle introdotte dalla l. n. 247/2007 (la legge attuativa del c.d. protocollo welfare, in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*) e, seppure non abrogano le norme contenute in questa legge, nel complesso segnano una marcata discontinuità con la precedente impostazione.

Prima di esaminare la portata complessiva delle nuove disposizioni, va ricordato che il passaggio dal d.l. n. 112 alla legge di conversione è stato accompagnato da accese discussioni.

La legge di conversione, infatti, in una delle sue prime formulazioni, conteneva delle disposizioni fortemente innovative rispetto alla tradizionale disciplina del contratto a tempo determinato, che hanno ingenerato aspre discussioni di carattere tecnico ma, soprattutto, politico.

In particolare, la prima bozza di legge di conversione approvata dalla Camera prevedeva due misure che, combinate tra loro, rendevano molto più lievi per il datore di lavoro le conseguenze derivanti dall'eventuale violazione delle norme che regolano l'apposizione delle causali al contratto o le proroghe del medesimo.

Tali norme riconoscevano ai soli soggetti che avevano controversie in corso un indennizzo di carattere economico (ma la formulazione della norma era talmente ambigua da far pensare che la regola era valida anche per i rapporti futuri), escludendo il diritto alla reintegrazione sul posto di lavoro; inoltre, si sanciva la regola generale secondo cui la conseguenza della violazione delle norme sulle proroghe e sulle causali sarebbe la nullità totale del contratto e non, come accade oggi per costante indirizzo giurisprudenziale, la conversione a tempo indeterminato.

Queste disposizioni non sono approdate nel testo finale della legge di conversione, dove ha trovato posto, con rilevanti modifiche, solo la norma che esclude la conversione per le controversie in corso; vediamo nel dettaglio la disciplina che ne risulta.

2.2. Il d.l. n. 112/2008 interviene sulla natura delle esigenze che legittimano il ricorso al contratto a termine. Per decenni nel nostro Paese ha avuto vigenza il principio secondo cui poteva farsi ricorso al lavoro a termine solo in presenza di esigenze specifiche ed eccezionali.

La l. n. 230/1962 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*), accanto alla ricordata regola generale secondo cui «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato», individuava una serie di situazioni tassativamente elencate nelle quali era considerato legittimo apporre un termine al contratto di lavoro subordinato (erano previste le seguenti causali: attività stagionali, opere o servizi aventi carattere straordinario o occasionale, lavorazioni a fasi successive, spettacoli specifici o specifici programmi radiofonici, servizi aerei, sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, dirigenti).

Questa disciplina è stata in seguito attenuata (con la l. n. 18/1978 e la l. n. 56/1987, entrambe in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*), ma è rimasto immutato il principio secondo cui l'apposizione del termine al contratto era legittima solo nei casi specificamente individuati dalla legge (o dalla contrattazione collettiva).

Come noto, tale impostazione è stata rovesciata dal d.lgs. n. 368/2001, che ha riconosciuto la possibilità di apporre il termine al contratto di lavoro, entro i limiti quantitativi previsti dalla contrattazione collettiva, quando sussistano «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo, sostitutivo», risultanti da atto scritto contestuale o antecedente al contratto di lavoro.

Per comprendere in cosa consistano le predette “ragioni” è utile ricordare, innanzitutto, l'accordo quadro recepito dalla direttiva n. 99/70/CE (in  indice A-Z, voce *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*), di cui il d.lgs. n. 368/2001 costituisce attuazione; la fonte comunitaria, nel proprio preambolo, afferma il principio per cui «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro ed i lavoratori», e ricollega il rapporto di lavoro a tempo determinato alla stipulazione di un contratto, tra datore e lavoratore, «il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico» (clausola 3/1).

Da queste previsioni emerge una considerazione del contratto a termine come “eccezione” rispetto alla normalità dei rapporti di lavoro; questa natura eccezionale si traduce, nelle indicazioni comunitarie, nella necessità che sul piano legislativo interno sia prevista almeno una misura di contenimento dell'utilizzo del contratto a termine. Questa misura viene individuata dal d.lgs. n. 368/2001 nella ricordata necessità che il contratto sia utilizzato per esigenze aventi una certa natura (tecniche, organizzative e produttive), nella possibile introduzione di limiti quantitativi da parte della contrattazione collettiva e nella necessità che le medesime esigenze siano verificabili (cioè, oggettive) al fine di non dar luogo a comportamenti fraudolenti o abusivi.

Il punto più controverso della nuova disciplina concerne la natura, temporanea o stabile, che debbono assumere le predette ragioni al fine di giustificare il ricorso al contratto; la risoluzione di tale aspetto è decisiva per determinare gli esiti applicativi del nuovo contratto, e costituirà, presumibilmente, l'oggetto preminente di gran parte delle azioni giudiziali che saranno proposte.

Il tenore letterale della nuova disciplina sembra chiaro; le norme del d.lgs. n. 368/2001 si limitano a richiedere l'effettiva ed oggettiva esistenza delle ragioni di ricorso al contratto a termine, ma evitano di qualificare queste ragioni in termini di temporaneità, straordinarietà o inevitabilità (scelta, questa, legittima, in quanto il d.lgs. n. 368/2001 adotta comunque alcuni accorgimenti volti a prevenire l'utilizzo indiscriminato del contratto).

Nonostante l'apparente chiarezza del dato normativo, la nuova impostazione ha faticato ad essere recepita nel nostro ordinamento.

Sul piano teorico, non sono mancati gli Autori che hanno sostenuto la tesi secondo cui le ragioni di ricorso al contratto a termine devono, anche nella nuova disciplina, essere ragioni temporanee, e possono quindi presentarsi solo quando effettivamente sussista una situazione che consenta di ritenere che per quelle determinate mansioni non vi sarà al termine del periodo previsto una ulteriore possibilità di utilizzazione.

Questa tesi non trova il consenso unanime della dottrina; numerosi Autori, valorizzando il tenore letterale del decreto e la sua differenza con la normativa previgente, hanno evidenziato che secondo le norme del d.lgs. n. 368/2001 sarebbe sufficiente, ai fini della legittima apposizione del termine, una qualsiasi ragione oggettiva e non arbitraria che renda preferibile in concreto il contratto a termine, restando del tutto irrilevante che l'occasione di lavoro sia permanente o provvisoria.

Queste discussioni hanno avuto notevoli riflessi sul piano giudiziario, dove la nuova impostazione ha faticato ad essere accolta; la giurisprudenza di merito (seppure con alcune oscillazioni), in più occasioni ha rilevato che, anche nella nuova disciplina, l'apposizione del termine costituisce una eccezione o deroga al principio generale per il quale il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato. In tale prospettiva è sembrata muovere

anche la giurisprudenza di legittimità – cfr. Cass. n. 7468/2002 (in  indice A-Z, voce *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*) – nelle poche occasioni in cui incidentalmente ha affrontato il tema.

L'art. 21 del decreto legge interviene su questo dibattito, modificando la definizione delle esigenze che legittimano l'apposizione del termine, contenuta nell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/1001; dopo le parole «tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», viene aggiunta la frase «anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro».

La novella ha la finalità evidente di orientare il dibattito prima ricordato, nel senso di escludere la necessaria eccezionalità delle esigenze di ricorso al contratto a termine; se le esigenze che giustificano il ricorso al contratto a termine possono essere «riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro», viene meno ogni possibilità di sostenere la necessaria straordinarietà delle medesime.

Queste esigenze possono avere qualsiasi carattere: possono essere sia temporanee, sia ordinarie. Ciò che rileva – come peraltro già rilevava anche prima della novella – è che le medesime esigenze sono effettivamente esistenti.

Questo – e solo questo – diventa il parametro di legittimità del contratto, non potendosi più argomentare circa la presunta illegittimità delle causali per la loro ordinarietà.

Si noti, peraltro, che la novella utilizza un inciso già presente nell'ordinamento; la disciplina del contratto di somministrazione a tempo determinato, infatti, utilizza già il concetto di esigenze di carattere tecnico, organizzativo e produttivo «riferibili all'ordinaria attività» dell'utilizzatore (art. 20, d.lgs. n. 276/2003, in  indice A-Z, voce *Somministrazione*).

Questa modifica dovrebbe eliminare ogni incertezza in merito alla presunta eccezionalità delle causali di ricorso al contratto a termine.

Certamente, l'intervento legislativo poteva fare ulteriormente chiarezza, eliminando il riferimento contenuto nel singolare comma "01" introdotto dalla l. n. 247/2007, secondo il quale il contratto di lavoro di norma è stipulato a tempo indeterminato; ma, anche in presenza di questa norma di stampo meramente programmatico, il nuovo quadro sembra sufficientemente chiaro.

2.3. Il d.l. n. 112 modifica anche la disciplina dei limiti di utilizzo complessivo del contratto a termine, come introdotta dalla l. n. 247/2007. Come noto, questa legge, attuativa del Protocollo sul Welfare, ha introdotto rilevanti innovazioni in merito alla disciplina del contratto a tempo determinato, che possono essere schematicamente così riassunte:

- viene introdotto un limite di durata complessiva, pari ad un periodo di 36 mesi, per la successione (comprensiva di proroghe e rinnovi) di contratti a termine sottoscritti fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore per lo svolgimento di mansioni equivalenti;
- viene riconosciuta la possibilità, una volta raggiunto il predetto limite, di rinnovare per una sola volta il contratto a termine fra gli stessi soggetti, a condizione che la stipula avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante sindacale;
- viene sanzionata la violazione dei predetti limiti con la conversione del contratto a tempo indeterminato;
- si prevede l'esclusione dei limiti di durata per alcune attività stagionali;
- viene riconosciuto un diritto di precedenza in favore del lavoratore che sia stato utilizzato con uno o più contratti a termine per un periodo superiore a 6 mesi, rispetto alle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi e con riferimento alle mansioni già espletate.

Tale disciplina viene ora parzialmente modificata. Il comma 2 dell'art. 21 prevede, infatti, che all'art. 5, comma 4-*bis*, sia aggiunta la seguente frase: «e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Con questa novella si riconosce alla contrattazione collettiva la possibilità di derogare al tetto dei 36 mesi; questa deroga potrà essere molto ampia, in quanto la legge consente di adottare «diverse disposizioni».

I contratti collettivi potranno quindi adottare un tetto diverso, così come potranno anche – ad avviso di chi scrive – scegliere di non applicare alcun tetto.

Si noti che il rinvio operato alla contrattazione collettiva è molto ampio, in quanto le deroghe alla disciplina legislativa potranno essere apportate sia dalla contrattazione di livello nazionale, sia dalla contrattazione di secondo livello (territoriale o aziendale).

Analoga innovazione viene apportata alla disciplina del diritto di precedenza.

Abbiamo visto che il protocollo sul welfare ha riconosciuto un diritto di precedenza in favore del lavoratore che sia stato utilizzato con uno o più contratti a termine per un periodo superiore a 6 mesi, rispetto alle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi e con riferimento alle mansioni già espletate (art. 5, comma 4-*quater*, d.lgs. n. 368/2001).

Un diritto simile è riconosciuto dal comma 4-*quinquies* per il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali, il quale ha diritto di precedenza rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali.

Il d.l. n. 112/2008 modifica questa disciplina, introducendo una disposizione analoga a quella appena citata sul limite dei 36 mesi. Si prevede, infatti, che tale disciplina si applica «fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Per questa disposizione valgono le considerazioni già svolte per quanto riguarda l'intervento riguardante il limite dei 36 mesi; la contrattazione collettiva, di qualsiasi livello, potrà riscrivere la disciplina del diritto di precedenza, sino ad escluderlo del tutto.

2.4. Accanto alle innovazioni appena ricordate, la legge di conversione modifica la disciplina delle conseguenze della illegittimità del termine.

In particolare, viene inserito, all'interno del testo del d.lgs. n. 368/2001, un art. 4-*bis*, il quale dispone che «Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni» (in  indice A-Z, voce *Licenziamento individuale*).

Questa norma ha fatto e farà molto discutere; essa infatti, così come scritta, impedirà – per le sole cause pendenti al momento della entrata in vigore della legge di conversione – al Giudice che riscontri una violazione delle norme che regolano l'apposizione delle causali di ricorso al contratto e di quelle che regolamentano le proroghe, di convertire il contratto a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Per questi giudizi, l'accertamento della violazione delle norme che regolano l'apposizione delle causali di ricorso al contratto comporterà per il lavoratore solo di diritto alla percezione di un'indennità «[...] di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni» (art. 4-*bis*).

Questo significa che il Giudice, per determinare in concreto l'entità dell'indennizzo, dovrà valutare il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, l'anzianità di servizio del prestatore di lavoro ed il comportamento e le condizioni delle parti.

Vi è da chiedersi se il rinvio ai criteri previsti dall'art. 8 della l. n. 604/1966 comporti anche l'applicabilità della regola, prevista dal medesimo art. 8, secondo cui la misura massima dell'indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro.

Tale lettura sembra doversi escludere, in quanto il rinvio all'art. 8 non è integrale, ma è limitato solo ai criteri di determinazione dell'indennità, senza estendersi anche alla individuazione dell'importo massimo che la stessa può raggiungere.

2.5. La disciplina transitoria appena ricordata non interessa i casi di violazione delle norme sulla successione del contratto e sulla prosecuzione di fatto del rapporto dopo la scadenza del contratto: per queste ipotesi, anche se pendono i relativi giudizi, continua ad applicarsi la disciplina comune.

Allo stesso modo, nessun cambiamento interessa i giudizi non ancora instaurati alla data di entrata in vigore della l. n. 133/2008.

La pendenza del giudizio al momento dell'entrata in vigore della legge diventa quindi il momento decisivo per stabilire la soggezione alla regola che limita all'indennizzo economico le conseguenze del termine illegittimo. Per comprendere quali sono i giudizi che rientrano in questa disciplina – i giudizi *in corso* – occorre fare riferimento alla nozione di "litispendenza": tutti i giudizi per i quali è stato proposto l'atto introduttivo del procedimento giurisdizionale, rientrano nella definizione.

Restano invece esclusi, come dice espressamente la norma (ma anche in mancanza di espressa disposizione, non potevano esserci dubbi in proposito) i giudizi per i quali la sentenza è passata in giudicato.

Da ultimo, va osservato che la nuova regola si applica solo ai contratti a tempo determinato di cui al d.lgs. n. 368/2001, senza possibilità alcuna di estensione analogica ad altre fattispecie di lavoro subordinato o coordinato.

Pertanto, la regola sull'indennizzo non si applicherà alle controversie in corso relative a contratti di apprendistato, di inserimento, di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, di lavoro autonomo, di somministrazione di manodopera.

2.6. Da ultimo, non si possono omettere alcune riflessioni circa i possibili problemi di compatibilità costituzionale della nuova disciplina, molto evocati in questi giorni. Il nodo problematico concerne il fatto che la nuova disciplina si applicherà solo ai giudizi "in corso" alla data della sua entrata in vigore.

Il riferimento alla pendenza della lite per determinare l'applicazione del regime transitorio comporterà una differenza di disciplina tra situazioni identiche. Ad esempio, un rapporto di lavoro intrattenuto, da soggetti aventi lo stesso contratto, le stesse mansioni, con lo stesso datore di lavoro e nello stesso arco temporale, potrà essere soggetto alla disciplina comune (conversione a tempo indeterminato) o a quella transitoria (indennizzo economico) per il solo fatto che uno dei due lavoratori, più rapido, ha già azionato il contenzioso, mentre l'altro non lo ha ancora fatto (peraltro, con la conseguenza negativa per il lavoratore più rapido nell'agire in giudizio). Questa diversa disciplina per situazioni analoghe appare quindi poco motivata sul piano concreto, e ciò può creare una tensione con i principi di eguaglianza formale e sostanziale davanti alla legge, così come pone più di un interrogativo sotto il profilo della ragionevolezza.

Giampiero Falasca
Avvocato del Foro di Roma

3. Lavoro accessorio

Il lavoro occasionale accessorio: dalle vendemmie autunnali alla manovra d'estate

Sommario: **3.1.** Il lavoro occasionale accessorio nella riforma Biagi e nei successivi interventi di riforma. – **3.2.** L'originaria limitata sperimentazione nel settore agricolo per il 2008. – **3.3.** La rivisitazione del lavoro accessorio nella c.d. manovra d'estate: ancora una parziale applicazione? – **3.4.** Osservazioni conclusive.

3.1. La c.d. manovra d'estate (comprendente, tra l'altro, il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, entrambi in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), interviene in maniera particolarmente incisiva sul lavoro occasionale accessorio il quale, introdotto *ex novo* dalla riforma Biagi del mercato del lavoro (artt. 70-74, d.lgs. n. 276/2003, in  indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*), ha conosciuto in questi anni una scarsa diffusione, corroborata da una forte cautela del legislatore e testimoniata da una limitata sperimentazione. La recente novella persegue l'obiettivo di rilanciare l'istituto, modificando la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 276/2003 ed effettuando una decisa inversione di rotta rispetto alla limitata sperimentazione varata negli anni scorsi e, da ultimo e di recente, dal precedente governo.

Prima ancora di analizzare le principali novità, giova richiamare brevemente la disciplina originariamente prevista e le principali modificazioni e/o interventi che l'hanno interessata (tra i numerosi contributi di commento vedi P. BELLOCCHI, *Il lavoro occasionale di tipo accessorio tra politiche previdenziali e riforma dei "lavori"*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali, a progetto e occasionali*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Ipsoa, Milano, 2004, vol. IV, 82 ss.; A. LO FARO, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti. Commento agli artt. 70-74*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 792 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Capo II. Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti. Artt. 70-73*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, Bologna, 2004, 841 ss.). Il d.lgs. n. 276/2003 dedica al nuovo istituto il Capo II, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti*, nell'ambito del quale si disciplina una blanda prestazione di lavoro delimitata sul piano soggettivo e oggettivo, nell'obiettivo di favorire l'inserimento lavorativo di fasce deboli del mercato del lavoro: per prestazioni di lavoro accessorio si intendono infatti «attività lavorative di natura meramente occasionale rese da soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne» (art. 70, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

Non diversamente dalla legalizzazione del lavoro a chiamata (di cui agli artt. 33-40, d.lgs. n. 276/2003), ci si pone l'obiettivo di contrastare forme di lavoro non regolare, abitualmente effettuate al nero per periodi di tempo definiti (vedi in proposito 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. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003), attraverso schemi fortemente derogatori ai contratti di lavoro *standard*, quantunque flessibili, sino al punto da scardinarne alcuni contenuti essenziali: nell'ipotesi del lavoro occasionale accessorio l'elemento "sovversivo" è in particolare costituito dalle modalità di corresponsione del compenso per la prestazione erogata, costituito dai c.d. buoni o voucher in luogo del trattamento retributivo.

Per quanto riguarda i requisiti soggettivi, la legge stabilisce che le predette prestazioni

possono essere svolte da disoccupati da oltre un anno, casalinghe, studenti, pensionati, disabili, soggetti in comunità di recupero e lavoratori extracomunitari con regolare permesso di soggiorno, i quali, se interessati, devono comunicare la propria disponibilità ai servizi provinciali per l'impiego o alle agenzie per il lavoro accreditate presso la regione di appartenenza, ricevendo, a proprie spese, una tessera magnetica dalla quale risulti la loro condizione (art. 71, d.lgs. n. 276/2003).

In aggiunta, vengono altresì individuate le attività per le quali è ammesso il ricorso al lavoro occasionale accessorio. Si tratta: a) dei piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresa l'assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane, ammalate o con *handicap*; b) dell'insegnamento privato supplementare; c) dei piccoli lavori di giardinaggio, nonché di pulizia e manutenzione di edifici e monumenti; d) della realizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli; e) della collaborazione con enti pubblici e associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza, come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi, o di solidarietà; e-*bis*) dell'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c., limitatamente al commercio, al turismo e ai servizi; e-*ter*) dell'esecuzione di vendemmie di breve durata e a carattere saltuario, effettuata da studenti e pensionati (art. 70, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) (le ultime due ipotesi sono state introdotte per effetto di due interventi normativi successivi che hanno modificato l'art. 70, d.lgs. n. 276/2003: rispettivamente, l'art. 1-*bis*, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, c.d. pacchetto competitività e l'art. 11-*quaterdecies*, comma 6, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito in l. 2 dicembre 2005, n. 248, entrambi in  indice A-Z, voce *Mercato per il lavoro*).

In merito all'elencazione delle attività previste dal d.lgs. n. 276/2003, nonostante la prevalente dottrina ne abbia sostenuto la tassatività (tra i tanti, M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 850; M. BORZAGA, *Le prestazioni occasionali all'indomani della L. n. 30 e del D.lgs. n. 276/2003*, in *RIDL*, 2004, I, 292), appare opportuno sottolineare che la genericità della formula adoperata consente di comprendere varie posizioni lavorative all'interno delle attività medesime (come di recente rimarcato da A. PONZIO, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti (artt. 70-72)*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2007, 868).

Per quanto concerne il comparto agricolo, si stabilisce che non costituiscono in ogni caso rapporto di lavoro autonomo o subordinato le prestazioni svolte da parenti e affini sino al terzo grado in maniera occasionale o di breve periodo, nonché quelle svolte per ragioni di solidarietà a titolo gratuito o dietro rimborso spese (art. 74, d.lgs. n. 276/2003, esplicitamente rubricato *Prestazioni che esulano dal mercato del lavoro*).

La legge fissa altresì un limite massimo temporale e reddituale, oltre il quale, analogamente al lavoro occasionale propriamente detto di cui all'art. 61, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, le prestazioni indicate, anche se svolte a favore di più beneficiari, non possono più configurare rapporti di natura meramente occasionale e accessoria. Il duplice limite, originariamente costituito dalla durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso di un anno solare e da un compenso complessivamente non superiore a 5.000 euro sempre nel corso di un anno solare, è stato poi modificato, eliminando il riferimento ai trenta giorni. Di conseguenza, il lavoro occasionale accessorio è tale quando, posto in essere dai soggetti e nei settori individuati dalla legge, non dà complessivamente luogo, con riferimento al medesimo committente, a compensi superiori a 5.000 euro nel corso di un anno solare (cfr. art. 70, comma 2, come modificato dall'art. 16, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, vedi la versione modificata della disposizione in esame in  indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*) (sulla differenza tra lavoro occasionale di cui all'art. 61, comma 2, e lavoro occasionale accessorio di cui all'art. 70 ss., d.lgs. n. 276/2003, vedi circ. Min. lav. 8 gennaio 2004, n. 1, in  indice A-Z, voce *Lavoro a progetto*, la quale ha chiarito che il

primo va inteso con esclusivo riferimento alle prestazioni connotate dai requisiti della continuità e del coordinamento con l'organizzazione del committente).

Relativamente alle imprese familiari, il limite massimo è costituito da un importo complessivo non superiore a 10.000 euro nel corso di ciascun anno fiscale, che è da intendersi riferito all'impresa e non al singolo lavoratore impiegato, per il quale resta fermo il limite di 5.000 euro annui (cfr. art. 70, comma 2, come modificato, relativamente a questa parte, dall'art. 1-bis, l. n. 80/2005).

La disciplina sinteticamente richiamata, dal carattere espressamente sperimentale (come precisato dall'art. 86, comma 12, d.lgs. n. 276/2003), non è mai decollata, anche a causa della scarsa attenzione riservata dal Ministero del lavoro, che ha predisposto con significativo ritardo i previsti decreti ministeriali necessari per la messa a punto della disciplina: circostanza aggravata, come verrà più innanzi specificato, dall'emanazione nel corrente anno di un ulteriore decreto ministeriale in materia, che ha modificato in senso restrittivo il raggio d'azione dell'istituto.

A voler effettuare alcuni brevi rilievi in merito all'inedito istituto introdotto con una certa creatività dalla riforma Biagi, sino al punto da provocare anche interrogativi concernenti la sua qualificazione (in merito ai quali vedi in particolare P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 119; A. LO FARO, *op. cit.*, 811), può senz'altro partirsi dall'osservazione che la sperimentazione, pur valutata positivamente in chiave di progressivo decollo del lavoro accessorio (cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro accessorio: un ulteriore tassello per la messa a regime*, in *GLav*, 2006, 3, 12 ss.; S. CAMPILONGO, E. PALOMBA, *Al via la sperimentazione nel lavoro accessorio*, in *DPL*, 2006, 291 ss.), è inizialmente avvenuta limitatamente ad alcune aree del Paese (individuate dall'art. 3, comma 1, d.m. 30 settembre 2005, come modificato dal d.m. 1° marzo 2006, entrambi in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*: si tratta delle aree pilota di Verbania, Milano, Varese, Treviso, Bolzano, Udine, Venezia, Lucca, Latina, Bari e Catania. La sperimentazione è partita per prima nella provincia di Treviso, nella quale, non essendosi individuato il concessionario, si è stabilito che spetti all'Inps vendere i buoni-voucher con i quali pagare i lavoratori: per ulteriori approfondimenti vedi N. PORELLI, *Il lavoro accessorio in sperimentazione*, in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2006, n. 29).

La scarsa sperimentazione è stata poi, come accennato, ulteriormente modificata a seguito di un ulteriore recente intervento ministeriale (d.m. 12 marzo 2008, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*: vedi *infra*), ispirato dalla volontà di circoscrivere, seppur temporaneamente, il ricorso al lavoro occasionale accessorio, così come di monitorare con maggiore attenzione la correttezza delle sue modalità di utilizzo.

Va inoltre rilevato che sono disponibili scarsi e limitati dati sull'effettiva diffusione di questa peculiare forma di lavoro, alla quale era peraltro affidata la funzione antifraudolenta di consentire l'emersione di numerose attività lavorative, spesso svolte anche per brevi periodi di tempo o anche con una certa continuità, ma presentandosi ripetute nel tempo.

Limitatamente alla disciplina originariamente introdotta, va segnalata la lacunosità della stessa sotto il versante dei requisiti di forma, in alcun modo disciplinati, così come per quanto riguarda l'apparato sanzionatorio, ovvero le conseguenze sulla qualificazione della prestazione in caso di assenza di uno o più dei requisiti previsti affinché potesse parlarsi di lavoro occasionale accessorio (opinione pressoché concorde in dottrina: vedi in particolare M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 860, e, di recente, A. PONZIO, *op. cit.*, 876).

La parte più innovativa (e più discussa) del lavoro occasionale accessorio è, in ogni caso, costituita dalla disciplina in materia di pagamento dei compensi.

Il sistema ruota intorno al preliminare acquisto, da parte dei beneficiari e presso le rivendite autorizzate, di uno o più carnet di buoni per prestazioni di lavoro accessorio, il cui valore nominale viene fissato da apposito decreto ministeriale sulla base della media delle retribuzioni rilevate per attività affini a quelle previste dalla legge e tenuto conto del

costo di gestione del servizio.

Il prestatore di lavoro percepisce poi il proprio compenso presso il concessionario nel momento in cui restituisce i buoni ricevuti dal beneficiario della prestazione di lavoro accessorio: su tale compenso, che è esente da imposizione fiscale e non incide sullo stato di disoccupato o inoccupato del prestatore, il concessionario deve però effettuare le trattenute ai fini previdenziali e assicurativi, oltre a trattenere l'importo previsto dal decreto ministeriale a titolo di rimborso spese (cfr. art. 72, d.lgs. n. 276/2003, nel nuovo testo aggiunto dall'art. 17, d.lgs. n. 251/2004, e successivamente modificato, relativamente al solo comma 4, dall'art. 1-bis, l. n. 80/2005). Per quanto concerne il contributo previdenziale, si tratta dell'obbligo di versare il 13% del valore del buono alla gestione separata Inps di cui all'art. 2, comma 26, l. 8 agosto 1995, n. 335 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*), mentre, per la copertura assicurativa antinfortunistica, dell'obbligo di versare all'Inail il 7% del valore del buono (sui profili previdenziali vedi C. LAGALA, *Profili previdenziali delle nuove tipologie contrattuali*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 395 ss.).

Dalla descritta articolata procedura, che lascia irrisolte numerose questioni pratiche (segnalate in particolare da M. PEDRAZZOLI, *Art. 72*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Inserto sulla correzione della cd. riforma Biagi. d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, 50-51; C. SPINELLI, *Il lavoro accessorio*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, spec. 499), sono escluse le sole imprese familiari, per le quali trova applicazione la normale disciplina contributiva e assicurativa del lavoro subordinato.

3.2. Come accennato, di recente il governo nella XV legislatura è intervenuto per dare un ulteriore impulso, seppur tardivo, all'effettiva sperimentazione e decollo dell'istituto (d.m. 12 marzo 2008, emanato ai sensi dell'art. 72, d.lgs. n. 276/2003). La modifica, da ricollegare alla apposita misura prevista nel Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili del 23 luglio 2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), ha annullato d'ufficio i precedenti decreti ministeriali sulla sperimentazione del lavoro occasionale accessorio (che, come visto, individuavano le aree per la sperimentazione, ma sono rimasti disapplicati), definendo i contorni di una ulteriore, ma fortemente limitata, sperimentazione, che tiene in particolare conto delle modificazioni normative apportate all'art. 70, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, dall'art. 11-*quaterdecies*, comma 6, l. n. 248/2005, ovvero limitando la sperimentazione alla sola ipotesi prevista dall'art. 70, comma 1, lett. *e-ter*, d.lgs. n. 276/2003.

A riprova della difficoltà di individuare il punto di equilibrio tra misure concordate con le parti sociali e misure normative, va richiamato che l'impegno assunto dal governo era invero costituito dall'obiettivo di ricollegare il lavoro occasionale accessorio agli interventi propri del sistema di welfare: mentre il decreto è orientato a mantenere lo *status quo*, ovvero a riconfermare l'impalcatura normativa del lavoro accessorio, seppure con una sperimentazione circoscritta sul triplice piano soggettivo, oggettivo e temporale (per un primo commento sia consentito il rinvio a M. LAMBERTI, *Il lavoro occasionale accessorio tra mancata riforma e limitata sperimentazione*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Utet, Torino, 2008, 161 ss.).

Il d.m. 12 marzo 2008 prevede una sperimentazione del lavoro accessorio per l'anno 2008 con riferimento alle sole vendemmie di breve durata a carattere saltuario, effettuate da studenti e pensionati, da realizzarsi su tutto il territorio nazionale, individuando l'ente concessionario nell'Inps (ai sensi dell'art. 72, comma 5, d.lgs. n. 276/2003), ed affidando l'attuazione della sperimentazione ad una convenzione da stipularsi tra Inps, Inail, Regioni, Province autonome di Trento e Bolzano e Province interessate (art. 4, d.m. 12 marzo 2008, che rinvia ad un apposito schema di convenzione allegato al decreto medesimo:

le prime convenzioni in Italia, dal carattere sperimentale e con scadenza 31 dicembre 2008, sono già state siglate, tra le altre, dal Friuli Venezia Giulia in data 28 marzo 2008, dal Piemonte in data 7 aprile 2008, dalla Regione Veneto in data 9 maggio 2008, dalla Sicilia in data 13 maggio 2008, dalla Lombardia in data 14 maggio 2008, dalla Valle d'Aosta in data 16 maggio 2008, dalla Toscana in data 19 maggio 2008, dalla Puglia in data 23 maggio 2008, dall'Emilia Romagna in data 28 luglio 2008, dalla Campania e dal Molise in data 6 giugno 2008, dall'Umbria in data 1° agosto 2008 e dalla Basilicata in data 11 agosto 2008, tutte in  indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*).

La scelta dell'Inps quale concessionario viene collegata dallo stesso decreto a ragioni di economicità e alle competenze istituzionali ad esso attribuite (essa sostituisce la precedente previsione dell'art. 3, comma 2, d.m. 30 settembre 2005, il quale ne rimetteva la individuazione ad una gara, da espletarsi nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria e alla quale avrebbe dovuto provvedere Italia lavoro).

A differenza della precedente sperimentazione, si procede ad un'estensione dell'ambito territoriale, modificandosi però in senso restrittivo i soggetti e l'ambito oggettivo (studenti e pensionati per le sole vendemmie di breve durata): il tutto a valere per il solo anno 2008, con un previsto monitoraggio dei risultati raggiunti, da effettuarsi da parte dell'Inps alla data del 31 dicembre 2008, al fine di consentire al Ministero del lavoro una opportuna valutazione in merito ad una eventuale proroga o estensione della sperimentazione realizzata, da effettuarsi sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative (art. 10, d.m. 12 marzo 2008).

Nelle medesime disposizioni ministeriali, allo scopo evidente di garantire la regolarità e la trasparenza dell'utilizzo di queste peculiari prestazioni di lavoro, vengono poi innovativamente introdotti degli obblighi a carico dei soggetti interessati ad avvalersene, ovvero dei beneficiari delle prestazioni. Essi sono infatti tenuti, prima dell'inizio della prestazione, a comunicare all'Inail, per via telematica o tramite call center, i dati anagrafici e il codice fiscale propri e del prestatore di lavoro, indicando, altresì, il luogo dove si svolgono i lavori ed il periodo presunto dell'attività lavorativa; in caso di inadempimento, il beneficiario è tenuto a restituire all'Inail l'ammontare delle prestazioni liquidate (art. 5, commi 1 e 2, d.m. 12 marzo 2008). Il decreto si spinge altresì a definire i casi ricompresi nell'assicurazione obbligatoria antinfortunistica, le prestazioni e la determinazione della misura delle prestazioni economiche, rinviando, per quanto non espressamente disposto, alle disposizioni del Capo V, Titolo I, TU n. 1124/1965 (art. 6, d.m. 12 marzo 2008), prevedendo in particolare l'esonero del beneficiario delle prestazioni occasionali di tipo accessorio dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro subiti dal prestatore di lavoro accessorio, alle condizioni previste dagli artt. 10 e 11, TU n. 1124/1965 (art. 7, d.m. 12 marzo 2008).

Ai sensi e per gli effetti di quanto previsto dalla riforma Biagi, con il medesimo decreto ministeriale si è provveduto a stabilire l'importo nominale del buono e della trattenuta a titolo di rimborso spese che il concessionario è autorizzato a trattenere, facendo salve le previsioni già contenute nei precedenti decreti ministeriali intervenuti: vengono infatti riconfermati, fornendone la relativa spiegazione, sia il valore nominale del buono nella misura di 10 euro, sia la percentuale del 5% del medesimo valore nominale del buono a titolo di rimborso spese: artt. 1 e 2, d.m. 12 marzo 2008 (come indicato nel decreto, il valore nominale del buono è stato definito prendendo come base la media delle retribuzioni contrattuali rilevate dall'Istat, aggiornate al 2007, nel solo settore agricolo, considerata altresì la media oraria delle retribuzioni nel 2007 nel settore la quale, al lordo degli oneri contributivi a carico del lavoratore, è uguale proprio a 10 euro).

Alla medesima finalità di monitorare il corretto utilizzo del lavoro accessorio, è altresì riconducibile la disposizione contenuta nell'art. 9 del decreto ministeriale in oggetto, concernente un successivo accordo, originariamente da sottoscrivere entro sessanta giorni

dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo, al quale è rimessa la definizione da parte dell'Inps e dell'Inail delle modalità con cui l'Inps, nella sua qualità di concessionario, dovrà trasmettere all'Inail i dati relativi agli acquisti dei buoni per prestazioni di lavoro accessorio, indicando acquirenti, numero dei buoni acquisiti, nonché modalità e tempi di riversamento all'Inail stesso della quota del valore del buono destinato ai fini assicurativi (secondo quanto previsto dall'art. 72, comma 4, d.lgs. n. 276/2003 e succ. mod. ed int.).

Conformemente a quanto già stabilito con riferimento alle prestazioni occasionali accessorie rese nell'ambito dell'impresa familiare, anche per la vendemmia si stabilisce un limite massimo di prestazioni che possono essere rese in favore di un singolo beneficiario, pari a 10.000 euro, rinviando ad un eventuale ulteriore intervento ministeriale una modifica del limite, da prevedersi alla luce delle valutazioni sui risultati raggiunti a fine 2008 (art. 11, d.m. 12 marzo 2008).

3.3. Sull'assetto esistente interviene in maniera decisa la c.d. manovra d'estate, con l'obiettivo di rilanciare fortemente il lavoro occasionale accessorio disciplinato dagli artt. 70-73, d.lgs. n. 276/2003 e succ. mod. ed int., consentendogli quel decollo sinora mai avvenuto ed anzi, nel senso precisato, ulteriormente limitato dalla circoscritta sperimentazione avviata, da ultimo, con il decreto ministeriale dello scorso 12 marzo 2008 (vedi il giudizio più che positivo espresso da M. TIRABOSCHI, *Il "pacchetto Sacconi" sul lavoro: prima interpretazione*, in *GLav*, 2008, n. 28, 12 ss., il quale riconduce l'intervento di riforma alla volontà di portare a completamento la riforma Biagi, rimuovendo i vincoli e semplificando la disciplina del lavoro accessorio, applicato con successo in altri Paesi europei).

Per quanto riguarda la disciplina dettata dal d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, le novità sono contenute nell'art. 22 (*Modifiche alla disciplina dei contratti occasionali di tipo accessorio*), all'interno del Capo VI (*Liberalizzazioni e deregolazione*), e riguardano, sostanzialmente, *l'estensione del campo di applicazione, la semplificazione delle procedure* disposte in riferimento al concessionario e al sistema di pagamento delle prestazioni attraverso i c.d. buoni o voucher e *l'eliminazione del carattere sperimentale dell'istituto*.

Dal primo punto di vista, il campo di applicazione del lavoro accessorio viene ampliato *sul piano oggettivo e soggettivo*.

L'art. 22, comma 1, l. n. 133/2008, detta in proposito il nuovo testo dell'art. 70, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, stabilendo che prestazioni di lavoro occasionale accessorio potranno essere erogate nell'ambito di lavori domestici, di lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici, strade, parchi e monumenti, dell'insegnamento privato supplementare, di manifestazioni sportive, culturali o caritatevoli o di lavori di emergenza o di solidarietà, dei periodi di vacanza da parte di giovani con meno di 25 anni di età, regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso l'università o un istituto scolastico di ogni ordine e grado, di attività agricole di carattere stagionale effettuate da pensionati e da giovani in possesso dei richiamati requisiti ovvero di attività agricole svolte a favore dei soggetti di cui all'art. 34, comma 6, d.P.R. n. 633/1972 (vedi l'articolo estratto in  indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*), e cioè produttori agricoli con un volume d'affari non superiore a 7.000 euro (modifica questa apportata con il maxiemendamento del governo in sede di conversione in legge del d.l. n. 112/2008, prevedendosi, nella versione originaria dello stesso, un'estensione generalizzata del lavoro accessorio all'intero lavoro stagionale agricolo), dell'impresa familiare di cui all'art. 230-bis c.c., limitatamente al commercio, al turismo e ai servizi, della consegna porta a porta e della vendita ambulante di stampa quotidiana e periodica.

Le novità più rilevanti, a parte l'ambiziosa e discutibile formulazione della stessa norma di legge (art. 22), che parla, per la prima volta, di "contratti" occasionali di tipo accesso-

rio e non di “prestazioni”, riguardano, dunque, la modifica di alcuni *ambiti oggettivi* di intervento: non più piccoli lavori domestici a carattere straordinario, ma lavori domestici; non più piccoli lavori di giardinaggio, ma lavori di giardinaggio; pulizia e manutenzione non solo di edifici e monumenti ma anche di strade e parchi; non più la sola esecuzione di vendemmie di breve durata e a carattere saltuario, effettuata da studenti e pensionati, ma lo svolgimento, da parte degli stessi, di attività agricole di carattere stagionale, o lo svolgimento di attività agricole in favore di alcuni produttori agricoli. Agli ambiti richiamati si aggiungono l'introduzione dei periodi di vacanza da parte di giovani con meno di 25 anni di età regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso l'università o un istituto scolastico di ogni ordine e grado (sostanzialmente riproponendo l'ipotesi dei tirocini estivi di orientamento di cui all'art. 60, d.lgs. n. 276/2003, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 50/2005, in [📖](#) indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), nonché la consegna porta a porta e la vendita ambulante di stampa quotidiana e periodica (mentre viene eliminato, nel nuovo testo dell'art. 70, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, il riferimento alla realizzazione di manifestazioni sociali).

L'estensione del campo di applicazione *dal punto di vista soggettivo* risulta dal combinato disposto dei commi 1 e 4 dell'art. 22, l. n. 133/2008).

In proposito, nella nuova formulazione dell'art. 70, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, viene innanzitutto espunta la precisazione secondo la quale erano considerate prestazioni di lavoro accessorio esclusivamente le «attività lavorative di natura meramente occasionale rese da soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne» (art. 22, comma 1, l. n. 133/2008, che detta il nuovo testo dell'art. 70, d.lgs. n. 276/2003). Inoltre si procede all'abrogazione esplicita dell'art. 71, d.lgs. n. 276/2003 (art. 22, comma 4, l. n. 133/2008), il quale limitava la possibilità di svolgere prestazioni di lavoro accessorio in capo a soggetti, tassativamente elencati, in possesso di determinati requisiti (disoccupati da oltre un anno, casalinghe, studenti e pensionati, disabili e soggetti in comunità di recupero, lavoratori extracomunitari, regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro). Ne consegue una chiara e marcata incentivazione del lavoro accessorio, che potrà, d'ora in avanti, essere svolto da qualsiasi soggetto, a prescindere dalla sua peculiare posizione soggettiva nel mercato del lavoro.

Per quanto riguarda invece la *semplificazione*, da un lato il soggetto intenzionato a prestare lavoro accessorio non deve più comunicare la sua disponibilità ai servizi per l'impiego o ai soggetti accreditati di cui all'art. 7 (essendo stato abrogato l'art. 71, d.lgs. n. 276/2003, che al comma 2 disponeva in tal senso); dall'altro, nel confermare che spetta ad apposito decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali individuare il concessionario del servizio e regolamentare i criteri e le modalità per il versamento dei contributi e delle relative coperture assicurative e previdenziali, si stabilisce che, al fine di scongiurare una paralisi dell'istituto, nell'attesa del decreto ministeriale, i concessionari del servizio sono da subito e temporaneamente individuati nell'Inps e in alcune delle agenzie per il lavoro di cui al d.lgs. n. 276/2003 (art. 22, comma 3, l. n. 133/2008, che detta il nuovo testo dell'art. 72, comma 5, d.lgs. n. 276/2003, richiamando le agenzie per il lavoro di cui all'art. 4, comma 1, lett. a e c, e all'art. 6, commi 1, 2 e 3, d.lgs. n. 276/2003: si tratta, rispettivamente, delle agenzie di somministrazione di lavoro abilitate e delle agenzie di intermediazione, nonché degli altri soggetti istituzionali ammessi a svolgere anche attività di intermediazione, quali, tra gli altri, università pubbliche e private, comuni, camere di commercio, associazioni sindacali più rappresentative firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro ed enti bilaterali).

Pur positiva nella prospettiva di rilancio della fattispecie, la novella apportata dal governo, che si allontana notevolmente dalla prospettiva, invero ignorata dalla l. n. 247/2007, delineata dal Protocollo sul welfare dello scorso anno (ovvero la sperimentazione non so-

lo in agricoltura ma anche nel lavoro di cura), sembra avere significativamente ampliato il raggio d'azione del lavoro accessorio, con particolare riferimento al settore agricolo, nel quale, limitatamente alle vendemmie di breve durata da parte di studenti e pensionati e ad alcune regioni, è, come indicato, da poco partita la sperimentazione per il 2008 sulla base di convenzioni siglate ai sensi del d.m. 12 marzo 2008.

In proposito, a parte la significativa limitazione al solo lavoro stagionale in agricoltura svolto da studenti e pensionati, che ha consentito, in sede di conversione del d.l. n. 112/2008, di superare le critiche rivolte all'originaria formulazione della norma che ammetteva che tutto il lavoro stagionale in agricoltura potesse essere svolto da qualsiasi soggetto attraverso prestazioni di lavoro accessorio, retribuite con il sistema dei voucher, sarebbe senz'altro opportuna una disciplina transitoria che confermi la vigenza di quanto previsto dal richiamato provvedimento ministeriale, non soltanto in via generale ma altresì in materia di obblighi a carico dei beneficiari delle prestazioni e di assicurazione obbligatoria antinfortunistica (conforme, in proposito, M. TIRABOSCHI, *Il "pacchetto Sacconi" sul lavoro: prima interpretazione*, cit., 15). Una misura del genere, oltre ad evitare situazioni di stallo relativamente a prestazioni già oggetto di apposite convenzioni regionali, peraltro non sconfessate apertamente dall'apertura realizzata con l'ultima riforma normativa, consentirebbe di predisporre le necessarie misure di coordinamento tra fattispecie sostanzialmente coincidenti sul piano sostanziale, ma dotate di differenti discipline sul piano procedurale.

Interventi chiarificatori, anche attraverso una circolare esplicativa da parte del Ministero, sembrano invero indispensabili, tenuto conto che, come indicato, alcune convenzioni regionali indicavano luglio o agosto come mese di inizio della sperimentazione di cui al d.m. 12 marzo 2008 e, dunque, sono all'*impasse*, dal momento che il d.l. n. 112/2008 è entrato in vigore il 25 giugno 2008; non va inoltre tralasciato che alcune Regioni hanno già fatto propria la modifica normativa (come, ad esempio, la Regione Sicilia, la quale, nell'emanare alla fine del mese di luglio il regolamento attuativo della convenzione già siglata, ha esteso, conformemente a quanto previsto dal d.l. n. 112/2008, il ricorso al lavoro accessorio a tutte le attività agricole di carattere stagionale, aggiungendo, tra le altre, la raccolta delle olive alle sole vendemmie, altresì individuando il concessionario del servizio non solo nell'Inps, ma anche nelle agenzie di somministrazione), mentre altre, pur attivandosi per rendere operativa la sperimentazione, hanno incontrato ostacoli da parte di alcune organizzazioni sindacali (è questo il caso del Piemonte, il cui Progetto Esecutivo Territoriale del 22 luglio 2008 relativo alle vendemmie 2008 non è stato firmato dalle OO.SS. facenti capo a Cgil, Cisl e Uil, proprio per attendere l'esito del dibattito parlamentare sul d.l. n. 112/2008 e decidere in merito alla prevedibile estensione del d.m. 12 marzo 2008 ad altri lavoratori agricoli stagionali).

Le incertezze applicative hanno invero di recente beneficiato di apposita circolare dell'Inps (circ. 31 luglio 2008, n. 81, in  indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*), con la quale l'istituto previdenziale, nel precisare che i criteri di sperimentazione da esso stesso definiti hanno natura di *regolamentazione transitoria* rispetto alla disciplina prevista dall'art. 22, d.l. n. 112/2008, ha innanzitutto stabilito che «la sperimentazione del lavoro occasionale di tipo accessorio sarà effettuata, per l'anno 2008, con riferimento a prestazioni di lavoro occasionale di tipo accessorio effettuate da parte di studenti e pensionati nel corso delle attività di vendemmia».

Nella sua qualità di concessionario del servizio, l'Inps ha altresì provveduto a definire le modalità della sperimentazione (distinguendo due procedure, accreditamento del corrispettivo attraverso voucher telematico e acquisto e riscossione di voucher cartacei, questi ultimi disponibili già a far data dal 19 agosto 2008), ribadendo valore nominale (10 euro) e valore netto del voucher (7,50 euro, dedotto il 13% a titolo di contributo alla gestione separata Inps, il 7% a titolo di contributo Inail e il 5% per la gestione del servizio), non-

ché limiti massimi per ciascun lavoratore e ciascun committente (rispettivamente, 5.000 e 10.000 euro); viene altresì confermato che il compenso percepito dal lavoratore è esente da qualsiasi imposizione fiscale e non incide sullo stato di disoccupato o inoccupato, precisando che le attività svolte non danno titolo a prestazioni di malattia, maternità, disoccupazione, assegno per il nucleo familiare. Con successivo messaggio del 6 agosto 2008, n. 17846 (in *GLav*, 2008, n. 34, 74), l'Inps, alla luce della conversione in legge del d.l. n. 112/2008, ha precisato che l'espressione "studenti", in riferimento alla sperimentazione del 2008, va intesa come riferimento a quella di «giovani con meno di 25 anni di età, regolarmente iscritti ad un ciclo di studi presso le Università o un istituto scolastico di ogni ordine e grado» e che la sperimentazione per il 2008 sarà limitata alle sole vendemmie (in tema, vedi anche la nota dell'Inail del 27 agosto 2008, in  indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*, con la quale si è rimarcato che le relative comunicazioni all'istituto sono di natura preventiva, ovvero che esse vanno effettuate prima dell'inizio della prestazione di lavoro, ovviamente con modalità differenziate a seconda della natura, telematica o cartacea, del voucher).

La circolare richiamata fornisce altresì una soluzione alla questione concernente l'efficacia delle convenzioni già stipulate da alcune Regioni, le quali restano valide, seppur con la precisazione che la sperimentazione limitata alle vendemmie del 2008 debba coinvolgere l'intero territorio nazionale, con il rispetto delle differenti modalità stabilite in proposito.

Alcune perplessità restano invero legate alla possibilità che il lavoro accessorio, così come configurato dall'ultimo intervento di riforma, rischi di soppiantare del tutto il lavoro agricolo prestato in favore di quei produttori che ora, senza altre limitazioni che quella del proprio volume d'affari, possono fare ricorso al lavoro accessorio, pregiudicando le tutele reddituali e previdenziali dei lavoratori agricoli (trattamento retributivo, trattamento di malattia e disoccupazione, diritti previdenziali e pensionistici); non sottovalutando, al contempo, l'eventualità che si determinino perversi meccanismi di concorrenza al ribasso tra lavoratori agricoli in cerca di occupazione e studenti e pensionati, i quali, seppur limitatamente al lavoro stagionale, provocherebbero una fuoriuscita dal mercato del lavoro dei primi, con evidenti sacrifici anche in termini di continuità dell'esperienza di lavoro e della professionalità maturata, destinati ad accrescersi in ragione dell'eventuale allargamento delle attività agricole da svolgersi con le peculiari modalità del lavoro accessorio.

I dati forniti dall'Inps rivelerebbero, al momento, un discreto decollo del lavoro accessorio, come testimoniato dall'elevato numero di voucher venduti per la vendemmia 2008: 170.125 alla data del 9 settembre 2008, seppur prevalentemente concentrati nelle regioni del centro-nord, ovvero Veneto, Friuli Venezia Giulia, Piemonte e Lombardia. Non a caso l'evidente frammentazione territoriale e gli scarsi risultati conseguiti relativamente alle regioni meridionali, che pure hanno stipulato apposite convenzioni, ha spinto il Ministero del lavoro a sollecitare l'intensificazione dell'attività di vigilanza per le vendemmie da svolgersi in questi territori, allo scopo di scongiurare il ricorso a forme di lavoro irregolare (vedi in merito il comunicato stampa dell'8 settembre 2008, in  indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*).

3.4. Alla luce del quadro delineato, è possibile indicare alcune possibili linee problematiche di sviluppo del lavoro occasionale accessorio, che sembrano risentire di due linee di indirizzo così ravvicinate ma divaricate, l'una consistente in una sperimentazione molto concentrata sul piano soggettivo, oggettivo e temporale, l'altra in una modificazione normativa che si traduce in una estensione del raggio di azione dell'istituto ed in una semplificazione procedurale (ferma restando la disciplina di base di cui al d.lgs. n. 276/2003, e succ. mod. ed int., tuttora in vigore, con particolare riferimento alla remunerazione delle prestazioni attraverso i buoni o voucher ed il limite complessivo annuo dei

compensi in capo ai prestatori e ai beneficiari).

Resta in ogni caso tutta da definire la possibilità, sinora trascurata, di collegare il lavoro accessorio al lavoro di cura, secondo una prospettiva accennata, ma poi tralasciata nella relativa legge di attuazione n. 247/2007, nel Protocollo sul welfare del 23 luglio 2007 (per un primo commento in materia vedi G. ZILIO GRANDI, *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?*, in *q. Rivista*, 2007, 787 ss.; più di recente, sul problematico rapporto tra Protocollo e successiva dinamica parlamentare, M. TIRABOSCHI, *Brevi considerazioni a proposito del difficile iter parlamentare del protocollo sul welfare del 23 luglio 2007*, in *q. Rivista*, 2007, 1219 ss.).

Una maggiore attenzione dei settori di intervento ai c.d. lavori di cura o di prossimità sarebbe opportuna (nel senso indicato vedi F. SCARPELLI, *Lotta al lavoro nero e insicuro, "buona impresa", precarietà: una nuova via per le politiche del lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *Le riforme del lavoro. Dalla Legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*, Halley, Roma, 2007, 169), e consentirebbe alla disciplina italiana di allinearsi a collaudate esperienze d'oltralpe, prime tra tutte quella belga in materia di *contrat de travail A.L.E.* del 1999 prima e di *contrat de travail titres-services* del 2001 poi: con riferimento alla seconda versione, selettivamente preordinata al soddisfacimento delle crescenti esigenze di cura, aiuto e assistenza promananti dall'ambito familiare e sperimentata con successo, si potrebbe configurare anche nel nostro ordinamento giuridico «un welfare assistenziale finalmente riportato nella piena legalità» (così testualmente A.M. SANSONI, *Lavoro accessorio e buoni lavoro: le ragioni di un successo*, in *q. Rivista*, 2007, 317. Per un approfondimento della legislazione belga vedi pure, di recente, il sintetico resoconto di A. PEETERS, *L'esperienza dei buoni-lavoro*, in *q. Rivista*, 2007, 1271 ss.), con la precisazione che strumenti di questo tipo, pur costituendo esempi di buone prassi, non possono sostituire i servizi di cura, ma esserne un valido complemento (vedi L. BELTRAMETTI, *Londra e Parigi esempio sui "voucher" per i servizi*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 gennaio 2007).

In ogni caso, trattandosi essenzialmente di uno strumento normativo finalizzato a rendere trasparenti e regolamentate prestazioni solitamente svolte in maniera irregolare e sommersa, un eventuale intervento riformatore credibile avrebbe dovuto contemplare un rafforzamento dei controlli e delle ispezioni, in uno alla predisposizione di opportuni incentivi e concrete sanzioni (vedi sul punto anche A.M. SANSONI, *op. cit.*, 317), laddove né la cautela che ha permeato il recente decreto ministeriale sulla sperimentazione nel settore agricolo, né l'ampliamento dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione introdotto dalla l. n. 133/2008, sembrano in grado di fornire una risposta significativa alle esigenze di tutela dei prestatori occasionali.

Il *punctum dolens* dell'attuale disciplina sul lavoro occasionale accessorio appare, dunque, costituito dalla persistente necessità di ricondurre questo innovativo istituto alla sua principale finalità, individuata, agli albori della sua legalizzazione nel nostro ordinamento giuridico, nel significativo contributo di lotta all'economia sommersa, che prolifera proprio in alcuni settori, compreso il comparto agricolo, e con riferimento a crescenti numeri di soggetti, spesso immigrati (il *Libro Bianco* sul mercato del lavoro dell'ottobre 2001 richiamava il settore delle attività varie svolte a beneficio delle famiglie, società senza scopo di lucro ed enti pubblici e dei servizi alla persona proprio in chiave di regolarizzazione del lavoro non dichiarato: § II.2.1., *Lavoro regolare*, 60-63).

In proposito sarebbe stato più che opportuno un intervento in grado di collocare il lavoro accessorio, come già segnalato, ed altresì previsto nel Protocollo sul welfare, nell'ambito del settore dei servizi di cura e di assistenza alla persona; ciò al fine di consentire di realizzare un effettivo punto di incontro tra esigenze di individui bisognosi di assistenza e soggetti in cerca di occupazione anche saltuaria e di breve durata, perseguendo al contempo, in maniera concreta, l'obiettivo della crescita del lavoro regolare (per gli opportu-

ni approfondimenti vedi, in  indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*, gli atti del seminario su *Prospettive per l'utilizzo del lavoro accessorio in Friuli Venezia Giulia*, svoltosi ad Udine in data 16 gennaio 2008, nei quali sono riportati interessanti resoconti di esperienze realizzate in materia di lavoro accessorio relativamente ai servizi di assistenza, tra le quali alcune italiane e meridionali, come il Progetto A.L.Fa., *Armonizzare Lavoro e Famiglia*, varato dalla Regione Sicilia nell'ambito del POR 2002-2006, che ruota intorno all'erogazione dei c.d. voucher di conciliazione e servizi, volti ad incrementare la partecipazione al mercato del lavoro delle donne e di soggetti socialmente deboli e a forte rischio di emarginazione sociale).

Marirosario Lamberti

Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Napoli “Federico II”

4. Libro unico del lavoro

Considerazioni sul libro unico del lavoro

Sommario: **4.1.** Premessa. – **4.2.** L'abolizione del libro matricola e del libro paga. – **4.3.** L'abrogazione degli altri libri e documenti obbligatori. – **4.4.** I contenuti del nuovo libro unico del lavoro.

4.1. Il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, agli artt. 39 e 40 (in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), contiene delle disposizioni che, seppure dedicate ad un tema apparentemente molto tecnico, sono destinate a portare ad una svolta importante nella gestione della impresa. In tali norme viene infatti disciplinato il c.d. libro unico del lavoro (per una disamina completa di tutti gli adempimenti previgenti sia rinvia a P. RAUSEI, *Libri e documenti obbligatori*, Ipsoa, Milano, 2007. Per un'approfondita analisi degli adempimenti e delle sanzioni relative al libro unico del lavoro cfr. P. RAUSEI, *Liberare il lavoro dal peso della regolazione: il decreto legge n. 112 del 2008 nel solco della “Riforma Biagi” come strategia per l'occupazione e per la lotta al sommerso*, in *q. Fascicolo*), la nuova scrittura obbligatoria che sostituisce tutte le precedenti forme di registrazione dei lavoratori. Era ormai evidente da tempo che, alla luce dei più recenti interventi normativi, ispirati anche dall'informatizzazione crescente nella Pubblica Amministrazione, risultavano obsoleti molti adempimenti formali il cui unico effetto era diventato quello di burocratizzare in maniera eccessiva la gestione dei rapporti di lavoro.

La scelta di introdurre una unica scrittura obbligatoria per tutti i datori di lavoro privati (ad esclusione del datore di lavoro domestico), attraverso la creazione di una normativa *ex novo* accompagnata da un consistente numero di abrogazioni di obblighi ed oneri documentali, si è inserita in quella strada di semplificazione che l'attuale legislatura sembra voglia percorrere nella sua interezza.

L'intervento appare particolarmente innovativo rispetto al modo di procedere tipico del legislatore. Il d.l. n. 112/2008 sarà infatti il vero e unico punto di riferimento per quanto riguarda gli adempimenti in materia di lavoro. L'opera di razionalizzazione alla base del decreto ha infatti comportato la soppressione del complesso sistema di norme relative alla gestione dei rapporti di lavoro che da oltre quaranta anni era in vigore.

Il fatto che non si siano modificate le tradizionali normative degli anni Sessanta, ma sia stata introdotta una nuova legge che tiene conto anche delle ultime innovazioni tecnologiche per ciò che attiene alla documentazione e alla catalogazione dei dati ha un valore altamente simbolico.

Si proporrà quindi una lettura della normativa sui nuovi adempimenti legati al libro unico del lavoro analizzando in particolare le abrogazioni. Come è noto il venir meno della pre-

cedente disciplina e la piena operatività del libro unico sono stati ancorati all'emanazione di un decreto ministeriale di definizione dei tempi e delle modalità di tenuta di quest'ultimo. Il contenuto di tale provvedimento, firmato dal Ministro il 9 luglio del 2008 (in  indice A-Z, voce *Libro unico del lavoro*), consente di effettuare delle considerazioni precise sulla normativa.

4.2. La prima novità di rilievo, che non potrà non essere accolta con un sospiro di sollievo da parte degli operatori del settore, è rappresentata dall'abolizione del libro matricola. Quest'ultimo, come è noto, doveva contenere l'iscrizione di tutti i prestatori d'opera nell'ordine cronologico della loro ammissione in servizio e la registrazione delle vicende relative ai singoli rapporti di lavoro.

La ridondanza delle informazioni da fornire all'amministrazione competente, in seguito all'unificazione delle comunicazioni obbligatorie dell'assunzione o della cessazione del rapporto di lavoro e della creazione della banca dati telematica previste dalla l. n. 296/2006 (in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), era palese ed aveva portato ad una serie di conseguenze paradossali. Negli ultimi tempi era infatti stata sanzionata una enormità di violazioni dell'obbligo di registrazione sul libro matricola delle vicende del rapporto di lavoro ovvero di omessa esibizione del libro stesso nei confronti di quei datori di lavoro che avevano però adempiuto agli obblighi di comunicazione delle stesse alla amministrazione competente. L'intervento di razionalizzazione è quindi puntualmente arrivato con l'abrogazione.

Se non potevano certamente avanzarsi dubbi relativamente alla necessità di abolire il libro matricola, appariva meno scontata invece l'eliminazione del libro paga.

Tale scrittura, obbligatoria per la maggior parte dei datori di lavoro, nel corso degli anni aveva mutato veste, complice l'informatizzazione, ed era divenuto l'unico libro veramente fondamentale a fini gestionali ed ispettivi. In esso infatti dovevano essere iscritti tutti i dipendenti, per ciascuno dei quali dovevano essere indicate: generalità; matricola; numero delle ore di lavoro giornaliero; retribuzione corrisposta in denaro; retribuzione corrisposta in altra forma.

La riforma del d.l. n. 112/2008, perseguendo un ampio disegno di razionalizzazione, ha preferito abolire anch'essa per introdurre il nuovo libro che, seppure ricalca per molti versi il contenuto del libro paga, si caratterizza per una maggiore agilità. La filosofia è infatti, come sopra ricordato, completamente differente dai precedenti interventi in materia. Anziché modificare le numerose norme già esistenti si introduce una nuova scrittura che tiene conto delle necessità ineliminabili e delle moderne esigenze. D'altronde la evoluzione aveva portato a dei cambiamenti molto importanti di cui qualsiasi riforma delle scritture obbligatorie avrebbe necessariamente dovuto tenere conto. A causa infatti del sempre maggiore ricorso alle tecnologie informatiche la tradizionale divisione del libro paga nelle due sezioni, paga e presenze, aveva fatto sì che la gestione retributiva del rapporto di lavoro fosse ad appannaggio del consulente del lavoro che, attraverso appositi software, si occupava delle buste paga, mentre rimaneva di competenza del datore di lavoro la registrazione delle presenze. Le originarie previsioni con il passare degli anni ne erano quindi uscite stravolte.

Prendere atto di queste innovazioni intervenendo sulla normativa esistente che prevedeva gli obblighi di istituzione e conservazione per le imprese soggette all'assicurazione Inail e per quelle soggette all'Inps in due differenti testi legislativi avrebbe portato ad un caos normativo molto consistente. Il legislatore ha quindi optato per una normativa di base rimettendo ad uno strumento maggiormente duttile l'individuazione delle modalità di tenuta e di conservazione.

Per espressa previsione legislativa sono quindi abrogate dalla data di entrata in vigore del sopra citato decreto ministeriale: gli artt. 20, 21, 25 e 26 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, che governavano i libri matricola e paga delle aziende soggette all'assicurazione

Inail; l'art. 134 del r.d. 28 agosto 1924, n. 1422, che imponeva l'istituzione dei libri matricola e paga per le aziende soggette all'Inps (entrambi in [📖](#) indice A-Z, voce *Infortuni e malattie professionali*); l'art. 42 della l. 30 aprile 1969, n. 153 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Previdenza*), che stabiliva gli obblighi di conservazione dei libri di matricola e paga. Secondo l'esplicita previsione della circ. n. 20/2008 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Libro unico del lavoro*), sono implicitamente abrogate anche le seguenti disposizioni, che richiamano gli abrogati libri di matricola e paga: l'art. 16, commi 4 e 5, del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 16 luglio 1947, n. 708, che fanno riferimento ai libri paga e matricola per i lavoratori dello spettacolo; gli artt. 2 e 3, comma 1, della l. 24 ottobre 1966, n. 934 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Infortuni e malattie professionali*), che fanno riferimento ai libri paga e matricola per l'assicurazione contro le malattie.

4.3. Se il libro matricola ed il libro paga costituivano le scritture obbligatorie per la maggior parte dei datori di lavoro erano sempre esistite delle disposizioni particolari che disciplinavano degli obblighi documentali diversi per specifiche categorie di soggetti.

Il d.l. n. 112/2008 ha inteso come si è visto razionalizzare ed uniformare la gestione dei rapporti di lavoro per tutti i datori di lavoro senza alcuna distinzione.

In questo modo appaiono di particolare rilievo le abrogazioni dell'art. 9-*quater*, comma 1, del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 novembre 1996, n. 608 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Collocamento*), che obbligava i datori di lavoro agricoli ad istituire e tenere il registro d'impresa e dell'art. 7 della l. 9 novembre 1955, n. 1122 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Previdenza*), che prevedeva l'istituzione dei libri matricola e paga per le aziende giornalistiche. Per quanto riguarda queste ultime si può affermare senza esitazioni che ormai da molto tempo se ne auspicava l'abolizione. L'unica ragione giustificatrice della loro previsione era infatti l'iscrizione dei giornalisti presso l'Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani. Per ciò che concerneva i contenuti invece la l. n. 1122/1955 operava un rinvio pressoché integrale alla normativa che disciplinava i libri matricola e paga per le imprese soggette all'assicurazione Inail.

Le disposizioni riguardanti la tenuta, le registrazioni e la conservazione seguivano quindi in maniera identica le previsioni generali. Le uniche differenze rispetto alla disciplina delle scritture previste per la generalità dei datori di lavoro riguardavano soltanto l'apparato sanzionatorio. Tuttavia anche sotto questo punto di vista il d.l. n. 112/2008 ha agito per assicurare uniformità a prescindere dall'attività esercitata.

L'art. 9-*quater*, comma 1, del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 novembre 1996, n. 608, aveva ribadito l'obbligo sancito dall'art. 2 del d.lgs. 11 agosto 1993, n. 375 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Previdenza*), per i datori di lavoro agricoli di tenere un registro in cui annotare "per ciascun lavoratore occupato" generalità, residenza, codice fiscale nonché i dati relativi all'occupazione compresi quelli riguardanti la categoria, la qualifica i periodi e le giornate di lavoro prestato, l'attività lavorativa svolta, le retribuzioni corrisposte, le ritenute fiscali operate ai fini Irpef.

Anche relativamente al registro d'impresa si erano affermate differenti modalità di tenuta rispetto al tradizionale modello cartaceo. L'evoluzione tecnica infatti aveva portato anche il Ministero del lavoro e l'Inps ad indirizzare la prassi operativa al di là delle previsioni legali, introducendo la gestione telematica del registro s'impresa.

La necessità che il legislatore prendesse atto di questi cambiamenti era evidente. La filosofia è stata anche su questo punto di assoluta semplificazione. La documentazione del lavoro agricolo seguirà quindi le regole del libro unico del lavoro che riportiamo nel paragrafo successivo, con la sola presumibile eccezione dei datori di lavoro che adottavano il registro d'impresa semplificato, per i quali dovrebbe valere l'esonero dalla compilazione dei dati relativi al calendario delle presenze.

4.4. Venendo ai contenuti si può dire che gli elementi che dovranno essere indicati nel libro unico sono per molti aspetti gli stessi che già devono essere individuati in un libro

paga; oltre a quelli anagrafici, vanno registrate le somme in danaro o in natura corrisposte o gestite dal datore di lavoro e le trattenute. La nuova norma prevede però che vadano distinte dalla normale retribuzione le somme erogate a titolo di straordinario ed i premi.

Il libro unico del lavoro deve poi contenere un calendario delle presenze, da cui risulti, per ogni giorno, il numero di ore di lavoro e di assenze effettuate da ciascun lavoratore. Si abbandona però l'obbligo della compilazione giornaliera delle presenze visto che il termine per riportare questo dato è il giorno 16 del mese successivo a quello di riferimento. Si coordina così tale ultimo termine con quello in cui sono devono essere adempiuti gli obblighi previdenziali.

Per quanto riguarda gli obblighi di conservazione il decreto legge non stabilisce regole precise. Vista però la volontà di tenere conto delle esigenze delle imprese al fine di semplificarne la gestione, il decreto ministeriale che ha disciplinato questo aspetto ha tenuto conto della richiesta di più parti diretta a fare in modo che il nuovo libro possa essere conservato soltanto presso la sede legale del datore di lavoro.

È conservata la possibilità di tenuta del libro da parte del consulente del lavoro. È prevista in questo caso la tempestiva comunicazione alla Direzione provinciale del lavoro da parte del datore di lavoro. La novità è rappresentata però dall'eliminazione dell'obbligo di tenere una copia presso il luogo di lavoro.

Il cambiamento rispetto al passato è radicale. Ne risultano completamente trasformate non soltanto le procedure di gestione delle risorse umane, ma anche le attività ispettive. A questo proposito deve sottolinearsi che molto opportunamente e tempestivamente il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali è intervenuto con la circ. n. 20/2008 per dare conto delle nuove modalità con cui il personale ispettivo dovrà portare avanti i controlli.

Questa complessa opera legislativa avrà degli effetti notevoli da un punto di vista economico. Stime del Ministero della Semplificazione avevano mostrato complessivamente quanto incidessero ogni anno sulle imprese i costi di tenuta e conservazione del libro paga e del libro matricola. Per le operazioni di amministrazione di quest'ultimo si parlava di una spesa annua pari circa a 170 milioni di euro mentre il libro paga comportava ogni anno un esborso di circa 6 miliardi di euro. Visti gli interventi sopra elencati i costi andranno sicuramente a ridursi. Si auspica quindi una nuova valutazione su come questo risparmio andrà ad incidere sulle imprese.

Francesco Lucrezio Monticelli

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Adapt – Fondazione Marco Biagi

5. Mercato del lavoro

Liberare il lavoro dal peso della regolazione: il decreto legge n. 112 del 2008 nel solco della “Riforma Biagi” come strategia per l’occupazione e per la lotta al sommerso

Sommario: **5.1.** Premessa. – **5.2.** L'intervento riformatore sui contratti di lavoro. – **5.3.** Il libro unico del lavoro e l'abrogazione degli altri libri e documenti obbligatori. – **5.4.** L'orario di lavoro. – **5.5.** Le altre riforme. – **5.6.** Riflessioni conclusive.

5.1. Con il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 (in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), il legislatore ha inteso puntualmente intervenire per liberare l'instaurazione e la gestione dei rapporti di lavoro dal

peso esasperato della regolazione che, in specie con la legislazione del biennio 2006-2007, si era venuto nel tempo amplificando, con inevitabili incidenze negative sullo sviluppo (necessario e improcrastinabile) di una sana competitività e di una foriera perequazione nel sistema imprenditoriale. Come espressamente annotato dal Ministero del lavoro, «gli obiettivi delle norme in materia di lavoro sono: 1) quello di incoraggiare la maggiore propensione delle imprese ad assumere attraverso la de-regolazione della gestione dei rapporti di lavoro; 2) e quello di promuovere una agevole regolarizzazione di tutti quei rapporti di lavoro o spezzoni lavorativi che oggi sono quasi sempre irregolari» (così testualmente nel documento *Liberare il lavoro* del 19 giugno 2008).

In questa duplice e dichiarata prospettiva, molteplici sono gli ambiti concreti di intervento che muovono, anzitutto, dalla abrogazione di norme più e meno recenti (artt. 19, comma 2, 39, commi 10 e 11, e 40, comma 5, d.l. n. 112 del 2008), sia per l'eliminazione *tout court* di previsioni legislative "bloccanti" o "frenanti", sia per la riviviscenza e il ripristino di contesti normativi già introdotti dalla riforma del mercato del lavoro di cui al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Riforma Biagi*).

In secondo luogo si offrono all'attenzione dell'interprete e degli operatori modifiche in chiave riformatrice di significativo rilievo apportate a disposizioni normative in settori fondamentali per lo sviluppo dell'occupazione: contratto a termine (art. 21), contratti occasionali di tipo accessorio (art. 22), apprendistato (art. 23), orario di lavoro (art. 41), collocamento della gente di mare (art. 40, comma 6).

Last but not least, si pongono le norme che semplificano la gestione documentale obbligatoria dei rapporti di lavoro con: l'introduzione del libro unico del lavoro (art. 39, commi 1-7), lo snellimento delle procedure per l'affidamento dei documenti di lavoro ai consulenti del lavoro o ai centri di assistenza delle associazioni di categoria per le piccole imprese artigiane (art. 40, comma 1) – di cui alla circ. n. 20 del 21 agosto 2008 e al decreto ministeriale 9 luglio 2008 (entrambi in [📖](#) indice A-Z, voce *Libro unico del lavoro*) –, la comunicazione telematica all'Inail per i familiari e per i soci (art. 39, comma 8), l'eliminazione dei registri e dei libri speciali nel lavoro a domicilio (art. 39, comma 9) e nell'autotrasporto per i lavoratori mobili (art. 40, comma 3), la semplificazione dell'obbligo di invio del prospetto informativo dei disabili (art. 40, comma 4) e dell'obbligo di consegna della dichiarazione di assunzione al lavoratore (art. 40, comma 2).

Di seguito, in chiave di prima annotazione e senza pretese di completezza, si fornisce una lettura sistematica del complesso intervento normativo in esame, pure in attesa della conversione in legge che potrà prevedibilmente aumentarne ulteriormente l'incisività in termini di liberalizzazione, de-regolazione, razionalizzazione e semplificazione.

5.2. L'obiettivo di incoraggiare le imprese ad una maggiore e migliore occupazione viene perseguito primariamente con la riforma dei contratti di lavoro flessibile e formativo.

Anzitutto con riguardo al contratto a tempo determinato l'art. 21, comma 1, del d.l. n. 112 del 2008, sviluppando la portata precettiva della norma secondo i principi già ricavabili dall'ordinamento, specifica il riferimento delle esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo ritoccato (c.d. "causalone") che consentono l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato, di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*), anche come «riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro» (in generale sulla riforma del contratto a termine contenuta nel d.l. 112 vedi in *q. Osservatorio* il contributo di G. FALASCA, *La miniriforma del contratto a termine*). Si tratta della estensione anche al lavoro a tempo determinato della causale già introdotta dal d.lgs. n. 276 del 2003 per la somministrazione a termine, qui da leggersi come risposta all'art. 1, comma 39, della l. 24 dicembre 2007, n. 247, di recepimento del Protocollo *Welfare* del 23 luglio 2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), che ha inserito nel corpo dello stesso art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 un comma 01 a norma del quale «il contratto

di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato», con l'intento esplicito di far ritenere il lavoro a tempo determinato come una "eccezione" alla regola generale, una deroga alla presunzione di indeterminatezza della fattispecie contrattuale *standard* del lavoro dipendente. Ora il d.l. n. 112 del 2008 rassicura il datore di lavoro che a fronte di almeno una delle causali previste, purché concretamente individuata nella propria realtà aziendale, potrà fare ricorso al lavoro a termine anche per le ordinarie attività, senza pretesi vincoli di eccezionalità.

Molto discussa la norma di cui al comma 1-*bis* dell'art. 21, introdotta durante il dibattito parlamentare, che ha inserito, nel d.lgs. n. 368 del 2001, l'art. 4-*bis* (rubricato *Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine*), in base al quale per i «soli giudizi in corso» alla data di entrata in vigore della l. n. 133 del 2008, con salvezza delle sentenze passate in giudicato, per le violazioni alle disposizioni di cui agli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368 del 2001, il datore di lavoro «è tenuto unicamente ad indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto», sfuggendo, dunque, alla conversione in un rapporto a tempo indeterminato.

Sempre sul contratto a termine intervengono i commi 2 e 3 dell'art. 21 del d.l. n. 112 del 2008 per consentire alla contrattazione collettiva nazionale, territoriale o aziendale, di derogare ai vincoli recentemente introdotti dalla l. n. 247 del 2007:

- sia con riferimento al limite massimo dei trentasei mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione, per la successione di contratti a tempo determinato col medesimo lavoratore per mansioni equivalenti (art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368 del 2001, aggiunto dall'art. 40, comma 1, lett. *b*, della l. n. 247 del 2007);
- sia con riguardo al diritto di precedenza, per il lavoratore già titolare di rapporto a tempo determinato presso la stessa azienda per un periodo superiore a sei mesi, nelle assunzioni a tempo indeterminato che vengono effettuate nei successivi dodici mesi limitatamente alle mansioni svolte (art. 5, comma 4-*quater*, del d.lgs. n. 368 del 2001, aggiunto dall'art. 40, comma 1, lett. *b*, della l. n. 247 del 2007).

Nella medesima prospettiva si muove l'art. 23 del d.l. n. 112 del 2008 che interviene sulla disciplina dei contratti di apprendistato professionalizzante e di alta formazione.

Con riferimento al professionalizzante:

- il comma 1 dell'art. 23 elimina dall'art. 49, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003 il limite minimo inderogabile dei due anni, con ciò lasciando all'accordo tra le parti sociali la fissazione dei limiti di durata del rapporto, fermo restando l'unico limite legale insuperabile dei sei anni;
- l'art. 23, comma 2, inoltre, aggiunge un comma 5-*ter* all'art. 49 del d.lgs. n. 276 del 2003 per consentire, in caso di formazione esclusivamente aziendale, alle parti sociali (contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali) e agli enti bilaterali di disciplinare direttamente e integralmente i profili formativi, definendo la nozione di formazione aziendale e determinando, per ciascun profilo, la durata e le modalità di erogazione della formazione, le modalità di riconoscimento della qualifica professionale e la registrazione nel libretto formativo, con ciò svincolandosi dalle inerzie e dai balletti di molta parte della legislazione regionale in materia.

Con riguardo all'apprendistato di alta formazione, inoltre, i commi 3 e 4, dello stesso art. 23, intervengono nel corpo normativo dell'art. 50 del d.lgs. n. 276 del 2003 per consentire il ricorso a questo tipo contrattuale anche nei riguardi dei dottorati di ricerca e per permettere, in assenza di apposita legislazione regionale, di accedere al contratto mediante apposite convenzioni stipulate dai datori di lavoro con le università e le altre istituzioni formative interessate, incentivando in tal modo il raccordo fra università e mondo del la-

vorò, sicuro volano di sviluppo e di occupazione.

Infine, sempre con riferimento all'apprendistato, vengono abrogate dall'art. 23, comma 5, del d.l. n. 112 del 2008, le norme che prevedevano una apposita comunicazione obbligatoria relativamente al nominativo del tutor, le comunicazioni obbligatorie circa le competenze professionali acquisite e l'andamento in azienda del lavoratore, nonché la visita medica preassuntiva dell'apprendista.

L'altro obiettivo ministeriale, quello dell'emersione dal sommerso e del contrasto all'elusione e all'evasione previdenziale, per una estensione delle tutele sostanziali sul lavoro, viene adeguatamente perseguito con la riforma del lavoro accessorio, con il ripristino del lavoro intermittente e con l'incentivazione del *part-time* anche minimo.

In primis rileva il ripristino del contratto di lavoro a chiamata (art. 39, comma 10, lett. m, del d.l. n. 112 del 2008), già introdotto dagli artt. 33 ss. del d.lgs. n. 276 del 2003, come riformato dal d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro intermittente*) e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 15, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), e da ultimo abrogato dalla l. n. 247 del 2007, che ne lasciava in vita una eventuale coda in determinati settori (spettacolo, turismo e pubblici esercizi), peraltro rimessa in via esclusiva alla contrattazione collettiva. Dal 25 giugno 2008, dunque, dopo 176 giorni di "vacanza", il lavoro intermittente è tornato ad essere pienamente operativo, secondo i chiarimenti già a suo tempo offerti dal Ministero del *Welfare* con circ. n. 4 del 3 febbraio 2005 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro intermittente*), consentendo in tal modo ai datori di lavoro di far emergere quelle prestazioni lavorative che dopo la abrogazione erano nuovamente tornate nel sommerso, non consentendo una piena occupabilità dei prestatori di lavoro con nessuna delle forme contrattuali flessibili alternative.

Altro fondamentale intervento riformatore attiene al lavoro occasionale accessorio che viene profondamente novellato dall'art. 22 del d.l. n. 112 del 2008.

Il primo comma della disposizione citata riscrive integralmente l'art. 70, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003, prevedendo che si hanno prestazioni di lavoro accessorio, retribuite mediante consegna al lavoratore di appositi buoni prepagati preventivamente acquistati dal datore di lavoro beneficiario, con riferimento a quella serie di attività lavorative di natura occasionale che sono tassativamente identificate nei lavori domestici, di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici, strade, parchi e monumenti, di insegnamento privato supplementare; nell'ambito di manifestazioni sportive, culturali o caritatevoli o per lavori di emergenza o di solidarietà; nelle attività svolte nei periodi di vacanza da parte di giovani con meno di 25 anni di età, iscritti a un ciclo di studi universitari o scolastici, di attività agricole di carattere stagionale – limitatamente però a quelle effettuate da pensionati e da giovani con meno di 25 anni di età, iscritti a un ciclo di studi universitari o scolastici, ovvero per le attività agricole svolte a favore dei soggetti di cui all'art. 34, comma 6 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro accessorio*), il riferimento è ai c.d. "agricoltori della domenica", vale a dire «i produttori agricoli che nell'anno solare precedente hanno realizzato o, in caso di inizio di attività, prevedono di realizzare un volume d'affari non superiore a 7.000 euro, costituito per almeno due terzi da cessioni di prodotti» –, nell'impresa familiare limitatamente a commercio, turismo e servizi; nella consegna porta a porta e nella vendita ambulante di stampa quotidiana e periodica.

Contestualmente il legislatore abroga l'originario art. 71 del d.lgs. n. 276 del 2003 che limitava il ricorso a questa tipologia contrattuale soltanto a particolari categorie di lavoratori svantaggiati (disoccupati da oltre un anno, casalinghe, studenti e pensionati, disabili e soggetti in comunità di recupero, lavoratori extracomunitari senza lavoro da sei mesi), consentendo al lavoro accessorio di divenire, alla medesima stregua del lavoro a chiamata, sussistendone le condizioni normative, uno strumento di emersione per fattispecie lavorative non continuative e strutturalmente occasionali. Infine, per consentire la imme-

diata operatività dell'istituto contrattuale l'art. 22, comma 3, del d.l. n. 112 del 2008 che riscrive l'art. 72, comma 5, del d.lgs. n. 276 del 2003, stabilisce che nelle more della emanazione del decreto ministeriale attuativo i concessionari del servizio, deputato a ritirare i buoni presentati all'incasso dal lavoratore accessorio e a corrispondergli la retribuzione spettante, sono individuati nell'Inps e nelle agenzie per il lavoro di somministrazione e di intermediazione, nonché in alcuni dei soggetti istituzionali e sociali che godono di un regime particolare di autorizzazione all'attività di intermediazione (università, scuole, comuni, camere di commercio, associazioni datoriali e sindacali, associazioni di rilevanza nazionale, enti bilaterali) (sul lavoro occasionale accessorio, cfr. *amplius* il contributo di M. LAMBERTI, *Il lavoro occasionale accessorio: dalle vendemmie autunnali alla manovra d'estate*, che precede in *q. Osservatorio*).

Da ultimo, con riguardo al lavoro a tempo parziale, va segnalata l'intervenuta abrogazione dell'art. 1, comma 32, lett. *d*, della l. n. 247 del 2007, che prevedeva aumenti contributivi per i contratti *part-time* con orario inferiore alle 12 ore settimanali (art. 39, comma 10, lett. *m*, del d.l. n. 112 del 2008): intenzione esplicita del legislatore è quella di promuovere (anche nel settore dei servizi) l'emersione di quelle prestazioni lavorative che non consentono l'occupazione del lavoratore con contratti di lavoro ad orario giornaliero più elevato.

5.3. Sotto altro non meno rilevante profilo, con il d.l. n. 112 del 2008 nasce anche il libro unico del lavoro che, nello spirito di una semplificazione di portata storica, soccorre gli operatori in una auspicata azione di liberazione del lavoro dai lacci e dai laccioli imposti con il peso della regolazione (sul tema cfr. specificatamente il contributo di F. LUCREZIO MONTICELLI, *Considerazioni sul libro unico del lavoro*, che precede in *q. Osservatorio*). Il decreto ministeriale 9 luglio 2008, in attuazione di quanto previsto dall'art. 39, comma 4, in vigore dal 18 agosto 2008, consente di definire compiutamente i tratti essenziali dei nuovi obblighi e delle nuove sanzioni che governano il libro unico (anche secondo l'interpretazione offerta dalla circ. n. 20/2008), segnalando fin d'ora un pregio indiscutibile della riforma che è propriamente quello di aver operato in modo *tranchant* la semplificazione dei libri obbligatori di lavoro, senza però menomare in alcun modo le soglie di tutela sostanziale dei rapporti di lavoro e dei lavoratori.

L'istituzione e la tenuta del libro unico del lavoro sono obbligatorie per la generalità dei datori di lavoro privati, di qualsiasi settore, compresi agricoltura, spettacolo, autotrasporto e marittimi, con la sola eccezione dei datori di lavoro domestico. Il libro unico del lavoro dovrà recare le registrazioni riferite, peraltro, soltanto ai lavoratori subordinati (con qualsiasi tipologia: standard, flessibile o formativa, ricomprendendo fra questi anche i distaccati e i somministrati che vanno registrati anche nel libro unico del distaccatario e dell'utilizzatore), collaboratori coordinati e continuativi (di qualsiasi tipo a progetto, co.co.co. o mini-co.co.co.), associati in partecipazione con apporto lavorativo (anche se misto a capitale). Tuttavia, al fine di evitare inutili appesantimenti, in ottica semplificatrice, il Ministero segnala che devono essere esclusi dalle registrazioni sul libro unico del lavoro i collaboratori e gli associati che svolgono l'attività «in forma professionale o imprenditoriale autonoma».

Per effetto dell'art. 39, comma 1, «il datore di lavoro privato, con la sola esclusione del datore di lavoro domestico, deve istituire e tenere il libro unico del lavoro»: l'uso da parte del legislatore dell'articolo determinativo non lascia dubbi di sorta in merito alle dibattute questioni circa l'unicità o la pluralità dei libri obbligatori di lavoro: il nuovo libro unico del lavoro obbliga il datore di lavoro (committente o associante) ad istituire e tenere un solo libro anche in presenza di più posizioni assicurative in ambito aziendale o di più sedi di lavoro distaccate, pure se stabili ed organizzate.

Secondo quanto previsto dall'art. 1 del decreto ministeriale 9 luglio 2008, la tenuta e la conservazione del libro unico del lavoro può essere effettuata mediante la utilizzazione di

uno dei seguenti sistemi: a) a elaborazione e stampa meccanografica su fogli mobili a ciclo continuo, con numerazione di ogni pagina e vidimazione prima della messa in uso presso l'Inail o, in alternativa, con numerazione e vidimazione effettuata, dai soggetti appositamente autorizzati dall'Inail, in sede di stampa del modulo continuo; b) a stampa laser, con autorizzazione preventiva, da parte dell'Inail, alla stampa e generazione della numerazione automatica; c) su supporti magnetici, sui quali ogni singola scrittura costituisca documento informatico e sia collegata alle registrazioni in precedenza effettuate, o ad elaborazione automatica dei dati, garantendo oltre la consultabilità, in ogni momento, anche la inalterabilità e la integrità dei dati, nonché la sequenzialità cronologica delle operazioni eseguite. A prescindere dal sistema di tenuta adottato, secondo i chiarimenti ministeriali rimane comunque fermo l'obbligo di attribuire «una numerazione sequenziale», in fase di stampa, ad ogni singolo foglio di cui viene a comporsi il libro unico; proprio la sequenzialità della numerazione, peraltro, secondo la Circolare n. 20 del 2008 garantisce l'unicità del libro unico del lavoro: anche se non è possibile istituire sezioni distinte, il libro non perde la sua natura e consistenza di «documento unitario» per il solo fatto di una «elaborazione separata del calendario delle presenze» che mantenga, tuttavia, una numerazione sequenziale.

Una innovazione di assoluto rilievo riguarda il luogo di tenuta e conservazione del libro unico. Il libro unico non deve più essere tenuto nel «luogo in cui si esegue il lavoro» (come era nell'abrogato art. 21 del d.P.R. n. 1124/1965, vedilo per confronto in  indice A-Z, voce *Infortuni e malattie professionali*), ma piuttosto può essere collocato e tenuto, alternativamente presso: la sede legale dell'impresa, lo studio del consulente del lavoro o di altro professionista abilitato, i servizi e i centri di assistenza delle associazioni di categoria delle imprese artigiane e delle altre piccole imprese, anche in forma cooperativa. Come chiarito dalla circ. n. 20 del 2008, il d.l. n. 112 del 2008, ha confermato l'onere per il datore di lavoro di comunicare preventivamente alla Direzione provinciale del lavoro competente per territorio il nome, le generalità e l'indirizzo del professionista al quale è stato conferito l'incarico, analoga procedura per l'affidamento del libro unico ai servizi e ai centri di assistenza delle associazioni di categoria di appartenenza da parte dei piccoli imprenditori. I centri di elaborazione dati sono, invece, radicalmente esclusi dalla possibilità di divenire affidatari della tenuta del libro unico del lavoro, e su questo dovranno concentrarsi i controlli nei riguardi di qualsiasi inaccettabile abusivismo. Secondo la circolare ministeriale, peraltro, il personale ispettivo è chiamato a vigilare attentamente, sempre quale azione di contrasto a forme di abusivismo, che i servizi e i centri di assistenza delle associazioni di categoria svolgano l'attività di tenuta del libro unico esclusivamente a favore delle imprese associate e iscritte.

La violazione dell'obbligo di istituzione, sotto il profilo sanzionatorio, è punita con una sanzione rigorosa, ma neppure lontanamente paragonabile a quella dell'abrogato art. 1, comma 1178, della l. n. 296 del 2006 (da euro 4.000 a euro 12.000) (il provvedimento è disponibile, per i commi di rilevanza lavoristica, in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*): la sanzione pecuniaria amministrativa per la violazione dell'obbligo di istituzione e tenuta del libro unico del lavoro, infatti, è ora stabilita dall'art. 39, comma 6, del d.l. n. 112 del 2008 nell'importo da 500 a 2.500 euro. La condotta illecita specificamente sanzionata riguarda le ipotesi in cui il datore di lavoro sia del tutto sprovvisto del libro unico del lavoro o abbia messo in uso un libro unico del lavoro senza rispettare uno dei sistemi di tenuta che saranno previsti dall'emanando decreto ministeriale. Quanto alla diffida obbligatoria, di cui all'art. 13 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, l'istituto torna ad essere pienamente applicabile, trattandosi di inosservanza sanabile, perché materialmente realizzabile: il datore di lavoro che ottempererà compiutamente all'ordine di istituzione e tenuta del libro unico del lavoro impartito dall'ispettore del lavoro o previdenziale si troverà ammesso a pagare la sanzione pecuniaria minima pari a euro 500.

Le registrazioni sul libro unico del lavoro, ai sensi dell'art. 39, comma 1, del d.l. n. 112 del 2008 devono riguardare, per ciascun lavoratore: nome e cognome, codice fiscale, qualifica e livello di inquadramento contrattuale, retribuzione base, anzianità di servizio, posizioni assicurative e previdenziali. Inoltre, per quanto previsto dal comma 2 dello stesso art. 39, nel libro unico del lavoro deve essere effettuata qualsiasi annotazione riferita a dazioni in danaro o in natura corrisposte o gestite dal datore di lavoro. Sono, quindi, comprese nelle registrazioni obbligatorie: somme a titolo di rimborso spese, trattenute a qualsiasi titolo effettuate, detrazioni fiscali, dati relativi agli assegni per il nucleo familiare, prestazioni ricevute da enti e istituti previdenziali. Una apposita previsione riguarda le registrazioni delle somme erogate a titolo di premio o per prestazioni di lavoro straordinario, che devono essere indicate specificatamente. Il libro unico del lavoro, inoltre, deve contenere il calendario delle presenze, ne consegue che per i lavoratori dipendenti devono risultare registrate, per ogni giorno dei singoli mesi di riferimento: le ore di lavoro effettuate, l'indicazione delle ore di straordinario, le assenze anche non retribuite, le ferie e i riposi. In base all'art. 1, comma 2, del decreto ministeriale 9 luglio 2008, le annotazioni relative alle presenze e assenze devono essere effettuate utilizzando causali inequivoche, risultanti da una apposita *legenda* che deve essere messa a disposizione degli organi di vigilanza. Con riferimento ai lavoratori retribuiti in misura fissa o a giornata intera o a periodi superiori deve essere annotata soltanto la giornata di presenza al lavoro. Tuttavia, la circolare ministeriale precisa che anche per tali lavoratori sussiste l'obbligo di indicare la causale specifica relativa alle assenze registrate. Con riguardo ai collaboratori coordinati e continuativi iscritti sul libro unico del lavoro la circ. n. 20 del 2008 stabilisce l'obbligo di registrare le assenze dal lavoro, sia pure limitatamente alle assenze «che hanno riflesso su istituti legali o prestazioni previdenziali».

Con riguardo ai lavoratori che non percepiscono nessuna retribuzione o nessun compenso (come nel caso dei collaboratori che amministrano società senza specifica attribuzione di compensi) e per quelli che non svolgono temporaneamente alcuna prestazione lavorativa (l'esempio del Ministero è quello dei lavoratori a chiamata nei periodi di *stand by*), la circ. n. 20 del 2008 prevede che le registrazioni obbligatorie sul libro unico del lavoro riguardano soltanto: la prima immissione al lavoro; il mese o i mesi nei quali il lavoratore si trovi a svolgere l'attività lavorativa o a percepire compensi o somme; la cessazione del rapporto di lavoro. Fanno eccezione alla deroga i lavoratori con contratto di lavoro intermittente che si obbligano a rispondere alla chiamata, per i quali il Ministero prevede che le scritturazioni «sono da intendersi sempre obbligatorie».

Un chiarimento di assoluta importanza, in termini di semplificazione, riguarda i datori di lavoro agricoli che nel preesistente regime normativo potevano adottare il registro d'impresa semplificato, che assumono lavoratori per un numero di giornate non superiore a 270 all'anno: nel nuovo quadro normativo, tanto nel periodo transitorio quanto nel regime ordinario di vigenza del libro unico, la Circolare stabilisce che per questi datori di lavoro sussiste l'esonero completo «dal documentare la registrazione delle presenze nel libro unico del lavoro».

Per quanto concerne il lavoro a domicilio, le modifiche apportate alla l. n. 877 del 1973 (in  indice A-Z, voce *Lavoro a domicilio*) dall'art. 39, comma 9, del d.l. n. 112 del 2008, comportano che nel libro unico del lavoro devono essere riportati, con riferimento a ciascun lavorante a domicilio, anche i relativi dati (giorni e ore di consegna e di riconsegna del lavoro, descrizione del lavoro eseguito, specificazione della quantità e della qualità del lavoro eseguito).

Un'ulteriore precisazione contenuta nella circolare riguarda l'interpretazione dell'art. 39, comma 5, del d.l. n. 112 del 2008, in base al quale il datore di lavoro, nei confronti dei lavoratori subordinati, può assolvere all'obbligo di consegna del prospetto di paga consegnando una copia (il Ministero parla di “fotocopia”) delle scritturazioni effettuate sul li-

bro unico del lavoro. L'adempimento della consegna della busta paga s'intende assolto anche se la copia delle registrazioni nelle mani del lavoratore «non comprende i dati relativi al calendario delle presenze».

Sui profili sanzionatori per le omesse o errate registrazioni, il d.l. n. 112 del 2008 non si è adeguato al sistema previgente che puniva violazioni di carattere meramente formale: l'art. 39, comma 7, collega la reazione punitiva soltanto alle ipotesi di sostanziale incidenza della condotta illecita sui profili di tutela dei lavoratori, superando il limite imposto dall'art. 116, comma 12, della l. 23 dicembre 2000, n. 388, che abolisce le violazioni amministrative dalle quali comunque derivi l'omissione del versamento di contributi o premi (l'articolo estratto può essere letto in  indice A-Z, voce *Previdenza*). Nel nuovo sistema sanzionatorio il legislatore ha stabilito che il datore di lavoro non possa essere punito per errori di carattere meramente materiale e formale e per omesse registrazioni che non incidono sui trattamenti retributivi, previdenziali o fiscali. Oggetto della condotta antidoverosa sono soltanto le omesse e le infedeli registrazioni che direttamente comportano un disvalore ai fini retributivi, previdenziali o fiscali relativamente al rapporto di lavoro. Il Ministero ha chiarito nella circ. n. 20 del 2008 che non rientrano fra le condotte sanzionabili le ipotesi in cui, il datore di lavoro non procede alla tempestiva registrazione dei dati retributivi nel singolo mese di decorrenza o di riferimento a causa di: incertezze interpretative su modifiche legislative, amministrative o contrattuali; ritardi nella diffusione del testo di un rinnovo contrattuale; difficoltà di individuare correttamente la natura delle prestazioni di lavoro rese (l'esempio riguarda gli straordinari giornalieri e settimanali nelle aziende in regime di orario multiperiodale o con banca ore). Si tratta di due distinte ipotesi di violazione, una di tipo omissivo (i dati non sono stati registrati), una di tipo commissivo (i dati sono registrati in modo non corrispondente al vero). La sanzione pecuniaria amministrativa è distinta in base alla gravità della condotta, sulla scorta del numero dei lavoratori interessati dalle omesse o infedeli registrazioni sostanziali: fino a dieci lavoratori l'importo della sanzione va da 150 a 1.500 euro; da undici lavoratori in su la sanzione va da 500 a 3.000 euro. Quanto alla diffida obbligatoria l'istituto è pienamente applicabile nei casi di omissione e il datore di lavoro che ottemperi all'ordine di registrazione dei dati omessi nel libro unico del lavoro sarà ammesso a pagare la sanzione pecuniaria minima pari a euro 150, fino a dieci lavoratori, e a euro 500, se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori. Non così nei casi di infedele registrazione, in quanto trattandosi di condotta di tipo commissivo l'interesse protetto dalla norma diviene non più recuperabile. Per il calcolo dei lavoratori ai fini dell'applicazione della sanzione vale il criterio contenuto nell'art. 5, comma 2, del decreto ministeriale, secondo cui devono computarsi i lavoratori subordinati, a prescindere dall'effettivo orario di lavoro svolto, i collaboratori coordinati e continuativi e gli associati in partecipazione con apporto lavorativo, che siano iscritti sul libro unico del lavoro e risultino ancora in forza al momento della violazione. Tuttavia, al fine di «evitare inaccettabili sperequazioni», con esplicito richiamo ai profili sanzionatori, la circ. n. 20 del 2008 ritiene necessario inserire nel calcolo dei lavoratori anche quelli che risultano occupati «in nero» dal datore di lavoro nel periodo al quale si riferiscono gli illeciti rilevati.

Le annotazioni obbligatorie sul libro unico del lavoro, ai sensi dell'art. 39, comma 3, del d.l. n. 112 del 2008, devono avvenire «per ciascun mese di riferimento, entro il giorno 16 del mese successivo». Cambia radicalmente la funzione del libro obbligatorio di lavoro, rispetto ai precedenti libri di matricola e paga: il libro unico del lavoro evidenzia la realtà aziendale nello sviluppo regolare dei rapporti di lavoro, lasciando alla comunicazione obbligatoria preventiva di instaurazione dei rapporti la finalità antielusiva di contrasto al sommerso. La previsione dell'obbligo di compilazione del libro unico al sedicesimo giorno del mese successivo a quello al quale si riferiscono le prestazioni di lavoro si volge ad armonizzare, riducendoli, gli obblighi documentali di gestione del rapporto di lavoro.

ro, garantendo la tutela sostanziale, più che quella formale, dei lavoratori. Il termine di compilazione del nuovo libro obbligatorio di lavoro comporta per gli ispettori del lavoro e previdenziali che all'atto dell'accesso ispettivo in azienda o in una delle sedi dell'azienda si troveranno a richiedere l'esibizione del libro unico aggiornato fino al mese precedente (ispezione dopo il 16 del mese) ovvero fino a due mesi precedenti (ispezione prima del 16 del mese): in entrambi i casi i funzionari accertatori saranno tenuti a diffidare il datore di lavoro ad esibire il libro unico del lavoro aggiornato al mese in corso in data successiva al 16 del mese seguente, ferma restando la verifica della corretta instaurazione dei rapporti di lavoro mediante l'esame delle preventive comunicazioni obbligatorie. La circ. n. 20 del 2008 chiarisce che la previsione normativa ha lo scopo di «uniformare il termine ultimo delle scritturazioni a quello relativo ai versamenti contributivi», in tal senso considerando «non tardive, e quindi non sanzionabili» tutte le scritturazioni effettuate nel diverso termine di scadenza previsto per i versamenti mensili previdenziali, «in tutti i casi in cui lo stesso sia posposto per la particolare ricorrenza del giorno di scadenza». Sotto altro profilo, l'art. 1, comma 3, del d.m. 9 luglio 2008 fa salva la facoltà, per i datori di lavoro che ricorrono ad una retribuzione «sfasata», di continuare a valorizzare le presenze nel mese successivo: «la registrazione dei dati variabili delle retribuzioni può avvenire con un differimento non superiore ad un mese, a condizione che di ciò sia data precisa annotazione sul libro unico del lavoro». Il Ministero precisa, però, che la registrazione differita riguarda soltanto i dati variabili retributivi, restando fermo l'obbligo di annotare sul libro unico, «per ciascun periodo entro il giorno 16 del mese successivo», le presenze del periodo. La sanzione pecuniaria amministrativa, di cui all'art. 39, comma 7, del d.l. n. 112 del 2008, è anche in questo caso differenziata in ragione della gravità della condotta, in base al numero dei lavoratori interessati: fino a dieci lavoratori l'importo della sanzione va da 100 a 600 euro; da undici lavoratori in su la sanzione va da 150 a 1.500 euro. La diffida obbligatoria è pienamente applicabile in tutti i casi di tardiva registrazione, nella forma della c.d. «diffida ora per allora», trattandosi di inosservanza sanabile, in quanto le registrazioni, seppure in ritardo, sono state materialmente effettuate sul libro unico del lavoro e l'interesse previsto dalla norma è stato recuperato: il datore di lavoro sarà ammesso a pagare la sanzione minima pari a euro 100, fino a dieci lavoratori, e a euro 150, se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori.

Un preciso obbligo di «esibizione agli organi di vigilanza» incombe, anzitutto, sul datore di lavoro tenuto alla istituzione del libro unico del lavoro ai sensi dell'art. 39, comma 6, del d.l. n. 112 del 2008. L'art. 3, comma 2, del decreto ministeriale 9 luglio 2008 stabilisce che il libro è tempestivamente esibito dal datore di lavoro agli organi di vigilanza nel luogo in cui si esegue il lavoro, quando si tratti di sede stabile di lavoro, anche a mezzo fax o posta elettronica. La tempestività è definita dalla circ. n. 20 del 2008 con riferimento al termine ultimo, vale a dire al momento nel quale l'ispettore procede a redigere e chiudere il «verbale di primo accesso ispettivo». Si intende per sede stabile (art. 5, comma 1, del decreto ministeriale) solo l'articolazione autonoma della impresa, stabilmente organizzata, idonea ad espletare, anche in parte, l'attività aziendale e perciò dotata degli strumenti necessari e di uffici amministrativi (non occorre la presenza di impiegati amministrativi, ma di uno spazio sufficientemente individuabile con dotazione di apparecchiature di tipo amministrativo, un PC collegato o collegabile ad internet e/o un telefono con fax). Se, invece, l'ispezione riguarda attività mobili o itineranti, che comportano lo svolgimento del lavoro presso più sedi nell'ambito della stessa giornata o si caratterizzano per la mobilità dei lavoratori sul territorio, il personale ispettivo deve formulare espressa richiesta di esibizione del libro unico del lavoro. La sanzione pecuniaria amministrativa prevista dall'art. 39, comma 6, del d.l. n. 112 del 2008, è fissata nell'importo da 200 a 2.000 euro. L'inosservanza non è ammessa alla procedura di diffida obbligatoria, trattandosi di condotta commissiva e, perciò stesso, materialmente insanabile.

Altro obbligo di esibizione riguarda i consulenti del lavoro e gli altri professionisti abilitati, per i quali l'art. 5, comma 1, della l. n. 12 del 1979 (in  indice A-Z, voce *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*), nel testo novellato dall'art. 40, comma 1, del d.l. n. 112 del 2008, conferma la facoltà per il datore di lavoro di affidamento della tenuta dei documenti di lavoro, ribadendo l'onere per il datore di lavoro di comunicare preventivamente alla Direzione provinciale del lavoro competente per territorio il nome, le generalità e l'indirizzo del professionista cui ha conferito l'incarico di tenuta e cura del libro unico del lavoro. Il consulente del lavoro e gli altri professionisti sono punibili per non aver esibito e portato in visione il libro unico del lavoro, conservato e tenuto presso il proprio studio, solo qualora siano decorsi 15 giorni e non possano opporre un "giustificato motivo" ostativo o impeditivo. Così esplicitamente anche l'art. 3, comma 3, del decreto ministeriale 9 luglio 2008 secondo cui i consulenti del lavoro e gli altri professionisti abilitati «devono esibire il libro unico del lavoro dagli stessi detenuto non oltre quindici giorni dalla richiesta espressamente formulata a verbale dagli organi di vigilanza». In occasione della prima violazione il professionista che non ottempera all'ordine di esibizione impartito dall'organo di vigilanza va incontro alla sanzione pecuniaria amministrativa da 100 a 1.000 euro. La diffida obbligatoria non trova applicazione, in quanto si tratta di condotta commissiva. Nel caso in cui il professionista risulti recidivo, ferma restando l'irrogazione della sanzione amministrativa, il funzionario accertatore che contesta la violazione deve dare tempestivamente comunicazione della stessa tempestiva al Consiglio provinciale dell'Ordine professionale di appartenenza del trasgressore, per l'adozione dei provvedimenti disciplinari che saranno ritenuti necessari od opportuni.

Infine, anche per i servizi e i centri di assistenza delle associazioni di categoria delle imprese artigiane e delle altre piccole imprese, pure in forma cooperativa, che possono tenere presso i loro uffici il libro unico del lavoro, è previsto l'obbligo di esibizione. A fronte di una prima ed isolata inosservanza, sempreché siano decorsi 15 giorni e non sia stato opposto un "giustificato motivo" ostativo o impeditivo, le associazioni di categoria sono tenute alla sanzione da 250 a 2.000 euro; mentre in caso di recidiva nella violazione dell'obbligo di esibizione la sanzione pecuniaria va da 500 a 3000 euro. L'istituto della diffida obbligatoria non può trovare applicazione.

Ancora con riferimento al procedimento ispettivo rileva la previsione contenuta nell'art. 4, comma 1, del d.m. 9 luglio 2008, che consente agli organi di vigilanza, in occasione di un accesso ispettivo, di richiedere ai datori di lavoro con più di dieci lavoratori o che operano in più sedi stabili l'esibizione di elenchi riepilogativi mensili del personale con riguardo ai dati relativi alle presenze, alle ferie e ai tempi di lavoro e di riposo, aggiornati all'ultimo periodo di registrazione, anche suddivisi per le singole sedi. Peraltro, l'art. 4, comma 2, dello stesso decreto ministeriale, precisa che gli ispettori hanno facoltà di chiedere gli elenchi relativi ai cinque anni che precedono l'inizio dell'accertamento, purché verifichino preliminarmente – «nel caso concreto» secondo il decreto ministeriale ovvero «caso per caso» secondo la circ. n. 20 del 2008 – la concreta possibilità di realizzazione e di esibizione di essi da parte dell'ispezionato. In ogni caso, l'omessa esibizione degli elenchi riepilogativi mensili non è soggetta a sanzione.

L'abrogazione dell'art. 42 della l. 30 aprile 1969, n. 153 non fa venire meno l'obbligo di conservare il nuovo libro obbligatorio per un periodo prestabilito; la previsione del termine di durata della conservazione del libro unico del lavoro è fissata in 5 anni dall'art. 6, comma 1, del decreto ministeriale. A norma dell'art. 39, comma 7, del d.l. n. 112 del 2008, la mancata conservazione del libro unico per il periodo indicato nell'emanando decreto ministeriale è punita con la sanzione pecuniaria amministrativa da euro 100 a euro 600. La diffida obbligatoria (art. 13, d.lgs. n. 124 del 2004) è radicalmente inapplicabile, in ragione della sicura insanabilità della condotta e della inosservanza, per la sua natura commissiva e per la irrecuperabilità del bene giuridico tutelato.

S tenga presente, inoltre, che per effetto dell'art. 39, comma 7, del d.l. n. 112 del 2008, competenti a constatare e contestare gli illeciti amministrativi relativi agli obblighi di istituzione, tenuta, registrazione, esibizione e conservazione del libro unico del lavoro – e conseguentemente ad irrogare le sanzioni pecuniarie amministrative – sono tutti gli organi di vigilanza che effettuano accertamenti in materia di lavoro e previdenza. Peraltro, l'autorità competente a ricevere il rapporto, ai sensi dell'art. 17 della l. n. 689 del 1981 (in  indice A-Z, voce *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*), in caso di mancata estinzione delle violazioni mediante pagamento delle sanzioni in misura ridotta, è la Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente.

Da ultimo, se il libro unico del lavoro è nato ufficialmente il 18 agosto 2008, tuttavia il Ministero del *Welfare* con l'art. 7, comma 1, del decreto ministeriale 9 luglio 2008, ha concesso un comodo regime transitorio, fino al 16 gennaio 2009 («fino al periodo di paga relativo al mese di dicembre 2008»), nel quale i datori di lavoro possono utilizzare i vecchi libri paga e presenze per assolvere agli obblighi di tenuta, registrazione ed esibizione del libro unico. Per i lavoratori a domicilio si possono utilizzare il libretto personale di controllo del lavoratore e il registro dei lavoratori a domicilio tenuto dal datore di lavoro. Il decreto ministeriale sul punto è chiaro e preciso: l'assolvimento degli obblighi di tenuta e conservazione del libro unico può avvenire, nel periodo transitorio, «mediante la corretta e regolare tenuta del libro paga, nelle sue sezioni paga e presenze o del registro dei lavoratori e del libretto personale di controllo per i lavoratori a domicilio, debitamente compilati e aggiornati». La circ. n. 20 del 2008 ulteriormente precisa il significato della previsione contenuta nel d.m. 9 luglio 2008, secondo cui i libri utilizzabili transitoriamente devono essere «preventivamente vidimati e debitamente compilati e aggiornati» (in questo senso anche la nota Inail 2 settembre 2008, n. 6901). In ogni caso le sanzioni irrogabili, per le eventuali irregolarità, sono solo quelle del d.l. n. 112 del 2008, come convertito dalla l. n. 133 del 2008. Il libro matricola e il registro d'impresa, invece, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale, sono definitivamente e immediatamente abrogati e pertanto non devono essere più aggiornati a far data dal 18 agosto 2008.

5.4. Un ulteriore fondamentale momento riformatore è quello in materia di orario di lavoro di cui all'art. 41 del d.l. n. 112 del 2008: ancora una volta allo scopo di incoraggiare le imprese verso una maggiore occupazione il legislatore interviene coraggiosamente nell'ottica di una semplificazione e di una certezza normativa nel testo del d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

Anzitutto viene meglio individuata la figura del lavoratore notturno in difetto di disciplina collettiva, per cui è considerato lavoratore notturno qualsiasi lavoratore che svolga per almeno tre ore lavoro notturno per un minimo di ottanta giorni lavorativi all'anno (art. 1, comma 2, lett. e, n. 2, del d.lgs. n. 66 del 2003, come modificato dall'art. 41, comma 1). Altro intervento chiarificatore attiene alla figura del “lavoratore mobile” che viene individuato per tutte le ipotesi di trasporto passeggeri o merci sia per conto proprio che per conto di terzi (art. 1, comma 2, lett. h, del d.lgs. n. 66 del 2003, come modificato dall'art. 41, comma 2).

Viene inoltre previsto che il d.lgs. n. 66 del 2003 non trovi applicazione per le prestazioni lavorative svolte dagli addetti ai servizi di vigilanza privata (art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 66 del 2003, come modificato dall'art. 41, comma 3).

Il legislatore esonera dalla fruizione in modo consecutivo delle undici ore di riposo giornaliero oltre che i lavoratori addetti alle attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata anche quelli che operano in lavori che prevedono regimi di reperibilità (art. 7, del d.lgs. n. 66 del 2003, come modificato dall'art. 41, comma 4). Sempre con riguardo al riposo giornaliero, ma anche alla durata massima dell'orario di lavoro, viene prevista una deroga specifica per il personale delle aree dirigenziali degli enti e delle aziende del servizio sanitario nazionale (art. 41, comma 13, del d.l. n. 112 del 2008).

Con riferimento al riposo settimanale, la cui obbligatoria consecutività con il riposo giornaliero ha comportato reazioni punitive di impatto notevole in realtà aziendali anche medie e piccole, il legislatore stabilisce che il periodo di riposo consecutivo, di almeno ventiquattro ore consecutive ogni sette giorni da cumulare con le ore di riposo giornaliero, deve essere calcolato come media in un periodo non superiore a 14 giorni (art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 66 del 2003, come modificato dall'art. 41, comma 5). Inoltre, sempre con riferimento al riposo settimanale, viene chiarita l'esclusione dall'obbligo di cui all'art. 9, comma 1, per i lavoratori addetti ad attività di lavoro a turni ogni volta che il lavoratore cambi turno o squadra e non possa usufruire, tra la fine del servizio di un turno o di una squadra e l'inizio del successivo, di periodi di riposo giornaliero o settimanale (art. 9, comma 2, lett. a, del d.lgs. n. 66 del 2003, come modificato dall'art. 41, comma 6).

Viene modificato anche lo strumento derogatorio alle disposizioni in materia di riposi giornalieri, pause e organizzazione e durata del lavoro notturno: se, infatti, in prima battuta le deroghe possono essere fissate esclusivamente mediante la contrattazione collettiva di livello nazionale, in assenza di specifiche disposizioni contrattuali di livello nazionale, per il solo settore privato, le deroghe possono essere stabilite nei contratti collettivi territoriali o aziendali (art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 66 del 2003, come modificato dall'art. 41, comma 7).

Non manca una rivisitazione dell'apparato sanzionatorio amministrativo nei commi 3, 4 e 6 dell'art. 18-*bis* del d.lgs. n. 66 del 2003, come modificati dall'art. 41, commi 8, 9 e 10, del d.l. n. 112 del 2008, al fine di eliminare la stravagante sanzione sul superamento dell'orario normale di lavoro e di ridurre l'impatto sanzionatorio sulle violazioni in materia di omessa o tardata fruizione dei riposi giornalieri (la sanzione pecuniaria passa dai precedenti minimo e massimo di 105 e 630 euro, agli attuali 25 e 100 euro) e settimanali (con riferimento della sanzionabilità della condotta ai periodi di riferimento quadrimestrali, semestrali o annuali di cui all'art. 4, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 66 del 2003).

Scompaiono, inoltre, per effetto dell'art. 41, comma 14, del d.l. n. 112 del 2008, gli obblighi formali di comunicazione di cui agli artt. 4, comma 5 (che prevedeva l'obbligo, per unità produttive con più di dieci dipendenti, in caso di superamento delle 48 ore di lavoro settimanale attraverso prestazioni di lavoro straordinario, di informare, alla scadenza del periodo di riferimento, la Direzione provinciale del lavoro), e 12, comma 2 (che stabiliva l'obbligo di informare per iscritto annualmente la Direzione provinciale del lavoro dell'esecuzione di lavoro notturno in modo continuativo o in turni periodici), del d.lgs. n. 66 del 2003 (viene abrogato anche il comma 5 dell'art. 18-*bis* che sanzionava l'omessa e la tardiva comunicazione del superamento delle 48 ore).

Infine, di assoluto rilievo è l'intervento parzialmente abrogativo che interessa il potere di sospensione dell'attività d'impresa così come attribuito al personale ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro dall'art. 14 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Testo unico della salute e sicurezza sul lavoro*). L'art. 41, commi 11 e 12, del d.l. n. 112 del 2008 elimina dai presupposti della sospensione dell'attività d'impresa le reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale, che andavano valutate tenendo in considerazione le specifiche gravità di esposizione al rischio di infortunio. Ne consegue che dal 25 giugno 2008 nessuna realtà imprenditoriale può più essere sospesa in ragione della ripetizione nel tempo di illecito superamento della durata massima dell'orario di lavoro ovvero dell'omessa o tardata fruizione dei riposi giornalieri e settimanali.

5.5. Altri interventi di riforma riguardano la de-regolazione e la semplificazione volte a promuovere una maggiore occupazione.

In questa direzione si pone, senza dubbio, l'abrogazione della procedura obbligatoria telematica di presentazione delle dimissioni volontarie introdotta dalla l. 17 ottobre 2007, n. 188 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Dimissioni*) (sul provvedimento abrogato cfr. il commento

di G. PELLACANI, *La nuova legge sulle dimissioni volontarie: un inutile omaggio alla cultura del sospetto?*, in *q. Rivista*, 2008, n. 1, 177). L'art. 41, commi 11 e 12, del d.l. n. 112 del 2008 elimina dai presupposti della sospensione: dal 25 giugno 2008 i lavoratori subordinati possono dimettersi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva applicabile e, comunque, con qualsiasi atto scritto (art. 39, comma 10, lett. l, del d.l. n. 112 del 2008). Scompare un meccanismo che aveva notevolmente appesantito, in pochi mesi di vita, la gestione documentale dei rapporti di lavoro, senza peraltro riuscire a sconfiggere né ad intaccare l'odioso fenomeno delle dimissioni "in bianco" che nel frattempo si erano trasformate in pseudo-risoluzioni consensuali ("in bianco").

Di centrale importanza è anche l'abrogazione degli "indici di congruità" di cui all'art. 1, commi 1173 e 1174 della l. n. 296 del 2006, con i quali si intendeva individuare i settori nei quali sono più elevati i livelli di violazione delle disposizioni in materia di incentivi e agevolazioni contributive nonché in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, attraverso la definizione di un ipotetico e quanto mai imprevedibile rapporto fra la qualità dei beni prodotti e dei servizi offerti e la quantità di ore di lavoro necessarie in raffronto ad uno scostamento percentuale dall'indice da considerare tollerabile (art. 39, comma 10, lett. n, del d.l. n. 112 del 2008) (per un commento più approfondito su questa disposizione si veda C. BIZZARRO, P. RAUSEI, *L'abrogazione degli indici di congruità*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione).

Analogo obiettivo intendono conseguire le semplificazioni in materia di collocamento obbligatorio, sia con riguardo all'invio del prospetto informativo di cui all'art. 9, comma 6, della l. 12 marzo 1999, n. 68 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Collocamento*), che viene uniformato in una nuova procedura telematica, mentre se ne prevede la non ripetizione negli anni successivi se rispetto all'ultimo prospetto inviato non avvengono cambiamenti nella situazione occupazionale, tali da modificare l'obbligo o da incidere sul computo della quota di riserva, sia con riferimento alla abrogazione dell'obbligo di presentare la certificazione di ottemperanza alle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, di cui all'art. 17, comma 1, della l. n. 68 del 1999, rilasciata dagli uffici competenti per la partecipazione a bandi per appalti pubblici o per intrattenere rapporti convenzionali con pubbliche amministrazioni (art. 40, commi 4 e 5, del d.l. n. 112 del 2008).

Anche la semplificazione della denuncia assicurativa dei soci, dei coadiuvanti e dei collaboratori familiari, di cui all'art. 23 del d.P.R. n. 1124 del 1965, attraverso la previsione della comunicazione in via telematica all'Inail rappresenta un momento di supporto alla gestione dell'impresa (art. 39, comma 8, del d.l. n. 112 del 2008, su cui si veda la nota Inail 25 agosto 2008, n. 6793).

Nella stessa direzione si muove anche la previsione di: abrogare le disposizioni speciali che governavano il collocamento nello spettacolo (d.P.R. 24 settembre 1963, n. 2053, l. 8 gennaio 1979, n. 8, e d.P.R. 21 gennaio 1981, n. 179, tutti in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro nello spettacolo*, abrogati dall'art. 39, comma 10, lett. d, g e h, del d.l. n. 112 del 2008); semplificare gli obblighi di collocamento per la gente di mare da parte degli armatori e delle società di armamento che sono tenuti a comunicare l'assunzione e la cessazione dei rapporti di lavoro, entro il ventesimo giorno del mese successivo alla data di imbarco o sbarco (art. 40, comma 6, del d.l. n. 112 del 2008).

Infine, completa il quadro riformatore del contrasto al sommerso mediante la promozione di una agevole regolarizzazione dei rapporti di lavoro irregolari, l'abrogazione dei commi 21 e 22 dell'art. 1 della l. 8 agosto 1995, n. 335 (vedi gli articoli abrogati in [📖](#) indice A-Z, voce *Previdenza*), che prevedevano il parziale divieto di cumulo tra la pensione e i redditi da lavoro, con la contestuale definitiva abolizione, dal 1° gennaio 2009, del divieto di cumulo tra pensione e redditi di lavoro (art. 19 del d.l. n. 112 del 2008).

5.6. A conclusione di questa analisi delle norme in materia di lavoro contenute nel d.l. n.

112 del 2008, convertito dalla l. n. 133 del 2008, che reca disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, appare chiaro il ritorno del legislatore sui principi ispiratori e sulle logiche della riforma del mercato del lavoro di cui alla l. 14 febbraio 2003, n. 30, così come attuata dal d.lgs. n. 276 del 2003. Se ne può ricavare, dunque, la palese continuità del “pacchetto Sacconi”, non solo riguardo alla “riforma Biagi”, ma anche al “pacchetto Treu”, secondo gli obiettivi di lotta all’elusione e di contrasto al sommerso, perseguiti attraverso una de-regolazione e una semplificazione della gestione dei rapporti di lavoro, senza abbassamento del livello di tutela sostanziale del lavoro, subordinato ma anche autonomo, rispetto alla retribuzione, alla contribuzione e alla sicurezza.

Pierluigi Rausei

Direttore – Direzione provinciale del lavoro di Macerata

6. Pubblico impiego

Assenze per malattia e per permesso retribuito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni

Sommario: **6.1.** 1. Le assenze per malattia ed i tagli al trattamento accessorio. – **6.2.** Le forme di controllo sulle assenze per malattia. – **6.3.** La necessità di attivare la visita fiscale. – **6.4.** La quantificazione dei permessi retribuiti. – **6.5.** La distribuzione delle somme dei fondi e la contrattazione integrativa.– **6.6.** Considerazioni conclusive.

6.1. La manovra d’estate, come è evidente dalla lettura degli articoli che compongono il d.l. n. 112/2008 convertito nella l. n. 133/2008 (in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), è mossa, da un punto di vista più strettamente economico, dall’intento di risanare i conti pubblici in vista del pareggio di bilancio per il 2011.

Tuttavia gli strumenti all’uopo approntati, invero già presenti nella congerie di norme che regolano l’azione amministrativa, si sono risolti nella modifica di istituti già esistenti, resi più stringenti ed effettivi.

Ne sono un esempio le innovazioni introdotte nel “pubblico impiego”, declinate secondo tre direttrici: l’efficienza; la riduzione dei costi e lo svecchiamento degli organici.

Tra gli strumenti ritenuti dal legislatore idonei ad incrementare l’efficienza nella Pubblica Amministrazione, rientra a pieno titolo l’art. 71, rubricato *Assenze per malattia e per permesso retribuito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, che ha introdotto i tagli al trattamento accessorio e la stretta sulle visite fiscali.

Per quanto concerne l’ambito soggettivo della norma in esame, la Presidenza del Consiglio, con la circ. n. 7 del 17 luglio 2008 (in  indice A-Z, voce *Pubblico impiego*), ha specificato che la nuova disciplina si applica ai dipendenti a tempo determinato contrattualizzati e non e, nei limiti in cui è compatibile, anche ai dipendenti assunti con forme di impiego flessibile del personale.

L’art. 71, tuttavia, è stato oggetto sin da subito di numerose critiche in particolare relative al primo comma, contenente disposizioni sul trattamento economico spettante al dipendente in caso di assenza per malattia.

La norma prevede, infatti che «Per i periodi di assenza per malattia, di qualunque durata, ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nei primi dieci giorni di assenza è corrisposto il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità ed emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento accessorio» (il d.lgs. n. 165 può essere letto integralmente in  indice A-Z, voce *Pubblico*

impiego).

L'intento di scoraggiare la mancata presenza in servizio viene dunque perseguito attraverso l'alleggerimento della busta paga, ridotta al solo trattamento economico fondamentale, da identificarsi nelle voci rientranti: nel trattamento economico tabellare iniziale e di sviluppo economico; nella tredicesima mensilità, nella retribuzione individuale di anzianità, ove acquisita, negli eventuali assegni *ad personam* per il personale del comparto ministeri e in analoghe voci per il personale dipendente da altri comparti. Per il personale dell'area I si considerano, inoltre, lo stipendio tabellare, la retribuzione di posizione di parte fissa, la tredicesima mensilità, la retribuzione individuale di anzianità ove acquisita, eventuali assegni *ad personam* e voci simili per il personale dirigenziale appartenente ad altre aree.

Il *limen* tra "trattamento economico fondamentale" che il dipendente conserva ed "indennità e emolumenti accessori" che invece cadono è stabilito dalla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 45 del d.lgs. n. 165/2001, che, tuttavia, non potrà derogare alle previsioni dell'art. 71.

L'ampiezza della formula è indicativa della volontà del legislatore di includere tutto ciò che sia accessorio rispetto al trattamento base: ovvero, per quanto concerne il personale del comparto Regioni ed enti locali, ci si riferisce ad esempio alle indennità di posizione per i titolari di posizioni organizzative; ai compensi per specifiche responsabilità; alle indennità di vigilanza e così via.

Naturalmente, per le parti non incompatibili con il nuovo regime legale, continueranno ad applicarsi le clausole dei contratti collettivi e degli accordi negoziali di riferimento.

Sono escluse dall'ambito della disciplina alcune particolari ipotesi di assenza per malattia quali: infortuni sul lavoro; infortuni per causa di servizio; ricovero ospedaliero anche nella forma del *day hospital* e nelle terapie salvavita.

L'obiettivo, che per quanto riguarda il pubblico impiego è stato definito non procrastinabile, non può considerarsi ridotto ad un'opera moralizzatrice dell'agire amministrativo, bensì rappresenta un'operazione contabile molto più ampia. Si calcola, infatti, che la eliminazione degli emolumenti e delle indennità accessorie costituirà economia di bilancio per l'amministrazione statale, mentre per gli altri enti concorrerà al miglioramento dei saldi di bilancio.

Tra l'altro, come prevede espressamente la norma, tali risparmi «non possono essere utilizzati per incrementare i fondi destinati alla contrattazione collettiva».

Quest'ultimo inciso va letto unitamente al quinto comma dell'articolo in esame ove si prevede che i giorni di assenza entro i primi dieci giorni non possono essere equiparate alla presenza in servizio ai fini della distribuzione delle somme delle risorse della contrattazione decentrata integrativa ad eccezione delle assenze per maternità o paternità; lutto; citazione a testimoniare; funzioni di giudice popolare o per i portatori di gravi handicap.

6.2. I problemi ermeneutici posti dalla norma (dal cui ambito di applicazione, ai sensi del comma 1-*bis*, è escluso «il comparto sicurezza e difesa per le malattie conseguenti a lesioni riportate in determinate attività operative ed addestrative») involgono anche il secondo comma dell'articolo in questione il quale stabilisce: «Nell'ipotesi di assenza per malattia protratta per un periodo superiore a dieci giorni, e, in ogni caso, dopo il secondo evento di malattia nell'anno solare, l'assenza viene giustificata esclusivamente mediante presentazione di certificazione medica rilasciata da struttura sanitaria pubblica».

La formula utilizzata era poco chiara in merito alla certificazione rilasciata dai medici di famiglia: ad una interpretazione più letterale, che dunque escludeva anche i medici convenzionati con le strutture pubbliche si è contrapposto una lettura costituzionalmente orientata, successivamente sposata dalla circ. della Funzione Pubblica n. 7 del 2007 (in  indice A-Z, voce *Pubblico impiego*).

La soluzione adottata, che appare coerente oltre che con le norme costituzionali, anche

con l'organizzazione dell'assistenza sanitaria ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 502/1992 (in  indice A-Z, voce *Pubblico impiego*), consente che, ad eccezione dei medici privati, anche i medici di famiglia, purché convenzionati con le strutture pubbliche, possano giustificare le assenze di durata superiore a 10 giorni e quelle successive al secondo episodio di assenza nel corso dello stesso anno solare.

È opportuno sottolineare che la qualità del medico, ovvero l'evidenza del rapporto con il Servizio sanitario Nazionale deve risultare dalla certificazione.

Quanto all'individuazione del «periodo superiore a dieci giorni», la fattispecie si realizza sia nel caso di attestazione mediante un unico certificato dell'intera assenza sia nella ipotesi in cui in occasione dell'evento originario sia stata indicata una prognosi successivamente protratta mediante altro/i certificato/i, sempre che l'assenza sia continuativa («malattia protratta»).

Nella nozione di «secondo evento» rientra, tra l'altro, anche l'ipotesi di un solo giorno di malattia successivo ad un precedente e distinto «evento» di un solo giorno.

Naturalmente, nel rispetto dei principi di necessità e dell'indispensabilità sottesi alla disciplina dettata a protezione della *privacy*, in linea generale (salvo specifiche previsioni) le Pubbliche Amministrazioni possono pretendere esclusivamente che i certificati prodotti dai dipendenti contengano esclusivamente la prognosi e non la diagnosi (si veda in proposito anche la delibera del Garante per la protezione dei dati personali del 14 giugno 2007, relativa a *Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico*, in  indice A-Z, voce *Privacy*).

6.3. Il terzo comma dell'art. 71 prevede che la Pubblica Amministrazione interessata richieda la visita fiscale anche nel caso in cui l'assenza sia limitata ad un solo giorno e, innovando rispetto alle attuali previsioni negoziali, stabilisce un regime orario più ampio per la reperibilità al fine di agevolare i controlli che possono scattare dalle ore 8 alle 13 e dalle 14 alle 20, compresi i giorni non lavorativi e festivi.

La norma specifica che la richiesta per l'attivazione della visita fiscale dovrà essere presentata «tenuto conto delle esigenze funzionali ed organizzative». Ciò, in definitiva comporta che l'amministrazione cui appartiene il dipendente sia sempre tenuta a chiedere la visita fiscale sin dal primo giorno, salvo particolari impedimenti del servizio del personale derivanti da un eccezionale carico di lavoro o urgenze della giornata.

6.4. Il comma 4 dell'art. 71 contiene dei criteri per la contrattazione collettiva. In particolare, i permessi retribuiti che possono essere fruiti a giorni o alternativamente ad ore debbano essere quantificati comunque ad ore. Inoltre, si stabilisce che «Nel caso di fruizione dell'intera giornata lavorativa, l'incidenza dell'assenza sul monte ore a disposizione del dipendente, per ciascuna tipologia, viene computata con riferimento all'orario di lavoro che il medesimo avrebbe dovuto osservare nella giornata di assenza».

La norma risponde all'evidente esigenza di impedire distorsioni nell'applicazione delle clausole e delle disposizioni che prevedono permessi retribuiti, evitando che i permessi siano chiesti e fruiti sempre nelle giornate in cui il dipendente dovrebbe recuperare l'orario. La norma è rivolta alle parti negoziali e sarà applicata in sede di contrattazione integrativa; tuttavia, lì dove i contratti collettivi vigenti prevedono l'alternatività tra la fruizione a giornate e quella ad ore dei permessi, fissando già il monte ore, le amministrazioni sono tenute ad applicare direttamente il secondo periodo del comma 4 in esame a partire dall'entrata in vigore del decreto legge.

Infine, come previsto dal comma 6 dell'art. 71 in esame, le nuove norme assumono carattere imperativo non potendo essere derogate dai contratti o dagli accordi collettivi.

6.5. Il comma 5, come già anticipato, affronta il tema della incidenza delle assenze dal servizio ai fini della distribuzione delle somme dei fondi per la contrattazione collettiva negando, in virtù dei criteri di efficienza ed economicità, la possibilità di equiparare le

stesse al servizio effettivo. La regola, prevede delle eccezioni al fine di non penalizzare il dipendente che si trovi nelle particolari condizioni tassativamente descritte nel medesimo comma.

La portata della innovazione è innanzitutto in una sorta di rivoluzione metodologica: l'efficienza da intendere in senso lato, non riducibile al solo aspetto economico, non rappresenta un obiettivo eventuale ma il *leit motiv* dell'azione pubblica. Ciò è evidente nella stessa costruzione dell'articolo, in cui l'efficienza non viene mai nominata ma esiste come obiettivo, da ricercare attraverso gli strumenti della eliminazione delle indennità, della stretta sui controlli sino alla distribuzione dei fondi solo per il dipendente effettivamente in servizio.

Dunque la norma ha una forte valenza di principio vincolando le amministrazioni in sede negoziale e, in particolare, in sede di contrattazione integrativa, a non considerare alla stessa stregua la presenza e l'assenza dal servizio ai fini dell'assegnazione di premi di produttività o altri incentivi comunque denominati, delle progressioni professionali ed economiche, dell'attribuzione della retribuzione di risultato per i dirigenti (la norma non riguarda invece la retribuzione di posizione, che non ha carattere di incentivo ma di corrispettivo connesso alle responsabilità derivanti dalla titolarità dell'incarico).

Naturalmente la presenza non equivale a produttività e dunque alle maggiorazioni a questa conseguenti. Le misure anti-assenteismo, già presenti nell'impianto normativo ma resi più pregnanti dalla manovra, non travolgono la disciplina dei premi di produttività che restano comunque ancorati all'effettivo apporto dei dipendenti sia come singoli che come amministrazione nel complesso. Diversamente il principio meritocratico che dovrebbe governare l'impiego a prescindere dalla qualità pubblica o privata del datore di lavoro verrebbe sacrificato in nome della semplice presenza sul luogo di lavoro.

Per estensione, anche nel caso di assenze giustificate ai sensi del comma 5 dell'articolo in esame, occorrerà valutare i risultati effettivamente raggiunti e solo in caso di output reali distribuire quella che in politica del lavoro rappresenta la parte variabile e dunque eventuale del compenso. L'obiettivo è evitare ciò che ha caratterizzato la storia dei premi di produttività sin dalla loro introduzione: ovvero la distribuzione a pioggia che è in definitiva, stante il suo automatismo, l'esatto contrario della logica premiale.

Non fa eccezione al principio d'anzì esposto l'ipotesi in cui i premi siano connessi a determinate modalità della prestazione lavorativa (ad es. turno, reperibilità, rischio, disagio, trattamento per lavoro straordinario ecc.): anche in tal caso l'erogazione è subordinata alla effettività della prestazione.

6.6. Come anticipato, l'articolo in commento prevede una serie di strumenti approntati per il contenimento della spesa pubblica ma che, tuttavia, si riflettono inevitabilmente sull'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali; cosa non di poco conto se si considera che mentre quest'ultima è di competenza esclusiva delle Regioni, la materia della armonizzazione dei bilanci pubblici, del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario è di competenza concorrente.

A questo punto se la *ratio* dell'art. 71 fosse data esclusivamente dall'intento di riorganizzare gli uffici regionali, molto probabilmente la norma sarebbe incostituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. in merito al riparto delle competenze tra Stato e Regione, ma è lo stesso titolo del Capo II della l. n. 133/2008 che contiene la norma in esame a fugare ogni dubbio. Il contenimento della spesa pubblica è, infatti, l'obiettivo principe della manovra d'estate, e se lo stesso rientra senza smentita in una materia di legislazione concorrente, l'unico giudizio sulla legittimità costituzionale dell'art. 71 dipende dalla delimitazione degli ambiti entro i quali lo Stato può legiferare in ordine ai principi generali del coordinamento della finanza pubblica.

La giurisprudenza costituzionale (si veda da ultimo C. Cost. 18 aprile 2007 n. 169) ha già indicato i limiti che il legislatore statale incontra nella determinazione dei principi fon-

damentali della materia (in  indice A-Z, voce *Regioni*).

Le norme, che per la Consulta sono rispettose del dettato costituzionale, debbono rispondere a determinati requisiti: in primo luogo, limitarsi a porre obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica, intesi anche nel senso di un transitorio contenimento complessivo, sebbene non generale, della spesa corrente; in secondo luogo, non prevedere strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi.

La legge statale può, dunque, prescrivere criteri e obiettivi per il coordinamento della finanza pubblica e l'armonizzazione dei bilanci, prevedendo ad esempio il contenimento della spesa pubblica secondo determinati livelli, ma non può imporre alle Regioni, minutamente, gli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi, senza invadere, indebitamente, l'area riservata alle autonomie regionali.

La Corte non contesta il potere del legislatore statale di imporre agli enti autonomi, per ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali, condizionati anche dagli obblighi comunitari, vincoli alle politiche di bilancio, anche se questi si traducono, inevitabilmente, in limitazioni indirette all'autonomia di spesa degli enti.

Ciò che esorbita dagli ambiti del potere statale e che si traduce in un illecita invasione delle competenze regionali è la determinazione in concreto degli strumenti con cui attuare i vincoli alle politiche di bilancio.

Alla luce dei principi espressi dal Giudice delle leggi, dunque, l'art. 71, nella sua formulazione, parrebbe lesivo dell'autonomia regionale proprio in merito alla previsione puntuale dei rimedi che anche l'ente regionale dovrebbe approntare per risanare i conti pubblici (per una disamina dei rapporti di lavoro alle dipendenze degli enti regionali e locali si veda l'articolo di A. TROISI, *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti regionali e locali*, in *q. Fascicolo*, alla sezione *Ricerche Problemi e prospettive di riforma del lavoro pubblico*).

Paola Fusco
Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Adapt – Fondazione Marco Biagi

7. Rapporti interpositori

Obbligazione contributiva e responsabilità solidale

Sommario: **7.1.** Premessa. – **7.2.** Appalto e tutela dei lavoratori nel codice civile. – **7.3.** La disciplina in tema di intermediazione di manodopera e appalto introdotta dal legislatore del 1960. – **7.3.1.** La giurisprudenza in tema di individuazione del datore di lavoro obbligato ad assolvere l'obbligo contributivo in ipotesi di intermediazione illecita di manodopera. – **7.4.** Appalto, distacco e somministrazione nel decreto delegato del 2003: profili generali. – **7.5.** La somministrazione. – **7.5.1.** Somministrazione illecita. – **7.5.2.** Somministrazione irregolare. – **7.5.3.** Interposizione fraudolenta. – **7.6.** L'appalto. – **7.6.1.** Appalto non genuino. – **7.7.** Distacco non genuino. – **7.8.** La responsabilità solidale fra appaltatore e subappaltatore.

7.1. Secondo quanto evidenziato dalla dottrina più avvertita il disvalore dell'ordinamento nella scissione fra utilizzazione del lavoro e titolarità è insito nell'invenzione stessa del concetto di subordinazione e, in questo quadro, a nulla rileva l'abrogazione della l. 23 ottobre 1960, n. 1369 (in  indice A-Z, voce *Rapporti interpositori*), in tema di divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e servizi (O. MAZZOTTA, *L'appalto di lavoro tra vecchie e nuove norme*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato

dal CSM sul tema *Lavori flessibili e giurisprudenza*, 31 gennaio-2 febbraio 2007, 8-9). È attraverso la menzionata norma del codice civile – e dunque prima ed oltre il divieto di interposizione – che prende capo la regola generale che preclude forme di organizzazione del lavoro in cui l'effettivo utilizzatore della prestazione non coincida con il titolare del rapporto di lavoro ovvero – il che è eguale – quella che esclude che l'acquisizione di energie lavorative possa svincolarsi dall'impiego dello strumento giuridico che è appellato "contratto di lavoro subordinato" e che è tuttora descritto dal codice civile (O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 10) e che rappresenta, nonostante qualsivoglia tentativo di riduzione, la categoria maggiormente utilizzata (M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, Working Paper C.S.D.L.E. "M. D'Antona", 2008, n. 65). All'interno di questa ricostruzione si pone anche l'istituto della somministrazione, con la conseguenza che il bilanciamento delle ragioni dell'impresa con quelle del lavoro intanto è conforme all'art. 41 Cost. in quanto si caratterizza come eccezione rispetto alla regola della necessaria inerenza del rapporto di lavoro alla struttura produttiva nel cui contesto si inserisce e che ne beneficia, tuttora predisposta dall'art. 2094 c.c. (O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 11).

7.2. Come noto la disciplina dettata dal legislatore del 1942 in tema di contratto di appalto dedica alla tutela dei lavoratori l'art. 1676 c.c. (in  indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*), norma eccezionale e non estensibile analogicamente e che, infine, non detta alcuna disciplina afferente alla posizione degli enti previdenziali, né al recupero della contribuzione omessa da parte dell'appaltatore con riguardo ai propri dipendenti, con la conseguenza pertanto che l'azione riconosciuta a costoro dovrebbe essere limitata al recupero della retribuzione spettante, ivi compresa la contribuzione previdenziale posta a loro carico.

Si osservi ancora, da ultimo, che di una disposizione di tal fatta se ne potrebbe predicare l'applicazione anche in favore dei lavoratori a progetto, lavoratori la cui posizione economica e previdenziale è più vicina ai lavoratori subordinati piuttosto che ai lavoratori autonomi.

Per quel che interessa in questa sede, con riguardo alla menzionata disposizione è sufficiente evidenziare che, in forza di essa, si riconosce in capo ai dipendenti dell'appaltatore di proporre un'azione speciale diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda (sin da ora si veda D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1992, 494).

La predetta azione diretta spetta a qualsiasi dipendente dell'appaltatore, qualunque sia stata la natura e la durata delle funzioni, comprendendovi pertanto sia gli operai sia gli impiegati, a condizione, però, che l'attività lavorativa sia stata prestata in quel determinato appalto.

La medesima regola si applica altresì ai dipendenti del subappaltatore i quali hanno l'azione diretta verso l'appaltatore nei limiti del debito di questi verso il subappaltatore, perché anche il subappalto è un appalto (in questi termini, D. RUBINO, G. IUDICA, *op. cit.*, 496, e ivi, alla nota 4, richiami di giurisprudenza).

La richiesta di pagamento può essere fatta anche con domanda stragiudiziale, non apparendo necessaria la promozione di un'azione giudiziaria. Dal momento di tale richiesta il committente non può pagare all'appaltatore e se lo fa il pagamento è valido ed efficace nei confronti di questi, rimanendo priva di efficacia nei confronti del lavoratore, con la conseguenza che permane in capo al committente l'obbligo di pagare quanto dovuto al lavoratore.

7.3. L'art. 1 della l. n. 1369/1960 introduce il divieto generale di interposizione illecita di manodopera, considerando appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto, subappalto, anche per esecuzione di opere e di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali,

macchine e attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso sia corrisposto un compenso all'appaltante (commi 1 e 3).

A sua volta l'art. 3 introduce una deroga al precitato divieto, consentendo appalti di opere o servizi, da eseguirsi nell'interno dell'azienda con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore (comma 1).

Infine il successivo art. 5 preclude l'applicazione della regola derogatoria di liceità degli appalti endoaziendali, facendo riespandere tale regola derogatoria per determinate ipotesi (lett. *f e g*), previa autorizzazione amministrativa, o nell'esistenza di determinati caratteri di svolgimento dell'appalto (lett. *e e h*).

Il legislatore ha, con riguardo alle regole generali fissate dagli artt. 1 e 3, individuato gli effetti scaturenti dall'applicazione delle medesime.

Con riguardo all'ipotesi delineata dall'art. 1 si fissa la regola che i prestatori di lavoro sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni (ultimo comma).

A sua volta, l'art. 3, con riguardo agli appalti endoaziendali, prevede che appaltanti e appaltatori siano tenuti in solido nei confronti dei lavoratori dipendenti da questi ultimi:

- a) a corrispondere un trattamento minimo inderogabile retributivo;
- b) ad assicurare un trattamento normativo non inferiore a quello spettante ai lavoratori dipendenti dell'appaltante;
- c) a provvedere all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi in materia di previdenza e assistenza.

Per quel che riguarda il profilo previdenziale, per la prima volta, innovativamente, il legislatore, limitatamente agli appalti endoaziendali, pone a carico non solo dell'appaltatore ma anche dell'appaltante l'obbligo di pagare gli oneri previdenziali in favore dei lavoratori dell'appaltatore.

7.3.1. In questa sede è opportuna una breve digressione afferente all'individuazione del soggetto obbligato al pagamento della contribuzione previdenziale e assistenziale in ipotesi di intermediazione illecita di manodopera (art. 1, ultimo comma).

Sino all'ottobre 2006 una parte della giurisprudenza di legittimità aveva acceduto a una ricostruzione secondo la quale i lavoratori, se pure sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze di chi ne abbia utilizzato le prestazioni, possono richiedere comunque l'adempimento degli obblighi previdenziali al datore di lavoro interposto.

La Suprema Corte, con decisione resa, a sezioni unite, il 26 ottobre 2006, n. 22910 (in *q. Rivista*, 2007, n. 2, con nota di R. DEL PUNTA, *Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto*, cui adde M.T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *ADL*, 2007, II, 1011), accedendo a diversa opzione interpretativa, ha ritenuto che esclusivamente sull'appaltante (o interponente), e non anche sull'appaltatore (o interposto), gravano gli obblighi in materia di assicurazioni sociali nati dal rapporto di lavoro, senza che possa configurarsi una concorrente responsabilità di quest'ultimo.

Ciò detto, la Corte riconosce sempre la possibilità, nel caso che il prestatore di lavoro subisca un deterioramento della propria posizione, di agire nei confronti dell'interponente (appaltante/committente) con un'autonoma azione che, in presenza di una condotta produttiva di danni per il lavoratore, trova fondamento in un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.).

Questa affermazione, applicabile alla posizione degli enti previdenziali, conduce a ritenere che anche per costoro operi tale possibilità, nei limiti e secondo le regole della responsabilità aquiliana e a decorrere dal momento in cui si è prodotto il danno.

Ma la Suprema Corte, in questa decisione, non ferma la sua attenzione solo sulla legge passata, ormai abrogata, ma si spinge a esaminare la disciplina in materia di somministra-

zione e distacco introdotta con il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, ritenendo che la disciplina in questione, pur presentandosi come un'innovazione – seppure rilevante per le implicazioni di carattere tecnico sulla sistemazione dogmatica del rapporto di lavoro –, si configura anche nell'attuale assetto normativo come un'eccezione, non suscettibile né di applicazione analogica né di interpretazione estensiva, sicché allorché si fuoriesce dai rigidi schemi voluti dal legislatore per la suddetta disarticolazione si finisce per rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro come avviene in ipotesi di somministrazione irregolare ex art. 27, o di comando posto in violazione di tutto quanto prescritto dall'art. 30; fattispecie che continuano ad essere assoggettate a quei principi enunciati in giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione (la Corte fa propria la ricostruzione *retro* menzionata, *sub* § 7.1, in punto regola/eccezione e che riserva la qualifica di regola di sistema al rapporto di lavoro subordinato).

Una volta acclarato che il datore di lavoro è quello vero, con riguardo al profilo previdenziale resta, in questa sede, da chiedersi quale sia il valore degli eventuali versamenti fatti dal datore di lavoro apparente e se gli stessi possano essere utilizzati dal datore di lavoro reale per ridurre o eliminare il proprio debito.

La Suprema Corte, può dirsi ormai con giurisprudenza costante, ha ritenuto che in ipotesi di interposizione nelle prestazioni di lavoro non è configurabile una concorrente obbligazione del datore di lavoro apparente con riferimento ai contributi dovuti agli enti previdenziali, rimanendo tuttavia salva l'incidenza soddisfattiva dei pagamenti eventualmente eseguiti da terzi, ai sensi dell'art. 1180 c.c., comma 1, nonché dallo stesso datore di lavoro fittizio, senza che abbia rilevanza la consapevolezza dell'altruità del debito, atteso che nell'ipotesi di pagamento indebito dal punto di vista soggettivo il coordinamento tra gli artt. 1180 e 2036 c.c. porta a ritenere che sia qualificabile come pagamento di debito altrui, ai fini della relativa efficacia estintiva dell'obbligazione (con le condizioni di cui al comma 3 dell'art. 2036 c.c.), anche il pagamento effettuato per errore (da ultimo, Cass. 26 maggio 2008 n. 13548).

Il pagamento da parte del datore di lavoro apparente avrà effetto estintivo, totale o parziale, a seconda della sua entità e del regime contributivo del rapporto di lavoro effettivo e di quello apparente (Cass. 15 gennaio 2008 n. 657).

7.4. Il contratto di somministrazione, il contratto di appalto e il contratto di distacco rappresentano uno strumento di esternalizzazione dell'attività di impresa (per la relativa disciplina dettata nell'ambito del d.lgs. n. 276/2003, cfr.  indice A-Z, voci *Somministrazione, Appalto e subappalto, Distacco*, rispettivamente).

Il contratto di somministrazione e il contratto di distacco configurano ipotesi di interposizione nel rapporto di lavoro, anche se si differenziano tra loro sotto l'aspetto dell'interesse del datore di lavoro interposto.

In particolare nel contratto di somministrazione l'interesse è raffigurato nel compenso per la fornitura del personale, mentre nel distacco l'interesse del datore di lavoro distaccante e la temporaneità sono elementi significativi per la validità dell'istituto che non è caratterizzato dal percepimento da parte del distaccante di un compenso (C. RUSSO, *La nuova disciplina in tema di appalto e distacco*, in C. RUSSO (a cura di), *Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento d'azienda. Nuova disciplina. Profili contrattuali e previdenziali*, Giappichelli, Torino, 2006, 115-116).

Il distacco (art. 30) è una forma di somministrazione non esercitata professionalmente, ma posta in essere da qualsiasi datore di lavoro, purché in via temporanea e per soddisfare un proprio interesse (M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. II, Ipsoa, Milano, 2004, 17).

Il contratto di appalto (art. 29) si distingue dalla somministrazione di lavoro in virtù dell'oggetto:

- nel primo caso, l'appaltatore fornisce al committente/appaltante un'opera o un servizio, che realizza tramite la propria organizzazione di uomini e mezzi (obblighi di fare) e correndo il rischio di non coprire con i ricavi i costi dell'attività (rischio d'impresa);

- nel secondo caso, invece, il somministratore si limita a fornire lavoro senza alcuna implicazione di un'organizzazione, si limita cioè a inviare il lavoratore da lui assunto al terzo, che lo utilizzerà secondo le proprie esigenze (obblighi di dare) (M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., 16; M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La Riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 225).

La disposizione dell'art. 29 è confermativa di quanto stabilito dall'art. 1655 c.c. (in  indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*), anche se le due disposizioni non sono identiche: infatti nell'art. 29 si presuppone, per l'appaltatore, la qualità di imprenditore, qualità non prevista espressamente nell'art. 1655 c.c. (L. ANGIELLO, *L'appalto di servizi*, in L. GALANTINO (a cura di), *La Riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 327-328).

7.5. È stato rilevato che, a fronte dell'esplicita abrogazione della l. n. 1369/1960, l'impianto normativo della c.d. Legge Biagi sostanzialmente riecheggia le tre fattispecie regolate dalla legge del 1960.

Nello specifico:

- l'interposizione illecita di manodopera (art. 1, l. n. 1369/1960) rinviene il suo omologo nelle ipotesi di somministrazione illecita di cui agli artt. 18, 27 e 28;

- gli appalti endoaziendali di cui all'art. 3 della legge del 1960, appalti su cui si radica la solidarietà appaltante/appaltatore, trovano la loro corrispondente disciplina sia nella disciplina intermedia della l. 24 giugno 1997, n. 196, artt. da 1 a 9 (in  indice A-Z, voce *Somministrazione*), sia nella vigente normativa dedicata alla somministrazione (artt. da 20 a 26);

- gli appalti leciti ai sensi dell'art. 5 della l. n. 1369, ovvero sia le ipotesi regolari di contratti di appalto, trovano la loro corrispondenza nell'appalto di servizi dell'art. 29 (A. PALLADINI, *Interposizione illecita e divieto di intermediazione nelle prestazioni di lavoro dopo la riforma Biagi*, in *MGL*, 2005, 112; ante cfr. C. MAZZAMAURO, *Il contratto di somministrazione*, in *D&G*, 2003, 696).

La fattispecie lecita di somministrazione si compone di due contratti, il contratto di somministrazione e il contratto di lavoro subordinato, possiede determinati requisiti soggettivi e oggettivi, in difetto dei quali si ricade nell'area dell'illecito e scattano, simultaneamente o separatamente, una sanzione civile (art. 27), una sanzione penale (art. 18) e una sanzione amministrativa (art. 18.3).

Sono proprio le citate norme sanzionatorie che denotano chiaramente che la somministrazione di lavoro non è, neppure nel nuovo sistema, libera, ma ammessa a condizione che siano rispettate le regole. Con la conseguenza che, come detto nelle pagine iniziali di questo scritto, il contratto avente a oggetto il lavoro altrui rimane, anche nel nuovo sistema, vietato (M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., 156).

La somministrazione lecita, in questo quadro ricostruttivo, si pone pertanto in rapporto di *genus ad speciem* rispetto all'interposizione illecita; di quest'ultima ha tutti gli elementi qualificanti, sottraendosi al giudizio di illiceità a motivo dell'esistenza dei connotati specializzanti di legge, ovvero sia: gli attributi soggettivi e oggettivi e le condizioni formali e sostanziali imposte imperativamente (F. BASENGHI, *La somministrazione irregolare e fraudolenta*, in L. GALANTINO (a cura di), *op. cit.*, 311).

Il contratto di somministrazione, al pari del contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo di cui alla l. n. 196/1997, è il contratto che regola la fornitura di prestazioni di lavoro da un soggetto, somministratore, a un soggetto, utilizzatore, in vista di esigenze

lavorative di quest'ultimo (G. NICOLINI, *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in L. GALANTINO (a cura di), *op. cit.*, 171); nel contratto di somministrazione – osserva altro Autore – ciò che conta è la genuinità della natura imprenditoriale retrostante del somministratore di manodopera, che prepara e rende possibili le mere prestazioni lavorative da parte dei lavoratori somministrati (P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 317).

Somministrazione illecita e solidarietà.

L'art. 23.3 prevede che l'utilizzatore sia obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali.

Il comma 1 del medesimo articolo prevede, a sua volta, che i lavoratori dipendenti del somministratore abbiano diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte.

Il successivo comma 6, nel caso in cui l'utilizzatore adibisca il lavoratore a mansioni superiori o comunque mansioni non equivalenti a quelle dedotte nel contratto, prevede che di tale difformità nell'espletamento del rapporto di lavoro l'utilizzatore ne debba dare immediata comunicazione scritta al somministratore, consegnandone copia al lavoratore medesimo. Allorché l'utilizzatore non abbia adempiuto a tale obbligo di comunicazione, nel rispetto delle forme dal legislatore medesimo delineate, l'utilizzatore risponde in via esclusiva per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni superiori.

Le disposizioni dinanzi sommariamente delineate, ivi compreso l'obbligo solidale e la sua *rottura* nell'ipotesi delineata dal comma 6, si devono connettere, per quel che attiene al profilo previdenziale, con le disposizioni dettate nel successivo art. 25, articolo esplicitamente dedicato agli aspetti previdenziali nel contratto di somministrazione.

Il comma 1 di quest'ultimo articolo dispone che gli oneri contributivi previdenziali, assicurativi ed assistenziali siano a carico del somministratore che è inquadrato nel settore terziario.

La disposizione così congegnata non ci dice però se siffatto obbligo contributivo rimane a carico del somministratore anche quando il lavoratore è stato utilizzato con modalità difformi e senza che ne sia data informazione, secondo le note modalità, al somministratore. Pare si possa affermare che in questa ipotesi l'obbligo contributivo si radichi esclusivamente in capo all'utilizzatore, soggetto che pertanto dovrà direttamente pagare la contribuzione previdenziale dovuta secondo l'inquadramento dello stesso e nel rispetto della contrattazione collettiva nazionale che applica ai propri lavoratori.

L'onere esclusivo a carico dell'utilizzatore dovrebbe riguardare solo il differenziale contributivo e non l'importo regolarmente pagato a titolo di contribuzione da parte del somministratore.

All'opposto se vi è stata regolare comunicazione si dovrà concludere che resta fermo l'obbligo solidale e il pagamento degli oneri contributivi da parte del somministratore secondo la regola generale.

7.5.1. La somministrazione sarà illecita, anzi "irregolare", sul versante civilistico (art. 27), nelle ipotesi previste dal citato articolo.

Di somministrazione illecita si tratterà anche e soprattutto quando sia stipulato e adempiuto un simulato contratto di appalto con un soggetto non autorizzato, per dissimulare un reale contratto di somministrazione (M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., 16).

Nell'ambito della somministrazione illecita lo stesso legislatore del d.lgs. n. 276/2003 ritaglia *ex novo* una specifica figura, quella della somministrazione fraudolenta, fatta oggetto di distinta e incisiva sanzione penale.

La somministrazione fraudolenta sorge quando non solo siano integrati gli elementi della somministrazione illecita, ma si riscontri il dolo specifico «di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore» (M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., 17).

La distinzione fra somministrazione irregolare e fraudolenta è stata introdotta con l'intendimento originario di differenziare nettamente le sanzioni civili applicabili nei due casi, secondo il modello francese: annullabilità su iniziativa del lavoratore interessato nel primo caso; nel secondo nullità (quando il contratto è stato stipulato per una finalità fraudolenta comune alle parti, *ex artt.* 1344 e 1418.2 c.c.; P. ICHINO, *op. cit.*, 317-318).

Pare che, come osservato da parte della dottrina, il binomio somministrazione irregolare/fraudolenta costituisca un tentativo maldestro di introdurre distinzioni giuridiche incompatibili con il quadro complessivo: ciò vale per l'idea che la somministrazione irregolare possa essere appaiata a una sorta di annullabilità e quella fraudolenta a una sorta di nullità.

Il discorso non regge: il contratto di somministrazione non conforme alle regole è nullo per contrarietà a norma imperativa e dunque quella che è qualificata come mera irregolarità è una *species* del *genus* nullità.

In questo quadro la somministrazione fraudolenta appare come un inutile doppione della disciplina sanzionatoria della somministrazione irregolare.

Se infatti della nozione di frode alla legge si dà un'accezione oggettiva, sfuma l'autonomia concettuale fra le due situazioni, dal momento che sempre e comunque la somministrazione irregolare ha la funzione di eludere la disciplina garantistica (O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 24).

7.5.2. L'art. 27.1 riconosce in capo al lavoratore il potere di agire per la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione.

In questa ipotesi tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, sono idonei a liberare l'utilizzatore, reale datore di lavoro, dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata (art. 27.2, I periodo).

La questione giuridica da risolvere, per quel che può rilevare in questa sede, attiene all'esclusività o meno di siffatto potere in capo al lavoratore, ovvero se altri soggetti, fra i quali si annoverano gli enti previdenziali, potranno far valere tale vizio del contratto di somministrazione.

Pare che si possa accedere a quell'opzione ermeneutica secondo la quale il regime di annullabilità su iniziativa esclusiva del lavoratore sia applicabile soltanto nel caso, del tutto residuale, di contratto stipulato correttamente in forma scritta, con tutte le indicazioni di cui all'art. 21, ultimo comma, da somministratore debitamente autorizzato, ma in violazione di uno dei divieti di cui al comma 5 dell'art. 20, lett. *b* o *c*.

Si deve invece ritenere di essere davanti a un'inevitabile nullità di tutti i contratti stipulati con un somministratore non debitamente autorizzato, nonché l'inevitabile nullità (originaria o sopravvenuta nel corso dello svolgimento del rapporto) dei contratti con somministratore debitamente autorizzato ma stipulati al di fuori dei casi o in difetto delle ragioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 20 (P. ICHINO, *op. cit.*, 319).

Si può ritenere che il potere riconosciuto al solo lavoratore attiene alla disciplina degli obblighi tra le parti; nulla impedisce tuttavia che per altri effetti l'accertamento dell'irregolarità della somministrazione sia promosso da altri soggetti. Con la conseguenza pertanto che l'accertamento dell'irregolarità della somministrazione, così come della

illiceità dell'interposizione sotto forma di (non genuino) appalto, sub-fornitura, potrà comunque avvenire anche su richiesta degli enti previdenziali, su azioni delle OO.SS. interessate (F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 429. Chieco osserva, parlando della somministrazione irregolare, che ritenere che in presenza di queste violazioni tutto possa continuare come se niente fosse, salvo che il lavoratore promuova l'azione di cui all'art. 27.1, sia insostenibile. Secondo l'Autore infatti ci si trova di fronte a un negozio illecito e illegittimo, e perciò palesemente nullo, la cui persistente vitalità può occasionalmente darsi nella realtà dei fatti materiali, non ancora plasmata dal diritto e dalle sue scelte, ma non certo all'interno dell'ordinamento giuridico che non può coltivare anomalie capaci di minarne sino a tal punto la razionalità (P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore di terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, 138-139). Per la ricostruzione del significato da assegnare all'art. 27 si veda anche P. ICHINO, *Prime note sulla somministrazione di lavoro nel D. Lgs. n. 276 del 2003*, in *GC*, 2004, II, 71, Autore che riconosce come i commi 1 e 2 dell'art. 27 siano tratti senza alcun mutamento da una bozza inviata dallo stesso a Michele Tiraboschi (nota 57). Per l'opzione ermeneutica che esclude la possibilità in capo a terzi, in specie gli enti previdenziali, di agire si veda, da ultimo, R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RGL*, 2008, I, 152-155).

Chi ha affrontato la questione dal solo versante previdenziale ha ritenuto che dal momento che il titolare del rapporto contributivo è l'Inps, al quale – al pari di tutti i soggetti titolari di diritti – non può essere sottratto il diritto di agire per l'adempimento delle proprie pretese creditorie, la lettura del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 27 costituisce un decisivo argomento a favore della tesi che ammette anche per l'ente previdenziale la possibilità di far accertare in giudizio l'irregolarità di un contratto di somministrazione e di agire per le eventuali differenze contributive dovute nel caso di riconoscimento giudiziale del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore (F. BORLA, *Profili previdenziali dei rapporti di lavoro*, in *IPrev*, 2003, 1507).

Altro Autore, aderendo anch'egli alla tesi qui accolta sempre con riguardo al versante degli enti previdenziali, osserva altresì che il divieto di interposizione continua ad esistere, ed i servizi ispettivi costituiscono l'insostituibile presidio finalizzato al contrasto di questo fenomeno di sfruttamento di lavoro e di evasione fiscale e contributiva, ed è evidente che una fattispecie tanto contraria ai principi e all'interesse generale da configurare gli estremi del reato non può essere ricondotta a causa di annullabilità, perché si tratta di un'ipotesi di illiceità della causa del contratto, che civilisticamente non può che dare luogo alla nullità del contratto medesimo; nullità che potrà essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, e quindi anche dagli enti previdenziali, che vantano autonomi diritti di credito scaturenti dalla nullità del contratto (P. CAPURSO, *I servizi ispettivi del lavoro alla ricerca della interposizione illecita perduta*,  Working Paper Adapt, 2008, n. 57 e in corso di pubblicazione in *IPrev*, 2008, § 3).

Si osservi però che il Ministero del lavoro, nella circ. 22 febbraio 2005, n. 7 (in  indice A-Z voce *Somministrazione*, per un commento generale cfr. G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI, *La somministrazione di lavoro alla luce della circolare ministeriale n. 7 del 2005*, in *q. Rivista*, 2005, n. 2, 558), pare escludere un qualsivoglia potere di annullamento del contratto di somministrazione irregolare, con evidenti effetti dirompenti sul sistema previdenziale, in capo ad altri soggetti diversi dal lavoratore.

In entrambe le ipotesi, azione del lavoratore o degli enti previdenziali, l'effetto, una volta accertata l'irregolarità del contratto, è il venir meno del vincolo di solidarietà fra somministratore e utilizzatore, con il sorgere dell'obbligo di pagamento della contribuzione solo in capo all'utilizzatore, nel rispetto della contrattazione collettiva applicabile a questi,

nonché l'applicazione della regola giurisprudenziale, nelle pagine precedenti menzionate, in tema di effetto estintivo dell'obbligo contributivo da parte del finto datore di lavoro.

7.5.3. Il legislatore non prevede quale sia l'effetto scaturente dalla declaratoria di frodolenza del contratto di somministrazione; si può affermare che la comminatoria della nullità con conseguente imputazione del rapporto di lavoro all'utilizzatore sia desumibile dal combinato disposto degli artt. 1344 o 1345 e dell'art. 1418.2 c.c. (P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 2004, 318).

Effetto di tale soluzione, con riguardo al profilo previdenziale, a parere di chi scrive è quello descritto da ultimo nel precedente paragrafo in ipotesi di somministrazione irregolare, ovvero sia l'imputazione del rapporto di lavoro all'utilizzatore, nonché l'utilizzo da parte di questi dei versamenti eventualmente effettuati dal somministratore ai fini del calcolo dell'omissione contributiva dovuta.

7.6. L'art. 29 ha subito numerosi rimaneggiamenti, dei quali, in questa sede, basta rammentare quelli apportati dall'art. 26 del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, e dall'art. 1, comma 911, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, Legge Finanziaria per l'anno 2007.

Il comma 1 dell'articolo citato, preliminarmente, elenca gli elementi che distinguono l'appalto dalla somministrazione (su questa distinzione e sull'attenzione posta in tutti i casi di attività ad alta intensità di manodopera, per individuare i reciproci spazi di efficacia fra le due figure, all'esercizio del potere direttivo e organizzativo nei confronti dei lavoratori utilizzati, si veda, fra l'altro, P. ICHINO, *Prime note sulla somministrazione di lavoro nel D. Lgs. n. 276 del 2003*, cit., 71) individuandoli:

- nell'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore per eseguire l'opera;
- nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo da parte del datore di lavoro appaltatore nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto;
- nell'assunzione del rischio di impresa in capo all'appaltatore.

L'*elenco della spesa* compiuto dal legislatore delegato rappresenta una ricognizione di parte degli elementi individuati dalla dottrina allorquando si individua la figura codicistica dell'appalto e, certamente, non comporta la possibile esistenza di un contratto di appalto nel caso in cui dovessero mancare gli ulteriori requisiti previsti per l'esistenza del contratto di appalto dal codice civile e di cui nella disposizione in commento non si fa menzione.

Quest'ultima considerazione dovrebbe fra l'altro comportare, con riguardo al profilo qui sommariamente investigato, in ipotesi di inesistenza o nullità del contratto di appalto, che i lavoratori del soggetto che assumeva essere appaltatore siano dipendenti del committente e l'obbligo contributivo e retributivo grava su quest'ultimo.

Secondo la dottrina la *ratio* dell'art. 29 va cercata non tanto nell'indicazione di criteri discretivi fra appalto e somministrazione, quanto nell'intento di stabilire i tratti essenziali dell'appalto rispetto all'interposizione illecita (L. ANGIELLO, *op. cit.*, 322).

Con l'espressione "potere organizzativo e direttivo" il legislatore ha inteso riferirsi al potere di direzione, nel cui ambito rientrerebbe sia la funzione organizzativa, sia la funzione direttiva.

È dunque necessario:

- in senso positivo (attivo) un "minimo" di organizzazione e di direzione da parte dell'appaltatore;
- in senso negativo (passivo) che i dipendenti dell'appaltatore non debbano essere soggetti al potere direttivo dell'appaltante, al quale compete, peraltro, il diritto di verifica e di controllo, *ex art.* 1622 c.c. (L. ANGIELLO, *op. cit.*, 326).

Ancora, sempre secondo lo stesso Autore, l'uso della menzionata espressione significa che la sua concreta esistenza rende genuino l'appalto, anche in assenza di mezzi da parte dell'appaltatore, beninteso in presenza di «esigenze dell'opera e del servizio dedotti nel contratto» (L. ANGIELLO, *op. cit.*, 325).

Appalto e solidarietà.

In ipotesi di appalto genuino, di opere o di servizi, il legislatore introduce un vincolo di solidarietà tra committente imprenditore o datore di lavoro e appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, entro il limite di 2 anni dalla cessazione dell'appalto, per il pagamento in favore dei lavoratori dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali dovuti (art. 29.2) (da ultimo sul tema, con intento riepilogativo e prima dell'intervento legislativo dell'art. 3, comma 8, del d.l. 3 giugno 2008, n. 97, convertito con l. 2 agosto 2008, n. 129, si veda L. IMBERBI, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2008, n. 72; il comma 8 citato può essere letto in  indice A-Z voce *Appalto e subappalto*, per un primo commento cfr. C. BIZZARRO, *Lavoro in appalto e regime della responsabilità solidale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione, 117-128).

Il menzionato comma 2, pur a prima vista riproducendo la norma dell'art. 3 della l. n. 1369/1960, riduce in modo significativo le tutele per il lavoratore, configurando una sorta di garanzia che si situa fra il menzionato art. 3 e l'art. 1676 c.c.

Si prevede, infatti, una responsabilità solidale fra appaltante e appaltatore per il debito, relativo al solo trattamento retributivo (non più all'intero trattamento economico e normativo ex art. 3, l. n. 1369/1960) dell'appaltatore verso il lavoratore (questi non gode più di un diritto alla parità di trattamento con i dipendenti del committente); la solidarietà però si estende a tutto il debito retributivo e contributivo e non è contenuta nei limiti del debito che il committente ha verso l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori al tempo della domanda (M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., 200-201).

Il vincolo di solidarietà in commento, come detto, rappresenta l'utilizzo di un modulo legislativo noto al legislatore e con il quale lo stesso vuole rafforzare l'adempimento delle obbligazioni retributive e previdenziali, ponendo a carico del soggetto economico che utilizza lavoratori dipendenti da altro imprenditore il rischio economico di dovere rispondere in prima persona, senza beneficiare nemmeno del beneficio di escussione, delle eventuali omissioni degli imprenditori da lui utilizzati.

Non pare che tale modello, che trovava già cittadinanza nel nostro ordinamento, violi principi costituzionali, dovendosi invece immaginare che proprio tale vincolo di solidarietà assolve al compito di rafforzare la tutela di diritti costituzionali quali quelli prefigurati dagli artt. 36 e 38 Cost.

Con riguardo al predetto vincolo di solidarietà fissato dal legislatore delegato può rilevarsi, in via di prima approssimazione, che:

- il vincolo di solidarietà riguarda tutti i membri della catena che possono essere solo il committente e l'appaltatore e ai quali possono aggiungersi, se esistenti, gli eventuali subappaltatori;
- soggetti destinatari della disposizione sono anche gli enti pubblici che stipulano appalti, allorquando i soggetti privati appaltatori non provvedano ad adempiere gli obblighi contributivi posti a loro carico;
- il vincolo di solidarietà non opera allorquando i committenti sono persone fisiche che non esercitano un'attività d'impresa o professionale;
- il vincolo di solidarietà attiene sia all'appalto di opere (menzione introdotta dall'art. 26 del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251) (in  indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*), sia all'appalto di servizi;
- il vincolo di solidarietà non ha limiti pecuniari, estendendosi all'importo della contribuzione previdenziale dovuta, ivi comprese le sanzioni civili;

- il vincolo di solidarietà viene meno dopo 2 anni dalla cessazione dell'appalto (l'estensione del termine da annuale a biennale è stata operata con l'art. 1, comma 911 della l. 27 dicembre 2006, n. 296, in [📖](#) indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*), ma si osservi che tale termine opera diversamente se si è davanti a subappaltatori; in questa ipotesi si deve ritenere che il biennio cominci a decorrere dal momento in cui finisce il subappalto.

Delineata sommariamente la disciplina può in questa sede osservarsi ancora che:

- il vincolo di solidarietà attiene a qualsivoglia omissione contributiva posta in essere dall'appaltatore o, se esistente, dal subappaltatore, comprendendosi qualsivoglia forma di contribuzione da versare agli enti esercenti forme di previdenza obbligatoria e, se esistenti, agli enti esercenti forme di previdenza complementare;

- una volta che si accerti l'esistenza del vincolo di solidarietà il committente perde fra l'altro il diritto ad eventuali benefici contributivi di cui ha fruito, dovendosi ritenere che l'omissione contributiva da parte dell'appaltatore o del subappaltatore riverberi effetti indiretti anche sulla posizione previdenziale del committente;

- il termine "lavoratori" potrebbe condurre a ritenere che con esso si individuino non solo i lavoratori subordinati ma, altresì, in una prima progressiva approssimazione i lavoratori a progetto e, in una seconda progressiva approssimazione, i lavoratori in nero;

- il termine di decadenza di 2 anni potrebbe non applicarsi alla contribuzione previdenziale in forza: a) della raffazzonata stesura del comma 2 che, erroneamente, parla di diritto, in capo ai lavoratori a vedersi corrisposti i contributi previdenziali, contributi che, come noto, sono dovuti all'ente previdenziale; b) di quanto affermato dalla Corte di cassazione nella sentenza del 17 gennaio 2007, n. 996 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Appalto e subappalto* e in *RGL*, 2007, I, 544, con nota di P. CAPURSO, *La tutela del credito contributivo negli appalti, prima e dopo la riforma del mercato del lavoro*);

- anche in ipotesi di appalto genuino si deve ritenere applicabile la regola, introdotta esplicitamente solo per le ipotesi di somministrazione irregolare e di appalto nullo, che consente al committente di ridurre la propria esposizione debitoria nei confronti degli enti previdenziali proporzionalmente alle somme pagate dall'appaltatore o dal subappaltatore.

7.6.1. Il comma 3-*bis*, introdotto dall'art. 6 del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, ripropone, anche sul piano testuale, la disposizione dettata dall'art. 27.2 in tema di somministrazione irregolare, ponendosi entrambe le disposizioni in continuità con l'art. 1.5 della l. n. 1369/1960, nella parte in cui ripropongono il dato dell'effettiva utilizzazione quale discriminante fra modelli contrattuali e, a un tempo, criterio di imputazione soggettiva (O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 14).

Gli approdi interpretativi sommariamente delineati in queste pagine si ritiene possano essere estesi anche a questa norma.

7.7. Il Ministero del lavoro, con circ. n. 3 del 15 gennaio 2004 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Distacco*), ha individuato i requisiti di legittimità dell'istituto nella temporaneità della prestazione presso il distaccatario e nell'interesse legato a esigenze produttive del distaccante.

La responsabilità del trattamento economico e normativo, ivi compreso anche quello previdenziale non espressamente menzionato, a favore del lavoratore è a carico del solo datore di lavoro distaccante.

Anche per l'ipotesi di distacco non genuino, al pari che per l'ipotesi di appalto non genuino, il legislatore ha introdotto, con il d.lgs. n. 251/2004, la regola originariamente prevista per la somministrazione irregolare, valendo, anche per questo caso, gli approdi interpretativi di cui si è fatto cenno nelle pagine precedenti.

7.8. La disciplina contenuta nell'art. 35 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla l. 4 agosto 2006, n. 248 (cfr. in [📖](#) indice A-Z, voce *Appalto e subappal-*

to), ha introdotto una nuova ipotesi di solidarietà, cumulativa alla solidarietà dell'art. 29.2, fra appaltatore e subappaltatore.

Originariamente tale nuova figura di solidarietà, sempre in ipotesi di appalto e subappalto lecito, era disciplinata dai commi da 28 a 34 dei menzionati articoli, nonché dal d.m. 25 febbraio 2008, n. 74.

Da ultimo è però intervenuto nuovamente il legislatore con il d.l. 3 giugno 2008, n. 97, che, con l'ultimo comma dell'art. 3 ha previsto l'abrogazione dei commi da 29 a 34 dell'art. 35 della legge citata, nonché esplicitamente, senza che ve ne fosse necessità e con dubbia tecnica legislativa, del d.m. 28 febbraio 2008, n. 74 (in  indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*).

In considerazione di quest'ultimo intervento l'unica norma vigente è quella contenuta nel comma 28 dell'art. 35, in forza della quale l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore dell'effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore.

Si è in presenza di un vincolo di solidarietà che opera esclusivamente fra appaltatore e subappaltatore e che riguarda, nonostante la puntigliosa elencazione del legislatore, tutti i contributi dovuti ad enti previdenziali secondo l'interpretazione data precedentemente alla disposizione dettata dall'art. 29.

Con riguardo poi ai lavoratori tutelati, contrariamente all'ipotesi interpretativa prospettata in relazione all'appalto, il tenore testuale del comma, dove si parla di dipendenti, conduce a concludere che la tutela riguarda esclusivamente i lavoratori dipendenti regolari, non potendosi predicare l'ampliamento del beneficio ai co.co.pro. e ai lavoratori in nero utilizzati dal subappaltatore.

Si noti che, con le disposizioni contenute nei commi ora abrogati, si prevedeva fra l'altro:

- la limitazione del rischio economico scaturente dal vincolo di solidarietà al solo ammontare del corrispettivo dovuto dall'appaltatore al subappaltatore (comma 30);
- l'esclusione della solidarietà allorquando l'appaltatore ha dimostrato di avere verificato, prima del pagamento di quanto dovuto e attraverso l'acquisizione della idonea documentazione, il corretto adempimento da parte del subappaltatore di tutti gli oneri fiscali e previdenziali (comma 29, I periodo);
- il potere in capo all'appaltatore di legittimamente sospendere quanto dovuto, sino all'esaurimento di tale compito di vigilanza pubblica assegnatogli dall'ordinamento (comma 29, II periodo).

Orbene a fronte di tale abrogazione si è in presenza di un vincolo di solidarietà senza limiti economici, al pari del vincolo fissato dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, ma anche senza vincoli temporali, con la conseguenza che, diversamente dalla figura di solidarietà delineata dal citato art. 29, la solidarietà del comma 28 rimane sino al momento di prescrizione della contribuzione.

Ancora, al pari della solidarietà dell'art. 29, non vi è possibilità alcuna da parte dell'appaltatore di sottrarsi a tale vincolo di solidarietà.

Infine, il legislatore nulla dice in ipotesi di subappalto illecito, dovendosi pertanto chiedere quale sia la disciplina applicabile nel venir in essere di un'ipotesi siffatta. Si può, con buon grado di approssimazione, invocare, anche per questo caso, l'applicazione delle regole dettate in tema di somministrazione irregolare, con la conseguenza che il rapporto di lavoro è instaurato *ex tunc* con il vero datore di lavoro, ed anche costui, con riguardo al versante previdenziale, potrà beneficiare dei versamenti contributivi effettuati dal falso datore di lavoro.

Antonino Sgroi
Avvocatura Centrale Inps

8. Servizi ispettivi e attività di vigilanza

Le linee programmatiche dell'attività di vigilanza per l'anno 2009

Sommario: **8.1.** L'impostazione metodologica. – **8.2.** L'individuazione di obiettivi di qualità e di tutela sostanziale dei lavoratori: la conciliazione monocratica e la diffida accertativa per crediti patrimoniali. – **8.3.** Profili di tecnica ispettiva e di programmazione della attività di vigilanza.

8.1. Le linee programmatiche dell'attività di vigilanza per il 2009 sono contenute in un documento del Direttore generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro in tema di programmazione strategica (il documento è pubblicato in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 26). L'atto in esame ha grande importanza perché rappresenta l'esposizione della strategia del Ministero del lavoro in materia ispettiva, a beneficio dei dirigenti di tutte le Direzioni provinciali e regionali del lavoro, ma anche di tutto il personale ispettivo. Sebbene il documento in questione non costituisca ancora quello di definizione degli obiettivi annuali di vigilanza per il 2009, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 286 del 1999, il quale conterrà in termini quantitativi e qualitativi i risultati gestionali attesi per ogni Direzione provinciale del lavoro, tuttavia esso rappresenta un documento fondamentale di pianificazione strategica da cui si possono individuare le principali linee di sviluppo della politica ispettiva del Ministero del lavoro per i prossimi anni.

Per quanto piuttosto succinto, da un punto di vista metodologico questo documento rappresenta una importante novità in tema di definizione degli obiettivi strategici, perché rompe per la prima volta lo schema tradizionalmente centralistico finora adottato dal Ministero del lavoro in materia di pianificazione strategica dell'attività di vigilanza. Fino ad oggi, infatti, l'assegnazione degli obiettivi di vigilanza è stata sempre fatta sulla base di una scelta fortemente verticistica, che ha visto assegnare dal centro alla periferia obiettivi sia in termini quantitativi generali, sia di selezione dei settori produttivi su cui incentrare gli interventi. Proprio la tradizionale impostazione di accentramento delle scelte di politica ispettiva, per quanto comprensibile sui macro-temi della lotta al lavoro nero ed all'evasione contributiva, non appare ormai più adeguata alle esigenze di programmazione. Ma soprattutto non appare più giustificata, in termini di efficacia della definizione degli obiettivi, la tradizionale scelta strategica di individuazione centralizzata dei settori produttivi su cui maggiormente effettuare i controlli, senza alcun coinvolgimento delle realtà locali nella programmazione strategica, né degli organi di vigilanza periferici interessati, né delle parti sociali che operano nelle diverse realtà territoriali, e che sono presenti nelle Commissioni regionali di coordinamento e nei Cles (questo appare anche uno dei motivi, finora, del non adeguato funzionamento delle Commissioni regionali di coordinamento e dei Cles, di cui agli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 124 del 2004. Infatti, al di là di alcune resistenze politiche ed amministrative al cambiamento ed alla programmazione condivisa della vigilanza tra i diversi Enti coinvolti, c'è anche la circostanza che finora, una programmazione esclusivamente verticistica degli obiettivi di vigilanza ha di fatto escluso la possibilità di programmare l'azione di vigilanza territoriale tenendo conto delle istanze che provenivano dai Cles. Da essi sono infatti perlopiù scaturite azioni ispettive saltuarie, non inserite in una reale pianificazione degli interventi).

Infatti, poiché l'Italia presenta senza dubbio realtà diametralmente differenti sul piano economico e sociale, coerentemente si impone la necessità di differenziare l'attività degli organi di controllo sulla base delle diverse realtà produttive territoriali.

Nel 2009, quindi, sarà compito delle Direzioni regionali del lavoro, organo intermedio tra l'operatività delle Direzioni provinciali e la funzione di coordinamento delle strutture ministeriali, proporre i settori di intervento su cui incentrare l'attività degli uffici periferici, a seconda del contesto economico territoriale e delle peculiari tipologie di irregolarità ri-

scontrate a livello locale. A questa prima fase di individuazione regionale degli obiettivi ispettivi per il 2009, che si potrebbe definire come di *bottom-up*, seguirà una fase di tipo *top-down*, consistente nell'elaborazione di una pianificazione nazionale degli obiettivi di vigilanza per ciascuna delle funzioni ispettive territoriali, che sul piano qualitativo terrà conto e valorizzerà le proposte provenienti dalle diverse realtà locali.

Questa impostazione metodologica di individuazione degli obiettivi di vigilanza, che poi coinciderà con la fase di individuazione degli obiettivi dirigenziali della direttiva di secondo livello, cioè quella che il direttore generale emana per dirigenti sulla base degli obiettivi a sua volta ricevuti dal ministro, risponde ai più consolidati indirizzi di management pubblico, per cui è necessario da un lato individuare obiettivi coerenti col contesto, anche territoriale, in cui opera il singolo dirigente pubblico, e dall'altro instaurare, anche nei confronti del management pubblico, una politica di programmazione degli obiettivi condivisa tra valutatore e valutato. Infatti, per effettuare una efficace programmazione strategica, risulta necessaria la preventiva condivisione degli obiettivi. Questa operazione deve essere effettuata *ex ante* rispetto al periodo annuale di riferimento, sulla base di un *budget* di risorse coerente con gli obiettivi, e col supporto di un adeguato sistema di indicatori di raggiungimento dei risultati. Troppo spesso, infatti, in passato, le pubbliche amministrazioni, in un estremo atteggiamento di resistenza al cambiamento, hanno preconstituito obiettivi tutt'altro che sfidanti, ovvero seppur teoricamente sfidanti, tuttavia non verificabili sul piano oggettivo in termini di reale raggiungimento dei risultati. Eppure, il cambiamento passa anche attraverso la credibilità ed il prestigio delle istituzioni; ed il prestigio delle istituzioni passa attraverso la capacità di queste di raggiungere gli obiettivi delle politiche pubbliche, e di contribuire alla crescita del Paese. In questa impostazione basata sull'individuazione di obiettivi di qualità misurabili attraverso adeguati indicatori, le linee guida sono in sintonia con le indicazioni metodologiche espresse nel *Libro Verde del welfare* (in  indice A-Z, voce *Welfare*: il Libro Verde *La vita buona nella società attiva*, elaborato dal Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, a pag. 13, fornisce infatti indicazioni strategiche precise, riconducibili ai principi del controllo di gestione: «La costruzione del nuovo *Welfare* deve avvalersi di un costante monitoraggio e di un approccio per obiettivi, in modo da consentire ai decisori e ai loro interlocutori sociali di misurare continuamente l'avvicinamento ai risultati attesi, l'effettiva utilità delle politiche adottate, l'opportunità di correzioni nel caso di scostamenti, il confronto con i sistemi dei Paesi concorrenti»). L'attività ispettiva, si osserva, non risulta affatto marginale rispetto all'efficace perseguimento delle politiche di welfare, ma è piuttosto una funzione pubblica essenziale non solo in termini di difesa e di garanzia delle tutele dei lavoratori, ma anche in tema di politica economica. Infatti, l'attività di vigilanza individua e colpisce gli operatori economici che attraverso il lavoro nero, ed in generale mediante lo sfruttamento dei lavoratori, si procurano scorrettamente vantaggi competitivi nei confronti delle aziende che operano nel rispetto delle regole.

Proprio con riferimento alla valenza dell'attività ispettiva come leva di politica industriale e dunque di politica economica, si sottolinea l'indicazione forse più importante contenuta nel documento delle linee programmatiche di vigilanza per il 2009, che è la valorizzazione di obiettivi di vigilanza di tipo sostanziale, e non di tipo formale. Questa scelta strategica appare infatti in perfetta sintonia con le scelte della manovra economica di cui alla l. n. 133/2008, che attraverso l'istituzione del libro unico del lavoro ha abrogato un insieme di norme sanzionatorie fortemente caratterizzate in senso formale. Nel futuro, quindi, dobbiamo attenderci che gli obiettivi della vigilanza sul lavoro non vengano raggiunti cumulando confusamente i risultati quantitativi derivanti indistintamente dalla irrogazione di sanzioni formali e di sanzioni sostanziali. La priorità strategica individuata dalla direttiva in esame riguarda dunque la lotta al lavoro nero e la tutela effettiva dei diritti dei lavoratori, con l'espressa esclusione di azioni di vigilanza dirette a sanzionare

soltanto violazioni formali, riguardanti cioè la «regolarità procedimentale degli adempimenti lavoristici».

8.2. L'individuazione di obiettivi di qualità e di tutela sostanziale dei lavoratori: la conciliazione monocratica e la diffida accertativa per crediti patrimoniali.

Di centrale importanza, in termini di innovazione, è la scelta del Ministero del lavoro di individuare obiettivi di vigilanza non solo quantitativi, ma anche di tipo qualitativo. Sebbene sul piano metodologico l'individuazione di indicatori di qualità non sia sempre agevole, tuttavia il documento contiene alcune importanti ed opportune indicazioni operative in questo senso.

In primo luogo si individua come essenziale l'attività di conciliazione monocratica ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 124/2004. Infatti, secondo la Direzione generale per la attività ispettiva, la conciliazione monocratica rappresenta un importante strumento di tutela sostanziale dei lavoratori, che consente a questi ultimi un efficace ed immediato riconoscimento dei propri diritti di natura economica, senza la necessità di fare ricorso all'autorità giudiziaria, con i conseguenti oneri in termini economici e di durata dei processi.

La conciliazione monocratica, poi, si configura sul piano della gestione strategica dell'attività ispettiva, come funzione caratterizzata da un'elevata valenza in termini di qualità del servizio. Infatti, la conciliazione monocratica conclude il procedimento ispettivo in maniera definitiva, senza successivo contenzioso giudiziario e con reciproca soddisfazione delle parti del rapporto di lavoro, che aderiscono alla conciliazione. Infatti, da un lato il lavoratore ottiene immediatamente, in via conciliativa, il riconoscimento e la liquidazione dei propri diritti di natura economica di cui lamentava la violazione, e dall'altro il datore di lavoro non solo previene, sempre in via conciliativa, l'insorgere di un contenzioso di lavoro col lavoratore, ma si garantisce anche l'estinzione immediata dell'azione ispettiva.

Anche la diffida accertativa per crediti patrimoniali, di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 124/2004, si configura sul piano dell'organizzazione e della pianificazione strategica come attività caratterizzante l'azione ispettiva in termini di qualità. Sul piano giuridico, la diffida accertativa si configura come l'esercizio di uno speciale potere pubblicistico che si risolve nell'adozione di un provvedimento amministrativo, con carattere di titolo esecutivo, che riconosce e quantifica il credito patrimoniale del lavoratore. Dal punto di vista del risultato dell'ispezione, invece, con la diffida accertativa il lavoratore ottiene una immediata soddisfazione del proprio credito retributivo nei confronti del datore di lavoro inadempiente, anche in questo caso senza dovere attendere i tempi lunghi della giustizia di merito.

Questi due strumenti ispettivi, la conciliazione monocratica e la diffida accertativa per crediti patrimoniali, trovano dunque grande valorizzazione in termini di pianificazione strategica, in quanto vengono specificamente individuati come indicatori di "qualità" dell'azione ispettiva.

Più in generale, in effetti, dal punto di vista della teoria organizzativa, sia la conciliazione monocratica sia la diffida accertativa per crediti patrimoniali sono sia indicatori qualità sia indicatori di efficacia. Sono *indicatori di qualità* dell'attività ispettiva in quanto, producono come risultato, nel caso della conciliazione monocratica, la soddisfazione delle parti per la conciliazione raggiunta, mentre nel caso della diffida accertativa, la soddisfazione del credito del lavoratore. Tuttavia, questi due istituti sono anche *indicatori di efficacia* dell'ispezione, in quanto in entrambi i casi il procedimento ispettivo si conclude con strumenti di tutela diretta del lavoratore e dei suoi crediti patrimoniali, senza che egli debba successivamente adire l'autorità giudiziaria per il riconoscimento degli stessi.

La programmazione degli interventi, la valorizzazione della qualità dell'azione ispettiva, ed il forte ricorso agli istituti della conciliazione monocratica e della diffida accertativa

presuppongono anche un notevole salto qualitativo in termini di professionalità dell'ispettore del lavoro. Non vi è dubbio infatti che il vecchio modello di ispettore del lavoro caratterizzato da un approccio burocratico-formalista sia ormai definitivamente tramontato, e che la figura dell'ispettore del lavoro oggi presupponga notevoli competenze culturali e rilevanti capacità tecniche ed operative, anche in termini di consulenza e di soluzione di problemi complessi.

Una importante indicazione contenuta nelle linee programmatiche dell'attività ispettiva per il 2009 è certamente il rafforzamento del ruolo degli organi collegiali di integrazione interistituzionale, vale a dire delle Commissioni regionali di coordinamento e dei Cles provinciali, la cui attività consultiva e propulsiva in termini di programmazione della vigilanza è disciplinata rispettivamente dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 124 del 2004. Infatti, si ritiene sempre più importante che l'azione amministrativa venga condotta con criteri di programmazione e di integrazione tra le diverse pubbliche amministrazioni coinvolte nel governo di processi complessi, e nel perseguimento degli obiettivi strategici individuati dalle politiche pubbliche. E così deve essere anche per l'attività di ispezione del lavoro. In caso contrario, la tradizionale impostazione atomistica della funzione ispettiva, che comporta la mancanza di coordinamento tra gli organi di vigilanza e di polizia giudiziaria, risponde ad una logica ormai obsoleta, dimostratasi negli anni inefficiente ed in definitiva spesso ingiusta. È stata inefficiente, perché il perseguimento di obiettivi comuni in maniera non coordinata comporta inevitabilmente la dispersione di risorse pubbliche; ed è stata ingiusta, perché la mancanza di coordinamento tra gli uffici pubblici comporta spesso la duplicazione delle ispezioni nei confronti dei medesimi soggetti, o peggio, l'incoerenza interpretativa delle norme da parte delle diverse amministrazioni interessate, con conseguente disparità nell'atteggiamento sanzionatorio.

La strategia di dialogo, sottesa al rafforzamento delle Commissioni regionali di coordinamento e dei Cles, comporta per le Amministrazioni coinvolte un salto di qualità, il quale consiste nello sviluppare una reale capacità di dialogo interistituzionale. Infatti, proprio questa capacità di dialogo tra diverse amministrazioni e tra amministrazione e cittadino, non è stata finora tra i fiori all'occhiello dell'azione delle nostre Pubbliche Amministrazioni, le quali anche per questo motivo sono oggetto di una diffusa opinione di inadeguatezza rispetto ai compiti che sono chiamate a svolgere al servizio della comunità (sul livello di fiducia dei cittadini nelle istituzioni, ed in particolare nella pubblica amministrazione, si veda EURISPES, *Rapporto Italia 2007*, Roma, gennaio 2007, paragrafo *La fiducia dei cittadini nelle Istituzioni*, 47-62).

8.3. Il documento programmatico in esame fornisce alcune importanti indicazioni agli organi periferici di vigilanza in tema di organizzazione dell'attività ispettiva.

In primo luogo si sottolinea la necessità di privilegiare obiettivi di tipo qualitativo rispetto alla tradizionale impostazione quantitativa, basata sul numero degli accessi ispettivi e sull'ammontare delle sanzioni irrogate. Questo obiettivo strategico, però, necessita di un chiarimento operativo di cui gli organi ispettivi devono certamente tenere conto. Infatti, la tradizionale impostazione dell'attività di vigilanza è improntata sull'esecuzione di accessi ispettivi basati sulle cosiddette "richieste di intervento", che vengono formulate per iscritto agli organi ispettivi dai singoli lavoratori o dalle organizzazioni sindacali. In molte realtà territoriali, poi, il numero di richieste di intervento è superiore alla effettiva possibilità di soddisfacimento delle stesse con riferimento alla consistenza dell'organico ispettivo. Questo modello organizzativo, basato sull'emergenza di rincorrere adempimenti operativi, di fatto rischia di occupare la gran parte dell'attività dei servizi di vigilanza, senza lasciare spazio ad una reale programmazione degli interventi. Al riguardo, sebbene sia innegabile che il consistente ricorso da parte dei lavoratori all'organo ispettivo, al fine di vedere tutelati i propri diritti, sia una innegabile e preziosa testimonianza di fiducia nei confronti dell'organo di vigilanza, tuttavia il tenore delle linee guida, ed in particolare i

richiami alle esigenze di programmazione e di qualità dell'attività ispettiva, impongono agli uffici territoriali del Ministero del lavoro la necessità di individuare ordini di priorità e di selezione nell'esecuzione delle richieste di intervento. Oltre infatti alle semplici segnalazioni anonime, sulla base delle quali in linea generale appare quanto meno dubbia l'opportunità di impostare una programmazione ispettiva, in ossequio ai principi di responsabilità nell'utilizzo delle risorse pubbliche e di trasparenza nei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, spesso accade che le richieste di intervento, seppure sottoscritte dal denunciante, siano fortemente lacunose, ovvero *ictu oculi* prive di un minimo di fondatezza nelle pretese o nell'esposizione dei fatti denunciati. Pertanto, i criteri di programmazione e di qualità del servizio disposti dalle linee guida impongono all'organo ispettivo di dare priorità alle richieste di intervento che denunciano fatti di maggiore gravità. Tra queste ci sono certamente quelle che riguardano ipotesi di reato, quelle che riguardano situazioni di sfruttamento, di lavoro nero e di lesione dei diritti sostanziali dei lavoratori. Nella programmazione dell'attività di vigilanza si tratta, dunque, di passare sempre più dalla logica burocratica dell'adempimento a quella manageriale del raggiungimento del risultato.

Questa opera di selezione delle priorità appare necessaria soprattutto in considerazione del fatto che l'organo di vigilanza è chiamato anche a svolgere una consistente attività d'iniziativa, seguendo cioè una programmazione non necessariamente basata sulle denunce dei lavoratori o delle organizzazioni sindacali, ma che costituisce il risultato operativo dell'auspicata attività di coordinamento con le altre pubbliche amministrazioni nell'ambito delle Commissioni regionali di coordinamento e dei Cles.

Sul piano della tecnica ispettiva, poi, si privilegia la programmazione di ispezioni brevi e mirate, piuttosto che di lunghe e standardizzate ispezioni che abbiano la pretesa di verificare a tutto tondo la regolarità dell'impresa. Questo obiettivo risponde non solo alla dichiarata necessità di concentrazione dell'attività ispettiva sulla tutela sostanziale dei lavoratori, ma anche all'esigenza, sentita dall'organo politico e dalla Direzione generale per l'attività ispettiva, di garantire una reale ed adeguata presenza sul territorio. Sul piano operativo, la conseguenza di questa impostazione programmatica è la necessità per l'organo di vigilanza di far precedere l'accesso ispettivo da una attività preparatoria che definisca con chiarezza gli obiettivi di ogni singola ispezione. In altre parole, si afferma il principio secondo cui l'attività di controllo crea valore aggiunto nel sistema economico quando è diretta ad obiettivi di reale tutela delle condizioni di lavoro, vale a dire quando risponde a criteri di qualità dell'intervento pubblico.

Naturalmente, l'impostazione dell'attività ispettiva in termini di tutela sostanziale del lavoratore e di qualità dell'intervento ispettivo necessita anche di un adeguato sistema di verifica del raggiungimento degli obiettivi, senza il quale la programmazione strategica rischia di non conseguire sul piano operativo i risultati attesi. Anche questa è una sfida culturale a cui l'Amministrazione del lavoro è chiamata nel suo sforzo di modernizzazione. Definizione degli obiettivi e verifica dei risultati sono infatti due criteri oggi imprescindibili per la corretta gestione della cosa pubblica (al riguardo, il sistema di controllo di gestione, che si fonda sulle fasi cicliche di programmazione, gestione e verifica dei risultati, è alla base della metodologia di programmazione strategica seguita dal Libro Verde del Ministero del lavoro).

Il documento delle linee programmatiche per la vigilanza sul lavoro nel 2009 si conclude poi con l'individuazione di obiettivi di diffusione sul territorio della cultura della legalità nei rapporti di lavoro. Questi obiettivi, che non sono connessi alla tradizionale funzione di vigilanza e controllo svolta dai Servizi ispettivi, sono però specificamente previsti dall'art. 8 del d.lgs. n. 124/2004, e rappresentano una importante sfida per gli organi di vigilanza. Infatti, la diffusione della cultura della legalità nei contesti produttivi territoriali presuppone, oltre alle conoscenze tecnico-professionali che sono tradizionalmente il

punto di forza degli organi di vigilanza sul lavoro, anche la capacità di programmare e costruire efficaci occasioni di comunicazione pubblica (oltre al già citato art. 8 del d.lgs. n. 124/2004, si fa riferimento alla legge quadro sulla comunicazione pubblica, cioè alla l. n. 150/2000, che prevede agli artt. 11 e 12 la predisposizione, da parte delle amministrazioni dello Stato, di “programmi di comunicazione” e di “piani di comunicazione” pubblica, secondo uno schema annuale di individuazione delle priorità e di organizzazione delle iniziative di comunicazione istituzionale).

Da queste linee programmatiche per il 2009, dunque, emerge il disegno di un modello di Amministrazione moderna, efficace ed efficiente, capace di programmazione e di coordinamento, nonché attenta alla soluzione dei reali problemi del Paese. Emerge dunque l'intenzione di costruire una Amministrazione del lavoro in grado, nel campo della vigilanza sul lavoro, di essere un vero punto di forza per il sistema Paese, al servizio della economia e della legalità nell'esecuzione dei rapporti di lavoro, senza inutili concessioni al formalismo e ad atteggiamenti precostituiti di “sospetto” nei confronti degli operatori economici.

Davide Venturi
Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Adapt – Fondazione Marco Biagi

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Discriminazioni

- *ambito di applicazione del divieto di discriminazione (1.1.)*

Lavoro a termine (o a tempo determinato)

- *divieto di discriminazione e successione di contratti a termine (2.1.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.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. Discriminazioni

1.1. C. Giust. 17 luglio 2008, in causa C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law e Steve Law (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 27).

Divieto di discriminazioni dirette e molestie - Direttiva n. 2000/78 - Estensione soggettiva - Applicabilità al genitore del figlio disabile al quale presta la parte essenziale delle cure di cui necessita.

La direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, n. 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento comunque viola il divieto di discriminazione diretta enunciato dalla norma. Lo stesso ambito soggettivo di tutela si estende anche al divieto di molestie vietato dalla medesima direttiva.

Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman

Sommario: 1. Il caso Coleman e la normativa europea contro la discriminazione. – 2. Estensione dell'ambito soggettivo della tutela e principio di effettività del divieto di discriminazione fondata sull'handicap. – 3. L'evoluzione della normativa europea ed effetti della decisione della Corte di Giustizia sull'ordinamento italiano.

1. La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Coleman del 17 luglio 2008, in epigrafe, ha posto con chiarezza e lucidità un importante principio giuridico in materia di discriminazioni sul luogo di lavoro fondate sulla disabilità. Infatti, viene stabilito che l'ambito soggettivo di tutela contro le discriminazioni dirette sul posto di lavoro basate sull'handicap si estende anche al genitore che viene discriminato a causa dell'handicap del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno.

Questa conclusione dei giudici comunitari rappresenta un principio di grande civiltà giuridica, che nel corso della causa ha trovato l'opposizione ufficiale dei governi di diversi Paesi, tra cui piuttosto sorprendentemente anche di quello della stessa Italia, la quale d'altro canto possiede una legislazione interna assai avanzata e garantista in materia di assistenza e di integrazione sociale delle persone con handicap (la l. n. 104/1992, in  indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*, infatti prevede diritti specifici ulteriori rispetto a quelli disciplinati dalla tutela comunitaria, alcuni dei quali sono espressamente riconosciuti proprio ai genitori dei minori diversamente abili: si veda al riguardo l'art. 33 della legge, intitolato *Agevolazioni per la lavoratrice madre o, in alternativa, per il lavoratore padre*).

Nel caso in esame, la sig.ra Coleman, che lavorava come segretaria di uno studio legale londinese, afferma di essere stata costretta alle dimissioni dal proprio datore di lavoro, lo studio legale Attridge Law, in conseguenza delle discriminazioni e delle molestie subite a causa dell'handicap del proprio figlio. In particolare, afferma la sig.ra Coleman, le discriminazioni erano consistite da un lato nel mutamento delle proprie mansioni a seguito

del rientro dal congedo di maternità, contrariamente a quanto accaduto nello stesso posto di lavoro a genitori di figli non disabili, dall'altro nel rifiuto di concedere la stessa flessibilità di orario ottenuta da genitori di figli non disabili, ed infine nel rifiuto di concedere permessi per prendersi cura del figlio, ancora diversamente rispetto a genitori di figli non disabili. Inoltre, le molestie denunciate dalla sig.ra Coleman riguardavano commenti ingiuriosi nei riguardi propri e del proprio figlio.

Il caso presentato alla Corte appare come un esempio di scuola di discriminazione e di molestie dovute alla condizione di handicap, e tuttavia la questione di diritto che viene discussa e risolta dal giudice comunitario è tanto importante quanto controversa, e riguarda l'ambito di tutela soggettiva della normativa comunitaria in materia di divieto di discriminazione fondata sulla condizione di handicap.

Per quanto riguarda il diritto comunitario, il divieto di discriminazione per motivi di handicap, così come per motivi religiosi o di convinzioni personali, di razza o origine etnica, di età o di orientamento sessuale, trova fondamento nell'art. 13 del Trattato CE. In particolare, il considerando n. 11 dell'art. 13 del Trattato CE individua nei comportamenti discriminatori degli ostacoli che possono concretamente pregiudicare «il raggiungimento di un elevato livello occupazionale e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone». Pertanto, secondo il Trattato CE, i comportamenti discriminatori costituiscono non solo azioni riprovevoli sul piano della civiltà giuridica e dell'affermarsi dei diritti dell'uomo, ma sono altresì ostacoli di politica economica e sociale, rispettivamente contrari tanto agli obiettivi di piena occupazione quanto a quelli di solidarietà e di coesione sociale. Allo stesso modo, la discriminazione è vista come comportamento contrario al principio fondamentale della libera circolazione delle persone, stabilito dal Titolo III del Trattato CE.

Sulla base dell'art. 13 del Trattato CE, quindi, il Consiglio ha adottato la direttiva 29 giugno 2000, n. 2000/43 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Discriminazioni*) e la direttiva 27 novembre 2000, n. 2000/78 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Discriminazioni*). Entrambe le direttive riguardano l'accesso al mercato del lavoro, le condizioni di lavoro sia come lavoratore dipendente che come lavoratore autonomo, l'accesso alla protezione sociale, all'istruzione ed alla formazione professionale. Tuttavia, la prima sancisce il divieto di discriminazioni dirette ed indirette basate su razza e origine etnica, la seconda, invece, riguarda proprio il divieto di discriminazione fondata sull'handicap, la religione e le convinzioni personali, l'età, le tendenze sessuali. L'interpretazione di quest'ultima direttiva è precisamente oggetto della sentenza *Coleman*. La questione di diritto che trova soluzione riguarda in particolare l'estensione soggettiva delle tutele contro la discriminazione e le molestie fondate sull'handicap non già del lavoratore, bensì della madre del minore portatore di handicap che, a motivo del figlio, subisce personalmente le discriminazioni e le molestie fondate sull'handicap. La direttiva n. 2000/78, infatti, nulla dice in proposito alla estensione soggettiva delle tutele oltre il soggetto direttamente interessato. Tuttavia, sul piano oggettivo dei comportamenti discriminatori e delle molestie, il caso della sig.ra Coleman, se provato davanti al giudice nazionale, integra perfettamente la nozione fornita dalla direttiva in esame. Infatti, la costruzione giuridica seguita dalla direttiva n. 2000/78 parte dal principio di "parità di trattamento" che viene definito, in via negativa, come assenza di discriminazioni dirette ed indirette basate «sulla religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali». Si ha quindi discriminazione diretta, ai sensi dell'art. 2, § 2, lett. *a*, della direttiva n. 2000/78 «quando, sulla base dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata, o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga». Il caso *Coleman*, dunque, si basa su una discriminazione diretta. Ai sensi poi dell'art. 2, § 2, lett. *b*, della medesima direttiva, si ha discriminazione indiretta «quando una disposizione, un criterio o una prassi apparente-

mente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone». Viene anche precisato che non costituisce discriminazione un comportamento che, pur potendo creare uno svantaggio nel senso sopra descritto, sia però oggettivamente giustificato da una finalità legittima perseguita con mezzi che siano non solo necessari, ma anche congruamente proporzionati.

La normativa in materia antidiscriminatoria adottata a livello comunitario è stata elaborata sulla base di principi giuridici di derivazione statunitense (per una completa trattazione della giurisprudenza statunitense in materia di discriminazione sul posto di lavoro, si veda S. BISOM-RAPP, *Bulletproofing the workplace: symbol and substance in employment discrimination law practice*, in *Florida State University Law Review*, 1999, vol 26, 969 ss.): è infatti negli Stati Uniti che i principi di non discriminazione costituiscono principi fondamentali nell'ambito del diritto del lavoro, tanto nella forma del divieto di discriminazione diretta, il c.d. *disparate treatment* (il *leading case* è *Mc Donnell v. Green*), quanto nella forma del divieto di discriminazione indiretta, il c.d. *disparate impact* (il *leading case* è *Grieggs v. Duke Power Company*). Si veda al riguardo P.F. ACQUAVIVA, R. GALARDI, F. LUCREZIO MONTICELLI (a cura di), *L'evoluzione del diritto del lavoro negli Stati Uniti d'America. Un quadro di sintesi*, Relazione di studio, in *Boll. Adapt*, 2008, n. 26; e P.F. ACQUAVIVA, *I costi della discriminazione e il diritto antidiscriminatorio negli USA*, in *Boll. Adapt*, 2008, n. 19).

Per comprendere l'ampiezza della tutela comunitaria sul piano oggettivo, basta osservare che per aversi discriminazione indiretta non è necessario che venga provato un evento di effettivo svantaggio oggettivamente quantificabile, ma è sufficiente che sussista «una ingiustificata differenziazione che può essere anche solo virtuale» (così P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, 2002, I, 90).

Con riferimento al caso *Coleman*, quindi, si precisa che la direttiva n. 2000/78 definisce come comportamento discriminatorio anche la molestia, intendendosi per tale ogni comportamento indesiderato adottato per i motivi previsti dalla norma «avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo».

2. Se questo fin qui brevemente descritto costituisce l'ambito oggettivo della tutela antidiscriminatoria prevista dalla normativa comunitaria, con la sentenza *Coleman* la Corte di Giustizia estende l'ambito soggettivo della tutela della normativa comunitaria antidiscriminatoria anche ai genitori di soggetti portatori di handicap che subiscono sul lavoro discriminazioni e molestie fondate sull'handicap del proprio figlio.

Tuttavia, questo ampliamento dell'ambito soggettivo della tutela non è inteso dalla Corte come una estensione in via interpretativa delle tutele rispetto a quelle espressamente previste dalla direttiva, bensì come necessaria affermazione dell'effettività delle tutele espressamente disposte dalla direttiva n. 2000/78. Nel caso *Coleman*, infatti, l'effettività del principio di tutela contro le discriminazioni e le molestie sul lavoro passa attraverso la tutela della madre del minore portatore di handicap, essa stessa direttamente oggetto di discriminazione fondata sull'handicap del figlio che deve accudire. Nel caso *Coleman*, dunque, si ha una dissociazione tra il soggetto che subisce la discriminazione e le molestie sul lavoro ed il soggetto portatore di handicap. In questo caso però non si devono confondere le due posizioni soggettive che restano su due piani distinti: la sig.ra Coleman è tutelata non in quanto venga adottata a suo vantaggio una nozione estensiva del concetto di handicap, la qual cosa peraltro contrasterebbe con quanto già stabilito in precedenza dalla stessa Corte con la sentenza *Chacon Navas* dell'11 luglio 2006 (che conclude il procedimento C-13/05), ma perché la lavoratrice-madre stessa è oggetto di discriminazione diretta e di molestie sul luogo di lavoro fondate sull'handicap del figlio minore che

accudisce. La tutela della madre in questo caso risponde ad una esigenza di effettività delle tutele antidiscriminatorie previste dal diritto comunitario, che deve tutelare la posizione soggettiva di chi subisce la discriminazione e le molestie, cioè nel caso di specie la madre, la cui sfera giuridica è collegata a quella del figlio portatore di handicap non solo sulla base dei naturali rapporti materiali di accudimento del figlio, ma anche dei rapporti giuridici che legano la madre al figlio, e che nel caso di specie espongono la madre alla discriminazione ed alle molestie sul luogo di lavoro.

Nelle osservazioni in senso negativo dei governi italiano, inglese e olandese, viene citata la sentenza *Chacon Navas*, avendo gli intervenuti sostenuto che quella sentenza contiene una definizione di handicap restrittiva, tale da circoscrivere l'operatività della tutela antidiscriminatoria ai soli casi espressamente previsti dalla direttiva n. 2000/78. Al riguardo, la Corte di Giustizia conferma l'inapplicabilità in senso estensivo dell'ambito oggettivo della normativa europea antidiscriminatoria sostenuta nella sentenza *Chacon Navas*, dove veniva negato che la tutela contro la discriminazione fondata sull'handicap fosse equiparabile alla discriminazione basata sullo stato di malattia di una lavoratrice. Tuttavia, al punto n. 46 della sentenza *Coleman* la Corte sostiene che una cosa è l'estensione dell'ambito di applicazione delle discriminazioni fondate sui motivi espressamente previsti dalla direttiva n. 2000/78, ed una cosa assai diversa è l'applicazione *ratione personae* della fattispecie oggettiva di divieto di discriminazione espressamente prevista dalla direttiva. Nel caso in esame, infatti, sebbene la sig.ra Coleman non sia essa stessa disabile, ma lo sia il figlio minore a cui ella presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, tuttavia resta il fatto che è proprio la disabilità a costituire il motivo delle discriminazioni e delle molestie che la sig.ra Coleman sostiene di avere personalmente subito sul posto di lavoro.

Pertanto, secondo la Corte di Giustizia, nel caso in esame si deve riconoscere la applicabilità della direttiva n. 2000/78 sulla base della necessità di dare effettiva attuazione ai principi della direttiva stessa, e dunque di tutelare i lavoratori dalle discriminazioni fondate sull'handicap, indipendentemente dalla posizione soggettiva di chi subisce tali discriminazioni. Sul piano soggettivo, inoltre, ciò che rileva al fine di circoscrivere l'ambito di tutela è che tra il soggetto che subisce la discriminazione fondata sull'handicap, nel caso in esame la madre, ed il soggetto portatore di handicap, nel caso in esame il figlio minore, sussiste una relazione giuridica basata sul fatto che la prima presta al secondo «la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno». Questo legame tra i due soggetti, pur essendo un legame naturale e di fatto, ha come effetto giuridico la estensione soggettiva delle tutele previste dalla direttiva n. 2000/78 dal figlio al genitore. Si tratta dunque di una tutela che appartiene al lavoratore-genitore che si trova nella relazione giuridica sopra descritta col proprio figlio portatore di handicap. Dal punto di vista dell'estensione soggettiva delle tutele, pertanto, si ritiene che l'applicabilità della normativa antidiscriminatoria al caso di specie avvenga *jure proprio*, in quanto la tutela non riguarda in prima persona il figlio, che non svolge alcuna attività lavorativa, ma concerne direttamente la sfera giuridica del lavoratore-genitore, ed in particolare la sua relazione soggettiva col proprio figlio portatore di handicap, al quale presta «la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno».

Naturalmente, all'applicabilità al caso in esame della direttiva n. 2000/78 consegue la possibilità per la sig.ra Coleman, nel futuro giudizio di merito davanti al giudice nazionale, di avvalersi dell'istituto dell'inversione dell'onere della prova previsto dall'art. 10, n. 1 della direttiva a vantaggio di chi lamenta di essere stato vittima di discriminazione sul luogo di lavoro fondata sui motivi di cui all'art. 1 della stessa direttiva. Sulla base di questa importante norma processuale, imposta agli Stati membri dal diritto comunitario, è sufficiente che l'attore dimostri dinanzi al giudice di rinvio fatti dai quali si possa presumere l'esistenza di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità, e nel caso di spe-

cie la sig.ra Coleman pare avere ampiamente soddisfatto questo requisito processuale, mentre spetta al convenuto provare con qualsiasi mezzo il fatto che il proprio comportamento non sia configurabile come discriminatorio, e dunque illegittimo ai sensi della direttiva n. 2000/78.

3. Si osserva poi che la sentenza *Coleman* risulta di grande interesse non soltanto per l'affermazione del principio giuridico dell'estensione soggettiva della normativa antidiscriminatoria anche al genitore-lavoratore che fornisce le cure essenziali al proprio figlio portatore di handicap, ma anche per il fatto che attualmente la normativa antidiscriminatoria è oggetto di un vivace dibattito in ambito comunitario. Al momento infatti le tutele previste dal diritto comunitario sono circoscritte alla tutela delle condizioni di lavoro, all'accesso al mercato del lavoro, all'istruzione ed alla formazione professionale. Per quanto riguarda invece i futuri sviluppi degli ambiti di tutela comunitaria contro le discriminazioni, il 2 luglio 2008 la Commissione ha adottato una proposta di direttiva in materia di lotta alla discriminazione applicabile al di fuori dell'ambiente di lavoro (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 24), la cui finalità sarà quella di fornire adeguati strumenti di lotta contro la discriminazione nella vita quotidiana dei cittadini europei. L'approvazione di questa direttiva costituirebbe certamente un indubbio avanzamento del diritto comunitario in tema di riconoscimento e di perseguimento di azioni positive in materia di diritti civili a vantaggio dei cittadini della Unione Europea.

Dal punto di vista del diritto interno, infine, la sentenza *Coleman* apre un importante spazio di garanzia a favore dei genitori di figli diversamente abili, a cui si estendono le tutele previste dal d.lgs. n. 216/2003 (in [Boll. Adapt](#) indice A-Z, voce *Discriminazioni*), emanato proprio in attuazione della direttiva n. 2000/78. Pertanto, alla luce della sentenza *Coleman*, il genitore del figlio portatore di handicap al quale egli fornisca la parte essenziale delle cure, può ottenere dal giudice del lavoro, avverso comportamenti discriminatori subiti in ragione dell'handicap del proprio figlio, non soltanto il risarcimento del danno anche non patrimoniale ai sensi dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 216/2003, ma anche una efficace tutela inibitoria contro i comportamenti discriminatori, con relativa applicazione dell'art. 700 c.p.c., e con i già descritti benefici in materia di onere della prova.

Davide Venturi

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Adapt – Fondazione Marco Biagi

2. Lavoro a termine (o a tempo determinato)

2.1. C. Giust. 15 aprile 2008, in causa C-268/06, *Impact v. Minister for Agriculture and Food, ed altri* (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 13).

Direttiva n. 1999/70/CE - Clausole 4 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato - Rapporti di lavoro a tempo determinato nella pubblica amministrazione - Condizioni di impiego - Retribuzioni e pensioni - Rinnovo di contratti a tempo determinato per una durata massima di otto anni - Autonomia procedurale - Effetto diretto.

1) Il diritto comunitario, in particolare il principio di effettività, esigerebbe che un giudice speciale, chiamato, nell'ambito della competenza che gli è stata conferita, sia pure in via facoltativa, dalla normativa di trasposizione della direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, a conoscere di una domanda fondata su una violazione di tale normativa, si dichiari

competente a conoscere anche delle domande del richiedente direttamente fondate sulla medesima direttiva per il periodo compreso tra la data di scadenza del termine di trasposizione di quest'ultima e la data di entrata in vigore della suddetta normativa se risultasse che l'obbligo per il richiedente in questione di adire parallelamente un giudice ordinario con una domanda distinta direttamente fondata sulla suddetta direttiva dovesse implicare inconvenienti procedurali tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento comunitario. Spetta al giudice nazionale procedere alle necessarie verifiche al riguardo.

2) La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva n. 1999/70, è incondizionata e sufficientemente precisa per potere essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale, mentre ciò non si verifica per la clausola 5, punto 1, del suddetto accordo quadro.

3) Gli artt. 10 CE e 249, terzo comma, CE, nonché la direttiva n. 1999/70, devono essere interpretati nel senso che un'autorità di uno Stato membro che agisca in qualità di datore di lavoro pubblico non è autorizzata ad adottare misure, contrarie all'obiettivo perseguito dalla suddetta direttiva e dall'accordo quadro per quanto riguarda la prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, consistenti nel rinnovo di tali contratti per un periodo inabitualmente lungo nel corso del periodo compreso tra la data di scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva e quella dell'entrata in vigore della legge che attua la trasposizione stessa.

4) Nei limiti in cui il diritto nazionale applicabile contenga una norma che esclude la applicazione retroattiva di una legge in assenza di indicazione chiara ed univoca in senso contrario, un giudice nazionale, adito con una domanda fondata sulla violazione di una disposizione della legge nazionale di trasposizione della direttiva n. 1999/70, è tenuto, ai sensi del diritto comunitario, a conferire alla disposizione in parola effetto retroattivo alla data di scadenza del termine di trasposizione della direttiva stessa solo se esiste, nel diritto nazionale, una indicazione di tale natura, idonea a conferire alle disposizioni in questione siffatto effetto retroattivo.

5) La clausola 4 dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che le condizioni di impiego ai sensi di quest'ultima inglobano le condizioni relative alle retribuzioni nonché alle pensioni dipendenti dal rapporto di lavoro, ad esclusione delle condizioni relative alle pensioni derivanti da un regime legale di previdenza sociale.

La sentenza *Impact* sul contratto a termine: una bussola per l'interprete

Sommario: 1. Premessa. – 2. Sull'obbligo di applicare le disposizioni della normativa comunitaria aventi efficacia diretta in assenza di competenza esplicita. – 3. Sull'efficacia diretta delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro. – 4. Sui precetti del diritto comunitario relativi al rinnovo di rapporti di lavoro a tempo determinato dopo la scadenza del termine d'attuazione della direttiva n. 1999/70, ma prima dell'entrata in vigore della legge nazionale di attuazione. – 5. Sull'interpretazione conforme alla direttiva di norme nazionali. – 6. Sull'applicabilità della clausola 4 dell'accordo quadro ad elementi della retribuzione e delle pensioni.

1. Mentre il contratto a termine, nella legislazione italiana, è oggetto di continue modifiche (peraltro, sorrette da impostazioni di fondo diametralmente opposte) la Corte di Giustizia prosegue, con la sentenza in epigrafe, la sua opera di interpretazione della direttiva n. 1999/70 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*; sulla evoluzione recente del quadro comunitario e comparato sul lavoro a termine vedi i contributi raccolti nella sezione *Ricerche: Il lavoro a termine in Europa: sviluppo, modelli regolativi e tendenze*, in *q. Rivista*, 2007, n. 4).

Dal novembre 2005 al settembre del 2007 la Corte è, infatti, intervenuta ben cinque volte sull'argomento (sul tema si vedano i contributi contenuti in I. SENATORI (a cura di), *La-*

avoro a termine: un ritorno al passato?,  Dossier Adapt, 2007, n. 6) fornendo una serie di chiarimenti di grande rilevanza su questioni di non facile soluzione.

I fatti all'origine della sentenza sono i seguenti. L'Impact è un sindacato che rappresenta gli interessi dei lavoratori del pubblico impiego in Irlanda.

I ricorrenti sono dipendenti non di ruolo e sono oggetto, in forza della normativa irlandese relativa al pubblico impiego, di un regime distinto da quello applicabile ai dipendenti di ruolo.

I ricorrenti, rappresentati dall'Impact, facevano valere dinanzi al *Rights Commissioner* una violazione del proprio diritto alla parità di trattamento, asserendo in particolare di non aver ricevuto la medesima retribuzione ed i medesimi trattamenti pensionistici dei dipendenti di ruolo. Lamentavano, altresì, l'abuso ravvisabile nel ripetuto rinnovo a tempo determinato dei propri rapporti di lavoro a tempo determinato da parte dei ministeri interessati.

I ministeri interessati contestavano la competenza del *Rights Commissioner* a conoscere dei ricorsi fondati sulla direttiva n. 1999/70 e contestavano, nel merito, le pretese dei ricorrenti.

Il *Rights Commissioner*, ritenuta la propria competenza, accoglieva i ricorsi.

La Labour Court Dublin, a seguito di appello, sottoponeva alla Corte di Giustizia una serie di questioni che, di seguito, esaminiamo.

2. Con la prima questione la Labour Court chiedeva di sapere se, nonostante l'assenza di disposizione espressa in tal senso, un giudice nazionale in quanto tale o un *Rights Commissioner*, fosse tenuto, ai sensi del diritto comunitario, a dichiararsi competente anche a conoscere di domande direttamente fondate sulla direttiva comunitaria, allorché queste ultime si riferissero ad un periodo successivo alla data di scadenza del termine di trasposizione della direttiva ma precedente alla data di entrata in vigore della legge di trasposizione.

La Corte, nel risolvere il quesito, ha ricordato, in primo luogo, che spetta ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto comunitario e garantirne la piena efficacia (punto 42).

Nella ripartizione di competenze tra i giudici nazionali la Corte ha, poi, richiamato i principi di autonomia processuale degli Stati membri e quello della tutela giurisdizionale effettiva.

In base al *principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta (sulla nozione di autonomia procedurale si vedano le sentenze 4 luglio 2006, in causa C-212/04, *Adelener*, punto 95; 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, punto 52, e 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, punto 37, tutte in  *Lavoro a termine*).

Tuttavia gli Stati membri sono tenuti a garantire in ogni caso la tutela effettiva di detti diritti (in ciò si estrinseca il *principio della tutela giurisdizionale effettiva* che costituisce un principio generale del diritto comunitario. Sulla garanzia come diritto fondamentale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva si vedano gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché l'art. 47, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea).

Sia le competenze sia le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti al singolo in forza delle normative comunitarie non possono, peraltro, essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (*principio di equivalenza*), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (*principio di effettività*).

Spetta al giudice nazionale (come ben dice la Corte, punto 55) verificare se i principi di equivalenza e di effettività siano stati rispettati nel caso concreto.

Tra le righe della sentenza (in particolare, il punto 53) ed in maniera più articolata nelle conclusioni dell'avvocato generale (punti 54-83) viene, peraltro, fornita una serie di elementi utili per risolvere la questione.

In particolare, i giudici irlandesi dovranno verificare se i ricorrenti dovevano realmente promuovere due giudizi dinanzi a due organi giurisdizionali differenti per godere pienamente della tutela loro riconosciuta e se i rimedi giurisdizionali dinanzi ai giudici ordinari (per la loro formalità e complessità) si presentassero meno vantaggiosi rispetto a quelli esperibili dinanzi al *Rights Commissioner*.

La questione, a prima vista inconsueta, trova origine nel sistema delle competenze giurisdizionali irlandesi.

In Irlanda, i *Rights Commissioners* e la *Labour Court* possono emettere decisioni solo nella misura in cui sia stata loro attribuita *ex lege* competenza in tal senso.

Nessuna delle due autorità giurisdizionali ha, peraltro, una competenza esplicita a conoscere di domande fondate su una disposizione di diritto comunitario avente efficacia diretta.

Da qui le eccezioni sollevate dai ministeri che contestavano la competenza dei giudici aditi nella misura in cui i ricorsi erano fondati direttamente sulla direttiva n. 1999/70.

3. Con la seconda questione viene chiesto, in sostanza, alla Corte se le clausole 4, punto 1, e 5, punto 1, dell'accordo quadro possano essere invocate da singoli dinanzi al giudice nazionale.

La Corte, sul tema, ricorda l'orientamento costante secondo cui in tutti casi in cui disposizioni di una direttiva (ma l'orientamento viene ritenuto applicabile, in maniera espressa, anche alle clausole degli accordi quadro, punto 58) appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere invocate dai singoli nei confronti dello Stato, anche in qualità di datore di lavoro.

Ciò premesso, la Corte distingue tra l'art. 4 e l'art. 5.

a) Sulla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro.

La clausola 4 dell'accordo quadro, intitolata *Principio di non discriminazione* prevede:

«1. Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive.

2. Se del caso, si applicherà il principio del *pro rata temporis*.

3. Le disposizioni per l'applicazione di questa clausola saranno definite dagli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e/o dalle parti sociali stesse, viste le norme comunitarie e nazionali, i contratti collettivi e la prassi nazionale.

4. *omissis*».

I ministeri irlandesi contestavano l'efficacia diretta del divieto di discriminazione sotto duplice profilo: a) il divieto sarebbe troppo indeterminato nel contenuto; b) e non sarebbe incondizionato, con riferimento al punto 3, in quanto necessiterebbe ancora della definizione di modalità applicative da parte degli Stati membri.

La Corte (sulla scorta delle conclusioni dell'avvocato generale) ha replicato a tali osservazioni rilevando: a) Il divieto di discriminazione sancito dalla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro è un'espressione del principio generale di parità di trattamento e del divieto di discriminazione e l'assenza di definizione della nozione di condizioni di impiego «non tocca l'idoneità della suddetta disposizione ad essere applicata da un giudice [...] e non è tale da togliere al contenuto di tale disposizione il suo carattere sufficientemente preciso» (punto 61). La stessa riserva relativa alle giustificazioni fondate su ragioni oggettive può essere soggetta ad un sindacato giurisdizionale «talché la possibilità di

avvalersene non impedisce di considerare che la disposizione esaminata attribuisce ai singoli diritti che possono far valere in giudizio e che i giudici devono tutelare» (punto 64).

Lo stesso punto 3 dell'accordo (che ha il compito di facilitare l'applicazione del principio del divieto di discriminazione) non condiziona l'esistenza o la portata del principio.

Ne consegue, secondo la Corte (punto 68) che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro può essere invocata da un singolo dinanzi al giudice nazionale.

b) Sulla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro.

La clausola 5 dell'accordo quadro enuncia:

«1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:

a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;

b) la durata massima totale dei rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;

c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti».

Sia l'Impact che (in maniera più sfumata) la Commissione ritenevano che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro fosse direttamente applicabile.

I ministeri irlandesi, il giudice di rinvio e l'avvocato generale ritenevano, viceversa, che la clausola non avesse efficacia diretta per l'ampio potere discrezionale che la clausola lasciava agli Stati membri.

La Corte aderisce a tale ultima opinione rilevando come rientri nel *potere discrezionale* degli Stati membri ricorrere «ad una o più tra le misure enunciate o ancora a misure equivalenti, pur tenendo conto delle esigenze di settori e/o di categorie specifiche di lavoratori» (punto 71).

Diversamente da quanto affermato dalla Commissione, il requisito di una ragione obiettiva per il rinnovo dei rapporti di lavoro a tempo determinato non rappresenta neanche una sorta di minimo comune denominatore che possa essere estratto come contenuto minimo dal disposto dell'art. 5, punto 1, dell'accordo quadro in caso di mancata attuazione.

Infatti, rileva la Corte «la lettura patrocinata dalla Commissione equivarrebbe ad istituire una gerarchia tra le diverse misure di cui alla clausola 5, punto 1, del suddetto accordo quadro, mentre i termini stessi di tale disposizione indicano senza equivoco che le diverse misure prese in considerazione sono concepite come equivalenti» (punto 76).

Invero, rilevava l'avvocato generale nelle sue conclusioni, «al punto 7 delle considerazioni generali dell'accordo si evidenzia in modo particolare che l'utilizzazione di contratti a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi. Ciò però non significa che i contratti di lavoro a tempo determinato siano in assoluto legittimi solo se sussistano ragioni obiettive per la fissazione di un termine e che in assenza di esse siano da considerarsi automaticamente alla stregua di abusi. Se così fosse le misure contemplate nella clausola 5, punto 1, lett *b* e *c* dell'accordo quadro sarebbero superflue» (punto 116).

La mancanza di una efficacia diretta della clausola non comporta particolari problemi dal punto di vista del diritto interno posto che, com'è noto, il legislatore italiano si è conformato alla direttiva prevedendo delle misure relative alla lett. *a* (con il d.lgs. n. 368 del 2001, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*) e alla lett. *b* (con la l. n. 247/2007, in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*).

Dal punto di vista del diritto comunitario l'affermazione deve essere letta in connessione con la risposta che la Corte dà al terzo quesito (ne rinviemo l'esame in quella sede).

4. Con la terza questione il giudice irlandese chiede, in sostanza, se la clausola 5, punto 1,

dell'accordo quadro consenta ad uno Stato che agisca in veste di datore di lavoro di rinnovare un contratto di lavoro a tempo determinato per una durata massima di otto anni nel periodo compreso tra la data di scadenza del termine di trasposizione della direttiva n. 1999/70 e quella dell'entrata in vigore della legge di trasposizione di tale direttiva.

L'avvocato generale, nelle sue conclusioni, riteneva che «il combinato disposto degli artt. 10 CE, 249, terzo comma, CE e della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro» non precludesse tale possibilità.

Di diverso avviso è stata la Corte.

La Corte ricorda, preliminarmente, come nel diritto comunitario i contratti a tempo indeterminato rappresentino «la forma comune dei rapporti di lavoro», pur riconoscendo che i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori e per determinate occupazioni e attività (sentenza *Adeneler*, cit., punto 61).

Di conseguenza il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un «elemento portante della tutela dei lavoratori» (C. Giust. 27 novembre 2005, in causa C-144/04, *Mangold*, punto 64, in  *Lavoro a termine*) mentre solo in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori (*Adeneler*, cit., punto 63).

In tale ottica l'accordo quadro intende delimitare il ripetuto ricorso a quest'ultima categoria di rapporti di lavoro, «considerata come potenziale fonte di abuso a danno dei lavoratori» (punto 88).

Ne consegue, precisa la Corte, che gli Stati membri sono tenuti a prendere qualsiasi misura, generale o particolare, idonea a raggiungere l'obiettivo perseguito dalla direttiva. Tale obbligo, peraltro, sarebbe privo di qualsiasi effetto utile, conclude la Corte, «se una autorità di uno Stato membro, che agisca in qualità di datore di lavoro pubblico, fosse autorizzata a rinnovare contratti per una durata inabitualmente lunga nel corso del periodo compreso tra la data di scadenza del termine di trasposizione della direttiva 1999/70 e quella dell'entrata in vigore della legge di trasposizione di quest'ultima, con il risultato di privare per un termine non ragionevole gli interessati del beneficio di misure adottate dal legislatore nazionale per trasporre la clausola 5 dell'accordo quadro» (punto 91).

La sentenza è molto importante sotto diversi profili.

Sotto il profilo del diritto comunitario occorre sottolineare come la Corte, pur in assenza di una efficacia diretta della clausola invocata (nella specie, l'art. 5 dell'accordo quadro), ravvisi un obbligo per gli Stati membri di conseguire il risultato contemplato dalla direttiva n. 1999/70 attraverso il richiamo all'art. 10 CE.

In sostanza, l'obbligo di prevenire il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato viene desunto non dalla singola clausola, ma dal sistema normativo (comunitario) in cui si combinano norme di natura diversa (gli artt. 10 CE e 249, terzo comma, CE e la stessa direttiva n. 1999/70).

È uno sviluppo interessante dell'espandersi del primato del diritto comunitario che andrà, attentamente, seguito nel suo consolidarsi.

Dal punto di vista delle ricadute sul diritto interno occorre, prima di tutto, ricordare che il nostro Paese ha introdotto, con la l. n. 247/2007, un limite di 36 mesi all'ipotesi di successione di contratti a termine.

Limite che, però, è suscettibile di alcune deroghe.

Il regime delle deroghe, nella l. n. 247/2007, si articola su due tipi di intervento.

- 1) deroghe legali con riferimento al lavoro stagionale;
- 2) deroghe lasciate all'autonomia individuale (ancorché assistita).

La durata del «predetto ulteriore contratto» viene stabilita con «avvisi comuni» (art. 5, comma 4-*bis*).

La disciplina è stata, in parte, modificata dalla legge di conversione (l. n. 133/2008, in  indice A-Z, voce *Produttività del lavoro*) del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, che, al comma

2 dell'art. 21, prevede che all'art. 5, comma 4-bis, sia aggiunta la seguente frase: «e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (in generale sulla nuova disciplina del lavoro a termine cfr. G. FALASCA, *La miniriforma del contratto a termine*, in *q. Fascicolo*, nell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva).

Si noti che il rinvio operato alla contrattazione collettiva è molto ampio in quanto le deroghe alla disciplina legislativa possono essere apportate non solo dalla contrattazione di livello nazionale, ma anche da quella di secondo livello (territoriale o aziendale).

Il legislatore, però, non ha posto un limite all'entità temporale della deroga.

Da qui l'importanza dell'indicazione della Corte che consentirà di considerare illegittime quelle deroghe al superamento del limite legale (nella successione di contratti a termine) che prevedano una durata «inabitualmente lunga».

5. Con la quarta questione il giudice irlandese intende, sostanzialmente, sapere se un giudice nazionale, in base all'obbligo di interpretare il diritto interno in modo conforme ad una direttiva, sia tenuto ad interpretare la legge di attuazione di una direttiva (nella specie l'art. 6 della legge del 2003, in cui era stato recepito nel diritto irlandese il divieto di discriminazione dei lavoratori a tempo determinato) in modo retroattivo alla data di scadenza del termine di attuazione della direttiva stessa.

La Corte, dopo avere ricordato che l'obbligo di interpretazione conforme trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di irretroattività, e non può servire da fondamento ad una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (cfr. sentenza 16 giugno 2005, in causa C-105/03, *Pupino*, in *Racc.*, I-5285, punti 44 e 47), domanda al giudice di rinvio di verificare la sussistenza delle condizioni per una interpretazione retroattiva della disposizione nazionale (punti 102-104).

Ad integrazione di quanto affermato dalla Corte può solo ricordarsi che l'obbligo di interpretazione conforme incombente al giudice nazionale non è limitato alla legge di attuazione della direttiva, ma riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, comprese quelle anteriori alla sua emanazione (sentenza *Adelener*, cit., punti 108 e 111).

6. Con l'ultima questione il giudice irlandese desidera sapere se le condizioni di impiego, nell'accezione della clausola 4 dell'accordo quadro, comprendano anche le condizioni di un contratto di lavoro relative a retribuzione e pensioni.

L'Impact, la Commissione, il giudice del rinvio e l'avvocato generale (con alcuni distinguo sulle pensioni) ritenevano che le condizioni di impiego, nell'accezione dell'accordo quadro, comprendessero anche la retribuzione e le pensioni.

I ministeri irlandesi e, soprattutto, il governo del Regno Unito, invece, propugnavano l'opinione opposta.

La Corte, richiamando la sentenza *Del Cerro Alonso* (sentenza 13 settembre 2007, in causa C-307/05, in  indice A-Z, *Lavoro a termine*), aderisce alla prima opinione affermando che: «La clausola 4 dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che le condizioni di impiego ai sensi di quest'ultima inglobano le condizioni relative alle retribuzioni nonché alle pensioni dipendenti dal rapporto di lavoro, ad esclusione delle condizioni relative alle pensioni derivanti da un regime legale di previdenza sociale».

Le ricadute della sentenza sull'ordinamento interno sono state, in gran parte, anticipate dalla sentenza *Del Cerro Alonso* (per il cui commento si rinvia a R. COSIO, *Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *q. Rivista*, 2008, n. 1, 234).

Roberto Cosio

Avvocato del Foro di Catania

Presidente – Avvocati Giuslavoristi Italiani, Sezione Regione Sicilia-Calabria

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Francia

- *politiche per l'occupazione: politiche a favore dei lavoratori anziani (1.1. – 1.7.)*

Germania

- *politiche per l'occupazione:*

politiche a favore dei lavoratori anziani (2.1. – 2.5.)

Spagna

- *responsabilità sociale delle imprese e impatto sulle relazioni di lavoro (3.1.)*

*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.unimore.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. Francia

1.1. MINISTÈRE DU TRAVAIL, DES RELATIONS SOCIALES, DE LA FAMILLE ET DE LA SOLIDARITÉ, XAVIER BERTRAND, *Mobilisation en faveur de l'emploi des seniors*, 26 giugno 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 24).

1.2. MINISTÈRE DE L'EMPLOI, DE LA COHÉSION SOCIALE ET DU LOGEMENT, *Emploi des seniors: une forte mobilisation*, 14 marzo 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 12).

1.3. MINISTÈRE DE L'EMPLOI, DE LA COHÉSION SOCIALE ET DU LOGEMENT, *Circulaire DGEFP relative à la mise en oeuvre du Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010*, 13 dicembre 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 28).

1.4. CONFÉRENCE NATIONALE SUR L'EMPLOI DES SENIORS, CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010*, 6 giugno 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 12).

1.5. MINISTRE DÉLÉGUÉ À L'EMPLOI AU TRAVAIL ET À L'INSERTION PROFESSIONNELLE DES JEUNES, GÉRARD LARCHER, *Emploi: Lutter contre les discriminations liées à l'âge*, 16 dicembre 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 52).

1.6. MINISTÈRE DE L'EMPLOI, DE LA COHÉSION SOCIALE ET DU LOGEMENT, *Un groupe de travail pour l'emploi des seniors*, 16 dicembre 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 28).

1.7. MINISTÈRE DE L'EMPLOI, DE LA COHÉSION SOCIALE ET DU LOGEMENT, *Accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi*, 13 ottobre 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 28).

(1.1. – 1.7.) L'invecchiamento demografico e le politiche del lavoro

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Contesto, metodi e contenuti del *Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010*. – **3.** I cinque obiettivi del Piano e le azioni concrete per la loro realizzazione: determinare un'evoluzione delle percezioni socio-culturali del fattore età. – **3.1.** *Segue:* favorire il mantenimento dell'occupazione dei *seniors*. – **3.2.** *Segue:* agevolare il ritorno al lavoro dei *seniors* usciti dai circuiti occupazionali. – **3.3.** *Segue:* gestire in maniera più efficiente i percorsi di fine carriera. – **3.4.** *Segue:* assicurare i risultati nel tempo.

1. L'attuale governo francese, ancor più dopo il documento dello scorso mese di giugno, *Mobilisation en faveur de l'emploi des seniors* (in epigrafe), mostra di proseguire la tradizione francese che nel quadro comparato si segnala per lo specifico interesse e iniziativa a favore dell'occupabilità dei lavoratori anziani e l'impegno profuso oltralpe da forze politiche e parti sociali sui temi dell'invecchiamento della popolazione, delle discriminazioni legate all'età e dell'occupazione dei soggetti più anziani.

Tanta sensibilità deriva dall'analisi dei dati, anche in Francia poco confortanti, relativi all'andamento demografico, i quali rivelano che la percentuale delle persone con più di 60 anni passerà dal 21% del 2005 al 27,3% nel 2020, e quella di coloro con più di 65 anni dal 16,6% al 21%. Sempre secondo le stime, nel 2050, più di un terzo della popolazione francese supererà i 60 anni. Parallelamente, la percentuale della popolazione attiva è destinata a diminuire: con riferimento ai soggetti in età da lavoro, la popolazione attiva scenderà dal 54% del 2005 al 50% nel 2020, mentre il rapporto tra persone anziane attive ed inattive crollerà da 2,2 a 1,5. Appare evidente come, in questo contesto, il migliora-

mento del tasso di impiego si configuri come un fattore determinante in termini di coesione, di crescita e di vitalità dei sistemi di protezione sociale. In Francia, peraltro, il tasso di occupazione delle persone più anziane è particolarmente basso. La quota dei soggetti occupati nella fascia di età compresa fra i 55 e i 64 anni era del 37,3% nel 2004 contro il 41% della media dell'Unione Europea: un dato certamente lontano dall'obiettivo del 50% per il 2010 fissato a livello UE.

Dall'insieme delle considerazioni che precedono è scaturita l'esigenza di assicurare la promozione dell'invecchiamento attivo attraverso la mobilitazione di tutti gli attori presenti nel mercato del lavoro e di porre lo sviluppo dell'impiego dei più anziani fra le priorità di governo.

L'ambizioso progetto di un Piano nazionale d'azione per l'occupazione dei c.d. "seniors" veniva lanciato, a seguito delle raccomandazioni contenute nel *Plan de cohésion sociale* (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 5), dall'*Accord Interprofessionnel* del 13 ottobre 2005, ma siglato il 9 marzo 2006 (in epigrafe), che si proponeva di contrastare, con una sorta di terapia d'urto, le logiche che inducono a pensare all'età come ad una variabile di aggiustamento del mercato del lavoro. All'accordo faceva seguito, il 16 dicembre dello stesso anno, una proposta del Ministro delegato all'occupazione, al lavoro e all'inserimento professionale dei giovani Gérard Larcher (in epigrafe), avente ad oggetto la realizzazione di un tavolo di concertazione con l'intento di accrescere la partecipazione dei più anziani al mondo del lavoro e promuoverne l'occupabilità. Veniva così istituita la *Conférence nationale sur l'emploi des seniors*, che, pochi mesi dopo, il 6 giugno 2006, avrebbe presentato il *Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010* (in epigrafe), una piattaforma programmatica frutto del lavoro congiunto di Stato e parti sociali che riprende, nei suoi contenuti, l'*Accord Interprofessionnel* del 13 ottobre 2005. È infine del 14 marzo 2007 la comunicazione ministeriale (in epigrafe) che ha annunciato la messa in opera del *Plan national*, grazie soprattutto all'emanazione, nel dicembre 2006, della l. n. 1640, per il finanziamento della sicurezza sociale, e della l. n. 1770, in tema di sviluppo della partecipazione e dell'azionariato sociale, che ne costituissero le necessarie premesse.

Il Piano, come anche precisato dalla nota, non rappresenta un documento statico, essendo bensì destinato a subire progressivi adattamenti attraverso verifiche periodiche dei suoi risultati: alla sua struttura portante, agli obiettivi ed alle strategie che ne caratterizzano il contenuto sono dedicati i prossimi paragrafi.

2. Il *Plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors 2006-2010* si inserisce in un contesto variegato di interventi per la promozione e lo sviluppo dell'impiego dei seniors. A titolo esemplificativo, sarà sufficiente ricordare la riforma delle pensioni ad opera della l. 21 agosto 2003, n. 775, lo stesso *Accord Interprofessionnel* (d'ora innanzi A.I.), ed il Piano sanitario per il periodo 2005-2009. Di tali iniziative, il *Plan national* evidenzia l'importanza ed il significato, ma, sostanzialmente, anche l'insufficienza, di fronte alla sfida imposta dai cambiamenti demografici, soprattutto sulla base della constatazione per cui l'economia francese non pare essere riuscita – malgrado i progressi registrati nel corso degli ultimi anni – a valorizzare pienamente il potenziale delle persone più anziane. Viene rilevato, in particolare, come l'età concretizzi ancora troppo spesso un fattore di discriminazione e come, a partire dai 45 e soprattutto dai 50 anni, l'accesso alla formazione continua diventi più raro. I dati confermano, inoltre, una più facile esposizione degli ultracinquantacinquenni ai licenziamenti, in special modo a quelli economici, nonché la minore probabilità di occupazione dopo la soglia dei 50 anni, che in Francia si è rivelata più di due volte inferiore a quella relativa a coloro che si trovano in una fascia compresa tra 30 e 49 anni. Analoghe preoccupazioni destano le stime sulla difficoltà di uscita dallo stato di disoccupazione, essendo emerso che, mentre più della metà dei soggetti in cerca di lavoro al di sotto dei 50 anni riesce a trovare un impiego, il dato si riduce ad un

terzo per gli *over 50*.

Nell'analizzare le varie implicazioni derivanti dalla condizione di *senior* – ed omettendo definizioni generali di tale *status*, con la scelta di individuare di volta in volta, a seconda della finalità dell'istituto, la fascia di età di riferimento – il Piano si sofferma sul disvalore di certe radicate percezioni socio-culturali, che fanno avvertire il lavoratore *âgé* più come un limite che come una risorsa per le imprese. Con una significativa presa di posizione nei confronti della legislazione degli anni Ottanta e Novanta, accusata di aver alimentato, attraverso il massiccio ricorso a misure differenziate e progressivamente penalizzanti in ragione dell'età, un vero e proprio consenso sociale rispetto a modalità gestionali "disinvolte" nei confronti dei più anziani.

Di qui, l'esigenza di condurre ad una generale evoluzione di mentalità nell'approccio alle problematiche legate all'età, non solo perché ciò è imposto dal problema dell'inversione demografica, ma anche perché gli stessi mutamenti economici e sociali e i nuovi assetti del mondo del lavoro richiedono nuove strategie di competitività e maggiori investimenti sulle risorse umane e sulla formazione continua, che coinvolgano anche i meno giovani.

Sul fronte del metodo, il *Plan national* dichiara di porsi sulla stessa linea direttrice dell'A.I., di voler riproporre i tratti fondamentali del negoziato nazionale ed estenderli, laddove necessario, soprattutto nel senso di una più marcata assunzione di responsabilità da parte dello Stato. Il tutto, anche attraverso l'opera di un gruppo di lavoro costituito *ad hoc* (annunciato nel dicembre 2005, vedi MINISTÈRE DE L'EMPLOI, DE LA COHÉSION SOCIALE ET DU LOGEMENT, *Un groupe de travail pour l'emploi des seniors*, 16 dicembre 2005, in epigrafe), composto dai rappresentanti di governo e parti sociali aderenti all'accordo, nonché da alcuni rappresentanti del Parlamento e da un membro del Consiglio economico e sociale. Per quanto concerne gli aspetti programmatici, il Piano intende accrescere la quota dei *seniors* occupati, lottando contro i fattori che tendono ad escluderli dal mondo del lavoro ed assicurando loro adeguati percorsi professionali, con la aspirazione ad un aumento del tasso d'impiego di coloro che appartengono alla fascia di età compresa tra 55 e 64 anni, dell'ordine di due punti all'anno per tutto il periodo 2006-2010, in modo da raggiungere il risultato del 50% al termine del quadriennio. In questa prospettiva, sono stati concertati cinque obiettivi essenziali, che si articolano in trentuno azioni concrete, alcune delle quali, come si vedrà, nel frattempo divenute operative.

3. Il primo degli obiettivi tracciati dal Piano si svolge attraverso quattro azioni e riguarda l'abbattimento dei pregiudizi socio-culturali che costituiscono un ostacolo alla occupazione dei *seniors*. È in programma, innanzitutto, il lancio di una campagna mediatica di dimensione nazionale destinata al grande pubblico – sulla scorta di analoghe esperienze già intraprese in Paesi Bassi e Finlandia – che coinvolga stampa, radio e televisione, ed abbia ad oggetto le potenzialità connesse all'esperienza dei soggetti più anziani (*Action n. 1*), da finanziarsi attraverso la partecipazione dello Stato, degli organismi di sicurezza sociale, degli enti locali, delle organizzazioni professionali, nonché con l'impiego di parte dei fondi derivanti dall'assicurazione contro la disoccupazione. È stata poi prevista l'attivazione di uno spazio dedicato ai *seniors* sul sito internet del Ministero del lavoro (vedi, adesso, l'indirizzo www.emploiesseniors.gouv.fr), contenente *link* verso i siti degli altri partecipanti all'iniziativa, con lo scopo di assicurare la più larga diffusione delle informazioni relative alle misure intraprese per favorire l'occupazione delle persone anziane ed illustrare le esperienze più innovative.

Rientrano nel piano di contrasto ai preconcetti legati all'età anche alcune specifiche politiche di sensibilizzazione sul valore aggiunto dei *seniors* destinate alle imprese (*Action n. 2*), per lo sviluppo di tecniche di gestione delle risorse umane maggiormente orientate verso l'ingresso e la permanenza dei soggetti più anziani nel mercato del lavoro. Questa attività potrà articolarsi nella predisposizione di corsi di formazione mirata del personale addetto all'*HR management*, avrà come protagonisti anche i servizi pubblici per l'impie-

go ed i servizi sanitari e si avvarrà della diffusione di strumenti operativi. Per esempio, è in preparazione, da parte dell'ANACT (*Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail*), una sorta di breviario metodologico per gli addetti ai lavori, ed è previsto che nell'ambito di ciascuna DRTEFP (*Direction régionale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*) con l'ausilio dei vari operatori decentrati del Ministero del lavoro, vengano organizzate conferenze regionali con la partecipazione dei vari attori coinvolti (enti locali, parti sociali, camere di commercio, ecc.) sulle prassi adottate dalle imprese nei confronti dei lavoratori anziani.

Quanto illustrato non può che accompagnarsi ad una serie di interventi volti a migliorare i sistemi di monitoraggio sull'impiego dei *seniors*, nonché a favorire lo sviluppo di buone pratiche (*Action* n. 3). Per questo motivo, il Piano richiede ai vari organismi di fornire ai poteri pubblici e alle parti sociali, a qualsiasi livello, tutte le informazioni ed i dati rilevanti sulla situazione occupazionale dei meno giovani, nonché sulla loro formazione, sulle condizioni di lavoro, sugli infortuni, le malattie professionali e gli handicap. Peraltro, grazie al centro di ricerche e dati ATEON (*Âge, Travail, Emploi, Observatoire National*), di recente creato presso l'ANACT, esiste attualmente uno strumento d'osservazione completo ed utile per la diffusione di *best practices* in materia (vedi le relative informazioni all'indirizzo www.anact.fr).

L'obiettivo si completa, infine, con la mobilitazione dei ricercatori impegnati sui vari aspetti che coinvolgono l'età nel mondo del lavoro (*Action* n. 4). Come rivelato da recenti rapporti – fra cui uno dell'OECD – la Francia rappresenta uno dei Paesi in cui sono stati condotti gli studi più avanzati sull'invecchiamento della popolazione: il Piano ravvisa, dunque, la necessità di sfruttare appieno questo vantaggio, istituendo, all'uopo uno specifico progetto di ricerca multidisciplinare, i cui orientamenti saranno definiti, di concerto con le parti sociali, da un apposito comitato scientifico.

3.1. Il secondo obiettivo, inteso a favorire la conservazione del posto di lavoro dei più anziani, viene declinato in dieci strategie d'azione. In primo luogo, il Piano, riprendendo i contenuti degli artt. 5 ed 8 A.I., si impegna a garantire ai *seniors* adeguati percorsi professionali (*Action* n. 5), prevedendo, in favore dei dipendenti con più di 45 anni, l'effettuazione di colloqui aziendali a cadenza quinquennale, aventi ad oggetto la seconda parte della vita lavorativa, al fine di verificare – tenuto conto delle effettive possibilità dell'impresa – le aspirazioni di ciascuno in termini di avanzamento professionale. Si segnala, poi, sempre per agevolare la pianificazione della seconda fase della carriera, la attribuzione ad ogni lavoratore, decorsi 20 anni di attività e, in ogni caso, una volta compiuti 45 anni, della possibilità di beneficiare di un bilancio delle competenze, anche attraverso la mobilitazione dei CIBC (*Centre inter-institutionnel de bilans de compétences*). Saranno altresì messi a punto nuovi strumenti di formazione professionale *ad hoc* (*Action* n. 6), sulla scorta di quanto già proposto dagli artt. 9, 7 ed 11 A.I. In particolare, verrà utilizzata la procedura VAE (*Validation des acquis de l'expérience*) per la convalida delle esperienze acquisite durante la vita lavorativa, che ogni settore è chiamato a definire, secondo un progetto finanziato in parte dalle imprese – nel quadro della contribuzione allo sviluppo della formazione professionale – ed in parte dall'OPCA (*Organisme paritaire collecteur agréé*) o dall'OPACIF (*Organisme paritaire de gestion du congé individuel de formation*) competenti. Seguirà l'organizzazione di piani formativi per i lavoratori ultracinquantenni, che questi potranno concordare con il datore di lavoro in occasione del già ricordato colloquio orientativo sulla seconda parte della carriera. Parallelamente, verranno elaborati progetti di settore calibrati sulle peculiarità e le esigenze dei più anziani, con la costruzione, attraverso la rete di cellule regionali inter-servizi in VAE e punti di consulenza, di percorsi personalizzati di addestramento e certificazione delle competenze.

L'infrastruttura informatica necessaria per veicolare la vasta campagna di cui necessita la strategia in discorso, sarà costituita dal più importante portale francese in materia di for-

mazione (www.leportaildelaformation.fr), attraverso il quale è possibile reperire le informazioni sui percorsi formativi di ciascuna figura professionale, per qualsiasi livello ed ambito territoriale.

Un'operazione a così largo raggio non poteva che coinvolgere anche la politica contrattuale (*Action* n. 7). Dopo aver ricordato che il tema dell'occupazione dei *seniors* risulta fra le priorità degli accordi EDEC (*Engagement de développement de l'emploi et des compétences*) – i principali veicoli attraverso i quali si attua, in materia, il raccordo fra le procedure di settore e territoriali – il *Plan national* afferma l'impegno di Stato e parti sociali a raddoppiare, entro il 2010, il numero di soggetti più anziani beneficiari di tali contratti, mediante l'erogazione degli opportuni finanziamenti. Di pari passo (vedi anche art. 4.3. A.I.), viene evidenziata l'importanza di un'incentivazione degli accordi GPEC (*Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences*) finalizzati ad una gestione anticipata dei bisogni professionali e delle competenze all'interno delle imprese, in modo da favorire il mantenimento dell'occupazione dei *seniors* o comunque il loro rientro nel mercato del lavoro (*Action* n. 8).

Preso atto, poi, della frammentazione delle informazioni in tema di formazione, il Piano promuove il rafforzamento degli strumenti di connessione e di condivisione delle problematiche fra i vari settori (*Action* n. 9), coinvolgendo le parti sociali attraverso riunioni annuali fra Stato e CPNFP (*Comité paritaire national pour la formation professionnelle*) sulle possibilità di sviluppo nell'ambito di ciascuna categoria merceologica o professionale.

L'obiettivo del mantenimento dello stato di occupazione dei *seniors* passa, inoltre, anche attraverso politiche limitative sia del ricorso alla cessazione anticipata dell'attività (*Action* n. 10), che degli accordi di settore che pattuiscono l'abbassamento al di sotto della soglia dei 65 anni dell'età a partire dalla quale il datore può disporre d'ufficio il pensionamento del dipendente. In particolare, secondo il Piano, questi ultimi contrasterebbero con la libera scelta del lavoratore di decidere il momento del proprio ritiro, nonché con la *ratio* della legge di riforma delle pensioni del 21 agosto 2003, che ha inteso amplificare tale facoltà. Per questo, viene annunciata l'inibizione di nuovi accordi – anche in previsione dell'entrata in vigore delle modifiche, sul tema, al *Code du Travail* – con la richiesta alle parti sociali di impegnarsi a riesaminare quelli già vigenti, in modo da produrre la cessazione degli effetti, al più tardi, il 1° gennaio 2010 (*Action* n. 11).

Il *Plan national* immagina anche una campagna di prevenzione (*Action* n. 12), che coinvolga le parti sociali e che induca le imprese ad incrementare gli investimenti per il miglioramento delle condizioni di lavoro, nonché ad approfondire la riflessione sui possibili strumenti idonei allo scopo ed a gestire in maniera più accurata la questione-età. Viene poi dedicata particolare attenzione ai lavoratori adibiti a mansioni usuranti che si trovano nell'ultima fase della carriera, con il proposito di incoraggiare le iniziative che permettano di includere, nel progetto di miglioramento delle condizioni di lavoro, delle azioni mirate alla tutela dei lavoratori più anziani, onde evitarne un'anticipata esclusione dai circuiti occupazionali per invalidità o sopravvenuta inidoneità. Questa linea programmatica si inserisce, peraltro, nel quadro del documento *Santé au travail 2005-2009* presentato alle parti sociali il 17 febbraio 2005 e adottato il 23 febbraio successivo. Anche la *Convention d'Objectifs et de gestion de la branche accidents du travail-maladies professionnelles* conclusa fra lo Stato e la CNAMTS (*Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés*) verrà completata con l'introduzione di obiettivi specifici, qualitativi e quantitativi, per la prevenzione dei rischi professionali che riguardano i *seniors*.

A tutto ciò si affianca un'opera di riorientamento dei fondi per il miglioramento delle condizioni di lavoro, a favore delle azioni promozionali per i *seniors*, nonché una mobilitazione delle reti dell'ANACT (*Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail*), per il trasferimento di metodiche virtuose ed efficienti di approccio al fattore-età

a livello aziendale, di settore e territoriale (*Actions* n. 13 e n. 14).

3.2. Con il terzo obiettivo, il *Plan national* si impegna a favorire la ricollocazione sul mercato del lavoro dei soggetti che, in ragione dell'età, soffrono difficoltà occupazionali e rischiano la definitiva esclusione dai circuiti lavorativi. Alcuni studi hanno evidenziato che il tasso di coloro che ritornano ad una situazione di occupazione in un arco di 12 mesi è del 33% per gli ultracinquantenni, contro il 60% generale. L'obiettivo è che per il 2010 il dato si innalzi almeno al 45%. Viene, a tal fine, previsto un accrescimento dell'offerta di servizi destinati ai *seniors* da parte dell'ANPE, in particolare per la messa in opera di sistemi personalizzati di accesso al mercato del lavoro (*Action* n. 15). Il percorso di "accompagnamento" dei *seniors* che il Piano vuole realizzare, sarà ispirato all'insieme di buone pratiche elaborate a livello UE ed ad alcune prassi innovative già intraprese in Francia nelle agenzie territoriali. Fra queste: l'approfondimento della diagnostica dei bisogni per il riorientamento dei progetti professionali e l'abbattimento delle barriere rappresentate dall'età; un'opera mediatica e motivazionale destinata ai *seniors* alla ricerca di un'occupazione e l'identificazione delle possibili occasioni di impiego, anche non-standard; uno studio sulle tecniche di approccio al mercato del lavoro per il superamento delle difficoltà relative all'assunzione, attraverso la simulazione di colloqui di lavoro.

Il *Plan national* si preoccupa inoltre del potenziamento delle funzioni dei servizi pubblici per l'impiego in tema di qualificazione professionale (*Action* n. 16), con il supporto dell'AFPA (*Association pour la formation professionnelle des adultes*) che, secondo un iter già avviato nel 2006, sta attualmente predisponendo 9.600 percorsi formativi destinati a soggetti attivi con età superiore a 45 anni, i quali potranno beneficiare delle procedure VAE – già descritte *sub* § 3.1. – per la convalida dei risultati così ottenuti.

Contestualmente, e con la collaborazione delle parti sociali, verrà favorito l'impiego dei *seniors* attraverso l'incremento di tipologie contrattuali agevolate (*Action* n. 17), in special modo del *Contrat initiative emploi* (su cui vedi P. TIRABOSCHI, *Francia, un anno di coesione sociale: i contrats "d'embauche"*, in *EU Bull. Adapt*, 2006, n. 5), che già l'art. 15 A.I. indicava come lo strumento principale per favorire l'inserimento o il reinserimento professionale degli ultraquarantacinquenni.

Le varie azioni nelle quali si articola la realizzazione dell'obiettivo in commento, si uniranno ad una forte strategia di contrasto alle discriminazioni per età, soprattutto – per quanto di interesse nella sezione in esame – a quelle relative al momento dell'assunzione (*Action* n. 18), tramite l'attuazione delle indicazioni già tracciate dall'art. 13 A.I. A questo proposito viene demandato all'ANPE ed all'APEC (*Association pour l'emploi des cadres*) di verificare che le offerte di lavoro non contengano elementi di discriminazione dei candidati fondati sull'età, basando l'indagine sulle indicazioni della *Charte du Service public de l'emploi contre les discriminations, pour l'égalité des chances et la promotion de la diversité*, firmata il 18 novembre 2005. Lo Stato, dal canto suo, si impegna a monitorare le imprese soggette al suo controllo e a sottoporre in breve tempo tutti gli statuti particolari, previa consultazione con parti sociali ed organismi interessati, ad una revisione integrale delle clausole legate all'età.

Il *Plan national* si interessa anche del superamento delle disposizioni di legge aventi un effetto disincentivante l'assunzione dei soggetti più anziani: fra queste quella che nel 1987 ha introdotto il c.d. *contributo Delalande*, ossia un onere aggiuntivo a carico delle imprese per il recesso dal rapporto di lavoro con un ultracinquantenne – variabile in relazione all'età del soggetto ed alle dimensioni aziendali – in favore dell'ASSÉDIC, l'istituto di gestione dei fondi per la disoccupazione (*Action* n. 19). Di tale sistema, del quale già da tempo si meditava la revisione (vedi l'art. 23 A.I., che demandava ai poteri pubblici di approntare i correttivi necessari ed, ancor prima, la legge di riforma delle pensioni del 2003), la già citata l. n. 1770 del 30 dicembre 2006 ha poi disposto la progressiva soppressione, addirittura con due anni di anticipo rispetto alla scadenza prefigurata dal

Piano.

Sempre in un'ottica promozionale dell'impiego dei *seniors*, si colloca l'ideazione – già contenuta nell'art. 17 A.I. – di una figura di contratto a tempo determinato della durata massima di 18 mesi e rinnovabile per una volta, destinata a soggetti di età superiore a 57 anni che si trovino alla ricerca di un'occupazione da oltre tre mesi, affinché questi possano ritornare al mondo del lavoro e maturare il diritto ad un pieno trattamento pensionistico (*Action* n. 20): tale previsione è stata trasfusa nel *Code du Travail* con decreto n. 1070 del 28 agosto 2006.

Altre specifiche modalità di intervento hanno lo scopo di favorire la creazione o il riavviamento di imprese da parte dei *seniors* dipendenti di lungo corso, mediante l'analisi e la risoluzione delle difficoltà connesse al mutamento del regime di protezione sociale nel passaggio dalla subordinazione allo *status* imprenditoriale e la creazione di specifici strumenti di defiscalizzazione degli investimenti (*Action* n. 21).

Viene poi ulteriormente sollecitato un più ampio ricorso alle tipologie contrattuali non-standard, in modo da dinamizzare il mercato del lavoro in favore dei soggetti che si trovano a rischio di esclusione per ragioni di età (*Action* n. 22).

L'obiettivo 3 proclama, infine, l'impegno dello Stato a potenziare l'apparato di aiuti alle imprese che assumano disoccupati con più di 50 anni (*Action* n. 23), nonché a perfezionare gli strumenti di incentivazione al ritorno al lavoro di coloro che, fra questi soggetti, siano destinatari di particolari misure sociali, quali l'*allocation de solidarité spécifique* o il *revenu minimum d'insertion* (*Action* n. 24). Le ultime due azioni si coordinano con il contenuto dell'art. 1, §§ 8 e 9 della *Convention relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage*, stipulata il 18 gennaio 2006.

3.3. L'obiettivo inteso ad una gestione ottimale della fase di fine carriera, ha fra i suoi principi-cardine la valorizzazione dell'esperienza dei lavoratori più anziani. Sulla scorta di quanto già previsto dall'art. 10 A.I., viene individuato quale scopo prioritario lo sviluppo, all'interno delle imprese, di pratiche di tutorato che impieghino i *seniors* (il riferimento è, in questo caso, agli *over 45*) nel trasferimento di conoscenze e di *savoir-faire* verso i più giovani, o verso soggetti meno professionalizzati (*Action* n. 25). La funzione di *tutor* dovrebbe essere conferita a dipendenti volontari che vantino un'idonea e oggettivamente riconosciuta professionalità, nel rispetto, se esistenti, di specifiche disposizioni convenzionali per il settore di riferimento, e con l'incentivo costituito dalla rilevanza dell'eventuale assunzione dell'incarico, ai fini della valutazione dei risultati individuali. Il Piano, però, si spinge oltre le proposte dell'A.I., pensando di coinvolgere in missioni di tutorato anche soggetti già pensionati, per stimolarne il ritorno all'attività: ad essi verrà consentito di beneficiare del medesimo regime di sicurezza sociale di cui erano in precedenza destinatari, qualora la loro funzione venga remunerata e, in ogni caso, di una copertura per gli infortuni e le malattie professionali. Per rendere ulteriormente appetibile tale opzione, i compensi per l'attività di *tutor* non rileveranno ai fini delle regole sul cumulo fra redditi da lavoro e da pensione.

Un altro aspetto cruciale affrontato in questa sezione riguarda la predisposizione di un circuito di informazioni al quale il lavoratore possa agevolmente accedere ai fini di una gestione anticipata e consapevole dell'ultima fase della carriera (*Action* n. 26). Viene dunque prevista, in favore dei dipendenti ultracinquantacinquenni (vedi anche art. 18 A.I.) la facoltà di richiedere al proprio responsabile gerarchico un confronto per fare il punto della situazione, nell'ambito del colloquio orientativo descritto *sub* § 3.1.: la disposizione si raccorda, peraltro, con i principi di cui alla già citata legge di riforma delle pensioni del 2003, sui diritti di informazione concernenti i diversi regimi previdenziali.

Il *Plan national* si propone altresì di alleviare lo svolgimento della prestazione lavorativa nell'ultima parte della vita professionale, consentendo agli *over 55* di concordare con il datore – nel rispetto degli accordi collettivi di settore o aziendali – una diversa gestione

dell'orario, con la possibilità di passare a forme di lavoro a tempo parziale senza ripercussioni sull'ammontare del trattamento pensionistico (cfr. art. 19 A.I.), nell'ottica di sviluppare ulteriormente le premesse della già ricordata l. 21 agosto 2003, e dei successivi decreti d'attuazione, intervenuti il 3 novembre 2005 (*Action* n. 27).

Il Piano suggerisce poi l'utilizzazione di un meccanismo di banca delle ore che permetta un allungamento della vita lavorativa, anche sulla scorta dei contenuti della l. 31 marzo 2005 di riforma dell'organizzazione dei tempi di lavoro nelle imprese, la quale ha ridotto i limiti dell'istituto (*Action* n. 28), così da garantire la possibilità di economizzare il tempo libero nella parte della vita professionale più intensa, compensandolo con il beneficio di un'attività ridotta nella fase finale, senza diminuzione di reddito. La messa a punto di tale sistema, demandata prevalentemente alle parti sociali, dovrà facilitare la trasferibilità dei relativi diritti nell'ipotesi di mutamento della parte datoriale.

Risponde all'obiettivo anche la promozione del "pensionamento progressivo" (*Action* n. 29), attraverso il quale il lavoratore ultrasessantenne può decidere di proseguire la propria attività presso l'azienda a tempo parziale, e dunque beneficiare di una quota del trattamento pensionistico inversamente proporzionale alla durata del periodo lavorato, quale strumento flessibile di transizione dalla vita professionale alla *retraite* a vantaggio di entrambe le parti del rapporto.

La penultima modalità di attuazione dell'obiettivo n. 4 consiste nell'accentuare il carattere incentivante della disposizione, contenuta anch'essa nella legge sulla riforma previdenziale del 2003, che ha introdotto una maggiorazione della pensione del 3% (c.d. "surcote") per ogni anno di lavoro supplementare dopo l'età di 60 anni. A tale proposito il Piano prevede un aumento dell'aliquota al 4% per gli anni successivi al primo, e al 5% per gli anni successivi al compimento del sessantacinquesimo anno di età (*Action* n. 30).

Infine, sempre nell'ottica del prolungamento della durata delle carriere, il Piano intende eliminare alcune implicazioni svantaggiose delle regole in materia di cumulo fra redditi da lavoro e da pensione. Per esempio, il fatto che la percezione simultanea sia consentita solo nel caso in cui la somma fra le due entrate dia luogo ad un importo non superiore all'ultima retribuzione precedente il pensionamento, penalizza sovente i lavoratori con bassi livelli salariali: a questi ultimi, dunque – anche in risposta ad una sollecitazione delle parti sociali in tal senso (vedi art. 22 A.I.), nonché all'avviso del *Conseil d'orientation des retraites* del 14 febbraio 2006 – verrà riservata una facilitazione del cumulo (*Action* n. 31), che diverrà ugualmente possibile allorché la somma dei nuovi redditi da attività lavorativa e da pensione (di base e complementare) non ecceda l'ammontare di 1,6 SMIC (*salair minimum interprofessionnel de croissance*).

3.4. L'ultimo obiettivo del *Plan national* si preoccupa di assicurare lo svolgimento concreto del programma attraverso l'organizzazione di un gruppo di lavoro permanente composto da 5 rappresentanti dello Stato, 5 rappresentanti dei sindacati dei lavoratori, nonché 5 rappresentanti delle associazioni datoriali e delle associazioni professionali. Tale organismo, che agirà in coordinamento con il *Conseil d'orientation des retraites* ed il *Conseil d'orientation pour l'emploi*, definirà degli indicatori globali di performance (relativi, per esempio, al tasso di impiego dei *seniors*, alla durata media dello stato di disoccupazione, alla cessazione dell'attività lavorativa prima dei 60 anni), elaborerà la piattaforma delle azioni che dovranno essere condotte dalle parti coinvolte, avanzerà a queste ultime le proposte necessarie per rafforzare l'efficacia dell'attuazione del Piano o per migliorare le conoscenze statistiche sull'occupazione, la formazione e le condizioni di lavoro dei *seniors*.

Lisa Amoriello
Dottoranda di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

2. Germania

2.1. AUDI (a cura di), *Wettbewerbsfähigkeit durch erfolgreiche Personalarbeit – Die demographische Entwicklung und ihre Herausforderung* [trad.: *La competitività attraverso la gestione efficace del personale – Lo sviluppo demografico e le sue sfide*], Berlino, 28 novembre 2006 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 4).

2.2. *Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Aumentare il tasso d'occupazione dei lavoratori anziani e differire l'uscita dal mercato del lavoro*, 2005/C 157/22, 28 giugno 2006 (in [indice A-Z](#), voce *Politiche per l'occupazione*).

2.3. *Chair's Conclusions*, Ninth G8 Labour and Employment Ministers Conference Meeting the Challenge of Demographic Change, Londra, 10-11 marzo 2005 (in [indice A-Z](#), voce *Politiche per l'occupazione*).

2.4. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale Europeo e al Comitato delle regioni, *Aumentare il tasso d'occupazione dei lavoratori anziani e differire l'uscita dal mercato del lavoro*, COM(2004)146 final, Bruxelles, 3 marzo 2004 (in [indice A-Z](#), voce *Politiche per l'occupazione*).

2.5. WHO (WORLD HEALTH ORGANISATION), *Active Ageing: A Policy Framework*, Madrid, aprile 2002 (in [indice A-Z](#), voce *Politiche per l'occupazione*).

(2.1. – 2.5.) L'invecchiamento demografico e le politiche del lavoro

Sommario: **1.** Premessa: l'invecchiamento della popolazione e il prolungamento della vita attiva. – **2.** La dimensione europea. – **3.** Il Progetto dell'UE denominato *Equal*. – **3.1.** *Segue:* il caso Audi.

1. L'incremento delle aspettative di vita ha determinato, in tutto il mondo, il progressivo invecchiamento della popolazione (cfr. dati WHO, in epigrafe). Tale dinamica ha fortemente influenzato le politiche del lavoro dei Paesi europei, al punto che il prolungamento della vita attiva è divenuto uno degli obiettivi da realizzare al fine di conseguire il traguardo generale, fissato dal Consiglio Europeo di Lisbona, relativo al raggiungimento di un tasso d'occupazione pari al 70% nel 2010.

L'evoluzione demografica della popolazione mondiale mostra profondi e persistenti cambiamenti che sono destinati ad accentuarsi nei prossimi decenni, soprattutto per quanto riguarda la sensibile alterazione nella composizione per classi d'età della popolazione. La capacità di migliorare la salute dei cittadini, di far fronte sempre più frequentemente a malattie un tempo mortali, unita a quella di controllare le nascite ha portato, nel corso del tempo, ad un allungamento della vita in tutto il mondo. Importanti conseguenze di questi mutamenti si avvertono in tutti i Paesi ed hanno cominciato a farsi sentire in maniera pressante sui sistemi del lavoro, nell'economia degli Stati, nell'organizzazione sanitaria, nella previdenza e nell'organizzazione dei servizi locali. Il fenomeno non è affatto limitato ai Paesi maggiormente industrializzati. Se nel 2002 circa 400 milioni di ultrasessantenni vivevano nei Paesi in via di sviluppo, si prevede che nel 2025 il loro numero toccherà gli 840 milioni, arrivando a rappresentare il 70% di tutti quelli del pianeta (cfr. dati WHO). In Europa si prevede che tra il 2005 ed il 2050 gli *over 65* arriveranno a rappre-

sentare il 30% della popolazione residente, mentre i giovani sotto i 24 anni vedranno scendere il loro peso percentuale dal 30% al 23% del totale. Nel periodo 1995-2000 tutte le regioni europee, salvo 11, sono state interessate dall'invecchiamento della popolazione, con un andamento che nelle aree meridionali del continente (Francia, Grecia, Italia, Portogallo e Spagna) ha interessato sia l'invecchiamento assoluto che quello relativo. Più variegata la situazione in Austria, Belgio, Finlandia e Germania, dove alcune regioni sono invecchiate solo in senso assoluto ed altre solo relativamente.

Consequentemente appare necessaria la creazione di maggiori opportunità lavorative per tutte le fasce d'età, dando la possibilità di lavorare più a lungo ai lavoratori anziani. Per quanto si riferisce specificamente ai lavoratori avanti con gli anni, in particolare, è evidente la necessità di assicurare loro le condizioni per una reale scelta ed opportunità di mantenere il lavoro e di estendere, nel tempo, la vita lavorativa: per esempio, attraverso la promozione della formazione lungo tutto l'arco della vita; adattando l'organizzazione del lavoro e dei posti di lavoro; offrendo loro sia lavoro flessibile che opportunità di pensionamento graduale (cfr. *Chair's Conclusions*, in epigrafe).

In questa prospettiva, si iniziano ad osservare la nascita e lo sviluppo di politiche aziendali di gestione del personale che prendono in considerazione l'incremento della compagine dei lavoratori anziani in azienda. Di particolare interesse il caso tedesco della compagnia automobilistica Audi ed il suo progetto denominato *Silver-Line*, volto ad adattare i posti di lavoro ai lavoratori più anziani.

2. A livello europeo, grande attenzione è stata sempre data al contributo fornito dai *seniors* alla vita economica e sociale, e tra le condizioni fondamentali per lo sviluppo dell'occupazione degli anziani vengono indicati gli incentivi alla permanenza dei lavoratori nel mercato del lavoro, anche mediante strumenti di formazione continua, la tutela di buone condizioni di salute e sicurezza sul luogo di lavoro, forme innovative flessibili di organizzazione del lavoro (come modalità di lavoro autonomo ovvero riduzioni di orario e part-time) (in generale sul tema, cfr. M. MAROCCO, *Politiche per i lavoratori anziani*, in A. GOLINI, D. GILLI (a cura di), *Invecchiamento della popolazione e transizione lavoro-pensionamento*, Isfol, Roma, 2005). Si tratta, insomma, di garantire l'accesso a posti che meglio si adattano alle capacità intellettuali e fisiche dei lavoratori.

La comunicazione della Commissione Europea *Aumentare il tasso d'occupazione dei lavoratori anziani e differire l'uscita dal mercato del lavoro* (in epigrafe), rilancia il ruolo dei Governi e dei partner sociali nel promuovere il cosiddetto "invecchiamento attivo". A tal fine, grande rilevanza viene data al potenziamento radicale dei sistemi di *lifelong learning*, poiché in un assetto internazionale di produzione in cui il lavoro richiede sempre maggiori capacità tecniche e competenze evolute, l'aggiornamento continuo della popolazione lavorativa diventa fattore essenziale, non soltanto in riferimento ai tassi di occupazione degli anziani, ma anche per la competitività europea stessa. La Strategia per l'occupazione elaborata a livello europeo ha indicato alcune linee guida specifiche per il prolungamento della vita attiva e l'occupazione delle persone più avanti negli anni; sono stati anche stabiliti degli obiettivi precisi, per raggiungere i quali ogni Paese ha individuato percorsi congruenti con il proprio quadro nazionale. I singoli Stati hanno scelto, infatti, strategie d'azione diverse, tutte finalizzate però ad arrestare o anche capovolgere la tendenza al prepensionamento ed alla contrazione della vita attiva. La maggior parte dei Paesi ha eliminato gli incentivi al pensionamento anticipato e ne ha introdotti altri al fine di trattenere in attività i lavoratori più maturi: in alcuni casi sono state predisposte misure per rendere più flessibile la transizione tra lavoro e pensionamento, in molti altri sono stati definiti interventi di politica attiva del lavoro (in generale costituiti da integrazioni salariali, formazione ed orientamento professionale e campagne di sensibilizzazione) destinati a questo segmento di popolazione. Tuttavia, ciò che sembra essere ancora carente, pur con l'eccezione di alcuni sistemi nazionali, è un approccio comprensivo di misure diver-

sificate, tra le quali sempre più si rende evidente la necessità di aumentare i tassi di partecipazione della popolazione in età da lavoro attraverso strategie indirizzate all'intero ciclo della vita. Se, dunque, l'adozione di riforme dei sistemi pensionistici appare in molti casi indispensabile, includendo l'innalzamento dei requisiti per il godimento della pensione e l'introduzione di percorsi di ritiro più flessibili, va comunque prestata una maggiore attenzione a rafforzare la capacità lavorativa delle persone "avanti con gli anni", sia attraverso interventi formativi ricorrenti, sia attraverso il miglioramento delle condizioni lavorative e della qualità del lavoro.

Proprio nel tentativo di rendere compatibile ed attraente l'occupazione anche alle persone meno giovani, sono previste azioni per migliorare le condizioni di lavoro sotto tutti i punti di vista, anche sotto l'aspetto della tutela della salute; è questo il caso della Danimarca, della Finlandia, della Francia, dei Paesi Bassi, del Portogallo, oltre che di molti Paesi di recente ingresso nell'UE.

Nonostante ciò, gli effetti di tali interventi appaiono ancora modesti, e questo per molti motivi:

- i governi non sempre sono intervenuti con sufficiente determinazione nel bloccare gli incentivi al prepensionamento e nell'incoraggiare il proseguimento della vita attiva;
- sono ancora scarsi gli interventi a favore del pensionamento graduale, nonostante numerose ricerche evidenzino un notevole gradimento dei lavoratori per questa soluzione. A tale proposito occorre dire che le difficoltà di introdurre il pensionamento graduale sono legate, da un lato, allo scarso desiderio delle imprese di riorganizzarsi al fine di trasformare alcuni impieghi a tempo pieno in part-time, dall'altro, all'assenza o scarsità, sul mercato del lavoro, di occupazioni a tempo ridotto;
- i sostegni alle imprese che offrono possibilità di impiego ai lavoratori maturi non hanno prodotto i risultati attesi;
- si rilevano non poche perplessità riguardo alle campagne di sensibilizzazione per il contrasto degli stereotipi negativi riguardanti i lavoratori *senior*.

3. L'Unione Europea continua a sperimentare e diffondere numerosi progetti di tipo innovativo nel campo dell'occupazione. Il più importante fra questi è certamente il Progetto *Equal*, iniziativa comunitaria che si presenta come un laboratorio di sperimentazione, inserito nella Strategia europea per l'occupazione, contrastando ogni tipo di discriminazione (per sesso, razza o età). *Equal* ha adottato, ad esempio, nei confronti dei lavoratori anziani e delle loro difficoltà, un approccio multidimensionale, articolato in una serie di strumenti:

- cambiare l'atteggiamento dei datori di lavoro nei confronti dell'età;
- migliorare le condizioni di sicurezza e salute nei posti di lavoro;
- focalizzare l'attenzione sull'intero ciclo della vita lavorativa;
- promuovere la solidarietà tra generazioni.

Ai governi ed al partenariato sociale, invece, il progetto *Equal* indica tre strade da percorrere con decisione:

- prevedere incentivi per i lavoratori che ritardino la pensione e per i datori che assumano o mantengano lavoratori anziani;
- promuovere l'accesso alla formazione ed alla riqualificazione per tutti, indipendentemente dall'età;
- migliorare la qualità del lavoro, in modo da offrire ambienti di lavoro attraenti, con un buon livello di sicurezza e salvaguardia della salute.

3.1. In tale ottica, la nota casa automobilistica Audi, in linea con tutte le altre imprese europee, mira ad integrare la formazione, per tutti i lavoratori ed in particolare per quelli anziani, nella sua strategia, alla stessa stregua di un investimento a medio-lungo termine, senza pretendere che gli investimenti in questo campo producano un ritorno rapido o, addirittura, immediato.

È interessante notare come nel caso tedesco della compagnia automobilistica Audi (cfr. AUDI (a cura di), *Wettbewerbsfähigkeit durch erfolgreiche Personalarbeit*, in epigrafe) si affidi la costruzione di un determinato modello di auto ad un progetto pilota denominato *Silver-Line*, che punta sulle capacità dei lavoratori più anziani e sulla loro valorizzazione, affinché restino il più a lungo possibile in azienda. Il progetto *Silver-Line* rappresenta un'importante risposta alle contemporanee sfide demografiche che anche la nota casa automobilistica si trova a dover fronteggiare. Infatti, l'età media della sua forza lavoro si è inevitabilmente allungata e, con piena consapevolezza del contributo fornito dai *seniors*, il progetto richiede lo sviluppo di una serie di iniziative per migliorare l'*occupabilità* dei lavoratori oltre i 50 anni, in termini di competenze, motivazione e salute. Il progetto *Silver-Line* conferma le condizioni fondamentali per favorire l'occupazione dei *seniors*, incentivi alla permanenza nel mercato (formazione continua), buone condizioni di salute e sicurezza, forme innovative e flessibili di organizzazione del lavoro (cfr. *supra*, § 2) che evidenziano la coerenza del trend sostenuto dall'azienda automobilistica con la strategia per l'occupazione di livello europeo.

In Germania, secondo uno studio dell'Istituto tedesco per la previdenza sociale, ingenti restrizioni sono state introdotte in campo previdenziale, sia riguardo alle modalità di calcolo del trattamento pensionistico, che è passato dal 69,1% al 64,5% dell'ultimo stipendio (si tratta, però, di un passaggio graduale che sarà completato solo nel 2030), sia in riferimento alle età pensionabili:

- dal 2002 non è più possibile andare in pensione se non al compimento dei 65 anni anche nei casi di disoccupazione involontaria. È possibile anticipare il pensionamento per questa causa a 60 anni, ma con una perdita di reddito pari al 3,6% per ogni anno anticipato;
- dal 2005 le donne possono andare in pensione (senza decurtazioni) solo al compimento dei 65 anni di età;
- dal 2004 persone con handicap grave non possono ricevere la pensione piena prima dei 63 anni di età.

Altre misure a sostegno dei lavoratori maturi sono inoltre contenute negli accordi collettivi che spesso prevedono:

- *protezione contro il licenziamento*: in alcuni contratti sono previsti divieti di licenziamento ordinario collegati all'età e all'anzianità aziendale del lavoratore, in generale si tende a salvaguardare l'impiego dei *seniors* soprattutto se caratterizzati da una prolungata permanenza presso l'impresa;
- *retribuzione*: i sistemi retributivi tendono a privilegiare l'anzianità anagrafica e professionale, per i lavoratori maturi sono in genere previste clausole di retribuzione minima e divieti di regressione salariale nei casi di cambiamento o riorganizzazione delle mansioni;
- *durata del lavoro*: in molti settori sono state contrattate riduzioni della durata del lavoro per i soggetti in età matura. In alcuni casi vengono anche concessi congedi supplementari oppure sono state istituite banche del tempo di cui possono usufruire i *seniors* anche al fine di anticipare il loro pensionamento;
- *organizzazione e sicurezza sul lavoro*: sono stati effettuati alcuni interventi volti a contrastare il peggioramento delle performance dei lavoratori di età elevata – in alcuni casi si agisce a scopo preventivo evitando l'usura delle capacità lavorative, mentre in altri si interviene per ridurre il carico di lavoro;
- *formazione*: gli accordi in tal senso non sono numerosi – in alcuni casi, ai lavoratori anziani è permesso rifiutare la partecipazione ad azioni formative; in altri invece i dipendenti hanno diritto a discutere regolarmente dei loro fabbisogni con i vertici aziendali, e si prevede che debba essere prestata particolare attenzione alle esigenze formative dei lavoratori di età elevata.

Infine, pur essendo ancora consentito il prepensionamento, in relazione ad esso sono stati

introdotti numerosi disincentivi di carattere economico. Dal 1996 è prevista una fuoriuscita progressiva dal lavoro tramite riduzione dell'orario: al compimento dei 55 anni di età il lavoratore può, infatti, ottenere il dimezzamento dell'impegno orario e il datore di lavoro, da un lato, conserva l'obbligo di versamenti contributivi quasi pieni – il 90% di quelli precedentemente versati – al fine di non penalizzare il lavoratore dal punto di vista previdenziale e, dall'altro, ottiene un indennizzo dall'Ufficio federale del lavoro. Inoltre, a partire dal 2003, i disoccupati e i lavoratori che rischiano di perdere il loro impiego e hanno superato i 50 anni maturano il diritto a percepire un sussidio garantito qualora accettino un lavoro a bassa retribuzione. Le imprese che offrono loro un'occupazione hanno, dal canto loro, diritto ad una riduzione contributiva. Inoltre nel 2002 è stata introdotta una sovvenzione rivolta alle imprese con più di 100 dipendenti e finalizzata a favorire la formazione continua dei lavoratori *over 50*; la cosiddetta "campagna 50 plus". Con essa si pone l'accento sulle capacità peculiari dei lavoratori anziani e sulla possibilità di metterle a frutto all'interno di *équipes* costituite da soggetti di età diversa, come appunto nel caso del progetto *Silver-Line* della Audi, progetto-pilota che la casa automobilistica sperimenta oggi per la costruzione di un determinato modello di auto, dalla tecnologia d'avanguardia, ma che intende estendere presto a tutte le altre linee di produzione, a dimostrazione del fatto che su questa strategia si crede davvero molto.

Matteo Paciocco

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro

Adapt – Fondazione Marco Biagi

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

3. Spagna

3.1. Real Decreto 15 febbraio 2008, n. 221 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 9).

Istituzioni pubbliche e responsabilità sociale dell'impresa

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Il dibattito sul ruolo delle istituzioni pubbliche in materia di Responsabilità Sociale d'Impresa. – **3.** La politica spagnola sulla Responsabilità Sociale d'Impresa. – **3.1.** Misure concrete. – **3.2.** L'istituzione del *Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas*.

1. La Responsabilità Sociale d'Impresa (RSI, d'ora innanzi) si riferisce ad un nuovo modo di concepire il ruolo che devono svolgere le imprese nell'attuale contesto socio-economico globalizzato. Si vuole attribuire alle imprese non solo una mera funzione economico-privata (volta ad ottenere profitti), bensì, allo stesso tempo, una funzione più propriamente sociale. In pratica, la RSI si prefigge di rendere responsabili le organizzazioni imprenditoriali nei confronti di tutti i soggetti con cui si rapportano nello svolgimento della loro attività: sia gli interni all'azienda (ovvero i lavoratori ed i loro rappresentanti), sia gli esterni alla stessa (consumatori, investitori, organizzazioni non governative, fornitori, imprese appaltatrici e subappaltatrici, ovvero il contesto locale in cui esse sono ubicate e dove svolgono la loro attività produttiva). In questo modo, le imprese, pur non rinunciando al loro obiettivo principale di ottenere il massimo beneficio economico – il caso contrario violerebbe uno dei principi fondamentali dell'economia del mercato, ovvero la libertà d'impresa –, devono adottare, nell'esecuzione della loro attività, criteri comportamentali volti a migliorare il contesto sociale. In pratica, il loro comportamento

deve essere orientato al rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori, nonché al miglioramento delle loro condizioni di salute e sicurezza. In generale, esse devono cercare di accrescere la qualità del lavoro, nonché di garantire uno sviluppo sostenibile, il che implica fundamentalmente rispettare l'ambiente e contribuire a migliorare l'ambito delle comunità locali in cui ognuna di esse è situata.

L'idea che le imprese debbano tenere un comportamento socialmente responsabile trova la sua origine principale in ambito internazionale e comunitario. In effetti sono state le organizzazioni internazionali, l'ONU, l'ILO, l'OECD, che hanno promosso inizialmente il cambiamento dell'ottica del funzionamento delle imprese. L'obiettivo di queste organizzazioni – espresso rispettivamente in diversi trattati sui diritti umani, in particolare nel Trattato mondiale dell'anno 2000 (*United Nations Global Compact*) e nel Piano mondiale per lo sviluppo sostenibile di Johannesburg del 2002, nella Dichiarazione tripartita dell'ILO sulle multinazionali e sulla politica sociale, anch'essa dell'anno 2000 (*ILO's Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*) e nelle direttive dell'OECD per le multinazionali (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*), promulgate inizialmente nell'anno 2000 e modificate cinque anni più tardi – era soprattutto quello che le grandi imprese multinazionali dei Paesi più ricchi e sviluppati operanti, direttamente o mediante imprese appaltatrici o subappaltatrici, in Paesi sottosviluppati, con una normativa inesistente o inefficace in materia di lavoro e di ambiente, contribuissero affinché in essi venissero definitivamente rispettati i diritti umani, di lavoro e ambientali considerati “fondamentali” da tali organizzazioni. In questo contesto mondiale, la responsabilità sociale “corporativa” viene considerata uno strumento adeguato per riuscire a diffondere ovunque la tutela ritenuta minima e indispensabile a livello internazionale in materia ambientale e di lavoro.

Successivamente, l'iniziativa sulla RSI è stata seguita espressamente dall'Unione Europea, dove si è ampiamente discusso sul tema e dove si sono indubbiamente raggiunti i più alti livelli di approfondimento. Già nel Consiglio Europeo di Lisbona del 2000 e nell'Agenda Sociale Europea, approvata dal Consiglio Europeo di Nizza nel medesimo anno, si faceva riferimento alla necessità di promuovere il comportamento socialmente responsabile delle imprese europee. Questo perché già allora si riteneva che la RSI potesse rappresentare uno strumento particolarmente appropriato per raggiungere il principale obiettivo manifestato dai citati Consigli: trasformare l'Europa, nel nuovo contesto socio-economico globalizzato, in una società basata sulla conoscenza e in un sistema economico che sia il più avanzato del mondo. Più precisamente, la RSI potrebbe essere uno strumento utile a conseguire il miglioramento del lavoro – da un punto di vista sia quantitativo che qualitativo – e lo sviluppo economico sostenibile, che rappresentano la meta da raggiungere se davvero si vuole arrivare all'obiettivo primario precedentemente indicato. Partendo da questa premessa, nell'ambito comunitario il dibattito sulla RSI è iniziato con il Libro Verde della Commissione, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM(2001) 366 def., 18 luglio 2001 (in  indice A-Z, voce *Responsabilità sociale delle imprese*). Da quel momento, le istituzioni comunitarie non hanno mai smesso di lavorare e di approfondire questo tema, che sta diventando sempre più importante, come dimostrano i numerosi strumenti elaborati dalle varie istituzioni relativamente a tale fattispecie (vedi, in particolare, la comunicazione della Commissione del 2002, *Responsabilità sociale delle Imprese: un contributo dell'impresa allo sviluppo sostenibile*, COM(2002) 347, 2 luglio 2002, in  indice A-Z, voce *Responsabilità sociale delle imprese*); le conclusioni del Foro multilaterale europeo e del Gruppo di alto livello dei rappresentanti del 2005; l'Agenda sociale europea approvata nel 2005; la comunicazione della Commissione del 2006, *Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo d'eccellenza della Responsabilità Sociale delle Imprese*, COM(2006) 136 def., 22 marzo 2006 (in  indice A-Z, voce *Responsabilità sociale del-*

le imprese); la *Strategia prevista dall'Unione Europea per uno sviluppo sostenibile* approvata dal Consiglio Europeo di Bruxelles nel giugno 2006; la risoluzione del Parlamento Europeo del marzo 2007, *Responsabilità sociale delle imprese: una nuova associazione*). In tutti questi casi si è cercato di dare una definizione del concetto di RSI, di attribuirgli un contenuto concreto, di porre in risalto il suo rapporto stretto e diretto con la competitività, di ricercare gli strumenti più idonei affinché le imprese possano adottare condotte socialmente responsabili e di specificare quali debbano essere le azioni pubbliche da perseguire, sia da parte della UE che da parte degli Stati membri, per favorire l'adozione di criteri di responsabilità sociale da parte delle imprese in qualsiasi attività.

Le istituzioni comunitarie (e le altre internazionali che si sono occupate della materia) hanno delineato quali caratteristiche essenziali della fattispecie della RSI le seguenti:

In primo luogo, la volontarietà da parte delle imprese. La RSI si traduce nella realizzazione di "buone pratiche" socialmente utili che presuppongono un *plus* rispetto al compimento delle obbligazioni stabilite dalle norme giuridiche in vigore (legali e convenzionali), senza che in nessun caso tali pratiche socialmente responsabili possano sostituirsi all'applicazione della normativa.

In secondo luogo, si ribadisce che la RSI implica un "nuovo modello di gestione dell'impresa". In tal senso, la RSI non deve consistere in un mero comportamento filantropico delle imprese, né deve consistere in un'azione sociale, bensì comporta l'adozione, in ogni decisione e nel funzionamento in generale, del principio del beneficio sociale e dello sviluppo sostenibile. L'applicazione di questi principi deve essere il risultato primario del dialogo sociale e del dialogo con tutti i soggetti interessati dall'attività dell'impresa o che comunque hanno rapporti con essa.

In terzo luogo, la RSI è strettamente legata agli obiettivi di rendimento e competitività dell'impresa. Si ribadisce che adottare comportamenti socialmente responsabili non solo non significa rinunciare all'obiettivo fondamentale per le imprese di ottenere profitti, bensì, al contrario, contribuisce in maniera cospicua al conseguimento di tale obiettivo. Adottare condotte socialmente responsabili significa per le imprese, a medio e a lungo termine, una maggiore competitività sui mercati nazionali e internazionali, visto che, da un lato, darà luogo ad una migliore gestione delle proprie risorse umane e, di conseguenza, ad un maggior rendimento delle stesse; dall'altro conferirà una connotazione positiva alle imprese ed ai loro prodotti da parte degli investitori e dei consumatori. Deve risultare chiaro che la RSI costituisce uno strumento utile alle imprese affinché esse possano far fronte in maniera adeguata alle esigenze di trasformazione derivanti dai continui e profondi cambiamenti che si realizzano in un mercato sempre più globalizzato. Trasformazioni che, ad ogni modo, richiedono l'instaurazione di un modello d'impresa innovativa, sostenibile, socialmente responsabile e con moderne ed equilibrate relazioni di lavoro. Un modello capace di anticipare i cambiamenti e che possa contribuire a rafforzare la competitività del settore produttivo europeo, permettendo, conseguentemente, all'Unione Europea di diventare l'economia più avanzata a livello mondiale.

In quarto luogo, si ritiene che la RSI debba applicarsi ad ogni tipologia di impresa, indipendentemente dalle sue dimensioni. È necessario che anche le piccole e medie imprese adottino condotte socialmente responsabili, soprattutto considerato che esse rappresentano la gran parte del settore produttivo europeo e che, pertanto, senza il loro coinvolgimento in questo nuovo modello di gestione delle imprese gli effetti del cambiamento non sarebbero significativi.

In quinto luogo, si ritiene che affinché le imprese europee adottino comportamenti di RSI sia assolutamente imprescindibile, sia a livello comunitario, sia a livello dei singoli Stati membri, che si sviluppino piani incentivanti e di promozione della stessa (ricerca e diffusione di buone pratiche di RSI, incentivi fiscali, riconoscimenti pubblici, ecc.). Allo stesso tempo, per assicurarsi che le imprese effettivamente adottino comportamenti social-

mente responsabili e, di conseguenza, usufruiscano dei benefici derivanti dagli incentivi pubblici, è assolutamente necessario che tali azioni risultino credibili e trasparenti. La “credibilità” e la “trasparenza” di queste azioni potranno essere garantite richiedendo alle imprese la redazione di relazioni sulle buone pratiche realizzate in materia di RSI. Le istituzioni devono stabilire quale contenuto debba emergere da questi elaborati, così come devono prevedere meccanismi di verifica della loro autenticità e rispondenza a realtà. Attraverso la creazione di tali meccanismi di controllo non solo si potranno lanciare sul mercato quelle imprese che realmente abbiano acquisito e posto in essere un comportamento sociale, ma si potrà anche evitare la possibile concorrenza sleale tra imprese.

2. In Spagna il dibattito sulla RSI ha avuto inizio con un certo ritardo rispetto all’Unione Europea. Si è prima sviluppato nel settore privato – all’interno di alcune grandi imprese, soprattutto di quelle quotate in borsa, di alcune organizzazioni imprenditoriali e sindacali, di diverse organizzazioni non governative e fondazioni principalmente legate alla tutela ambientale e di varie università e centri di ricerca – ed in modo informale attraverso l’analisi del significato del concetto di RSI e delle sue conseguenze, tenendo conto dei riferimenti internazionali e comunitari vigenti e sopra citati. Possiamo affermare che fino al 2004 non è esistito nel nostro Paese un dibattito istituzionale strutturato in materia di RSI, sebbene negli anni precedenti fossero state approvate alcune norme che, in vario modo, prevedevano strumenti di promozione delle condotte socialmente utili da parte delle imprese. In ambito statale, è soprattutto a partire dal 2004 che la questione della RSI, considerata in tutti i suoi aspetti, inizia ad avere un ruolo tra le materie oggetto di interesse pubblico. Ciò è dovuto al fatto che tale tema faceva parte del programma elettorale del *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE), poi vincitore delle elezioni del marzo di quell’anno. Il governo socialista affrontò il tema della RSI in due modi diversi: da un lato, inserendo misure chiaramente a sostegno della responsabilità sociale nelle più importanti leggi di carattere sociale approvate durante la legislatura; dall’altro, adottando lo stesso modo di procedere utilizzato dalla Commissione Europea, iniziò un dibattito istituzionale e generale sulla RSI, promosso dal *Ministerio de Trabajo y de la Inmigración* (Ministero del lavoro e dell’immigrazione). Il dibattito era principalmente volto a stabilire quale dovesse essere il ruolo delle istituzioni pubbliche in questa materia e, di conseguenza, quale dovesse essere l’indirizzo da seguire al riguardo da parte delle pubbliche amministrazioni, non solo a livello statale, ma anche a livello di comunità autonoma e a livello locale. Ovviamente, la discussione doveva partire dalla conoscenza della questione in Spagna, ovvero da quale era il grado di adesione sociale delle imprese spagnole fino a quel momento, quale la tipologia di imprese interessate ed in rapporto a quale settore, e ad esso dovevano partecipare attivamente tutti ed ognuno dei soggetti sociali potenzialmente coinvolti dalla materia, mostrando le proprie opinioni e proposte in merito. Il percorso istituzionale di questo dibattito fu condotto attraverso tre meccanismi: la sua integrazione nel processo di dialogo sociale tra governo ed organizzazioni datoriali e sindacalmente più rappresentative iniziato nel 2004; la costituzione in seno al Parlamento di una sottocommissione sulla RSI; nonché la creazione di un *Foro de Expertos* (Foro di Esperti) in RSI all’interno del *Ministerio de Trabajo y de la Inmigración*.

La sottocommissione parlamentare terminò i lavori nel giugno del 2006, attraverso l’elaborazione di un documento molto articolato, diviso in tre parti ben differenziate tra loro: la prima contiene un’analisi del grado di sviluppo nelle imprese spagnole dei diversi aspetti che costituiscono la fattispecie di RSI; la seconda riguarda le opinioni dei vari interlocutori sociali relativamente sia a cosa si intende per RSI, sia al ruolo che debbano svolgere le istituzioni pubbliche; la terza, infine, contiene una vasta gamma di raccomandazioni su quali sono le attività che ogni interlocutore sociale deve svolgere per poter promuovere comportamenti socialmente responsabili in grado di soddisfare adeguatamente sia l’interesse economico-privato della propria impresa, sia gli interessi sociali di

ognuno di quei soggetti. La maggior parte di queste raccomandazioni sono rivolte alle istituzioni pubbliche.

Il *Foro de Expertos*, costituito dal governo nel 2005, invece, diede luogo ad una serie di sessioni di lavoro, sei per la precisione, nelle quali furono analizzati gli aspetti più rilevanti e problematici della RSI. Sebbene in un modo o nell'altro la questione relativa al ruolo che, in materia, compete alle istituzioni pubbliche sembra trattata in maniera più o meno approfondita in ogni sessione, è nell'ultima di esse che il tema è stato affrontato in maniera diretta, generale e monografica. I risultati di questi lavori sono stati pubblicati in una relazione finale nel marzo 2007.

Infine, la *Comisión de Seguimiento y Evaluación del Diálogo Social* (Commissione di controllo e valutazione del dialogo sociale) approvò nel dicembre 2007 un accordo, *Responsabilità Sociale delle Imprese. Dialogo sociale*, che rappresenta un testo concordemente approvato dalle parti sociali e dal governo; esso contribuisce alla formazione di un quadro di regolamentazione della materia e si prefigge il raggiungimento di più alti livelli di sviluppo economico, qualità del lavoro, coesione sociale e territoriale, sostenibilità ambientale e competitività delle imprese. Il testo, che considera i vari lavori effettuati dalle istituzioni europee in materia di RSI e le iniziative e i dibattiti nel nostro Paese, definisce la RSI come «un complesso di pattuizioni di vario genere, economico, sociale, ambientale, adottate dalle imprese, dalle organizzazioni e dalle istituzioni pubbliche e private e che costituiscono un valore aggiunto al compimento delle obbligazioni legali, contribuendo nel contempo al progresso sociale ed economico all'insegna di uno sviluppo sostenibile».

Le opinioni manifestate dai vari interlocutori sociali sul ruolo che dovrebbero svolgere le istituzioni pubbliche relativamente alla RSI sono chiaramente condizionate dal significato che ognuno attribuiva al concetto di responsabilità sociale ed, in particolare, dalla propria concezione circa la volontarietà dell'adesione da parte dell'impresa o, al contrario, visto il fine economico e sociale cui è volta, circa l'esistenza di un vero e proprio obbligo giuridico. In linea di massima, per i sostenitori della prima interpretazione, le istituzioni pubbliche devono intervenire poco in questa materia perché nel caso opposto si andrebbe a minare la natura stessa della RSI, dovendo semmai spettare alle imprese e alle parti sociali arrivare ad un accordo sull'adozione di buone pratiche. Per i sostenitori della seconda interpretazione, invece, le istituzioni dovrebbero svolgere un ruolo attivo, stabilendo una serie di principi che dovrebbero essere seguiti da tutte le imprese coinvolte, pena sanzione. In realtà, queste due interpretazioni nella pratica non sono così antitetiche, essendo stato raggiunto un ampio consenso tra tutte le parti partecipanti al dibattito. In effetti si è finito con lo stabilire che il principio a sostegno della RSI è la volontarietà, dovendo ritenere che le condotte in questione si collochino al di sopra delle obbligazioni legali e convenzionali – senza sostituirle – di modo che le imprese sono totalmente libere, da un punto di vista strettamente giuridico, di porre o meno in essere condotte socialmente responsabili. Ciononostante, considerati gli importanti benefici economici e sociali che comporta l'attuazione della RSI, al fine di conseguire i principali obiettivi della politica sociale ed economica più attuale, le istituzioni pubbliche dovranno promuovere fortemente tale tipo di condotta tra le imprese. La promozione della RSI si può raggiungere attraverso varie modalità: informazione e diffusione di buone pratiche, consulenze tecniche, formazione ed educazione, ricerca, incentivi economici e fiscali, ecc., nonché strumenti normativi. Si è poi notato che una corretta promozione della RSI richiede, allo stesso tempo, la creazione di meccanismi che permettano di verificare come le imprese che dichiarano di aver adottato sistemi di gestione in materia di RSI lo abbiano fatto effettivamente ed in maniera adeguata. Questa verifica è funzionale tanto agli interlocutori sociali ed alle istituzioni pubbliche (per evitare frodi) quanto alle stesse imprese, perché la individuazione di irregolarità permetterà loro di sanare eventuali anomalie e di poter effetti-

vamente raggiungere quei benefici di natura economica legati all'attuazione di un comportamento socialmente responsabile. Stabilire questi meccanismi di verifica presuppone di fissare legalmente quali siano gli elementi oggetto di controllo, i parametri di riferimento e le risorse (materiali ed umane) che si mettono a disposizione per il conseguimento di tale finalità.

Risulta chiaro, pertanto, che primo compito delle istituzioni pubbliche in materia di RSI è quello di svolgere una incisiva funzione di promozione e d'incentivazione della stessa attraverso vari strumenti. Questi sistemi devono essere diretti non solo alle imprese, ma anche a quei soggetti il cui comportamento può influire sulla decisione delle imprese circa l'adozione o meno d'iniziativa di RSI. Questo è senza dubbio il caso dei consumatori e degli investitori; devono, pertanto, adottarsi misure a favore di consumi e investimenti socialmente responsabili.

Oltre a quella appena illustrata, sono poi da sottolineare altre importanti conclusioni, quali:

- i sistemi adottati devono considerare come base di riferimento gli standard minimi già esistenti in materia di RSI stabiliti dalla normativa internazionale e comunitaria;
- lo sviluppo di politiche di RSI non compete esclusivamente all'amministrazione centrale, ma anche a quella delle Comunità autonome e a quelle locali, soprattutto perché la RSI è volta a migliorare il contesto in cui le imprese sono ubicate e svolgono la loro attività produttiva. Sono, anzi, proprio le amministrazioni di livello territoriale più ristretto che, essendo maggiormente a contatto con il contesto in cui le imprese agiscono, possono adottare sistemi più adeguati alle circostanze concrete;
- le istituzioni pubbliche devono promuovere i comportamenti di RSI, in particolar modo nei confronti delle piccole e medie imprese, adottando misure specifiche, adeguate alle loro necessità e difficoltà connesse all'adozione di condotte socialmente responsabili;
- le istituzioni pubbliche, essendo anche attori economici, devono adottare le iniziative di RSI nei confronti del proprio personale e nei confronti del contesto socioeconomico in cui operano. È necessario che utilizzino criteri di responsabilità sociale nella aggiudicazione dei contratti con imprese private e nella politica degli acquisti. Ciò costituisce la prima forma di promozione della RSI – l'esempio – ed inoltre, tenuto conto dell'enorme potenziale economico delle pubbliche amministrazioni, comporta un effetto moltiplicatore nell'imprenditoria privata;
- la RSI ha carattere "trasversale": in effetti, se si considera che le azioni pubbliche in materia di RSI devono essere estese a tutti i settori pubblici (lavoro, ambiente, consumo, uguaglianza, ecc.), non sarebbe né adeguato né corretto assegnare ad un unico organo dell'amministrazione la possibilità di decidere ed agire in merito;
- gli strumenti di azione pubblica in materia di RSI non devono essere il risultato di una scelta unilaterale dell'amministrazione precedente, ma nella formulazione e messa in opera degli stessi l'amministrazione dovrà confrontarsi con la partecipazione attiva degli interlocutori sociali interessati al fatto che in quello specifico settore le imprese tengano comportamenti socialmente responsabili. La partecipazione e il dialogo sociale costituiscono presupposti fondamentali della RSI sia nell'individuazione di buone pratiche che le imprese devono porre in essere per contribuire allo sviluppo sociale sostenibile, sia nella programmazione e attuazione delle politiche pubbliche di promozione della RSI;
- infine, in tutti i documenti emersi dai dibattiti istituzionali tenutisi sulla RSI si ribadisce che, affinché gli strumenti a favore della RSI siano adottati effettivamente tenendo conto della partecipazione di tutti gli interlocutori sociali e si integrino in tutte le politiche pubbliche, è assolutamente indispensabile creare in seno alle amministrazioni presenti sul territorio, soprattutto se statali, un organo di carattere assistenziale e consultivo delle stesse, in cui siano presenti rappresentanti di ognuno degli interlocutori sociali già richiamati e che mantenga un dialogo multilaterale permanente con lo scopo di proporre agli organi

dirigenti di ogni amministrazione azioni di promozione della RSI. A livello statale questa proposta è stata recentemente accolta attraverso la creazione del *Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas* (letteralmente, Consiglio statale sulla responsabilità sociale delle imprese, d'ora in poi CERES, *ndt*).

3. Dopo aver visto come si è sviluppato il dibattito istituzionale sulla RSI in Spagna, tra l'altro ancora non concluso, passiamo ad evidenziare quali sono state le principali misure adottate dalle istituzioni pubbliche, a livello statale, in questa materia. Bisogna sottolineare che esse si sono tutte attenute a quelle linee fondamentali tracciate nelle attività, sopra esposte, della sottocommissione parlamentare sulla RSI, del *Foro de Expertos* e della *Comisión de Seguimiento y Evaluación del Diálogo Social*.

Le misure e le azioni in questione si possono suddividere in due grandi gruppi. Un primo gruppo è composto da misure concrete ed isolate relative ad alcuni aspetti essenziali che caratterizzano la fattispecie della RSI nel nostro Paese, in conformità a quanto stabilito dall'Unione Europea, dall'ILO e dall'OECD. Esse rappresentano una chiara manifestazione del carattere trasversale che è attribuibile alla RSI. Si può notare, infatti, un evidente richiamo dei criteri di responsabilità sociale in alcune delle leggi più importanti approvate nel corso della scorsa legislatura, conclusasi nel marzo 2008. Merita inoltre sottolineare che molte delle misure concrete adottate vengono attribuite alle pubbliche amministrazioni di riferimento, di modo che queste progressivamente stanno adempiendo alla specifica raccomandazione di sviluppare la propria azione pubblica secondo pratiche socialmente responsabili. Quest'ultimo orientamento rappresenta un mezzo di promozione della RSI nel nostro Paese di estrema importanza, per due ragioni fondamentali: per l'esempio fornito dalle amministrazioni pubbliche e per la loro forte capacità economica (come contraenti e come consumatori). Entrambe le circostanze sicuramente produrranno un "effetto moltiplicatore" nel settore privato.

Un secondo gruppo è costituito da misure istituzionali orientate ad assicurare in futuro uno sviluppo coerente e pienamente rispondente alle necessità del momento della politica statale sulla RSI. A differenza delle misure comprese nel gruppo precedente, si tratta di azioni di carattere strumentale e organizzativo. Rispondono all'obiettivo di creare strutture amministrative idonee a garantire l'adeguatezza e l'efficacia delle misure che progressivamente vengono adottate dal governo, con lo scopo di promuovere le azioni delle imprese (e delle organizzazioni in generale) socialmente responsabili.

3.1. A livello statale, il governo ha adottato un numeroso ed eterogeneo quadro di misure che, in un modo o nell'altro, contribuiscono ad estendere i criteri di RSI alle imprese e alle amministrazioni pubbliche.

Queste misure si riferiscono essenzialmente ai seguenti settori:

- ambiente, come previsto in via principale dalla l. 23 ottobre 2007, n. 26, sulla responsabilità ambientale. Si vuole incrementare la RSI in questo settore attraverso la creazione di un Gruppo di lavoro interministeriale facente capo al *Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marítimo*, per sviluppare azioni che favoriscano la diffusione della Strategia dello sviluppo sostenibile in Spagna;
- uguaglianza: contenuta essenzialmente nella l. cost. 22 marzo 2007, n. 3, per l'effettiva parità tra donne e uomini, che permetterà una maggiore presenza delle donne nei vari organi direttivi dell'impresa e della politica;
- miglioramento delle condizioni di lavoro: si è promossa la concessione di microcrediti, sovvenzioni e deduzioni delle quote della previdenza sociale per permettere l'inserimento nel mercato del lavoro di determinate categorie socialmente svantaggiate (donne, giovani, maggiori di 45 anni, disoccupati a lungo termine, ecc.). In questo senso è stata prestata una particolare attenzione ai disabili, come evidenzia il fatto che sia stata promulgata una norma specifica per promuovere il loro impiego, il regio decreto 30 gennaio 2004, n. 170, che deriva da un previo accordo tra il *Ministerio de Trabajo y de la Inmigración* ed il

Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI, Comitato spagnolo dei rappresentanti dei disabili) sulle misure per migliorare le opportunità di lavoro delle persone con handicap e che costituisce il *II Plan de Empleo 2002-2004*;

- miglioramento delle condizioni di salute e sicurezza nel lavoro, specialmente nelle piccole e medie imprese, come stabilito nella *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012* (Strategia spagnola per la salute e sicurezza nel lavoro), approvata nel giugno 2007, che è stata il risultato del dialogo sociale tra il governo, le organizzazioni sindacali UGT e CCOO e le organizzazioni imprenditoriali CEOE e CEPYME;

- promozione degli investimenti socialmente responsabili, attraverso l'approvazione nel maggio 2006 del *Código Unificado de Recomendaciones de Buen Gobierno para las empresas cotizadas en bolsa* (Codice unificato di raccomandazioni di buone pratiche per le aziende quotate in borsa), conosciuto come *Código Conthe*, la l. n. 28 del 29 settembre 2003 che disciplina il Fondo di riserva della previdenza sociale, ed il regio decreto 27 febbraio 2004, n. 337, che la sviluppa;

- promozione dello studio e della ricerca in materia di RSI e della diffusione delle buone pratiche, mediante la previsione di sovvenzioni per la realizzazione di studi e giornate da parte di organizzazioni senza scopo di lucro che adottano comportamenti di RSI;

- comportamenti socialmente responsabili delle istituzioni pubbliche, contenute principalmente nel *Código del Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado* (Codice di buone pratiche dei componenti del governo e delle alte cariche dell'amministrazione generale dello Stato) del febbraio 2005; nella l. n. 5 del 10 aprile 2006 che disciplina i conflitti di interesse dei membri del governo e delle alte cariche dell'amministrazione generale dello Stato, con cui si fissano nuovi criteri di incompatibilità; nel Progetto per la conciliazione della vita personale e lavorativa nell'amministrazione (conosciuto come *Plan Concilia*); e nella l. n. 30 del 30 ottobre 2007, sui contratti nel settore pubblico, in cui si introducono criteri di natura sociale e ambientale nelle condizioni di esecuzione dei contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche.

3.2. Nei vari dibattiti sulla materia della RSI si è sempre fatto riferimento, relativamente alla necessità di rendere la politica spagnola in questo settore adeguata e coerente, alla importanza del dialogo sociale promosso dalle istituzioni pubbliche. Ed è per questo motivo che si era più volte richiesta al governo l'istituzione di un organo collegiale, di assistenza e consulenza, incaricato espressamente di promuovere la politica della RSI. Il governo, recentemente, con il regio decreto 15 febbraio 2008, n. 221, ha dato attuazione a questa proposta ed ha proceduto alla creazione di un organo avente tali caratteristiche, il CERE (cfr. *supra*).

L'art. 2 del regio decreto definisce il CERE come un organo collegiale interministeriale, avente carattere assistenziale e consultivo, a composizione quadripartita e paritaria ed afferente al *Ministerio de Trabajo y de la Inmigración* mediante la *Secretaría General de Empleo*. Il suo ambito territoriale di competenza è, come si deduce dalla stessa denominazione, quello statale.

Composizione. Il CERE, essendo un organo a partecipazione istituzionale e dovendo adeguarsi al carattere trasversale della RSI, è composto da (art. 5):

- a) rappresentanti delle organizzazioni datoriali più rappresentative (12 componenti);
- b) rappresentanti delle organizzazioni sindacali più rappresentative (12 componenti);
- c) rappresentanti di altre organizzazioni ed istituzioni di riconosciuta rappresentatività ed interesse nell'ambito della RSI (12 componenti);
- d) rappresentanti delle amministrazioni pubbliche – 8 componenti per la amministrazione statale, uno per ognuno dei seguenti Ministeri: *Ministerios de Asuntos Exteriores y Cooperación* (Ministero degli affari esteri e della cooperazione), *de Economía y Hacienda* (dell'economia e delle finanze), *de Trabajo e Inmigración* (del lavoro e della immi-

grazione), *de Medio Ambiente, Medio Rural y Marítimo* (dell'ambiente, delle politiche agricole e della marina mercantile), *de Industria, Turismo y Comercio* (dell'industria, del turismo e del commercio), *de Sanidad y Consumo* (della sanità e del consumo), *de Administraciones Públicas* (delle amministrazioni pubbliche), e *de la Oficina Económica del Presidente del Gobierno* (dell'ufficio economico del Presidente del governo); 3 componenti in rappresentanza delle regioni autonome; un componente in rappresentanza della associazione degli enti locali più rappresentativa in ambito statale. La presidenza spetta al Ministro del lavoro e degli affari sociali. I rappresentanti suddetti avranno un mandato di quattro anni, tranne nel caso dei rappresentanti delle Comunità autonome per i quali il mandato è annuale.

Obiettivi. L'istituzione del CERE persegue le seguenti finalità (art. 3):

- a) costituire un foro permanente di dibattito sulla RSI, tra le organizzazioni datoriali e sindacali più rappresentative, le amministrazioni pubbliche ed altre organizzazioni e istituzioni di indubbia rappresentatività in materia, che sia un riferimento per le imprese spagnole affinché possano sviluppare condotte socialmente responsabili;
- b) promuovere le azioni sulla RSI, proponendo al governo, secondo le sue funzioni assistenziali e consultive, misure specifiche in tal senso, con particolare attenzione alle piccole e medie imprese;
- c) informare, quando occorra, circa le azioni e regolamentazioni pubbliche che riguardino l'attività delle imprese, organizzazioni ed istituzioni pubbliche e private; esse rappresentano un valore aggiunto rispetto all'adempimento delle obbligazioni legali, contribuendo al progresso sociale ed economico con riferimento ad uno sviluppo sostenibile;
- d) stabilire standard e/o caratteristiche dei modelli di RSI e di sostenibilità, nonché strumenti più adeguati per la loro instaurazione e sviluppo;
- e) analizzare lo sviluppo della RSI in Spagna, nell'Unione Europea e nei Paesi terzi, ed informare sulle azioni intraprese dai vari soggetti coinvolti nella materia della RSI.

Funzioni. Per poter raggiungere i suddetti obiettivi, il CERE ha i seguenti compiti o funzioni (art. 4):

- a) emanare rapporti ed elaborare studi su richiesta del governo o di propria iniziativa;
- b) elaborare e presentare al governo una relazione annuale sulle azioni realizzate;
- c) fungere da osservatorio della RSI in Spagna;
- d) promuovere iniziative di RSI (studio, ricerca e diffusione di buone pratiche, formazione in materia di RSI, ecc.);
- e) collaborare e cooperare con altri organismi di RSI che possano essere costituiti in altri ambiti territoriali, compreso quello internazionale;
- f) partecipare ai fori nazionali ed internazionali costituiti per trattare temi collegati alla RSI.

Come si può facilmente notare, la tecnica giuridica del regio decreto n. 221/2008 non è particolarmente adeguata e, tra l'altro, in più occasioni confonde e mescola obiettivi e funzioni. In realtà, l'obiettivo del CERE è, come precedentemente detto, quello di contribuire a rendere la politica statale in materia di RSI coerente, adeguata e, conseguentemente, coordinata, nonché frutto della partecipazione di tutti gli interlocutori sociali interessati allo sviluppo della RSI nel nostro Paese. Per quel che invece riguarda le funzioni attribuite al CERE dalla normativa, si può dire che esse rappresentano una traduzione quasi letterale delle proposte e raccomandazioni emerse nei principali dibattiti tenutisi in Spagna sul ruolo che devono assumere le istituzioni pubbliche in materia di RSI, potendosi ricondurre tutte ad una funzione generale di promozione della RSI in tutti i settori.

Ciò che deve essere chiaro è che il CERE è un organo meramente consultivo e di discussione, che non ha funzioni esecutive. L'effettiva adozione delle misure specifiche di promozione delle condotte socialmente responsabili spetterà agli organi pubblici con funzioni esecutive che siano competenti per ogni singolo caso a seconda del tipo di misura adot-

tata. Va poi aggiunto che le relazioni, le proposte e qualsiasi altro tipo di azione del CE-RE non è vincolante per gli altri organi pubblici.

María Luísa Martín Hernández
Professore di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Salamanca